



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2017, Vol. 4, Part 1

2017, Vol. 4, 1^e fascicule

Cited as [2017] 4 F.C.R., $\left\{ \begin{array}{l} 3-246 \\ D-1-D-4 \end{array} \right.$

Renvoi [2017] 4 R.C.F., $\left\{ \begin{array}{l} 3-246 \\ F-1-F-4 \end{array} \right.$

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.Sc.Soc., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2018.

Print	Online
Cat. No. JU1-2-1	Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	ISSN 1714-373X

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

Le Recueil des décisions des Cours fédérales est publié conformément à la Loi sur les Cours fédérales. L'arrêtiŕte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2018.

Imprimé	En ligne
N° de cat. JU1-2-1	N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	ISSN 1714-373X

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.

The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3–246
Digests	D-1–D-4

A. B. v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 3

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Refugee Protection Division decision determining that applicants excluded from refugee protection pursuant to United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(b) since principal applicant committing serious non-political crime of child abduction; alternatively, that applicant generally not credible, failing to establish subjective fear or rebut presumption of state protection, therefore applicant, two minor children not Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96 or 97 respectively—Applicant, Roma from Hungary—Working as journalist, human rights activist, Member of European Parliament while living in Hungary—Feared for safety because of knowledge of Hungarian government’s involvement in Romani killings—Applicant, family coming to Canada—Applicant’s eldest daughter subject of contested custody in Hungary—Eldest daughter returning to Hungary pursuant to Ontario Court of Justice (OCJ) order, withdrawing refugee claim—Refugee Protection Division concluding, *inter alia*, that serious reasons for considering that applicant committing abduction in contravention of custody order or abduction under *Criminal Code*, ss. 282 or s. 283 respectively—Refugee Protection Division’s finding that applicant

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrê-tiste en chef à l’adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d’adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d’adresse à : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.

Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–246
Fiches analytiques	F-1–F-4

A. B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada selon laquelle les demandeurs étaient exclus de la protection des réfugiés au terme de l’art. 1(F)b) de la Convention relative au statut des réfugiés des Nations Unies puisque la demanderesse principale a commis le crime grave de droit commun d’enlèvement d’enfant; il a subsidiairement été conclu que la demanderesse n’était généralement pas crédible, n’avait pas démontré une crainte subjective et n’avait pas réfuté la présomption relative à la protection de l’État et, pour ces raisons, la demanderesse et ses deux enfants mineurs n’étaient pas des réfugiés au sens de la Convention ou des personnes à protéger au sens des art. 96 et 97 respectivement de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La demanderesse est une femme hongroise d’origine rom—Elle travaillait comme journaliste, militante des droits de la personne et députée du Parlement européen en Hongrie—Elle craignait pour sa sécurité en raison de sa connaissance de l’implication du gouvernement hongrois dans le meurtre de Roms—La demanderesse et sa famille sont venues au Canada—L’aînée de la demanderesse faisait l’objet d’une procédure de garde contestée en Hongrie—L’enfant a été retournée à son père en Hongrie en vertu d’une ordonnance de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

committing serious non-political crime pursuant to Convention, Art. 1(F)(b) unreasonable because failing to apply Supreme Court of Canada's decision in *Febles v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, to consider sentencing range—Finding also unreasonable because Refugee Protection Division's application of factors in *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* unreasonable—Regarding *Jayasekara* factors, Refugee Protection Division only briefly addressing mode of prosecution; acknowledging that both *Criminal Code*, ss. 282, 283 hybrid offences—In present matter however, wide range of potential sentences for crime of child abduction existing—Refugee Protection Division erring in circumscribing assessment of seriousness of crime—Even where presumption of seriousness may attach to crime internationally, presumption rebuttable based on identified factors—In analysis of merits of applicant's refugee claim, Refugee Protection Division not ignoring objective evidence, finding that other credible evidence establishing that applicant, family thereof provided with adequate state protection before departure from Hungary —No breach of duty of procedural fairness owed to applicant herein—While Refugee Protection Division's reasons including much emphasis on applicant's conduct in connection with abduction of child, not sole basis of its findings; read in whole, could not be concluded that reasonable person would think more likely than not that Refugee Protection Division not deciding matter fairly either based on findings concerning circumstances surrounding abduction or otherwise—Refugee Protection Division's reasons thus not meeting high threshold demonstrating that reasons giving rise to reasonable apprehension of bias—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la Cour de justice de l'Ontario, et sa demande d'asile au Canada a été retirée—La Section de la protection des réfugiés a conclu, entre autres, qu'il y avait plusieurs motifs de croire que la demanderesse avait commis un enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde selon l'art. 282 du *Code criminel* ou un enlèvement selon l'art. 283—La conclusion de la Section de la protection des réfugiés selon laquelle la demanderesse aurait commis un crime grave de droit commun en vertu de l'art. 1(F)(b) était déraisonnable parce que cette dernière n'a pas appliqué l'arrêt *Febles c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* de la Cour suprême du Canada et qu'elle n'a pas tenu compte de la fourchette de détermination de la peine applicable—La conclusion était également déraisonnable parce que l'application par la Section de la protection des réfugiés des critères de la décision *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* était déraisonnable—En ce qui concerne les facteurs de l'arrêt *Jayasekara*, la Section de la protection des réfugiés a brièvement examiné le type de poursuite et a reconnu que les art. 282 et 283 du *Code criminel* sont des infractions mixtes—En l'espèce, cependant, les peines possibles pour le crime d'enlèvement d'enfants variaient grandement—La Section de la protection des réfugiés a commis une erreur en limitant son évaluation de la gravité du crime—Même lorsqu'une présomption de gravité est liée à un crime au plan international, il est possible de réfuter cette présomption en fonction des critères identifiés—Dans son analyse du bien-fondé de la demande d'asile de la demanderesse, la Section de la protection des réfugiés n'a pas ignoré les éléments de preuve objectifs, concluant que d'autres éléments de preuve crédibles établissaient que la demanderesse et sa famille avaient bénéficié d'une protection adéquate de l'État avant leur départ de la Hongrie—Il n'y a pas eu de manquement au devoir d'équité procédurale envers la demanderesse en l'espèce—Bien que la Section de la protection des réfugiés ait accordé dans ses motifs une grande importance à la conduite de la demanderesse relativement à l'enlèvement de son enfant, ce n'était pas là le seul fondement de ses conclusions et, lus dans leur ensemble, on ne pouvait conclure qu'une personne raisonnable penserait que selon toute vraisemblance, la Section de la protection des réfugiés n'a pas, consciemment ou non, rendu une décision juste, que ce soit en se fondant sur ses conclusions concernant les circonstances entourant l'enlèvement ou autrement—Les motifs de la Section de la protection des réfugiés ne satisfaisaient pas aux exigences très strictes permettant d'établir une crainte raisonnable de partialité—Demande rejetée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Iggillis Holdings Inc. v. Canada (National Revenue) **(F.C.) 80**

Barristers and Solicitors—Common interest privilege—Application under *Income Tax Act*, s. 231.7(1) seeking to enforce requirement for information on respondents to produce document pursuant to Act, s. 231.2(1)—Respondents claiming common interest privilege (CIP) to protect solicitor-client privileged (SCP) communications disclosed during commercial transaction; arguing that CIP accepted doctrine applying in all areas of SCP—Scope of CIP restricted in some jurisdictions—American decision in *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.* refusing to apply CIP outside of litigation-related circumstances—Respondents selling shares to intervener—Various tax memoranda, legal advice circulating between parties’ lawyers, including document at issue (Abacus memo)—Canada Revenue Agency (CRA) alleging transactions tax avoidance scheme, requesting Abacus memo—Applicant arguing, *inter alia*, Abacus memo “business document” thus not privileged, not subject to CIP—Main issues whether Abacus memo protected by SCP; whether Abacus memo protected by CIP in accordance with case law; whether CIP valid constituent of SCP—Abacus memo legal advice, protected from disclosure under SCP—Not business record because lawyers working out solutions therein based on legal conclusions—Parties’ actions consistent with basis of CIP—No waiver of privilege arising from parties’ lawyers—In *Pitney Bowes of Canada Ltd. v. Canada*, involving joint client privilege (JCP) case, Federal Court determining that having transaction concluded constituting common interest essential to doctrine of CIP—Abacus memo reflecting intent to minimize tax exposure, relating only to that issue because legal opinions driving transaction—Legal issues motivating transaction raison d’être of Abacus memo—Advisory CIP not valid constituent form of SCP, having no application to facts herein—Litigation privilege, SCP distinct—Advisory CIP established by coat-tailing on litigation CIP while proper analysis of compatibility thereof with SCP doctrine never made—CIP principles not irreconcilable with litigation privilege doctrine—Common interest necessary to establish CIP, not JCP—Case law supporting advisory CIP established under cloak of confusion—SCP class privilege, not case-by-case privilege—Advisory CIP as exception to waiver of SCP irreconcilable with SCP doctrine—Striking down waiver principle emptying privilege of function, doctrinal rationale—Privilege properly claimed complying with doctrinal principles underlying SCP—Case law not suggesting that SCP must not be interpreted restrictively, not supporting liberal construction of SCP—No basis for recognition of legitimate expectation interest supporting advisory CIP—Selective waiver violating

SOMMAIRE (Suite)

Iggillis Holdings Inc. c. Canada (Revenu national) **(C.F.) 80**

Avocats—Privilège d’intérêt commun—Demande déposée en vertu de l’art. 231.7(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* en vue de faire exécuter la demande de renseignements afin d’enjoindre les défendeurs à produire un document en vertu de l’art. 231.2(1) de la Loi—Les défendeurs revendiquaient un privilège d’intérêt commun afin de protéger les communications confidentielles entre un avocat et son client divulguées durant la négociation d’une opération commerciale et ont fait valoir que le privilège d’intérêt commun est un principe reconnu qui s’applique à tous les aspects du secret professionnel de l’avocat—La portée du privilège d’intérêt commun est limitée dans certains territoires—L’arrêt américain *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.* a refusé d’appliquer le privilège d’intérêt commun dans les circonstances qui ne sont pas liées à un litige—Les défendeurs ont vendu des actions à l’intervenante—Plusieurs notes de service fiscales et un avis juridique ont été communiqués aux avocats des parties, y compris le document faisant l’objet du présent litige (la note de service Abacus)—L’Agence du revenu du Canada (ARC) a allégué que les opérations constituaient des stratagèmes d’évitement fiscal et a demandé d’avoir accès à la note de service Abacus—Le demandeur a fait valoir, entre autres, que la note de service n’était pas privilégiée parce qu’il s’agit principalement d’un « document commercial » qui ne fait pas l’objet d’un privilège d’intérêt commun—Il s’agissait principalement de savoir si la note de service Abacus est protégée par le secret professionnel de l’avocat, si elle est protégée par le privilège d’intérêt commun conformément à la jurisprudence et si le privilège d’intérêt commun est un élément constitutif valide du secret professionnel de l’avocat—La note de service Abacus est une consultation juridique et elle est protégée contre la divulgation par le secret professionnel de l’avocat—La note de service n’est pas une pièce commerciale parce que les avocats des parties ont travaillé ensemble à chaque étape de l’opération pour trouver des solutions ou tirer des conclusions juridiques—Les actes des parties étaient conformes au fondement du privilège d’intérêt commun—L’échange des avis juridiques entre les avocats ne constituait pas une renonciation au privilège—Dans la décision *Pitney Bowes of Canada Ltd. c. Canada*, qui porte sur le secret professionnel conjoint, la Cour fédérale a conclu que l’intérêt commun essentiel au principe du privilège d’intérêt commun serait de conclure l’opération—La note de service Abacus reflétait l’intention de minimiser l’impôt à payer et ne portait que sur cette question puisque des avis juridiques sous-tendaient l’opération—Les questions juridiques qui sous-tendent la structure de l’opération de vente commune étaient la raison d’être de la note de

CONTENTS (Continued)

SCP fundamental precepts—Fundamental differences underlying litigation privilege, SCP; these differences legitimizing grounds for accepting litigation CIP to expand scope of privilege—Strategic purpose of legal advisory CIP anticipation of creating litigation, which purpose incompatible with SCP doctrine—SCP doctrine about maintaining solicitor-client relationship—Doctrine of litigation privilege ultimately favouring shared confidential communications—Advisory CIP rejected on ground not coextensive, reconcilable with SCP requirements—Finally, advisory CIP providing no benefit to administration of justice; claimed policy benefit therefore entirely speculative, representing cost to society—Therefore, respondents required to produce Abacus memo—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

service Abacus—Le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas un élément valide du secret professionnel de l'avocat et ne s'appliquait donc pas aux faits de l'espèce—Le privilège relatif au litige est distinct du secret professionnel de l'avocat—Le privilège d'intérêt commun consultatif a été établi en profitant du succès du privilège d'intérêt commun relatif au litige alors qu'une analyse appropriée de sa compatibilité avec le principe du secret professionnel de l'avocat n'a jamais été effectuée—Les principes du privilège d'intérêt commun ne sont pas incompatibles avec le principe du privilège relatif au litige—Un intérêt commun est nécessaire pour établir un privilège d'intérêt commun, mais ne l'est pas pour établir un secret professionnel conjoint—La jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif a été établie sous un voile de confusion—Le secret professionnel de l'avocat est un privilège générique et non un privilège reconnu au cas par cas—Le privilège d'intérêt commun consultatif en tant qu'exception à la renonciation du secret professionnel de l'avocat est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat—L'annulation du principe de renonciation dépouille le privilège de toutes ses fonctions et de son fondement doctrinal—Un privilège adéquatement revendiqué est conforme aux principes doctrinaux sur lesquels se fonde le secret professionnel de l'avocat—La jurisprudence ne laisse entendre nulle part que le secret professionnel de l'avocat ne doit pas être interprété restrictivement et n'appuie pas une interprétation libérale du secret professionnel de l'avocat—Il n'y a aucune raison de reconnaître une attente légitime pour appuyer le privilège d'intérêt commun consultatif—La renonciation sélective va à l'encontre de ses préceptes fondamentaux du secret professionnel de l'avocat—Il existe des différences fondamentales dans le fondement du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat; ces différences rendent légitimes les motifs justifiant l'acceptation du fait que le privilège d'intérêt commun relatif au litige étend la portée du privilège—L'objectif stratégique du privilège d'intérêt commun consultatif vise à promouvoir des opérations pour lesquelles on prévoit qu'elles susciteront un litige, et cet objectif est incompatible avec la doctrine du secret professionnel de l'avocat—Le principe du secret professionnel de l'avocat porte sur le maintien de la relation avocat-client—Le principe du privilège relatif au litige favorise en fin de compte le partage de communications confidentielles—Le motif sur lequel se fonder pour rejeter le privilège d'intérêt commun consultatif est qu'il ne correspond pas aux exigences du secret professionnel de l'avocat et qu'il est incompatible avec ce dernier—Enfin, le privilège d'intérêt commun consultatif n'apporte aucun avantage pour l'administration de la justice; l'avantage de principe allégué est entièrement spéculatif et représente un coût pour la société—Par conséquent, les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Turp v. Canada (Foreign Affairs) (F.C.) 216

Foreign Trade—Judicial review of decision by Minister of Foreign Affairs (Minister) approving issuance of permits for export of light armoured vehicles (LAVs) to Kingdom of Saudi Arabia (Saudi Arabia)—LAVs subject to export control under *Export and Import Permits Act* (EIPA)—Approval based on absence of: governmental objections, human rights violations, evidence of use of Canadian equipment against civilians—Applicant submitting, *inter alia*, decision to issue permits: running counter to objectives of EIPA, *Geneva Conventions Act* (GCA); not complying with Geneva Conventions of 1949, Common Article 1 (Article 1); not guided by fundamental rights concerns—Whether Minister committing reviewable error in issuing permits—Minister’s discretion exercised in good faith on basis of relevant considerations—EIPA not containing any export prohibitions—Neither United Nations Security Council nor Parliament of Canada adopting any resolution against Saudi Arabia—Export of military vehicles to Saudi Arabia therefore permitted—No connection between Saudi Arabia’s alleged human rights violations, use of exported goods—Minister’s discretion not fettered by export guidelines—Not subject under EIPA, s. 7 to express or implied limitation other than duty to exercise discretion in good faith—Minister considering factors relevant to statutory purpose—Parliament recognizing spirit of Article 1 in enacting EIPA, s. 7(1.01)—Article 1 not applying herein—Role of Court not to pass moral judgment on Minister’s decision—Application dismissed.

International Law—Geneva Conventions, 1949—Minister of Foreign Affairs (Minister) approving issuance of permits for export of light armoured vehicles (LAVs) to Kingdom of Saudi Arabia (Saudi Arabia)—Applicant submitting, *inter alia*, decision to issue permits not complying with Geneva Conventions of 1949, Common Article 1—Article 1 not applying herein as Canada not involved in conflict—Extending scope of Article 1 to states that are not parties to an armed

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

défendeurs ont été tenus de présenter la note de service Abacus—Demande accueillie.

Turp c. Canada (Affaires étrangères) (C.F.) 216

Commerce extérieur—Contrôle judiciaire d’une décision du ministre des Affaires étrangères (le ministre) approuvant l’octroi de licences d’exportation pour des véhicules blindés légers (VBL) vers le Royaume d’Arabie saoudite (Arabie saoudite)—Les VBL sont des marchandises soumises à un contrôle d’exportation en vertu de la *Loi sur les licences d’exportation et d’importation* (LLEI)—L’approbation était fondée sur l’absence d’objections de la part du gouvernement, de violation des droits humains et de preuve d’utilisation d’équipement canadien contre des civils—Le demandeur a fait valoir, entre autres, que l’octroi des licences d’exportation va à l’encontre des objectifs de la LLEI et de la *Loi sur les conventions de Genève* (LCG), ne respecte pas l’article premier commun des Conventions de Genève de 1949 et n’a pas été guidée par des considérations liées aux droits fondamentaux—Il s’agissait de savoir si le ministre a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en octroyant les licences—L’exercice du pouvoir discrétionnaire par le ministre s’est fait de bonne foi en fonction des considérations pertinentes—La LLEI ne contient aucune interdiction d’exportation—Aucune résolution n’a été prise envers l’Arabie saoudite, que ce soit par le Conseil de sécurité des Nations Unies, ou le Parlement canadien—L’exportation de véhicules militaires à destination de l’Arabie saoudite était permise—Il n’y avait aucun lien entre les violations des droits de l’homme dont on accuse l’Arabie saoudite et l’usage des biens exportés—L’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre n’est pas limité par les directives en matière d’exportation—Le pouvoir discrétionnaire du ministre en vertu de l’art. 7 de la LLEI ne prévoit aucune limite expresse ou implicite, autre que le devoir d’être exercé de bonne foi—Le ministre s’est fondé sur des facteurs qui ne sont pas des considérations inappropriées ou étrangères à l’objet de la loi—Le Parlement a reconnu l’esprit de l’article premier des Conventions en édictant l’art. 7(1.01) de la LLEI—L’article premier ne trouvait pas application en l’espèce—Le rôle de la Cour n’est pas de jeter un regard moral sur la décision du ministre—Demande rejetée.

Droit international—Conventions de Genève de 1949—Le ministre des Affaires étrangères (le ministre) a approuvé l’octroi de licences d’exportation pour des véhicules blindés légers (VBL) vers le Royaume d’Arabie saoudite (Arabie saoudite)—Le demandeur a fait valoir, entre autres, que la décision d’octroyer des licences ne respecte pas l’article premier commun des Conventions de Genève de 1949—Comme le Canada n’était pas impliqué dans le conflit, l’article premier

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

conflict would prevent export of military equipment without there being any evidence of a substantial risk that such equipment will be used to commit violation of international humanitarian law.

SOMMAIRE (Fin)

ne trouvait pas application—Étendre la portée de l'article premier aux États qui ne sont pas parties à un conflit armé empêcherait l'exportation d'équipements militaires sans qu'il existe la preuve d'un risque substantiel que de tels équipements soient utilisés pour commettre une violation du droit international humanitaire.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Candelaria Agudelo-Don&Can v. Canada, A-434-15, Scott, Rennie and Gleason J.J.A., order dated September 30, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused November 9, 2017.

Mario Côté inc. v. Canada (Attorney General), A-544-15, 2017 FCA 36, de Montigny J.A., judgment dated February 16, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused November 9, 2017.

Olumide v. Canada, 16-A-38, Stratas J.A., direction dated January 16, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused November 9, 2017.

Olumide v. Canada, A-164-16, Stratas J.A., direction dated January 16, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused November 9, 2017.

Olumide v. Canada, A-201-16, Stratas J.A., direction dated January 3, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused November 9, 2017.

Olumide v. Canada, A-294-16, Stratas J.A., order dated December 12, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused November 9, 2017.

Olumide v. Canadian Judicial Council, A-367-16, Stratas J.A., direction dated January 16, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused November 9, 2017.

Olumide v. Conservative Party of Canada, A-313-16, Stratas J.A., direction dated January 16, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused November 9, 2017.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Candelaria Agudelo-Don&Can c. Canada, A-434-15, les juges Scott, Rennie et Gleason, J.C.A., ordonnance en date du 30 septembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 novembre 2017.

Mario Côté inc. c. Canada (Procureur général), A-544-15, 2017 CAF 36, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 16 février 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 novembre 2017.

Olumide c. Canada, 16-A-38, le juge Stratas, J.C.A., instruction en date du 16 janvier 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 novembre 2017.

Olumide c. Canada, A-164-16, le juge Stratas, J.C.A., instruction en date du 16 janvier 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 novembre 2017.

Olumide c. Canada, A-201-16, le juge Stratas, J.C.A., instruction en date du 3 janvier 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 novembre 2017.

Olumide c. Canada, A-294-16, le juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 12 décembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 novembre 2017.

Olumide c. Conseil canadien de la magistrature, A-367-16, le juge Stratas, J.C.A., instruction en date du 16 janvier 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 novembre 2017.

Olumide c. Parti conservateur du Canada, A-313-16, le juge Stratas, J.C.A., instruction en date du 16 janvier 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 novembre 2017.

**Federal Courts
Reports**

2017, Vol. 4, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2017, Vol. 4, 1^{er} fascicule

IMM-919-15
2016 FC 1385

IMM-919-15
2016 CF 1385

A. B., C. D. and E. F. (Applicants)

A. B., C. D. et E. F. (demandeurs)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)**

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(défendeur)**

INDEXED AS: A. B. v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : A. B. C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Strickland J.—Toronto, October 19;
Ottawa, December 16, 2016.

Cour fédérale, juge Strickland—Toronto, 19 octobre;
Ottawa, 16 décembre 2016.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Refugee Protection Division decision determining that applicants excluded from refugee protection pursuant to United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, art. 1F(b) since principal applicant committing serious non-political crime of child abduction; alternatively, that applicant generally not credible, failing to establish subjective fear or rebut presumption of state protection, therefore applicant, two minor children not Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, ss. 96 or 97 respectively — Applicant, Roma from Hungary — Working as journalist, human rights activist, Member of European Parliament while living in Hungary — Feared for safety because of knowledge of Hungarian government's involvement in Romani killings — Applicant, family coming to Canada — Applicant's eldest daughter subject of contested custody in Hungary — Eldest daughter returning to Hungary pursuant to Ontario Court of Justice (OCJ) order; withdrawing refugee claim — Refugee Protection Division concluding, inter alia, that serious reasons for considering that applicant committing abduction in contravention of custody order or abduction under Criminal Code, s. 282 or s. 283 respectively — Refugee Protection Division's finding that applicant committing serious non-political crime pursuant to Convention, art. 1(F)(b) unreasonable because failing to apply Supreme Court of Canada's decision in *Febles v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), to consider sentencing range — Finding also unreasonable because Refugee Protection Division's application of factors in *Jayasekara v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) unreasonable — Regarding *Jayasekara* factors, Refugee Protection Division only briefly addressing mode of prosecution; acknowledging that both Criminal Code, ss. 282, 283 hybrid offences — In present matter however, wide range of potential sentences*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada selon laquelle les demandeurs étaient exclus de la protection des réfugiés au terme de l'art. 1(F)(b) de la Convention relative au statut des réfugiés des Nations Unies puisque la demanderesse principale a commis le crime grave de droit commun d'enlèvement d'enfant; il a subsidiairement été conclu que la demanderesse n'était généralement pas crédible, n'avait pas démontré une crainte subjective et n'avait pas réfuté la présomption relative à la protection de l'État et, pour ces raisons, la demanderesse et ses deux enfants mineurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention ou des personnes à protéger au sens des art. 96 et 97 respectivement de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La demanderesse est une femme hongroise d'origine rom — Elle travaillait comme journaliste, militante des droits de la personne et députée du Parlement européen en Hongrie — Elle craignait pour sa sécurité en raison de sa connaissance de l'implication du gouvernement hongrois dans le meurtre de Roms — La demanderesse et sa famille sont venues au Canada — L'aînée de la demanderesse faisait l'objet d'une procédure de garde contestée en Hongrie — L'enfant a été retournée à son père en Hongrie en vertu d'une ordonnance de la Cour de justice de l'Ontario, et sa demande d'asile au Canada a été retirée — La Section de la protection des réfugiés a conclu, entre autres, qu'il y avait plusieurs motifs de croire que la demanderesse avait commis un enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde selon l'art. 282 du Code criminel ou un enlèvement selon l'art. 283 — La conclusion de la Section de la protection des réfugiés selon laquelle la demanderesse aurait commis un crime grave de droit commun en vertu de l'art. 1(F)(b) était déraisonnable parce que cette dernière n'a pas appliqué l'arrêt *Febles c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de*

for crime of child abduction existing — Refugee Protection Division erring in circumscribing assessment of seriousness of crime — Even where presumption of seriousness may attach to crime internationally, presumption rebuttable based on identified factors — In analysis of merits of applicant's refugee claim, Refugee Protection Division not ignoring objective evidence, finding that other credible evidence establishing that applicant, family thereof provided with adequate state protection before departure from Hungary — No breach of duty of procedural fairness owed to applicant herein — While Refugee Protection Division's reasons including much emphasis on applicant's conduct in connection with abduction of child, not sole basis of its findings; read in whole, could not be concluded that reasonable person would think more likely than not that Refugee Protection Division not deciding matter fairly either based on findings concerning circumstances surrounding abduction or otherwise — Refugee Protection Division's reasons thus not meeting high threshold demonstrating that reasons giving rise to reasonable apprehension of bias — Application dismissed.

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of Canada determining that the applicants were excluded from refugee protection pursuant to Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* since the principal applicant had committed the serious non-political crime of child abduction. It also decided alternatively that the applicant was generally not credible and had failed to establish subjective fear or to rebut the presumption of state protection and, on that basis, the applicant and her two minor children were not Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to section 96 or 97 respectively of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicant is a Roma woman from Hungary who claimed that in Hungary she worked in particular as a journalist reporting about human rights violations involving the Roma. She also served as a

l'Immigration) de la Cour suprême du Canada et qu'elle n'a pas tenu compte de la fourchette de détermination de la peine applicable — La conclusion était également déraisonnable parce que l'application par la Section de la protection des réfugiés des critères de la décision Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) était déraisonnable — En ce qui concerne les facteurs de l'arrêt Jayasekara, la Section de la protection des réfugiés a brièvement examiné le type de poursuite et a reconnu que les art. 282 et 283 du Code criminel sont des infractions mixtes — En l'espèce, cependant, les peines possibles pour le crime d'enlèvement d'enfants variaient grandement — La Section de la protection des réfugiés a commis une erreur en limitant son évaluation de la gravité du crime — Même lorsqu'une présomption de gravité est liée à un crime au plan international, il est possible de réfuter cette présomption en fonction des critères identifiés — Dans son analyse du bien-fondé de la demande d'asile de la demanderesse, la Section de la protection des réfugiés n'a pas ignoré les éléments de preuve objectifs, concluant que d'autres éléments de preuve crédibles établissaient que la demanderesse et sa famille avaient bénéficié d'une protection adéquate de l'État avant leur départ de la Hongrie — Il n'y a pas eu de manquement au devoir d'équité procédurale envers la demanderesse en l'espèce — Bien que la Section de la protection des réfugiés ait accordé dans ses motifs une grande importance à la conduite de la demanderesse relativement à l'enlèvement de son enfant, ce n'était pas là le seul fondement de ses conclusions et, lus dans leur ensemble, on ne pouvait conclure qu'une personne raisonnable penserait que selon toute vraisemblance, la Section de la protection des réfugiés n'a pas, consciemment ou non, rendu une décision juste, que ce soit en se fondant sur ses conclusions concernant les circonstances entourant l'enlèvement ou autrement — Les motifs de la Section de la protection des réfugiés ne satisfaisaient pas aux exigences très strictes permettant d'établir une crainte raisonnable de partialité — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada selon laquelle les demandeurs étaient exclus de la protection des réfugiés au terme de l'alinéa 1(F)b) de la *Convention relative au statut des réfugiés* des Nations Unies puisque la demanderesse principale a commis le crime grave de droit commun d'enlèvement d'enfant. Il a subsidiairement été conclu que la demanderesse n'était généralement pas crédible, n'avait pas démontré une crainte subjective et n'avait pas réfuté la présomption relative à la protection de l'État. Pour ces raisons, la demanderesse et ses deux enfants mineurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention ou des personnes à protéger au sens des articles 96 et 97 respectivement de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La demanderesse est une femme hongroise d'origine rome qui allègue

Member of the European Parliament (MEP) for several years where she was involved in Hungarian educational reforms and issues relating to Roma children. Within her work as a MEP, she began to focus on the Hungarian state's involvement and complicity in violence against Romani people including serial killings. She claimed that, during her tenure as a MEP, she and her family were the subject of daily insults and threats and that she later obtained police protection as requested. She eventually withdrew from public advocacy given her fears involving the Hungarian Secret Service. The applicant believed that it was no longer safe for her and her family to remain in Hungary since she would be arrested because of her knowledge of the government's involvement in the Romani killings. She came to Canada with her husband and their three children. The applicant's eldest daughter from a previous marriage was the subject of contested custody proceedings in Hungary. A Hungarian court judgment terminated the applicant's joint custody rights of that daughter and ordered the child's return to the custody of her father with visitation rights to the applicant. The eldest child was later returned to her father in Hungary pursuant to an Ontario Court of Justice (OCJ) order and that daughter's claim for protection in Canada was withdrawn. The respondent believed that there had been a contravention of Article 1F(b) of the Convention and that the applicant was excluded from refugee protection in Canada since she had committed the serious non-political crime of child abduction before coming to Canada.

In its decision, the Refugee Protection Division concluded, *inter alia*, that there were serious reasons for considering that the applicant had committed a serious non-political crime outside the country of refuge before her admission to that country as a refugee, specifically section 282 of the *Criminal Code* (abduction in contravention of a custody order) and, alternatively, section 283 (abduction).

The issues were whether the Refugee Protection Division erred in finding that the applicant was excluded pursuant to Article 1F(b) of the Convention; whether it erred in its treatment of the evidence; and whether it breached its duty of procedural fairness or displayed a reasonable apprehension of bias.

Held, the application should be dismissed.

The Refugee Protection Division's finding that the applicant committed a serious non-political crime pursuant to Article 1F(b) of the Convention was unreasonable, first because it failed to properly apply the Supreme Court of Canada's decision

qu'elle travaillait en particulier comme journaliste en Hongrie et qu'elle couvrait les violations des droits de la personne touchant les Roms. Elle aurait également agi comme députée du Parlement européen pendant plusieurs années, où elle a concentré son travail sur la réforme de l'éducation en Hongrie et sur les questions touchant les enfants roms. Son attention au Parlement européen a commencé à se porter sur la réponse de la Hongrie à l'égard des violences commises envers les Roms, y compris les meurtres en série, et la participation de l'État à ces violences. Elle allègue que pendant son mandat de députée du Parlement européen, elle-même et sa famille ont fait l'objet d'insultes et de menaces quotidiennes et qu'elle a demandé et obtenu une protection policière. Elle a finalement cessé de militer publiquement parce qu'elle craignait les services secrets hongrois. La demanderesse a cru qu'il n'était plus sécuritaire pour elle et sa famille de demeurer en Hongrie puisqu'elle serait arrêtée en raison de sa connaissance de l'implication du gouvernement dans le meurtre de Roms. Elle est venue au Canada avec son mari et ses trois enfants. L'aînée de la demanderesse, issue d'un mariage précédent, faisait l'objet d'une procédure de garde contestée en Hongrie. Un jugement d'une cour de la Hongrie a mis fin à la garde partagée, ordonnant le retour de l'enfant auprès du père et accordant des droits de visite à la demanderesse. L'enfant a par la suite été retournée à son père en Hongrie en vertu d'une ordonnance de la Cour de justice de l'Ontario, et sa demande d'asile au Canada a été retirée. Le défendeur croyait que l'alinéa 1(F)b) de la Convention avait été violé et que la demanderesse était exclue de la protection des réfugiés au Canada puisqu'elle avait commis le crime de droit commun grave d'enlèvement d'enfant avant de venir au Canada.

Dans sa décision, la Section de la protection des réfugiés a conclu, entre autres, qu'il y avait plusieurs motifs de croire que la demanderesse avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du pays d'asile avant son admission dans ce pays à titre de réfugié, soit le crime prévu à l'article 282 du *Code criminel* (enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde) et, subsidiairement, celui prévu à l'article 283 (enlèvement).

Il s'agissait de savoir si la Section de la protection des réfugiés a commis une erreur en concluant à l'exclusion de la demanderesse en vertu de l'alinéa 1(F)b) de la Convention; si elle a commis une erreur dans son traitement de la preuve; et si elle a failli à son obligation d'équité procédurale ou engendré une crainte raisonnable de partialité.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La conclusion de la Section de la protection des réfugiés selon laquelle la demanderesse aurait commis un crime grave de droit commun selon l'alinéa 1(F)b) de la Convention était déraisonnable, premièrement parce que cette dernière n'a pas

in *Febles v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* and to consider the sentencing range and, second, because of its unreasonable application of the *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* factors. In this case, the Refugee Protection Division specifically requested that applicant's counsel provide it with post-hearing submissions on the applicability of *Febles*, which was done. However, regardless of its request for and receipt of these submissions, the Refugee Protection Division did not conduct a *Febles* analysis or explain why it declined to do so. Although it is not clear from its reasons, it appears that the Refugee Protection Division was of the view that it need not address the Supreme Court of Canada's direction concerning the role of a sentencing range when determining the seriousness of a crime for the purposes of exclusion pursuant to Article 1F(b) since these were merely suggestions in *obiter*. Instead it appeared to have determined that the applicable standard for determining if there were serious reasons for considering that the applicant had committed a serious non-political crime outside Canada, before her admission to Canada as a refugee, was the existence of the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (Hague Convention) and the evidence that confirmed that the applicant had removed and wrongfully retained the child who was subsequently returned to her father by way of the Hague Convention order of the OCJ. This was not determinative. The Refugee Protection Division thus erred in failing to apply *Febles* and to consider whether the ten-year rule (i.e. a crime will generally be considered as serious where a maximum sentence of ten or more years could have been imposed had the crime been committed in Canada) had been rebutted in the case before it and this was a reviewable error.

With respect to the *Jayasekara* factors, the Refugee Protection Division briefly addressed the mode of prosecution and acknowledged that both sections 282 and 283 of the *Criminal Code* are hybrid offences. But this was the total extent of its analysis of the mode of prosecution factor. In this matter, there was a wide range of potential sentences for the crime of child abduction from six months to ten years, which was not considered by the Refugee Protection Division. It was not open to the Refugee Protection Division, when considering the seriousness of the offence, to fail to consider an applicable provision of the *Criminal Code* that described the lower end of the sentencing range applicable to the section 282 and 283 offences that it was considering, whether or not the applicant specifically referred to that section of the *Criminal Code*. While the Refugee Protection Division did not err in its finding that the laying of charges or the entering of a conviction are not prerequisites to exclusion pursu-

appliqué l'arrêt *Febles c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* de la Cour suprême du Canada et qu'elle n'a pas tenu compte de la fourchette de détermination de la peine applicable, et deuxièmement parce que son application des critères de la décision *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* était déraisonnable. En l'espèce, la Section de la protection des réfugiés a directement demandé aux avocats de la demanderesse de lui faire parvenir des observations après l'audience sur l'application de l'arrêt *Febles*, ce qui a été fait. Cependant, en dépit d'avoir demandé et reçu des observations des parties à ce sujet, la Section de la protection des réfugiés n'a pas entrepris d'analyse en fonction de l'arrêt *Febles* ni expliqué pourquoi elle avait omis de le faire. Bien que cela ne ressorte pas clairement de ses motifs, il semble que la Section de la protection des réfugiés était d'avis qu'elle n'avait pas à tenir compte des directives de la Cour suprême du Canada relativement au rôle de la fourchette de détermination de la peine pour établir la gravité d'un crime aux fins de l'exclusion en application de l'alinéa 1(F)b) puisque ces directives étaient simplement des suggestions formulées en *obiter*. Elle semble plutôt avoir déterminé que la norme applicable pour établir s'il y avait des raisons sérieuses de considérer que la demanderesse avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du Canada avant son admission au pays à titre de réfugiée résidait dans la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (Convention de La Haye) et dans la preuve confirmant que la demanderesse avait illégalement retiré et retenu son enfant de la Hongrie, enfant qui a ensuite été renvoyée à son père au moyen d'une ordonnance prononcée en vertu de la Convention de La Haye par la Cour de justice de l'Ontario. Ces facteurs n'étaient pas déterminants. La Section de la protection des réfugiés a fait défaut d'appliquer l'arrêt *Febles* et d'évaluer si la règle des dix ans (un crime est un crime grave si une peine maximale d'au moins dix ans aurait pu être imposée si le crime avait été commis au Canada) avait été réfutée. Il s'agissait d'une erreur susceptible de révision.

En ce qui concerne les facteurs de l'arrêt *Jayasekara*, la Section de la protection des réfugiés a brièvement examiné le type de poursuite et a reconnu que les articles 282 et 283 du *Code criminel* sont des infractions mixtes. Son analyse du critère du mode de poursuite s'est cependant limitée à ces observations. En l'espèce, les peines possibles pour le crime d'enlèvement d'enfants variaient grandement, pouvant aller de six mois à dix ans d'emprisonnement, ce dont la Section de la protection des réfugiés n'a pas tenu compte. Pour déterminer la gravité du crime, la Section de la protection des réfugiés n'avait pas le loisir de ne pas tenir compte des dispositions applicables du *Code criminel* décrivant les peines les plus légères applicables aux infractions prévues aux articles 282 et 283 qu'il a invoquées, que la demanderesse ait directement renvoyé à cet article du *Code criminel* ou non. Bien que la Section de la protection des réfugiés n'ait pas commis d'erreur

ant to Article 1F(b), it did err in its interpretation of paragraph 37 of *Jayasekara* (gravity of a crime) and, based on that error, in circumscribing its assessment of the seriousness of the crime. Paragraph 37 of *Jayasekara* does not support the proposition that the existence of an international convention such as the Hague Convention is the sole factor or “standard” against which seriousness must be assessed. Rather, even where a presumption of seriousness may attach to a crime internationally, the presumption is rebuttable based on the identified factors.

Regarding the Refugee Protection Division’s treatment of the evidence in its analysis of the merits of the applicant’s refugee claim, the Refugee Protection Division did not ignore objective evidence such as an Amnesty International letter addressed to the applicant’s counsel nor did it dismiss it. Rather it found that other credible evidence established that the applicant and her family had been provided with adequate state protection prior to their departure from Hungary. This finding was supported by the evidence as described in the Refugee Protection Division’s reasons. Also, the Refugee Protection Division’s failure to mention some documentary evidence was not fatal to the decision as it was assumed that it weighed and considered all of the evidence unless it was shown to the contrary. Viewing the Refugee Protection Division’s state protection analysis as a whole, including its recognition of the applicant’s profile, the applicant failed to rebut the presumption of state protection with clear and convincing evidence.

As to breaching the duty of fairness, the Refugee Protection Division considered material contained in the claims of the applicant’s sister and mother, which were before another member of the Refugee Protection Division, at the applicant’s request. Considering all of the evidence including its negative findings concerning the applicant’s credibility, it assigned little weight to this material as it was unable to determine that these family members were credible. In these circumstances, there was no breach of the duty of procedural fairness owed to the applicant.

With respect to a reasonable apprehension of bias, the applicant submitted that the Refugee Protection Division’s decision showed that the applicant’s advocacy for the Roma and her decision to bring her eldest daughter to Canada offended the Refugee Protection Division and made it impossible for it to make an objective and impartial determination. Based on a

en concluant qu’il n’est pas nécessaire que des accusations soient portées ou qu’une condamnation soit prononcée pour exclure une personne en vertu de l’alinéa 1(F)b), elle a commis une erreur dans son interprétation du paragraphe 37 de l’arrêt *Jayasekara* (gravité d’un crime) et, par cette erreur, en limitant son évaluation de la gravité du crime. Le paragraphe 37 de l’arrêt *Jayasekara* n’appuie pas l’idée que l’existence d’une convention internationale comme la Convention de La Haye est l’unique facteur ou « norme » devant servir à l’évaluation de la gravité. En fait, même lorsqu’une présomption de gravité est liée à un crime au plan international, il est possible de réfuter cette présomption en fonction des critères identifiés.

Concernant le traitement de la preuve par la Section de la protection des réfugiés dans son analyse du bien-fondé de la demande d’asile de la demanderesse, la Section n’a pas ignoré les éléments de preuve objectifs comme la lettre d’Amnistie internationale adressée aux avocats de la demanderesse et ne les a pas non plus rejetés. Au contraire, elle a conclu que d’autres éléments de preuve crédibles établissaient que la demanderesse et sa famille avaient bénéficié d’une protection adéquate de l’État avant leur départ de la Hongrie. Cette conclusion était appuyée par les éléments de preuve qui sont décrits dans la décision motivée de la Section de la protection des réfugiés. De plus, l’omission par la Section de la protection des réfugiés de mentionner certains éléments de la preuve documentaire n’a pas eu pour effet de vicier sa décision, car on a supposé qu’elle a pesé et considéré toute la preuve dont elle était saisie, jusqu’à preuve du contraire. À l’examen de l’ensemble de l’analyse que la Section de la protection des réfugiés a faite de la protection conférée par l’État, y compris la reconnaissance du profil de la demanderesse, la demanderesse n’a pas réussi à réfuter la présomption de protection de l’État au moyen d’éléments de preuve clairs et convaincants.

En ce qui concerne le manquement à l’obligation d’équité procédurale, la Section de la protection des réfugiés a examiné le matériel contenu dans les demandes de la sœur et de la mère de la demanderesse, lesquelles étaient entre les mains d’un autre membre de la Section, à la demande de la demanderesse. Compte tenu de tous les éléments de preuve qui lui avaient été présentés, y compris ses conclusions négatives concernant la crédibilité de la demanderesse, elle leur a accordé peu d’importance, car elle était incapable de conclure que ceux-ci étaient crédibles. Vu les circonstances, il n’y a pas eu de manquement au devoir d’équité procédurale envers la demanderesse.

Quant à la question de l’impression raisonnable de partialité, la demanderesse a affirmé que la décision de la Section de la protection des réfugiés donnait l’impression que ses efforts à défendre les Roms et sa décision d’amener sa fille aînée au Canada ont offensé la Section et l’ont empêchée de rendre une décision objective et impartiale. Selon un examen de la déci-

review of the evidence, there was no merit to the applicant's assertion and there was nothing that led to that impression. Nor did the evidence support any suggestion of bias in regard to this issue or otherwise. Although the Refugee Protection Division's reasons included much emphasis on the applicant's conduct in connection with the abduction of her child, which the Refugee Protection Division found to undermine the applicant's credibility, this was not the sole basis of its findings and, read in whole, it could not be concluded that a reasonable person would think that it was more likely than not that the Refugee Protection Division did not decide fairly either based on its findings concerning the circumstances surrounding the abduction or otherwise. The Refugee Protection Division's reasons therefore did not meet the very high threshold or were cogent evidence demonstrating that its reasons gave rise to a reasonable apprehension of bias.

sion, l'allégation de la demanderesse n'était pas fondée et rien ne menait à cette impression. Rien n'appuyait toute suggestion de partialité relativement à cette question, de quelque façon, non plus. Bien que la Section de la protection des réfugiés ait accordé dans ses motifs une grande importance à la conduite de la demanderesse relativement à l'enlèvement de son enfant, conduite qui selon elle minait sa crédibilité, ce n'était pas là le seul fondement de ses conclusions et, lus dans leur ensemble, on ne pouvait conclure qu'une personne raisonnable penserait que selon toute vraisemblance, la Section de la protection des réfugiés n'a pas, consciemment ou non, rendu une décision juste, que ce soit en se fondant sur ses conclusions concernant les circonstances entourant l'enlèvement ou autrement. Les motifs de la Section de la protection des réfugiés ne constituaient donc pas une preuve convaincante ou ne satisfaisaient pas aux exigences très strictes permettant d'établir une crainte raisonnable de partialité.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 57(b)(i), 282, 283, 285, 403, 787.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1),(3), 74(d), 96, 97, 170(e).
Refugee Protection Division Rules, SOR/2012-256, rr. 21, 29, 36.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 20 December 1988, [1990] Can. T.S. No. 42.
Convention on Psychotropic Substances, 21 February 1971, [1988] Can. T.S. No. 35.
Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, The Hague, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35.
Protocol amending the Single Convention on Narcotics Drugs, 1961, March 25, 1972, [1976] Can. T.S. No. 48.
Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, 30 March 1961, [1964] Can. T.S. No. 30.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

CASES CITED

APPLIED:

Febles v. Canada (Citizenship and Immigration), 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 404, [2009] 4

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 57b)(i), 282, 283, 285, 403, 787.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1),(3), 74d), 96, 97, 170e).
Règles de la section de la protection des réfugiés, DORS/2012-256, règles 21, 29, 36.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 20 décembre 1988, [1990] R.T. Can. n° 42.
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).
Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, La Haye, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35.
Convention sur les substances psychotropes, 21 février 1971, [1988] R.T. Can. n° 35.
Convention unique sur les stupéfiants de 1961, 30 mars 1961, [1964] R.T. Can. n° 30.
Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, 25 mars 1972, [1976] R.T. Can. n° 48.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 404, [2009]

F.C.R. 164; *Jung v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 464, 479 F.T.R. 1; *Tabagua v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 709, 482 F.T.R. 143; *Hersy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 190, 39 Imm. L.R. (4th) 32; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; *Zhu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1139, 442 F.T.R. 237; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290.

CONSIDERED:

G.B. v. V.M., 2012 ONCJ 745 (CanLII); *Kovacs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1473, [2006] 2 F.C.R. 455; *R. v. Thrones*, 2009 ONCJ 469 (CanLII); *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390, (2000), 190 D.L.R. (4th) 128 (C.A.); *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Sitnikova v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 464, 45 Imm. L.R. (4th) 298; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FCA 125, 253 D.L.R. (4th) 606; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298, (1993), 253 D.L.R. (4th) 606 (C.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Villalobos v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 60, 473 F.T.R. 268; *Roberts v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 632, 390 F.T.R. 241; *Liang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 765; *Walcott v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 505; *Gvozdenovic v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 851; *Alhayek v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1126, 418 F.T.R. 144; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Yin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 544; *Jadallah v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1240; *Gurusamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 990; *Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 537, (1984), 86 F.T.R. 124 (T.D.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193, amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222, (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Reyes Rivas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 317; *R. v. Mendez* (1997), 32 O.R. (3d) 67 (C.A.), 1997 CanLII 432; *R. v. Dawson*, [1996] 3 S.C.R. 783, (1996), 141 D.L.R. (4th) 251; *Zrig v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761; *Botezatu v. Canada (Citizenship and*

Immigration), 2013 CF 164; *Jung c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 464; *Tabagua c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 709; *Hersy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 190; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Zhu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1139; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

G.B. v. V.M., 2012 ONCJ 745 (CanLII); *Kovacs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1473, [2006] 2 R.C.F. 455; *R. v. Thrones*, 2009 ONCJ 469 (CanLII); *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.); *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Sitnikova c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 464; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CAF 125; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Villalobos c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 60; *Roberts c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 632; *Liang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 765; *Walcott c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 505; *Gvozdenovic c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 851; *Alhayek c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1126; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Yin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 544; *Jadallah c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1240; *Gurusamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 990; *Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 537 (1^{re} inst.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, motifs modifiés, [1998] 1 R.C.S. 1222; *Reyes Rivas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 317; *R. v. Mendez* (1997), 32 O.R. (3d) 67 (C.A.), 1997 CanLII 432; *R. c. Dawson*, [1996] 3 R.C.S. 783; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761; *Botezatu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 917; *Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 732 (QL) (C.A.); *Abbas c. Canada (Citoyenneté et*

Immigration), 2011 FC 917, 2 Imm. L.R. (4th) 34; *Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 732 (QL), (1993), 160 N.R. 315 (C.A.); *Abbas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 911; *Vargas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 484; *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Voloshyn v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 480; *Herrera Andrade v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1490; *Huang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 66 F.T.R. 178 (F.C.T.D.); *Velinova v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 268, 324 F.T.R. 180; *Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; *Flores Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636; *Hinzman v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413; *John v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 915, 46 Imm. L.R. (4th) 65; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Ali*, 2016 FC 709; *Mantilla Cortes v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 254; *Lawal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 558; *Cao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 315; *Jin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 595; *Fatima v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 94; *Xi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 174; *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 247 F.T.R. 320.

AUTHORS CITED

Report of the Standing Senate Committee on Human Rights. *Alert: Challenges and International Mechanisms to Address Cross-Border Child Abduction*, July 2015.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of Canada finding that the applicants were excluded from refugee protection pursuant to Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* and alternatively finding that they were not Convention refugees or persons in need of protection pursuant to section 96 or 97 respectively of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

Immigration), 2016 CF 911; *Vargas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 484; *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1^{re} inst.); *Voloshyn c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 480; *Herrera Andrade c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1490; *Huang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 901 (QL) (1^{re} inst.); *Velinova c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 268; *Hassan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 946 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Flores Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636; *Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 171; *John c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 915; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ali*, 2016 CF 709; *Mantilla Cortes c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 254; *Lawal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 558; *Cao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 315; *Jin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 595; *Fatima c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 94; *Xi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 174; *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 R.C.F. 129; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89.

DOCTRINE CITÉE

Rapport du Comité sénatorial permanent des droits de la personne. *Alerte : Défis et mécanismes internationaux pour faire face à l'enlèvement international d'enfants*, juillet 2015.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada selon laquelle les demandeurs étaient exclus de la protection des réfugiés au terme de l'alinéa 1(F)b) de la *Convention relative au statut des réfugiés* des Nations Unies et subsidiairement qu'ils n'étaient pas des réfugiés au sens de la convention ou des personnes à protéger au sens des articles 96 et 97 respectivement de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

APPEARANCES

Andrew J. Brouwer for applicants.
Jocelyn Espejo-Clarke for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Refugee Law Office, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

[1] STRICKLAND J.: This is an application for judicial review of the February 2, 2015 decision of Mr. John Kivlichan, a member (Member) of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (RPD). The Member found that the applicants were excluded from refugee protection pursuant to Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (Convention) as the principal applicant (hereinafter referred to as the applicant) had committed the serious non-political crime of child abduction. Alternatively, that the applicant was generally not credible, had failed to establish subjective fear or to rebut the presumption of state protection and, on that basis, the applicant and her two minor children, for whom she had been appointed as the designated representative, were not Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to section 96 or section 97, respectively, of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

Confidentiality Order

[2] A confidentiality order was issued in this matter by Prothonotary Milczynski on March 12, 2015. At the hearing before me, the parties agreed that the documents that had been sealed and filed as confidential in the Court record would remain as such. It was also agreed that the hearing would proceed in open Court which was attended only by persons known to the parties, however,

ONT COMPARU

Andrew J. Brouwer pour les demandeurs.
Jocelyn Espejo-Clarke pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Refugee Law Office, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

[1] LA JUGE STRICKLAND : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du 2 février 2015 de M. John Kivlichan, commissaire (le commissaire) de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. Le commissaire a conclu que les demandeurs sont exclus de la protection des réfugiés au terme de l'alinéa 1Fb) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, de 1951 (la Convention) puisque la demanderesse principale (ci-après appelé la demanderesse) a commis le crime grave de droit commun d'enlèvement d'enfant. Subsidiairement, le commissaire a conclu que la demanderesse n'était généralement pas crédible, n'a pas démontré une crainte subjective et n'a pas réfuté la présomption relative à la protection de l'État. Pour ces raisons, la demanderesse et ses deux enfants mineurs, de qui elle a été nommée représentante désignée, ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention ou des personnes à protéger au sens des articles 96 et 97 respectivement de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR).

Ordonnance de confidentialité

[2] Une ordonnance de confidentialité a été rendue dans cette affaire le 12 mars 2015 par la protonotaire Milczynski. Lors de l'audience devant moi, les parties ont convenu que les documents qui avaient été scellés et déposés confidentiellement au dossier de la Cour demeureraient confidentiels. Il a également été convenu que l'audience serait publique, puisque seules des

that the names of the applicants or names of others who might be associated with or serve to identify the applicants would not be used during oral argument. Because the proceeding was recorded, I will order that, should any third party seek a copy of the recorded proceeding, the Court Registry will ensure that any identifying names that may have inadvertently been stated during the course of the hearing will be deleted from the copy of the recording provided to the third party. In my view, no further steps are required. And, had the manner in which the applicants interpreted the confidentiality order, specifically, had the extent of the sealing of the documents challenged, I would have entertained that motion.

Background

[3] The applicant is a 39-year-old Roma woman from Hungary. In her lengthy Personal Information Form (PIF) she claims that in Hungary, she worked as a journalist reporting about human rights violations involving the Roma, later as a researcher for the European Roma Rights Centre, and then for the Hungarian Ministry of Education. She served as a Member of the European Parliament (MEP) from 2004 to 2009 where the focus of her parliamentary work was educational reform in Hungary and, in particular, the desegregation of schools for Roma children.

[4] The applicant claims that following the establishment in 2007 of an anti-Roma extremist group, the Hungarian Guard, she began to change her focus in the European Parliament to investigate the response of the Hungarian state to, and complicity in violence against Romani people, including serial killings. She was able to provide evidence and file reports with the authorities for 39 cases. After a double murder on February 23, 2009, the applicant held a press conference demanding an independent investigation. She alleges that during her tenure as a MEP she and her family were the subject of daily insults and threats and that in February 2009, she

personnes connues des parties étaient présentes, mais que les noms des demandeurs ou d'autres personnes qui pourraient servir à identifier les demandeurs ne seraient pas utilisés pendant les plaidoiries. Puisque les procédures ont été enregistrées, j'ordonne que dans l'éventualité où une tierce partie souhaiterait obtenir une copie des procédures enregistrées, le greffe de la Cour s'assure que tout nom permettant d'identifier une personne qui aurait par mégarde été prononcé au cours de l'audience soit effacé de la copie de l'enregistrement donnée à la tierce partie. À mon avis, il n'est pas nécessaire de prendre d'autres mesures à cet égard. Par ailleurs, si la façon dont les demandeurs ont interprété l'ordonnance de confidentialité ou, plus précisément, si la portée des documents devant être scellés avait été contestée, j'aurais accueilli la requête.

Contexte

[3] La demanderesse est une femme hongroise de 39 ans d'origine rom. Dans son Formulaire de renseignements personnels (FRP) détaillé, elle allègue qu'elle travaillait comme journaliste en Hongrie et qu'elle couvrait les violations des droits de la personne touchant les Roms. Elle aurait ensuite été chercheuse au European Roma Rights Centre (le Centre européen sur les droits des Roms), puis aurait travaillé pour le ministère de l'Éducation hongrois. De 2004 à 2009, elle a agi comme députée du Parlement européen, où elle a concentré son travail parlementaire sur la réforme de l'éducation en Hongrie et plus particulièrement sur la déségrégation des écoles pour les enfants roms.

[4] La demanderesse allègue qu'en 2007, après la création du groupe extrémiste anti-roms appelé la « Garde hongroise », son attention au Parlement européen a commencé à se porter sur la réponse de la Hongrie à l'égard des violences commises envers les Roms, y compris les meurtres en série, et la participation de l'État à ces violences. Elle a pu fournir des éléments de preuve et des rapports de dossiers documentés pour 39 cas. Après un double meurtre ayant eu lieu le 23 février 2009, la demanderesse a tenu une conférence de presse pour demander la mise en place d'une enquête indépendante. Elle allègue que pendant son mandat de députée

requested and obtained police protection for herself and her family until the end of her MEP term.

[5] The applicant claims that between February and August 2009, she met with ambassadors from other countries and requested assistance in investigating the Romani murders. The United States Federal Bureau of Investigation ultimately assisted the Hungarian investigators which resulted in the apprehension of six persons in August 2009. The applicant alleges that during this time, she was questioned several times by the National Investigation Office as to whether she was organizing the Romani people for a potential anti-Hungary attack.

[6] The applicant alleges that on August 29, 2009, she learned that the Hungarian secret service (Secret Service) was involved in the Roma serial murders. As a result, she asked former liberal political colleagues in the Hungarian Parliament for help and, on September 22, 2009, a Fact Finding Working Group (Working Group) was created within the Hungarian Parliament to look into the murders. The applicant alleges that the Working Group shared some evidence with her but, in November 2009, the Hungarian Parliament ordered that information about any Secret Service involvement be held as confidential for 80 years. She claims that she was told that this was done in the interest of avoiding a Gypsy-Hungarian civil war.

[7] In October 2010, the applicant travelled to New York and Washington to accept an award from Human Rights First for her human rights advocacy. Upon her return to Hungary, she decided to withdraw from public advocacy because she feared her surveillance by the Secret Service could endanger other activists or Roma victims. She also suffered an emotional crisis.

[8] On August 11, 2011, the applicant learned that Jozsef Gulyas, a member of the Working Group, had

du Parlement européen, elle-même et sa famille ont fait l'objet d'insultes et de menaces quotidiennes et qu'en février 2009, elle a demandé et obtenu une protection policière pour elle et sa famille jusqu'à la fin de son mandat.

[5] La demanderesse soutient qu'entre le mois de février et d'août 2009, elle a rencontré des ambassadeurs d'autres pays et a demandé d'obtenir leur soutien pour enquêter sur les meurtres de personnes d'origine rom. Le Federal Bureau of Investigation des États-Unis a finalement aidé les enquêteurs hongrois, ce qui a mené à l'arrestation de six personnes en août 2009. La demanderesse allègue qu'elle a été questionnée à plusieurs reprises pendant cette période par le Bureau d'enquête national, qui souhaitait savoir si elle rassemblait le peuple rom pour organiser une potentielle attaque contre les Hongrois.

[6] La demanderesse ajoute que le 29 août 2009, elle a appris que les services secrets hongrois (les services secrets) étaient impliqués dans les meurtres en série perpétrés sur des Roms. Elle a par conséquent demandé de l'aide à un ancien collègue du parti libéral au parlement hongrois. Le 22 septembre 2009, un Groupe de travail visant à faire la lumière sur les faits (le groupe de travail) a été créé au sein du parlement hongrois pour enquêter sur les meurtres. La demanderesse allègue que le groupe de travail lui a fait part de certains éléments de preuve, mais qu'en novembre 2009, le parlement hongrois a ordonné que les renseignements concernant toute implication des services secrets demeurent confidentiels pour une période de 80 ans. Elle affirme qu'on lui a dit que cette mesure était prise afin d'éviter une guerre civile entre gitans et hongrois.

[7] En octobre 2010, la demanderesse s'est rendue à New York et à Washington pour recevoir un prix de l'organisation Human Rights First pour sa défense des droits de la personne. À son retour en Hongrie, elle a cessé de militer publiquement parce qu'elle craignait que la surveillance exercée à son égard par les services secrets mette en danger d'autres militants ou victimes roms. Elle a également vécu une crise émotionnelle.

[8] Le 11 août 2011, la demanderesse a appris que Jozsef Gulyas, un membre du groupe de travail, avait été

been questioned by the Military Public Prosecutor and alleged to have committed the crime of unauthorized secret information collection. Upon learning this, the applicant formed the belief that it was no longer safe for her and her family to remain in Hungary as she would be arrested because of her knowledge of the government's involvement in the Romani killings.

[9] The applicant bought tickets to fly to Canada on August 25, 2011. However, she did not leave at that time because her husband suffered a stroke on August 22, 2011. She claims that in February 2011, she was contacted by a Dublin based foundation, Front Line Defenders for Human Rights, and advised that she ranked number 100 on a list of 130 of the world's most endangered human rights activists. The foundation invited her to attend a five-day conference in Dublin which she did. While there, she informed the organizers of her fear of staying in Hungary and they agreed to pay the airfare for her and her family to travel to Canada.

[10] The applicant came to Canada with her husband and three children on November 26, 2011. At the time of her departure, the applicant's eldest child, a daughter from a previous marriage, was the subject of contested custody proceedings in Hungary. On December 14, 2011, the Budapest 20th, 21st and 23rd District Court issued a judgment terminating the applicant's joint custody rights and ordering the child's return to the custody of her father with visitation rights to the applicant.

[11] Subsequently, on November 30, 2012, the child's father obtained an order from the Ontario Court of Justice (OCJ) [*G.B. v. V.M.*, 2012 ONCJ 745 (CanLII)] under the *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35 (Hague Convention) directing that the child be returned to Hungary. The child was returned to her father and her claim for protection in Canada was withdrawn.

[12] The basis of the applicant's claim for protection was that she witnessed and experienced many forms of discrimination growing up in Hungary as a Romani child. Further, that throughout her career, she encountered

interrogé par le procureur civil et militaire et qu'il était soupçonné d'avoir commis le crime d'avoir recueilli sans autorisation des renseignements secrets. Après avoir appris cela, la demanderesse a cru qu'il n'était plus sécuritaire pour elle et sa famille de demeurer en Hongrie puisqu'elle serait arrêtée en raison de sa connaissance de l'implication du gouvernement dans le meurtre de Roms.

[9] La demanderesse a acheté des billets pour s'envoler vers le Canada le 25 août 2011. Elle n'a toutefois pu partir à cette date puisque son mari a subi un accident vasculaire cérébral le 22 août 2011. Elle soutient qu'en février 2011, l'association Front Line Defenders for Human Rights basée à Dublin l'a contactée pour l'aviser qu'elle occupait le centième rang d'une liste des 130 défenseurs des droits de la personne étant le plus en danger au monde. La fondation l'a invité à participer à une conférence de cinq jours à Dublin, où elle s'est rendue. Alors qu'elle y était, elle a avisé les organisateurs de sa peur de demeurer en Hongrie. Ces derniers ont accepté de payer les frais d'avion pour qu'elle et sa famille se rendent au Canada.

[10] La demanderesse est arrivée au Canada avec son mari et ses trois enfants le 26 novembre 2011. Au moment de son départ, l'aînée de la demanderesse, issue d'un mariage précédent, faisait l'objet d'une procédure de garde contestée en Hongrie. Le 14 décembre 2011, la 20^e, 21^e et 23^e Cour de district de Budapest a rendu un jugement mettant fin à la garde partagée, ordonnant le retour de l'enfant auprès du père et accordant des droits de visite à la demanderesse.

[11] Le 30 novembre 2012, le père de l'enfant a obtenu une ordonnance de la Cour de justice de l'Ontario [*G.B. v. V.M.*, 2012 ONCJ 745 (CanLII)] en vertu de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35 (la Convention de La Haye), ordonnant de renvoyer l'enfant en Hongrie. L'enfant a été retournée à son père et sa demande d'asile au Canada a été retirée.

[12] La demanderesse fonde sa demande d'asile sur le fait qu'elle a été témoin et a vécu plusieurs formes de discrimination comme enfant rom ayant grandi en Hongrie. Elle ajoute que tout au long de sa carrière, elle

discrimination and persecution because of her ethnicity and advocacy for the Roma people. In this regard, she was threatened during her term as a MEP and was later subjected to two physical attacks. The first in August 2009, when an unknown woman insulted the applicant for 30 minutes while the applicant was in her vehicle. The woman kicked the car door and tried unsuccessfully to open it. The applicant claims that she called the police but they did not respond. The second in the spring of 2010, when the applicant was insulted by a woman in a supermarket who also attempted to slap her. She did not report this incident to the police.

[13] The applicant claims that she fears, if she and her family were to return to Hungary, they would be harmed by Neo-Nazis, the Secret Service and the police. She claims that the Secret Service has been monitoring her communications and activities for a number of years and are likely now aware of her knowledge of their and the Hungarian government's involvement in the Roma serial killings. She claims that she and her family are no longer safe anywhere in Hungary and fears that she personally would be detained or even killed if she were to return.

[14] The Minister initially took the position that he would not intervene as he had no concern with the Hague Convention application as the child had been returned to her father in Hungary, and, with respect to a defamation and libel charge against the applicant, as the maximum term of imprisonment was only five years, these were not serious crimes under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (*Criminal Code*). However, the Minister subsequently sought to intervene pursuant to paragraph 170(e) of the IRPA and rule 29 of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256 (RPD Rules) in reference to the issue of credibility and, pursuant to rule 36, to use an undisclosed document, being a Reuters news article dated June 16, 2013 describing an interview of the applicant concerning her claim for protection. Subsequently, the Minister gave notice that, pursuant to paragraph 170(e) of the IRPA, he intended to participate at the hearing on the basis of his belief that there had

a fait face à de la discrimination et à de la persécution en raison de son origine ethnique et de son militantisme pour le peuple rom. Elle a d'ailleurs été menacée alors qu'elle était députée du Parlement européen et a ensuite été victime de deux attaques physiques. La première de ces attaques a eu lieu en août 2009, lorsqu'une femme inconnue l'a insultée pendant 30 minutes alors qu'elle se trouvait dans son véhicule. La femme a donné des coups de pied sur la porte de la voiture et a essayé de l'ouvrir, sans succès. La demanderesse allègue qu'elle a appelé la police, mais qu'elle n'a eu aucune réponse. La seconde attaque s'est déroulée au printemps 2010, alors que la demanderesse a été insultée par une femme dans un supermarché, qui a tenté de la gifler. Elle n'a pas signalé cet incident à la police.

[13] La demanderesse soutient qu'elle craint, si elle et sa famille devaient retourner en Hongrie, d'être mise en danger par les néo-nazis, les services secrets et la police. Elle allègue que les services secrets surveillent ses communications et ses activités depuis plusieurs années et qu'ils savent probablement désormais qu'elle connaît leur implication et l'implication du gouvernement hongrois dans les meurtres en série de Roms. Elle fait valoir qu'elle et sa famille ne sont plus en sécurité nulle part en Hongrie et qu'elle craint être détenue ou même tuée si elle y retourne.

[14] Le ministre a d'abord décidé de ne pas intervenir, car il n'était pas préoccupé ni par l'application de la Convention de La Haye puisque l'enfant avait été renvoyé à son père en Hongrie, ni par l'accusation de libelle diffamatoire portée contre la demanderesse, puisque la période maximale d'emprisonnement pour cette infraction est de cinq ans et qu'il ne s'agit donc pas d'un crime grave au sens du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (le *Code criminel*). Toutefois, le ministre a ensuite demandé d'intervenir conformément à l'alinéa 170e) de la LIPR et la règle 29 des *Règles de la section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256 (les Règles de la SPR) relativement à la question de la crédibilité et, en vertu de la règle 36 des Règles de la SPR, pour invoquer un document n'ayant pas été divulgué, soit un article de Reuters daté du 16 juin 2013 décrivant une entrevue donnée par la demanderesse concernant sa demande d'asile. Le ministre a subséquemment donné avis qu'en

been a contravention of Article 1F(b) of the Convention, namely that the applicant was excluded from refugee protection in Canada as she had committed the serious non-political crime of child abduction before coming to Canada.

[15] As set out in detail in the decision, various matters were addressed by the Member, including an application by the applicant objecting to the Minister's intervention, which application was denied. The applicant and the Minister also made several post-hearing submissions and the applicant, as well as the Member, made post-hearing disclosures. The submissions included responses to requests made by the Member concerning the Supreme Court of Canada's decision in *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431 (*Febles*) as it related to the issue of exclusion before the Member, and the relevance of section 283 of the *Criminal Code*. As discussed below, the post-hearing disclosure included various documents pertaining to the claim for protection of an alleged former employee of the applicant (former employee) and his family, and, members of the applicant's immediate family who arrived in Canada in November 2014 and sought refugee protection. The Member issued his decision on February 2, 2015.

Decision Under Review

[16] The decision is 112 pages in length and is comprised of 531 paragraphs. Accordingly, what follows is a brief description of the Member's reasons.

[17] Paragraphs 65 to 257 of the decision concern the Member's exclusion analysis. The Member noted the applicable legislative provisions, jurisprudence speaking to the applicable standard of proof (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 125, 253 D.L.R. (4th) 606) and that the applicability of the exclusion clause is not dependent upon whether the claimant has been charged or convicted of the criminal acts in question (*Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298

vertu de l'alinéa 170e) de la LIPR, il souhaitait participer à l'audition en raison de sa croyance selon laquelle l'alinéa 1Fb) de la Convention aurait été violé et que la demanderesse était exclue de la protection des réfugiés au Canada puisqu'elle a commis le crime de droit commun grave d'enlèvement d'enfant avant de venir au Canada.

[15] Comme il est décrit en détail dans la décision, plusieurs questions ont été examinées par le commissaire, y compris la demande déposée par la demanderesse s'opposant à l'intervention du ministre, demande ayant été rejetée. La demanderesse et le ministre ont également fait plusieurs observations et divulgations de preuve après l'audience. Les observations comprennent les réponses aux requêtes formulées par le commissaire relativement à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431 (*Febles*) qui traite de la question de l'exclusion dont était saisi le commissaire et de la pertinence de l'article 283 du *Code criminel*. Comme il en sera question par la suite, la divulgation après l'audience comprenait plusieurs documents liés à la demande d'asile d'un prétendu ancien employé de la demanderesse (l'ancien employé) et de sa famille, ainsi que des membres de la famille rapprochée de la demanderesse qui sont arrivés au Canada en novembre 2014 et qui ont demandé l'asile. Le commissaire a rendu sa décision le 2 février 2015.

Décision faisant l'objet du contrôle

[16] Il s'agit d'une décision de 112 pages et de 531 paragraphes. Par conséquent, la description qui suit est un bref résumé des motifs du commissaire.

[17] L'analyse du commissaire relative à l'exclusion se trouve aux paragraphes 65 à 257 de la décision. Le commissaire a mentionné les dispositions législatives et la jurisprudence relatives à la norme de preuve applicable (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 125) et a souligné que la validité de la clause d'exclusion ne dépend pas de l'accusation ou de la condamnation de la demanderesse pour les actes criminels en question (*Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F.

(C.A.)). The Member also referenced the Supreme Court of Canada's decision in *Febles*. The Member stated that he must first determine "whether there are serious reasons for considering the first part of Article 1F(b) of section 98 of the Act" (at paragraph 76). In that regard, he would review the evidence concerning the abduction of the child and the Hague Convention application. The latter on the basis that it was relevant to the exclusion, although the OCJ decision was not binding upon him (*Kovacs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1473, [2006] 2 F.C.R. 455 (*Kovacs*), at paragraphs 9 and 10).

[18] In this regard, the Member provided his description, in great detail, of the facts and findings of the 22-page decision of the OCJ and quoted extensively from it. Of note is that in 2005, a Hungarian court had made an order granting joint legal custody of the child, the adopted daughter of the applicant and her ex-husband, which contained a provision allowing either parent to remove the child from Hungary for periods of up to two weeks without the prior consent of the other parent.

[19] The Member noted that in the OCJ proceeding, the child's father gave evidence that the applicant had told him that she wished to work abroad and to take their daughter with her. Concerned that the child's education had previously been detrimentally impacted by the applicant's frequent moves, he took the child to the Hungarian government guardianship office where she was interviewed and gave a statement objecting to being removed from Hungary and stating that she wished to remain with her father. The Member noted that the OCJ decision revealed that on September 26, 2011, the applicant made a complaint to the Hungarian police alleging sexually inappropriate behaviour towards the child by her father, stemming a police investigation. In October 2011, the Hungarian court appointed a lawyer for the child and a psychologist to conduct a family assessment involving the child, the parties, and their current partners, and adjourned the case to December 14, 2011. However, on November 26, 2011, the applicant

298 (C.A.)). Le commissaire a également cité la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Febles*. Le commissaire a déclaré qu'il devait d'abord établir [TRADUCTION] « s'il existe des motifs graves justifiant de tenir compte de la première partie de l'alinéa 1(F)b de l'article 98 de la Loi » (au paragraphe 76). C'est donc en ce sens qu'il a examiné la preuve relative à l'enlèvement de l'enfant et l'application de la Convention de La Haye. Le commissaire a tenu compte de l'application de la Convention de La Haye, qui est pertinente à la question de l'exclusion bien que la décision de la Cour de justice de l'Ontario ne liait pas le commissaire (*Kovacs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1473, [2006] 2 R.C.F. 455 (*Kovacs*), aux paragraphes 9 et 10).

[18] Le commissaire a donc dressé une description très détaillée des faits et des conclusions de la décision de 22 pages de la Cour de justice de l'Ontario et l'a citée abondamment. Il est d'ailleurs pertinent de souligner qu'en 2005, une cour hongroise a rendu une ordonnance accordant la garde partagée de l'enfant, soit la fille adoptive de la demanderesse et de son ex-mari. Cette décision comprenait une disposition permettant aux parents de quitter la Hongrie avec l'enfant pour une période allant jusqu'à deux semaines sans avoir à obtenir le consentement préalable de l'autre parent.

[19] Le commissaire a observé que dans le recours devant la Cour de justice de l'Ontario, le père de l'enfant a démontré en preuve que la demanderesse lui avait dit souhaiter aller travailler à l'étranger et emmener leur fille. Préoccupé par le fait que l'éducation de l'enfant avait déjà subi des contrecoups en raison des déménagements fréquents de la demanderesse, il a emmené sa fille au bureau de tutelle du gouvernement hongrois, où elle a été interrogée et a affirmé qu'elle ne voulait pas quitter la Hongrie et qu'elle souhaitait demeurer avec son père. Le commissaire a noté que la décision de la Cour de justice de l'Ontario a révélé que le 26 septembre 2011, la demanderesse a déposé une plainte à la police hongroise alléguant que le père avait un comportement sexuel inapproprié envers l'enfant, ce qui a déclenché une enquête policière. En octobre 2011, la cour hongroise a nommé un avocat pour l'enfant et un psychologue devant effectuer une évaluation de la famille impliquant l'enfant, les parties et leurs conjoints actuels. L'affaire

removed the child from Hungary, telling her that they were going on a vacation. On December 14, 2011, when the Hungarian court learned of the removal prior to the assessment being completed, it issued a final order dissolving the prior joint custody and placed the child in the custody of her father.

[20] The Member stated that the OCJ agreed, given the provision in the original custody order allowing removal from the country for up to two weeks by either parent, that it appeared the child had not been “wrongfully removed” from Hungary but that “there can be no doubt that she was wrongfully retained” (at paragraph 102). The Member noted the OCJ assessment of the risk of harm to the child if she returned to Hungary, including the applicant’s admission that the child would be safe if she lived with her father and that the risk of harm due to her Roma ethnicity was remote and could be safely managed by her father. Further, that the OCJ had noted that the applicant did not pursue the allegation of sexually inappropriate behaviour at the hearing before it, conceding that the behaviour alleged could not be established on the balance of probabilities. And that, upon the OCJ’s own review of the evidence, including the report of a clinical investigator assisting the Office of the Children’s Lawyer (OCL) who interviewed the child, it agreed with that conclusion.

[21] The Member found that there were serious concerns raised with respect to the overall credibility of the applicant arising from the OCJ decision. For example, that the applicant had threatened her daughter that she might have to return to Hungary because, as reported by the clinical investigator, she did not “say the right thing” (at paragraphs 135 and 173). The Member found that this suggested that the applicant has a propensity to focus her efforts on saying the right thing as opposed to telling the truth. Further, because the OCJ was of the view that the applicant had attempted to mislead her own child in order to gain advantage in the

a été remise au 14 décembre 2011. Toutefois, le 26 novembre 2011, la demanderesse a quitté la Hongrie avec sa fille, lui disant qu’elles partaient en vacances. La cour [hongroise] a appris leur départ avant la fin de l’évaluation le 14 décembre 2011. Elle a donc immédiatement rendu une décision finale annulant la garde partagée antérieure et confiant la garde de l’enfant au père.

[20] Le commissaire a mentionné que la Cour de justice de l’Ontario a reconnu que considérant la disposition de l’ordonnance de garde initiale permettant aux parents de quitter la Hongrie pendant une période allant jusqu’à deux semaines, il semblait que l’enfant n’avait pas été [TRADUCTION] « illégalement sortie » de Hongrie, mais qu’il [TRADUCTION] « ne peut y avoir de doute qu’elle a été illégalement retenue » (au paragraphe 102). Le commissaire a fait état de l’évaluation de la Cour de justice de l’Ontario sur le risque de préjudice que courrait l’enfant si elle retournait en Hongrie en plus de l’admission de la demanderesse que l’enfant serait en sécurité si elle vivait avec son père et que le risque de préjudice dû à son origine rome était négligeable et pouvait être géré de façon sécuritaire par son père. De plus, la Cour de justice de l’Ontario a observé que la demanderesse n’a pas poursuivi sa prétention relative au comportement sexuel inapproprié du père pendant l’audience devant elle et qu’elle a concédé que le comportement allégué ne pourrait être prouvé selon la prépondérance des probabilités. D’ailleurs, l’examen de la preuve effectué par la Cour de justice de l’Ontario, comprenant le rapport d’un examinateur clinique aidant le bureau d’avocat des enfants ayant interrogé l’enfant, en vient également à cette conclusion.

[21] Le commissaire a conclu qu’il y avait d’importantes préoccupations relatives à la crédibilité générale de la demanderesse découlant de la décision de la Cour de justice de l’Ontario. Par exemple, la demanderesse a menacé sa fille en lui disant qu’elle devrait peut-être retourner en Hongrie parce que, selon ce qu’a révélé l’examinateur clinique, elle n’avait pas [TRADUCTION] « dit la bonne chose » (aux paragraphes 135 et 173). Le commissaire a conclu que cette déclaration suggérait que la demanderesse a une propension à tenter de dire la bonne chose plutôt qu’à dire la vérité. De plus, la conclusion de la Cour de justice de l’Ontario selon laquelle

custody situation, this was conduct that spoke poorly to the applicant's credibility and led the Member to draw an adverse inference. The Member also found that the applicant had made a false allegation about her ex-husband in the 2011 custody litigation and to the Hungarian police. This led the Member to find that she was willing to misrepresent or to indeed lie in judicial proceedings and to police authorities in order to win her case or otherwise gain advantage and that she allowed her conduct to be governed by the principle that the end justifies the means. The Member went on to make many other negative credibility findings in concluding that the applicant was not a credible witness.

[22] Before the Member, the applicant had submitted that no crime had been committed outside Canada as the applicant was permitted, by the custody order then in place, to remove her daughter from Hungary for two weeks without the prior consent of her ex-husband. Thus, any crime of abduction occurred only two weeks after the applicant arrived in Canada, and not in Hungary. In the result, Article 1F(b) had no application. However, the Member found that the applicant had conceded that she removed her daughter from Hungary not intending to return within two weeks as required by the custody order, but rather with the intent of relocating to Canada without the knowledge or consent of the child's father. The Member found that the "guilty act" of the applicant was the removal of the child from Hungary with the intent to deprive the child's father of her custody and the intent to contravene the custody order and not to return to Hungary. The Member stated that it was undisputed that the applicant had a "guilty mind" or *mens rea*.

[23] The Member concluded there were serious reasons for considering that the applicant had committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to her admission to that country as a refugee, specifically, section 282 of the *Criminal Code*—Abduction in contravention of a custody order. Alternatively,

la demanderesse a tenté d'induire en erreur son propre enfant afin de tirer avantage de la situation relative à la garde a entaché sa crédibilité et a conduit le commissaire à tirer une conclusion défavorable. Le commissaire a également conclu que la demanderesse a fait de fausses allégations sur son mari à la police et au cours du litige sur la garde de 2011. Le commissaire en a donc conclu qu'elle était prête à faire de fausses représentations ou même à mentir aux forces policières et dans le cadre d'un recours judiciaire afin de gagner sa cause ou d'obtenir tout autre avantage et que sa conduite était gouvernée par le principe de « la fin justifie les moyens ». Le commissaire a poursuivi avec d'autres conclusions défavorables sur la crédibilité et conclut que la demanderesse n'est pas un témoin crédible.

[22] La demanderesse a fait valoir devant le commissaire qu'elle n'a commis aucun crime à l'extérieur du Canada puisqu'en vertu de l'ordonnance de garde alors en vigueur, elle était en droit de faire sortir sa fille de la Hongrie pour une période de deux semaines sans avoir à obtenir le consentement préalable de son ex-mari. Par conséquent, tout crime d'enlèvement d'enfant aurait eu lieu deux semaines après l'arrivée de la demanderesse au Canada et non en Hongrie. Par conséquent, l'alinéa 1Fb) n'est pas applicable. Le commissaire a toutefois conclu que la demanderesse avait reconnu qu'elle avait fait sortir sa fille de Hongrie sans intention de l'y renvoyer après deux semaines, tel que prévu par l'ordonnance de garde, mais plutôt avec l'intention de s'installer au Canada sans que le père n'en soit au courant ou ait donné son consentement. Le commissaire a conclu que « l'acte coupable » de la demanderesse était de retirer l'enfant de Hongrie avec l'intention de priver le père de l'enfant de sa garde et de contrevenir à l'ordonnance de garde en ne renvoyant pas l'enfant en Hongrie. Le commissaire a affirmé qu'il n'était pas contesté que la demanderesse avait un « esprit coupable » ou la *mens rea*.

[23] Le commissaire a également conclu qu'il y avait plusieurs motifs de croire que la demanderesse avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du pays d'asile avant son admission dans ce pays à titre de réfugié, soit le crime prévu à l'article 282 du *Code criminel* : enlèvement en contravention avec une ordonnance

section 283—Abduction, applied in which event the Attorney General’s consent for that charge was not relevant to the Member’s determination. He stated that in order for him to find that the Article 1F(b) exclusionary provisions applied, he need only determine that both the guilty mind and the guilty act were present. Based on his prior factual findings, the Member also found that there was no available defence of imminent harm pursuant to section 285 of the *Criminal Code*. He then quoted paragraph 62 of *Febles* and applied the factors listed in *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 404, [2009] 4 F.C.R. 164 (*Jayasekara*) (which application is discussed further in the analysis below).

[24] As to whether the crime met the criteria of a serious non-political crime as envisioned by Article 1F(b), the Member stated that the OCJ had found the applicant to have contravened an important international convention regarding child abduction. Therefore, the offence was sufficiently serious, applying the comments from *Febles* and the factors from *Jayasekara*. He concluded that on the totality of the evidence, he was satisfied that the Minister had established that there are serious reasons for considering that the applicant has committed a serious non-political crime before coming to Canada.

[25] In paragraphs 258 to 528 of his decision, the Member conducted an analysis of the merits of the refugee claim. The Member made further adverse credibility findings and found the applicant’s claim to lack credibility. He also found that the evidence did not support that she and her children had been marginalized or discriminated against on the basis of ethnicity. To the contrary, the evidence was that the applicant had achieved success in Hungary. She had obtained a university degree, owned properties in Budapest, had been employed from 1991 to 2009 and was then selected to hold a political post. Her sister had stated in an interview that, because

de garde. Subsidiairement, elle aurait commis le crime d’enlèvement prévu à l’article 283 du *Code criminel*, auquel cas le consentement du procureur général pour porter cette accusation n’était pas pertinent à la décision du commissaire. Le commissaire a déclaré que pour conclure à l’application des dispositions d’exclusion de l’alinéa 1Fb), il n’avait qu’à déterminer qu’il y avait présence à la fois de l’acte coupable et de l’esprit coupable. En fonction de ses conclusions de fait antérieures, le commissaire a également conclu que la défense de danger imminent prévue à l’article 285 du *Code criminel* n’était pas applicable en l’espèce. Il a ensuite cité le paragraphe 62 de l’arrêt *Febles* et appliqué les critères énumérés dans l’arrêt *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164 (*Jayasekara*) (laquelle application sera examinée plus en profondeur dans l’analyse qui suit).

[24] Sur la question de savoir si le crime satisfaisait le critère d’un crime grave de droit commun tel que prévu à l’alinéa 1Fb), le commissaire a affirmé que la Cour de justice de l’Ontario a conclu que la demanderesse avait contrevenu à une importante convention internationale sur l’enlèvement d’enfant. Par conséquent, selon les commentaires retrouvés dans l’arrêt *Feble* et les critères de l’arrêt *Jayasekara*, il s’agissait d’un crime suffisamment grave. Le commissaire a affirmé qu’il était convaincu en fonction de l’ensemble de la preuve que le ministre avait démontré qu’il y avait des motifs sérieux permettant d’affirmer que la demanderesse avait commis un crime grave de droit commun avant son arrivée au Canada.

[25] Aux paragraphes 258 à 528 de sa décision, le commissaire analyse le fondement de la demande d’asile. Il y tire de nouvelles conclusions défavorables sur la crédibilité de la demanderesse et conclut que l’ensemble de sa demande manque de crédibilité. Il est également d’avis que la preuve ne démontre pas qu’elle-même ou ses enfants ont été marginalisés ou ont subi de la discrimination en raison de leur origine ethnique. Au contraire, la preuve démontre que la demanderesse a eu du succès en Hongrie. Elle détient un diplôme universitaire, possède des propriétés immobilières à Budapest, a été employée de 1991 à 2009 puis a été nommée à une

of the social origin of her family, she had never been discriminated against. Further, the OCJ had found, amongst other things, that the applicant's daughter had not been attacked or persecuted and had attended desegregated schools. The Member found that this all suggested a limited risk for the applicant and her children and provided little persuasive evidence of discriminatory treatment of the children.

[26] The Member did not accept the applicant's unsubstantiated allegation that there was a government conspiracy or that the Secret Service or other agent of the Hungarian government was directly responsible for the Roma killings in 2008 and 2009. He gave greater weight to documentary evidence that contained a contrary opinion and concluded that police incompetence does not necessarily equate to police complicity or apathy. The Member also found that the applicant's inability to give any persuasive testimony about the existence of any state secrets, or her knowledge or possession of them, impugned her credibility and undermined the well-foundedness of her alleged fear of persecution from the Hungarian state and its agents. Further, if she were to return to Hungary, she could openly make her allegations of government involvement in the killings or assaults on Roma without fear of reprisal, although there was no credible evidence to support her allegations.

[27] The Member also drew an adverse inference from the applicant's continued participation in media interviews regarding her refugee claim and her knowledge of state secrets while her claim, and those of her immediate family, had yet to be determined. Further, the Member found that the applicant had, in her original PIF, sought to deceive the Immigration and Refugee Board of Canada with respect to the status of her daughter's custody and that her conduct in that regard impugned her credibility. Similarly, her PIF failed to mention her allegation, made before the Member, of being stopped daily by the police. The Member found that the applicant had failed to give a reasonable explanation for the omission and drew a

fonction politique. Sa sœur a déclaré lors d'une entrevue qu'en raison de la position sociale de la famille, elle n'a jamais subi de discrimination. De plus, la Cour de justice de l'Ontario a notamment conclu que la fille de la demanderesse n'avait pas été attaquée ou persécutée et qu'elle avait fréquenté des écoles déségrégariées. Le commissaire a conclu que ces facteurs suggéraient tous que le risque subi par la demanderesse et ses enfants était limité et qu'ils fournissaient peu d'éléments de preuve convaincants relativement au traitement discriminatoire envers les enfants.

[26] Le commissaire n'a pas retenu l'allégation non soutenue de la demanderesse selon laquelle il y avait une conspiration gouvernementale ou que les services secrets ou autres agents du gouvernement hongrois étaient directement responsables du meurtre de Roms en 2008 et 2009. Il a plutôt accordé plus de poids à la preuve documentaire faisant état d'une opinion contraire et a conclu que l'incompétence policière n'égalait pas nécessairement à la complicité ou l'apathie. Le commissaire a également conclu que l'incapacité de la demanderesse à fournir un témoignage convaincant de l'existence de secrets d'État ou de sa connaissance ou possession de ces secrets a nui à sa crédibilité et a miné le bien-fondé de sa crainte alléguée d'être persécutée par l'État hongrois et ses agents. De plus, si elle retournait en Hongrie, elle pourrait parler ouvertement de ses allégations relatives à l'implication du gouvernement dans le meurtre ou les voies de fait commis sur des Roms sans peur de représailles, bien qu'il n'existe pas de preuve crédible au soutien de ces allégations.

[27] Le commissaire a également tiré une conclusion défavorable de la participation continue de la demanderesse à des entrevues avec les médias relativement à sa demande d'asile et à sa connaissance de secrets d'État alors que sa demande et celle de sa famille immédiate n'avaient pas encore été tranchées. Le commissaire a également conclu que la demanderesse a tenté, dans son formulaire de renseignements personnels (FRP) initial, de tromper la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada relativement au statut de la garde de sa fille et que sa conduite à cet égard a entaché sa crédibilité. De même, son formulaire de renseignements personnels ne mentionne pas non plus

negative credibility inference. Based on the cumulative credibility findings the Member found that the applicant had failed to provide sufficient credible evidence regarding her motivation for leaving Hungary and he did not believe that she feared the Secret Service nor that she came to Canada because of a genuine subjective fear of persecution.

[28] With respect to subjective fear, the Member noted that the applicant delayed her departure from Hungary and found that her reason for doing so was not reasonable. Further, the applicant had not sought protection when she went to the United States in October 2010. In addition, the applicant travelled to Ireland in September 2011 and, although she could not claim asylum there, the Member found that her voluntary return to Hungary was inconsistent with her alleged fear of persecution. He drew negative inferences regarding her subjective fear and credibility.

[29] The Member also found that the applicant had failed to rebut the presumption of state protection. The Member acknowledged that the objective evidence was mixed regarding Hungary's efforts to provide protection to Roma against discrimination and that there had been local failures in that regard. He also stated that he had weighed the comments of a refugee coordinator with Amnesty International and an affidavit of a former Hungarian Minister of Education concerning risks to Roma rights activists. However, the Member found that the subjective evidence did not support that the applicant had personally experienced serious problems of discrimination. Further, while the applicant expressed distrust of the police, she had been provided with police protection when she requested it during her tenure as a MEP which indicated that the police were willing and able to offer protection. Given her general lack of credibility, the Member did not accept that the police protection would not be provided, if requested, after her MEP term concluded. The Member stated

qu'elle se faisait arrêter quotidiennement par la police, alors qu'elle a soulevé cet argument devant le commissaire. Le commissaire était d'avis que la demanderesse n'a pas fourni d'explications raisonnables justifiant cette omission et en a tiré une conclusion défavorable. En raison de l'ensemble des conclusions sur la crédibilité, le commissaire a conclu que la demanderesse n'a pas fourni suffisamment de preuve crédible concernant son intérêt à quitter la Hongrie. Il n'a pas non plus cru qu'elle craignait les services secrets ni qu'elle venait au Canada en raison d'une crainte véritable et subjective d'être persécutée.

[28] Relativement à la crainte subjective, le commissaire a remarqué que la demanderesse a retardé son départ de Hongrie et a déterminé que le motif invoqué pour ce faire n'était pas raisonnable. De plus, la demanderesse n'a pas tenté d'obtenir l'asile lorsqu'elle s'est rendue aux États-Unis en octobre 2010. En outre, la demanderesse s'est rendue en Irlande en septembre 2011 et, bien qu'elle ne pouvait y demander l'asile, le commissaire a conclu que son retour volontaire en Hongrie est incompatible avec sa crainte alléguée d'être persécutée. Il a donc tiré des conclusions négatives à l'égard de sa crainte subjective et de sa crédibilité.

[29] Le commissaire a également conclu que la demanderesse n'a pas repoussé la présomption de la protection de l'État. Le commissaire a reconnu que la preuve objective était partagée relativement aux efforts faits par la Hongrie pour offrir une protection aux Roms envers la discrimination et qu'il y a eu des échecs locaux à cet égard. Il a également mentionné qu'il avait pesé les commentaires d'un coordonnateur aux réfugiés d'Amnistie internationale et d'un affidavit d'un ancien ministre hongrois de l'Éducation relativement aux risques pesant sur les défenseurs des droits des Roms. Toutefois, le commissaire en est venu à la conclusion que la preuve subjective ne démontrait pas que la demanderesse avait personnellement éprouvé des problèmes graves de discrimination. De plus, la demanderesse a fait état de son manque de confiance envers la police, même si elle a bénéficié de sa protection lorsqu'elle l'a demandée pendant son mandat de députée du Parlement européen, ce qui indique que la police était prête et capable d'offrir de la protection. Considérant son manque général de

that, viewed fairly, the objective evidence indicated that Hungary has taken serious measures to address and improve state protection for minorities suffering from discrimination, which included Roma, that it continued to battle right wing extremism and, while the results may not be perfect, there have been concrete signs of many operational successes.

[30] The Member acknowledged two psychiatric reports submitted by the applicant but afforded them little or no weight.

[31] The Member also referenced the claim by the alleged former employee and his family in which the RPD had rejected an effort to submit a letter from the applicant identifying herself as the current director of the “Fund of Movement for Desegregation” in Hungary and stating that the claimant in that application had been her employee. The Member sought and received written testimony from the applicant in response to questions that were raised by documentation in the alleged former employee’s claim, including why she had not mentioned him in her PIF nor an alleged targeted attack on him and his family by neo-Nazis because of his association with the applicant and her work. The Member rejected the applicant’s explanation for the omission as spurious and lacking merit and drew a negative credibility inference. Further, he found that she knowingly provided corroborating evidence in support of the alleged former employee’s fraudulent refugee claim and that she was a willing accomplice in that regard. This further supported his view that the applicant generally lacked credibility.

[32] The Member also addressed post-hearing disclosure submitted by the applicant concerning the refugee claim made by her mother, her sister and her sister’s children but gave little weight to any of the assertions

crédibilité, le commissaire n’a pas reconnu que la protection de la police ne serait pas fournie si demandée après la fin du mandat de députée de la demanderesse. Le commissaire a déclaré qu’en examinant équitablement la preuve objective, il en ressortait que la Hongrie a entrepris d’importantes mesures pour faire face et améliorer le problème de la protection de l’État des minorités souffrant de discrimination, y compris les Roms et qu’elle a continué à affronter l’extrémisme droite. Bien que les résultats ne soient pas parfaits, il y a des signes concrets de plusieurs réussites opérationnelles.

[30] Le commissaire a retenu les deux rapports psychiatriques déposés par la demanderesse, mais leur a accordé peu de poids.

[31] Le commissaire a également fait référence à la demande présentée par le prétendu ancien employé et sa famille pour laquelle la Section de la protection des réfugiés a rejeté une tentative de déposer une lettre de la demanderesse, qui s’identifiait comme étant la directrice de l’organisme [TRADUCTION] « Fond du mouvement pour la déségrégation » en Hongrie et déclarant que le demandeur avait été son employé. Le commissaire a demandé et obtenu un témoignage écrit de la demanderesse en réponse aux questions soulevées par la documentation de la demande du prétendu ancien employé, expliquant notamment pourquoi elle n’a pas mentionné ce fait dans son FRP ni n’a fait état de l’attaque ciblée alléguée sur lui et sa famille par des néo-nazis en raison de son association avec la demanderesse et son travail. Le commissaire a rejeté l’explication de l’omission de la demanderesse en la qualifiant de fallacieuse et sans fondement et en a tiré une conclusion défavorable sur la crédibilité. Il a également conclu qu’elle avait sciemment fourni de la preuve corroborante au soutien de la demande d’asile frauduleuse de l’ancien employé allégué et qu’elle était une complice consentante à cet égard. Ce dernier élément a renforcé son opinion sur l’absence générale de crédibilité de la demanderesse.

[32] Le commissaire a également examiné la divulgation après audience déposée par la demanderesse relativement à la demande d’asile déposée par sa mère, sa sœur et les enfants de sa sœur, mais n’a accordé que

made by the applicant's sister or other members of her family in their refugee claims.

[33] The Member stated that, even taking the applicant's profile into account, he made a general finding of a lack of credibility given the "cumulative, important and remarkable, litany of negative credibility findings and inferences" as noted in his reasons (at paragraph 528).

Relevant Legislation

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

Convention refugee

96 A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

Person in need of protection

97 (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

peu de poids aux affirmations formulées par la sœur de la demanderesse et les autres membres de sa famille dans leur demande d'asile.

[33] Le commissaire a affirmé que même en tenant compte du profil de la demanderesse, il en venant à une conclusion générale d'absence de crédibilité, considérant [TRADUCTION] « la foule de conclusions défavorables cumulatives, importantes et remarquables sur la crédibilité » tel que noté dans ses motifs (au paragraphe 528).

Dispositions législatives pertinentes

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

Définition de réfugié

96 A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

Personne à protéger

97 (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

...

Exclusion — Refugee Convention

98 A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6

Article 1

...

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

...

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

Abduction in contravention of custody order

282 (1) Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, in contravention of the custody provisions of a custody order in relation to that person made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person is guilty of

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

[...]

Exclusion par application de la Convention sur les réfugiés

98 La personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6

Article premier

[...]

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

[...]

b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées;

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

Enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde

282 (1) Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne contrairement aux dispositions d'une ordonnance rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne, est coupable :

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

Where no belief in validity of custody order

(2) Where a count charges an offence under subsection (1) and the offence is not proven only because the accused did not believe that there was a valid custody order but the evidence does prove an offence under section 283, the accused may be convicted of an offence under section 283.

Abduction

283 (1) Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, whether or not there is a custody order in relation to that person made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person, is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

Consent required

(2) No proceedings may be commenced under subsection (1) without the consent of the Attorney General or counsel instructed by him for that purpose.

Defence

284 No one shall be found guilty of an offence under sections 281 to 283 if he establishes that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was done with the consent of the parent, guardian or other person having the lawful possession, care or charge of that young person.

Defence

285 No one shall be found guilty of an offence under sections 280 to 283 if the court is satisfied that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Croyance de l'accusé

(2) Lorsqu'un chef d'accusation vise l'infraction prévue au paragraphe (1) et que celle-ci n'est pas prouvée du seul fait que l'accusé ne croyait pas qu'il existait une ordonnance de garde valide, ce dernier peut cependant être reconnu coupable de l'infraction prévue à l'article 283 s'il y a preuve de cette dernière.

Enlèvement

283 (1) Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne, qu'il y ait ou non une ordonnance rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, dans l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Consentement du procureur général

(2) Aucune poursuite ne peut être engagée en vertu du paragraphe (1) sans le consentement du procureur général ou d'un avocat qu'il mandate à cette fin.

Défense

284 Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue aux articles 281 à 283 s'il démontre que le père, la mère, le tuteur ou l'autre personne qui avait la garde ou la charge légale de la personne âgée de moins de quatorze ans en question a consenti aux actes reprochés.

Défense

285 Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue aux articles 280 à 283 si le tribunal est convaincu que les actes reprochés étaient nécessaires pour protéger

harbouring of any young person was necessary to protect the young person from danger of imminent harm or if the person charged with the offence was escaping from danger of imminent harm.

No defence

286 In proceedings in respect of an offence under sections 280 to 283, it is not a defence to any charge that a young person consented to or suggested any conduct of the accused.

...

General penalty

787 (1) Unless otherwise provided by law, everyone who is convicted of an offence punishable on summary conviction is liable to a fine of not more than five thousand dollars or to a term of imprisonment not exceeding six months or to both.

Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, The Hague, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35

The States signatory to the present Convention,

Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody,

Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1

The objects of the present Convention are -

a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State; and

la jeune personne en question d'un danger imminent ou si l'accusé fuyait pour se protéger d'un tel danger.

Défense irrecevable

286 Dans les procédures portant sur une infraction visée aux articles 280 à 283, ne constitue pas une défense le fait que la jeune personne a consenti aux actes posés par l'accusé ou les a suggérés.

[...]

Peine générale

787 (1) Sauf disposition contraire de la loi, toute personne déclarée coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire est passible d'une amende maximale de cinq mille dollars et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines.

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, La Haye, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35

Les États signataires de la présente Convention,

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet, et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier

La présente Convention a pour objet :

a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant;

b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

Article 2

Contracting States shall take all appropriate measures to secure within their territories the implementation of the objects of the Convention. For this purpose they shall use the most expeditious procedures available.

Article 3

The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where -

a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and

b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph *a)* above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

...

Article 7

Central Authorities shall co-operate with each other and promote co-operation amongst the competent authorities in their respective States to secure the prompt return of children and to achieve the other objects of this Convention.

In particular, either directly or through any intermediary, they shall take all appropriate measures -

a) to discover the whereabouts of a child who has been wrongfully removed or retained;

b) to prevent further harm to the child or prejudice to interested parties by taking or causing to be taken provisional measures;

c) to secure the voluntary return of the child or to bring about an amicable resolution of the issues;

b) de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant.

Article 2

Les États contractants prennent toutes mesures appropriées pour assurer, dans les limites de leur territoire, la réalisation des objectifs de la Convention. A cet effet, ils doivent recourir à leurs procédures d'urgence.

Article 3

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite :

a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour; et

b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en *a)* peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État.

[...]

Article 7

Les Autorités centrales doivent coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes dans leurs États respectifs, pour assurer le retour immédiat des enfants et réaliser les autres objectifs de la présente Convention.

En particulier, soit directement, soit avec le concours de tout intermédiaire, elles doivent prendre toutes les mesures appropriées :

a) pour localiser un enfant déplacé ou retenu illicitement;

b) pour prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, en prenant ou faisant prendre des mesures provisoires;

c) pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable;

d) to exchange, where desirable, information relating to the social background of the child;

e) to provide information of a general character as to the law of their State in connection with the application of the Convention;

f) to initiate or facilitate the institution of judicial or administrative proceedings with a view to obtaining the return of the child and, in a proper case, to make arrangements for organising or securing the effective exercise of rights of access;

g) where the circumstances so require, to provide or facilitate the provision of legal aid and advice, including the participation of legal counsel and advisers;

h) to provide such administrative arrangements as may be necessary and appropriate to secure the safe return of the child;

i) to keep each other informed with respect to the operation of this Convention and, as far as possible, to eliminate any obstacles to its application.

d) pour échanger, si cela s'avère utile, des informations relatives à la situation sociale de l'enfant;

e) pour fournir des informations générales concernant le droit de leur État relatives à l'application de la Convention;

f) pour introduire ou favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative, afin d'obtenir le retour de l'enfant et, le cas échéant, de permettre l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite;

g) pour accorder ou faciliter, le cas échéant, l'obtention de l'assistance judiciaire et juridique, y compris la participation d'un avocat;

h) pour assurer, sur le plan administratif, si nécessaire et opportun, le retour sans danger de l'enfant;

i) pour se tenir mutuellement informées sur le fonctionnement de la Convention et, autant que possible, lever les obstacles éventuellement rencontrés lors de son application.

CHAPTER III – RETURN OF CHILDREN

Article 8

Any person, institution or other body claiming that a child has been removed or retained in breach of custody rights may apply either to the Central Authority of the child's habitual residence or to the Central Authority of any other Contracting State for assistance in securing the return of the child.

Issues

[34] In my view, the issues arising in this matter can be stated as follows:

- i. Did the Member err in finding that the applicant was excluded pursuant to Article 1F(b) of the Convention?
- ii. Did the Member err in his treatment of the evidence?
- iii. Did the Member exceed his jurisdiction or breach his duty of procedural fairness?

CHAPITRE III – RETOUR DE L'ENFANT

Article 8

La personne, l'institution ou l'organisme qui prétend qu'un enfant a été déplacé ou retenu en violation d'un droit de garde peut saisir soit l'Autorité centrale de la résidence habituelle de l'enfant, soit celle de tout autre État contractant, pour que celles-ci prêtent leur assistance en vue d'assurer le retour de l'enfant.

Questions en litige

[34] À mon avis, les questions en litige en l'espèce peuvent être formulées comme suit :

- i. Le commissaire a-t-il commis une erreur en concluant à l'exclusion de la demanderesse en vertu de l'alinéa 1(F)b) de la Convention?
- ii. Le commissaire a-t-il commis une erreur dans son traitement de la preuve?
- iii. Est-ce que le commissaire a outrepassé sa compétence ou failli à son obligation d'équité procédurale?

Standard of Review

[35] The applicant submits that decisions of the RPD are generally reviewable on the reasonableness standard but that the standard rises to correctness on errors of law (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*)). The applicant submits that all of the errors of the Member fall below the reasonableness threshold. The Member's exceeding of his jurisdiction and breach of procedural fairness are matters which are reviewable for correctness. The respondent agrees that all of the issues are reviewable on a standard of reasonableness with the exception of questions of procedural fairness which are reviewed on a correctness standard.

[36] The determination of exclusion from the Convention pursuant to Article 1F(b) has previously been found by this Court to be a question of mixed fact and law reviewable on the reasonableness standard (*Jayasekara*, at paragraph 14; *Villalobos v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 60, 473 F.T.R. 268, at paragraph 13; *Roberts v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 632, 390 F.T.R. 241, at paragraph 27).

[37] The RPD's assessment of the evidence is also reviewable on the reasonableness standard and is a matter to which deference is owed (*Liang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 765, at paragraph 43; *Walcott v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 505, at paragraph 18; *Gvozdenovic v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 851, at paragraph 15; *Alhayek v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1126, 418 F.T.R. 144, at paragraph 49).

[38] Reasonableness is concerned with the existence of justification, transparency and intelligibility, and whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law (*Dunsmuir*, at paragraph 47;

La norme de contrôle

[35] La demanderesse fait valoir que les décisions de la Section de la protection des réfugiés doivent être révisées en fonction de la norme de la décision raisonnable, mais que la norme pour les erreurs de droit est celle de la décision correcte (*Dunsmuir c. New Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*)). La demanderesse soutient que toutes les erreurs commises par le commissaire se situent sous le seuil de la décision raisonnable. Le fait pour le commissaire d'avoir dépassé sa compétence et d'avoir failli à son obligation d'équité procédurale sont des questions susceptibles de contrôle en fonction de la norme de la décision correcte. Le défendeur convient que toutes les questions en litige doivent être examinées selon la norme de la décision raisonnable, à l'exception de la question relative à l'équité procédurale, qui doit être révisée en fonction de la norme de la décision correcte.

[36] La Cour a conclu par le passé que la détermination de l'exclusion découlant de l'alinéa 1(F)b) de la Convention est une question mixte de droit et de faits susceptibles de révision selon la norme de la décision raisonnable (*Jayasekara*, au paragraphe 14; *Villalobos c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 60, au paragraphe 13; *Roberts c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 632, au paragraphe 27).

[37] L'évaluation de la preuve de la Section de la protection des réfugiés (SPR) est également révisable selon la norme de la décision raisonnable et est une décision envers laquelle il faut faire preuve de déférence (*Liang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 765, au paragraphe 43; *Walcott c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 505, au paragraphe 18; *Gvozdenovic c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 851, au paragraphe 15; *Alhayek c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1126, au paragraphe 49).

[38] Le caractère raisonnable tient à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47; *Canada (Citoyenneté*

Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59).

[39] Jurisprudence has established that for issues of procedural fairness, including whether the RPD exceeded its jurisdiction and whether there is a reasonable apprehension of bias, correctness is the appropriate standard of review (*Yin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 544, at paragraphs 19–21; *Jadallah v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1240, at paragraph 24; *Gurusamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 990, at paragraph 21).

[40] When applying the correctness standard of review, a reviewing court will not show deference to the decision maker’s reasoning process but will rather undertake its own analysis of the question (*Dunsmuir*, at paragraph 50).

Issue 1: Did the Member err in finding that the applicant was excluded pursuant to Article 1F(b) of the Convention?

Applicant’s Position

[41] The applicant submits that to be excluded pursuant to Article 1F(b), the burden was on the Minister to establish both that there were “serious reasons for considering” that the applicant committed a “serious non-political crime”, and, that the crime occurred outside of Canada prior to the applicant’s entry. As neither of these factors were established, the Member erred in his conclusion.

[42] In determining whether the crime was “serious”, the Member was required to follow the guidance provided by the Supreme Court of Canada in *Febles*. Specifically, although a crime will generally be considered as serious where a maximum sentence of ten or more years could have been imposed had the crime been committed in Canada (“ten-year rule”) [at para-

et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59).

[39] La jurisprudence a établi que les questions d’équité procédurales, y compris les questions visant à déterminer si la SPR a outrepassé sa compétence et les questions touchant la crainte raisonnable de partialité, doivent être révisées en fonction de la norme de la décision correcte (*Yin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 544, aux paragraphes 19 à 21; *Jadallah c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1240, au paragraphe 24; *Gurusamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 990, au paragraphe 21).

[40] Lorsqu’elle applique cette norme de la décision raisonnable, la Cour de révision n’acquiesce pas au raisonnement du décideur, mais entreprend plutôt sa propre analyse aux termes de laquelle elle décide si elle est d’accord ou non avec la conclusion du décideur (*Dunsmuir*, au paragraphe 50).

Première question en litige : Le commissaire a-t-il commis une erreur en concluant à l’exclusion de la demanderesse en vertu de l’alinéa 1F)b) de la Convention?

Position de la demanderesse

[41] La demanderesse allègue que dans le contexte des exclusions prévues par l’alinéa 1F)b), il appartient au ministre de démontrer qu’il existe « des raisons sérieuses de penser » que la demanderesse a commis un « crime grave de droit commun » et que ce crime a eu lieu à l’extérieur du Canada, avant l’entrée de la demanderesse au pays. Puisqu’aucun de ces éléments n’a été démontré, le commissaire a commis une erreur dans sa conclusion.

[42] Pour déterminer la « gravité » du crime, le commissaire devait suivre les directives données par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Febles*. Plus précisément, bien qu’un crime sera généralement considéré comme grave si une peine maximale de dix ans ou plus aurait pu être imposée si le crime avait été commis au Canada (la règle des dix ans) [au paragraphe 62], cette géné-

graph 62], this is a generalization that should not be understood as a rigid presumption that is impossible to rebut.

[43] Further, in applying *Febles*, this Court has held that a wide sentencing range and the fact that the crime for which a claimant was convicted would fall on the lower end of the range is a critical factor that must be taken into account when determining if a crime should be considered a “serious non-political crime” (*Jung v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 464, 479 F.T.R. 1 (*Jung*), at paragraph 48). The Member was also required to consider that the penalty that would actually be imposed for an offence is likely to be much lower than the prescribed maximum (*Tabagua v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 709, 482 F.T.R. 143 (*Tabagua*), at paragraphs 16–20 and 22).

[44] In this matter, at issue are section 282 and section 283 of the *Criminal Code*, both of which stipulate a ten-year maximum sentence. The applicant submits that the courts rarely impose the maximum sentence in cases of parental abduction (*R. v. Thrones*, 2009 ONCJ 469 (CanLII) (*Thrones*), at paragraph 32) and that the Member failed to engage in the required potential sentencing analysis which led to the erroneous conclusion that the crime committed by the applicant was a serious non-political crime. Further, that it was unreasonable for the Member to rely on his own subjective view of what amounts to a serious crime in the face of evidence that the crime would attract a term of imprisonment which was between six months to two years (*Hersy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 190, 39 Imm. L.R. (4th) 32 (*Hersy*), at paragraph 68).

[45] The applicant also submits that the Member failed to conduct an objective and impartial analysis of the factors laid out in *Jayasekara* to assess the seriousness of the crime.

[46] Additionally, that Article 1F(b) is limited to crimes committed prior to entry to Canada (*Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 537 (T.D.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1

ralisation ne doit pas être interprétée comme étant une présomption rigide impossible à repousser.

[43] De plus, en appliquant l’arrêt *Febles*, la Cour a conclu qu’un large éventail de peine et que le fait que le crime pour lequel un demandeur a été accusé se situerait au bas de l’échelle des peines constituent des éléments essentiels devant être pris en considération pour déterminer si un crime doit être considéré comme étant un « crime grave de droit commun » (*Jung c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 464 (*Jung*), au paragraphe 48). Le commissaire devait également tenir compte du fait que la peine normalement imposée pour une infraction serait probablement beaucoup moins importante que la peine maximale prévue par la loi (*Tabagua c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 709 (*Tabagua*), aux paragraphes 16 à 20 et 22).

[44] La présente affaire fait intervenir les articles 282 et 283 du *Code criminel*, qui prévoient tous deux une peine maximale de dix ans d’emprisonnement. La demanderesse fait valoir que les cours imposent rarement les peines maximales dans des affaires d’enlèvement d’enfant (*R. v. Thrones*, 2009 ONCJ 469 (CanLII) (*Thrones*), au paragraphe 32) et que le commissaire n’a pas entrepris l’analyse nécessaire visant à déterminer la peine possible, ce qui l’a mené à la conclusion erronée que le crime commis par la demanderesse était un crime grave de droit commun. De plus, le commissaire a agi déraisonnablement en se fondant uniquement sur son avis subjectif de ce qu’est un crime grave alors que la preuve démontre que ce crime aurait entraîné une peine d’emprisonnement entre six mois et deux ans (*Hersy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 190 (*Hersy*), au paragraphe 68).

[45] La demanderesse soutient également que le commissaire n’a pas effectué une analyse objective et impartiale de critères établis dans l’arrêt *Jayasekara* pour évaluer la gravité du crime.

[46] De plus, l’alinéa 1F)b) se limite aux crimes commis avant l’entrée au Canada (*Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 R.C.F. 537 (1^{re} inst.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998]

S.C.R. 982, at paragraphs 73 and 74). In this case, the evidence establishes that, pursuant to the custody order, the applicant was permitted to take the child out of Hungary for up to two weeks without the consent of the child's father. As such, any criminal act of the applicant occurred in Canada and is therefore beyond the scope of Article 1F(b) which requires that the act be committed outside the country of refuge (*Reyes Rivas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 317).

[47] The applicant makes various other submissions as set out in her written representations.

Respondent's Position

[48] The respondent submits that the Member's exclusion analysis was reasonable as the evidence established that the applicant wrongfully retained the child and committed child abduction.

[49] The respondent's written submissions describe Canada's entry into the Hague Convention 36 years ago and a July 25, 2015 report of the Senate Standing Committee on Human Rights, *Alert: Challenges and International Mechanisms to Address Cross-Border Child Abduction* (Senate Report) as being representative of Canada's views with respect to international child abduction. The Senate Report was not before the Member.

[50] The respondent submits that the policy objectives of Article 1F(b) include national interest. In that regard, the respondent notes that access to refugee protection is not absolute. Exclusion clauses were included in the 1951 Refugee Convention because states had expressed concerns over an influx of common criminals, Article 1F(b) was enacted in that regard. The respondent submits that a similar policy objective was identified in *Febles* when the Supreme Court of Canada stated that exclusion clauses are not to be interpreted so narrowly as to ignore a contracting state's need to control who enters its territory. Similarly, in *Jayasekara*, the Federal Court of Appeal stated that the perspective of the receiving state cannot be ignored in determining

1 R.C.S. 982, aux paragraphes 73 et 74). En l'espèce, la preuve démontre que selon l'ordonnance de garde, la demanderesse pouvait emmener sa fille hors de Hongrie pour une période allant jusqu'à deux semaines sans le consentement du père. Par conséquent, tout acte criminel commis par la demanderesse l'aurait été au Canada et ne s'inscrit donc pas dans la portée de l'alinéa 1F)b), puisqu'il exige que l'acte soit commis à l'extérieur du pays d'asile (*Reyes Rivas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 317).

[47] La demanderesse fait également diverses autres observations, décrites dans ses observations écrites.

Position du défendeur

[48] Le défendeur fait valoir que l'analyse relative à l'exclusion de la demanderesse était raisonnable et que la preuve a démontré que la demanderesse a illégalement retenu l'enfant et perpétré le crime d'enlèvement d'enfant.

[49] Les observations écrites du défendeur décrivent la ratification par le Canada de la Convention de la Haye il y a 36 ans ainsi que le rapport du 25 juillet 2015 du comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Alerte : Défis et mécanismes internationaux pour faire face à l'enlèvement international d'enfants* (le rapport du Sénat) comme représentant la vision du Canada à l'égard de l'enlèvement d'enfants. Le rapport du Sénat n'a pas été présenté au commissaire.

[50] Le défendeur allègue que l'intérêt national fait partie des objectifs de la politique de l'alinéa 1F)b). À cet égard, le défendeur souligne que l'accès à la protection des réfugiés n'est pas absolu. Les clauses d'exclusion ont été intégrées à la Convention de 1951 relative aux réfugiés parce que les États avaient exprimé des préoccupations à l'égard de l'arrivée de criminels de droit commun; c'est pourquoi l'alinéa 1F)b) est entré en vigueur. Le défendeur soutient qu'un objectif de politique semblable est identifié dans l'arrêt *Febles*, alors que la Cour suprême du Canada affirme que les clauses d'exclusion ne doivent pas être interprétées de façon si restrictive qu'elles ignorent le besoin de contrôle des personnes entrant sur le territoire de l'État signataire. De même, dans la décision

the seriousness of the crime. International treaties that Canada is a party to are also relevant considerations of its national interest and this Court has found no error in a decision of the RPD to treat the Hague Convention as a demonstration of the international community's view of international child abduction as a serious matter (*Kovacs*, at paragraph 27). The respondent also submits that Canada's national interest is to deter child abduction.

[51] The respondent submits that child abduction is a serious matter (*R. v. Mendez* (1997), 32 O.R. (3d) 67, 1997 CanLII 432 (C.A.), at paragraph 28) and misconduct of the most serious order given its consequences for both the child and the parent from whom he or she is taken (*R. v. Dawson*, [1996] 3 S.C.R. 783, at paragraph 84).

[52] The respondent submits that sentencing is not an appropriate reference. In this regard and as recognized in *Jayasekara*, lenient sentences may actually be imposed with respect to serious crimes. However, the sentence does not diminish the seriousness of the crime (*Jayasekara*, at paragraph 41). The respondent submits that *Febles* did not consider the crime of international child abduction and nor do any of the post *Febles* cases. Further, that relying on sentencing in a wide range of highly fact-specific and distinguishable cases dangerously over simplifies the consequences of what Canadian courts have repeatedly recognized as a very serious crime.

[53] Despite that submission, the respondent appears to agree that the ten-year rule is relevant for the purposes of determining exclusion. However, the fact that an individual could receive a sentence at the lower end of the spectrum is not *prima facie* a rebuttal of the ten-year rule presumption. Further, relying on Canadian sentencing where the applicant has not been charged or convicted is asking the RPD to act as a sentencing criminal judge. In the absence of an actual penalty

Jayasekara, la Cour d'appel fédérale a affirmé qu'il ne faut pas ignorer la perspective de l'État d'accueil lors de la détermination de la gravité du crime. Les traités internationaux dont le Canada est partie sont également des éléments importants de son intérêt national et la Cour a déterminé que la SPR avait décidé à bon droit de traiter la Convention de La Haye comme étant un témoignage de la vision de la communauté internationale relativement à la gravité de l'enlèvement d'enfants (*Kovacs*, au paragraphe 27). Le défendeur soutient également que l'intérêt national du Canada est de décourager l'enlèvement d'enfants.

[51] Le défendeur ajoute que l'enlèvement d'enfants est un sujet grave (*R. v. Mendez* (1997), 32 O.R. (3d) 67, 1997 CanLII 432 (C.A.), au paragraphe 28) et une inconduite de la plus grande importance considérant les conséquences qu'il en découle tant pour l'enfant que pour le parent de qui l'enfant est enlevé (*R. c. Dawson*, [1996] 3 R.C.S. 783, au paragraphe 84).

[52] Le défendeur allègue que la détermination de la peine n'est pas la référence appropriée. En effet, comme il a été reconnu dans la décision *Jayasekara*, des peines clémentes peuvent être imposées pour des crimes graves. Toutefois, la peine ne diminue pas la gravité du crime (*Jayasekara*, au paragraphe 41). Le défendeur fait valoir que ni l'arrêt *Febles* ni les décisions l'ayant suivi n'ont examiné le crime d'enlèvement international d'enfants. De plus, de se fonder sur la détermination de la peine d'un grand nombre d'affaires reposant sur des faits particuliers à l'espèce et devant être distinguées simplifie dangereusement les conséquences de ce que les cours canadiennes ont continuellement reconnu comme étant un crime d'une grande gravité.

[53] Malgré cette observation, le défendeur semble convenir que la règle des dix ans est pertinente aux fins de la détermination de l'exclusion. Toutefois, le fait qu'une personne pourrait recevoir une peine dans la limite inférieure de l'échelle des peines ne réfute pas à première vue la présomption de la règle des dix ans. De plus, de se fonder sur la détermination de la peine alors que la demanderesse n'a ni été accusée ni trouvée coupable demande à la SPR d'agir comme un juge de droit crimi-

having been prescribed, the Member considered international standards, citing paragraph 37 of *Jayasekara*.

[54] The respondent submits that the crime occurred outside of Canada. With respect to the elements of the crime, the Member considered both section 282 and section 283 of the *Criminal Code* and noted that the applicant admitted in her oral testimony, and the OCJ decision confirmed that she removed the child from Hungary with the intention of wrongfully retaining her in Canada. The Member found that at the time the applicant was leaving Hungary, she had the requisite intent to commit the crime of child abduction and mislead the child in order to deprive her of the custody of her father.

[55] The respondent also submits that the onus was on the applicant to rebut the seriousness of the child abduction but she provided minimal submissions on these factors. Based on the evidence before the Member, his review of the *Jayasekara* factors was reasonable.

[56] As well, the applicant did not address section 787 of the *Criminal Code* but merely submitted that if the choice of the mode of prosecution was a relevant consideration, then the absence of a charge weighed against a finding that the alleged crime is serious. In any event, pursuant to subsection 36(3) of the IRPA, for purposes of the administration of the IRPA, the hybrid offence is deemed indictable even if the Crown elects to proceed summarily.

Analysis

[57] For the reasons below, I have concluded that the Member's finding that the applicant committed a serious non-political crime pursuant to Article 1F(b) is unreasonable. There are two reasons for this. First, the Member failed to properly apply *Febles* and to consider the sentencing range. Second, his application of the *Jayasekara* factors was unreasonable.

nel chargé de la détermination de la peine. En l'absence d'un jugement réel ayant été prononcé, le commissaire, en citant le paragraphe 37 de l'arrêt *Jayasekara*, a tenu compte des normes internationales.

[54] Le défendeur soutient que le crime s'est déroulé à l'extérieur du Canada. Relativement aux éléments du crime, le commissaire a tenu compte à la fois de l'article 282 et de l'article 283 du *Code criminel* et a noté que la demanderesse a admis lors de son témoignage oral avoir retiré sa fille de Hongrie avec l'intention de la retenir illégalement au Canada, ce que la décision de la Cour de justice de l'Ontario a confirmé. Le commissaire a conclu que lorsque la demanderesse a quitté la Hongrie, elle possédait déjà l'intention nécessaire de commettre le crime d'enlèvement d'enfant et d'induire sa fille en erreur afin de la priver de la garde de son père.

[55] Le défendeur soutient également qu'il appartenait à la demanderesse de réfuter la gravité de l'enlèvement d'enfants; toutefois, elle n'a fourni que peu d'observations sur ces éléments. En fonction de la preuve devant le commissaire, son examen des critères établis dans la décision *Jayasekara* était raisonnable.

[56] De même, la demanderesse n'a pas fait état de l'article 787 du *Code criminel*, mais a plutôt simplement fait valoir que si le choix du type de poursuite était un facteur pertinent, alors l'absence d'accusation militait à l'encontre d'une conclusion selon laquelle il s'agissait d'un crime grave. Quoi qu'il en soit, aux termes du paragraphe 36(3) de la LIPR et aux fins de l'administration de la LIPR, une infraction mixte est réputée constituer un acte criminel, et ce, même si la Couronne choisit de poursuivre par voie sommaire.

Analyse

[57] Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que la conclusion du commissaire selon laquelle la demanderesse aurait commis un crime grave de droit commun en vertu de l'alinéa 1F)b) est déraisonnable. Cette conclusion s'explique par deux motifs. Premièrement, le commissaire n'a pas appliqué l'arrêt *Febles* comme il se doit et n'a pas tenu compte de la fourchette de détermination de la peine applicable. Deuxièmement, son

Febles and sentencing range

[58] In *Febles*, the Supreme Court of Canada considered the question of whether Article 1F(b) barred the applicant therein from refugee protection because of the crimes he had committed before he came to Canada. There the applicant had been convicted in the United States and served time in prison for two assaults with a deadly weapon.

[59] In its analysis, the Supreme Court of Canada addressed the object and purpose of the Refugee Convention, which includes the international community's profound concern for refugees and commitment to assure refugees the widest possible exercise of fundamental rights and freedoms, but rejected a narrow interpretation of its exclusion clauses on the basis that:

The problem with this approach is that it risks upsetting the balance between humane treatment of victims of oppression and the other interests of signatory countries, which they did not renounce simply by together making certain provisions to aid victims of oppression. The *Refugee Convention* is not itself an abstract principle, but an agreement among sovereign states in certain specified terms, negotiated by them in consideration of the entirety of their interests. In *R. (European Roma Rights Centre) v. Immigration Officer at Prague Airport*, [2004] UKHL 55, [2005] 2 A.C. 1, the U.K. House of Lords stated that the *Refugee Convention* “represent[s] a compromise between competing interests, in this case between the need to ensure humane treatment of the victims of oppression on the one hand and the wish of sovereign states to maintain control over those seeking entry to their territory on the other” (para. 15).

I agree with this statement of the *Refugee Convention*'s twin purposes. While exclusion clauses should not be enlarged in a manner inconsistent with the *Refugee Convention*'s broad humanitarian aims, neither should overly narrow interpretations be adopted which ignore the contracting states' need to control who enters their territory. Nor do a treaty's broad purposes alter the fact

application des critères de la décision *Jayasekara* était déraisonnable.

Febles et la fourchette de détermination de la peine

[58] Dans l'arrêt *Febles*, la Cour suprême du Canada a examiné la question de savoir si l'alinéa 1F)b) excluait le demandeur de la protection accordée aux réfugiés en raison des crimes qu'il avait commis avant d'arriver au Canada. Dans cet arrêt, le demandeur a été trouvé coupable aux États-Unis de deux agressions avec une arme meurtrière et a écopé d'une peine d'emprisonnement.

[59] Dans son analyse, la Cour suprême du Canada a examiné l'objectif et les fins de la Convention relative aux réfugiés, ce qui comprend la grande préoccupation de la communauté internationale pour les réfugiés ainsi que son engagement à reconnaître aux réfugiés le plus grand exercice possible de leurs droits et libertés fondamentales. Elle a toutefois rejeté une interprétation étroite des clauses d'exclusion au motif suivant :

Cette approche pose problème, car elle risque de rompre l'équilibre entre le traitement humanitaire des victimes d'oppression et les autres intérêts des pays signataires de la *Convention relative aux réfugiés*, des intérêts auxquels ils n'ont pas renoncé simplement par l'adoption de certaines dispositions pour venir en aide aux victimes d'oppression. La *Convention relative aux réfugiés* n'est pas elle-même un principe abstrait mais une entente rédigée en termes précis par certains États souverains qui l'ont négociée en tenant compte de l'intégralité de leurs intérêts. Dans l'arrêt *R. (European Roma Rights Centre) c. Immigration Officer at Prague Airport*, [2004] UKHL 55, [2005] 2 A.C. 1, la Chambre des lords du Royaume-Uni a affirmé que la *Convention relative aux réfugiés* [TRADUCTION] « représent[e] un compromis entre des intérêts opposés, dans le présent cas entre le besoin d'assurer aux victimes d'oppression un traitement humanitaire, d'une part, et la volonté des États souverains de garder un contrôle sur les personnes qui cherchent à entrer sur leur territoire, d'autre part » (par. 15).

Je suis d'accord avec cet énoncé du double objet de la *Convention relative aux réfugiés*. S'il ne faut pas élargir la portée des dispositions d'exclusion d'une manière qui serait incompatible avec les vastes objectifs humanitaires de la *Convention relative aux réfugiés*, il ne faut pas non plus adopter une interprétation trop étroite qui ne tient pas compte du besoin des États contractants de contrôler

that the purpose of an exclusion clause is to exclude. In short, broad purposes do not invite interpretations of exclusion clauses unsupported by the text.

[*Febles*, at paragraphs 29 and 30]

[60] As to Article 1F(b):

... I conclude that Article 1F(b) serves one main purpose — to exclude persons who have committed a serious crime. This exclusion is central to the balance the *Refugee Convention* strikes between helping victims of oppression by allowing them to start new lives in other countries and protecting the interests of receiving countries. Article 1F(b) is not directed solely at fugitives and neither is it directed solely at some subset of serious criminals who are undeserving at the time of the refugee application. Rather, in excluding all claimants who have committed serious non-political crimes, Article 1F(b) expresses the contracting states' agreement that such persons by definition would be undeserving of refugee protection by reason of their serious criminality.

[*Febles*, at paragraph 35]

[61] The Supreme Court of Canada concluded that although excluding people who have committed serious crimes may support a number of subsidiary rationales, “its purpose is clear in excluding persons from protection who previously committed serious crimes abroad” (at paragraph 36).

[62] As to how a crime's seriousness is to be assessed, the Supreme Court of Canada stated:

The appellant concedes that his crimes were “serious” when they were committed, obviating the need to discuss what constitutes a “serious ... crime” under Article 1F(b). However, a few comments on the question may be helpful.

The Federal Court of Appeal in *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390 (C.A.), and *Jayasekara* has taken the view that where a maximum sentence of ten years or more could have been imposed had the crime been committed in Canada, the crime will generally be considered serious. I agree.

l'entrée des personnes sur leur territoire. Les objectifs généraux d'un traité ne changent non plus rien au fait que l'objectif d'une clause d'exclusion est justement d'exclure. Bref, les vastes objectifs du traité n'appellent pas une interprétation des clauses d'exclusion qui ne s'appuie pas sur le texte du traité.

[*Febles*, aux paragraphes 29 et 30]

[60] En ce qui à trait à l'alinéa 1F)b) :

[...] Je conclus que l'article 1Fb) n'a qu'un objectif principal — l'exclusion des personnes qui ont commis un crime grave. Cette exclusion est essentielle à l'équilibre qu'établit la *Convention relative aux réfugiés* entre l'aide qui permettra aux victimes d'oppression d'entreprendre une nouvelle vie dans un autre pays et la protection des intérêts des pays d'accueil. L'article 1Fb) ne vise pas uniquement les criminels fugitifs; il ne vise pas non plus uniquement un sous-groupe de grands criminels qui sont indignes de la qualité de réfugié au moment où ils la revendiquent. Au contraire, en excluant tous les demandeurs qui ont commis un crime grave de droit commun, l'article 1Fb) exprime l'accord des États contractants selon lequel ces personnes, par définition, seront indignes de l'asile en raison de leur grande criminalité.

[*Febles*, au paragraphe 35]

[61] La Cour suprême du Canada a conclu que bien que l'exclusion des personnes qui ont commis un crime grave peut appuyer un certain nombre de raisonnements subsidiaires, « son objet est clair, soit d'exclure de l'asile toute personne qui a commis un crime grave à l'étranger » (au paragraphe 36).

[62] La Cour suprême du Canada a affirmé ce qui suit sur la façon d'évaluer la gravité d'un crime :

L'appelant admet que les crimes qu'il a commis étaient « graves » lorsqu'il les a commis, et point n'est besoin d'examiner en quoi consiste un « crime grave » au sens de l'article 1Fb). Toutefois, quelques commentaires à ce sujet peuvent s'avérer utiles.

Dans les arrêts *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 (CAF), [2000] 4 C.F. 390 (C.A.), et *Jayasekara*, la Cour d'appel fédérale s'est dite d'avis que le crime est généralement considéré comme grave lorsqu'une peine maximale d'au moins dix ans d'emprisonnement aurait pu être infligée si le

However, this generalization should not be understood as a rigid presumption that is impossible to rebut. Where a provision of the Canadian *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, has a large sentencing range, the upper end being ten years or more and the lower end being quite low, a claimant whose crime would fall at the less serious end of the range in Canada should not be presumptively excluded. Article 1F(b) is designed to exclude only those whose crimes are serious. The UNHCR has suggested that a presumption of serious crime might be raised by evidence of commission of any of the following offences: homicide, rape, child molesting, wounding, arson, drugs trafficking, and armed robbery (Goodwin-Gill and McAdams, at p. 179). These are good examples of crimes that are sufficiently serious to presumptively warrant exclusion from refugee protection. However, as indicated, the presumption may be rebutted in a particular case. While consideration of whether a maximum sentence of ten years or more could have been imposed had the crime been committed in Canada is a useful guideline, and crimes attracting a maximum sentence of ten years or more in Canada will generally be sufficiently serious to warrant exclusion, the ten-year rule should not be applied in a mechanistic, decontextualized, or unjust manner. [Emphasis added.]

[*Febles*, at paragraphs 61 and 62]

[63] As noted by the applicant, in *Tabagua* this Court applied *Febles* and held that the RPD's failure to discuss the sentence that the applicant would have likely received was a reviewable error. There the applicant had been convicted of shoplifting in the United States prior to seeking refugee protection in Canada. The RPD found that there were serious reasons to consider that the applicant's actions, had they been committed in Canada, would carry a maximum penalty of at least ten years' imprisonment. In this regard, it focussed not on the shoplifting but rather on the applicant's use of a forged passport and fraudulent identity when she was arrested and convicted of shoplifting. The RPD found that such actions would correspond to the offences set out in subparagraph 57(b)(i) and subsections 403(1) and (2) of the *Criminal Code*—namely forgery of or uttering a forged passport and identity fraud. The RPD found that these

crime avait été commis au Canada. C'est aussi mon avis. Toutefois, il ne faut pas voir dans cette généralisation une présomption rigide qu'il est impossible de réfuter. Lorsqu'une disposition du *Code criminel du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit un large éventail de peines, qui vont d'une peine relativement légère jusqu'à une peine d'au moins dix ans d'emprisonnement, on ne saurait exclure de façon présomptive un demandeur qui serait condamné au Canada à une peine parmi les plus légères. L'article 1F(b) vise à n'exclure que les personnes qui ont commis des crimes graves. Le HCR a indiqué qu'une présomption de crime grave pourrait découler de la preuve de la perpétration des infractions suivantes : l'homicide, le viol, l'attentat à la pudeur d'un enfant, les coups et blessures, le crime d'incendie, le trafic de drogues et le vol qualifié (Goodwin-Gill et McAdams, p. 179). Il s'agit là d'exemples valables de crimes suffisamment graves pour justifier de façon présomptive l'exclusion de la protection offerte aux réfugiés. Toutefois, je le rappelle, la présomption peut être réfutée dans un cas donné. Toutefois, je le rappelle, la présomption peut être réfutée dans un cas donné. Le fait qu'une peine maximale d'au moins dix ans d'emprisonnement aurait pu être infligée si le crime avait été perpétré au Canada s'avère un guide utile, et les crimes qui, au Canada, rendent leur auteur passible d'une peine maximale d'au moins dix ans seront en général suffisamment graves pour justifier l'exclusion, mais il ne faudrait pas appliquer la règle des dix ans machinalement, sans tenir compte du contexte ou de manière injuste. [Non souligné dans l'original.]

[*Febles*, aux paragraphes 61 et 62]

[63] Comme l'a souligné la demanderesse, la Cour a appliqué l'arrêt *Febles* dans la décision *Tabagua* et a conclu que l'omission de la SPR de traiter de la peine qu'aurait probablement reçu la demanderesse constituait une erreur susceptible de révision. Dans cette décision, la demanderesse avait été condamnée pour un vol à l'étalage commis aux États-Unis avant de demander l'asile au Canada. La SPR a conclu qu'il y avait des motifs sérieux de croire que si la demanderesse avait commis son crime au Canada, elle aurait probablement reçu une peine maximale de dix ans d'emprisonnement. En ce sens, la SPR s'est concentrée non pas sur le vol à l'étalage, mais plutôt sur l'utilisation par la demanderesse d'un passeport fabriqué et d'une fausse identité lors de son arrestation et de sa condamnation pour vol à l'étalage. La Section de la protection des réfugiés a conclu que ces infractions correspondraient aux infractions

crimes are indictable offences and that, depending on the offence in question, carry a maximum sentence of 10 to 14 years' imprisonment. Accordingly, that the first branch of the *Jayasekara* inquiry was satisfied.

[64] In reviewing the RPD's decision, Justice Gleason [in *Tabagua*, at paragraph 14] stated that prior to *Febles*, as noted by Justice de Montigny at paragraph 32 of *Jung*, "... the presumption that a crime is 'serious' under Article 1F(b) if, were it committed in Canada, it would be punishable by a maximum of at least 10 years' imprisonment, was consistently applied by the Courts ...". However, that the Supreme Court of Canada had "significantly nuanced this proposition in *Febles*", referring to paragraph 62 of that decision.

[65] Justice Gleason noted that in *Jung*, Justice de Montigny had set aside a decision of the RPD which, like the decision before her, was premised in large part on the fact that the maximum punishment for the crimes in question was a sentence of more than ten years' imprisonment. Justice de Montigny wrote:

At the end of the day, however, the most egregious error of the Board member was her failure to take into account what the Supreme Court considered a critical factor in *Febles*, namely the wide Canadian sentencing range and the fact that the crime for which the Applicant was convicted would fall at the less serious end of the range. This consideration was quite relevant in the case at bar: the Canadian sentence for fraud over \$5,000 has a large sentencing range (0 to 14 years), and the Applicant's crime – fraud of \$50,000 with a 10 month sentence – *prima facie* falls at the low end of this range. The wide sentencing range and the Applicant's low actual sentence (not only was the actual sentence only two years but it was suspended and the only jail time was 165 days pre-trial custody) were clearly a most relevant factor in determining whether the crime was serious.

On that basis alone, the decision of the Board ought to be quashed and the matter returned for reconsideration by a different panel of the Board.

décrites au sous-alinéa 57(b)i) et aux paragraphes 403(1) et 403(2) du *Code criminel*, soit d'usage d'un faux passeport et de fraude à l'identité. La SPR a conclu que ces crimes étaient des infractions criminelles et que selon l'infraction, la peine maximale allait de 10 ans à 14 ans d'emprisonnement. Par conséquent, le premier volet du critère établi dans l'arrêt *Jayasekara* était respecté.

[64] En révisant la décision de la SPR, la juge Gleason [dans la décision *Tabagua*, au paragraphe 14] a cité le juge de Montigny, qui affirme au paragraphe 32 de la décision *Jung* qu'avant l'arrêt *Febles*, les tribunaux ont constamment utilisé « [...] la présomption selon laquelle un crime est "grave" au sens de l'alinéa b) de la section F de l'article premier lorsque le crime, s'il avait été commis au Canada, aurait été passible d'une peine d'emprisonnement maximale égale ou supérieure à dix ans ... ». Toutefois, la Cour suprême a « sensiblement nuancé cette position » dans l'arrêt *Febles*, au paragraphe 62 de cette décision.

[65] La juge Gleason a observé que dans la décision *Jung*, le juge de Montigny a écarté une décision du SPR qui, tout comme la décision devant elle, reposait en grande partie sur le fait que la peine maximale pour les crimes commis était un emprisonnement de dix ans. Le juge de Montigny déclare ceci :

Tout bien considéré, cependant, l'erreur la plus flagrante de la commissaire a été de ne pas avoir pris en considération ce que la Cour suprême tenait pour un facteur crucial dans *Febles*, à savoir le grand éventail de peines au Canada et le fait que le crime dont le demandeur avait été déclaré coupable entraînerait l'imposition d'une peine parmi les plus légères. Ce facteur était parfaitement pertinent en l'espèce : l'échelle des peines canadiennes pour fraude de plus de 5 000 \$ est vaste (de 0 à 14 ans), et le crime du demandeur – fraude de 50 000 \$ assortie d'une peine de 10 mois – se trouve à première vue au bas de cette échelle. Le grand éventail de peines et la faible peine purgée par le demandeur (non seulement la peine infligée n'était que de deux ans, mais le demandeur s'est vu accorder un sursis après 165 jours de détention avant procès) constituaient de toute évidence un facteur des plus pertinents pour la détermination de la gravité du crime.

Pour ce motif seulement, la décision de la Commission devrait être annulée et l'affaire renvoyée à un tribunal différemment constitué de la Commission pour réexamen.

[*Jung*, at paragraphs 48 and 49]

[66] Justice Gleason concluded that the RPD's reasoning in the case before her evinced the same problems. There, in assessing seriousness, the RPD looked only to the maximum potential sentences and erroneously stated that both crimes were indictable offences when, in fact, the offence of identity theft, created by section 403 of the *Criminal Code*, is a hybrid offence, in respect of which the Crown may elect to proceed either by way of indictment or by way of summary conviction.

[67] In that regard Justice Gleason stated:

As for the use of a forged passport, the maximum sentence prescribed by section 57 of the *Criminal Code* is 14 years' imprisonment (in respect of a forgery committed in respect of a Canadian passport). However, as my colleague, Justice Mosley, noted in *Almrei v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1002, 247 ACWS (3d) 650 (at para 48), "[t]he actual penalty that would be imposed for such an offence is, of course, likely to be much less, particularly for an offender without any prior criminal history in this country." The same might also be said of the offence of identity theft, even if prosecuted by way of indictment.

Here, the RPD failed to discuss what penalty the applicant might have received, had she been charged in Canada, and failed to note that the only evidence of the actual use by the applicant of the forged passport (as opposed to the use of the fraudulent Khachirova identity) was the fact that the applicant used the forged passport to gain access to the U.S. However, she claims she was required to do so to escape her persecutor. If believed, this would constitute a mitigating factor that the Board did not assess and that would also possibly have mitigated a sentence had the crime been committed in Canada and had the applicant been charged with it.

As the RPD failed to undertake the type of analysis that the Supreme Court mandated is required in *Febles* and failed to assess the seriousness of the applicant's conduct in light of the range of sentences available, the Board's decision must be set aside and the matter remitted for reconsideration as occurred in *Jung*. Contrary to what the respondent argues, the need for the type of analysis mandated by *Febles* is not lessened by the fact that the applicant was not charged and therefore was not sentenced. If anything, these facts would tend to show

[*Jung*, aux paragraphes 48 et 49]

[66] La juge Gleason a conclu que le raisonnement de la SPR dans l'affaire devant elle soulevait les mêmes problèmes. En effet, en évaluant la gravité du crime, la SPR a uniquement tenu compte de la peine maximale possible et a affirmé à tort que les deux crimes constituaient des actes criminels alors qu'en fait, l'infraction de vol d'identité créée par l'article 403 du *Code criminel* est plutôt une infraction mixte pour laquelle la Couronne peut choisir de procéder soit par procédure sommaire, soit par mise en accusation.

[67] À cet égard, la juge Gleason a affirmé ce qui suit :

En ce qui a trait à un faux passeport, la peine maximale prévue à l'article 57 du *Code criminel* est un emprisonnement de 14 ans (pour falsification qui concerne un passeport canadien). Mais comme l'a noté mon collègue le juge Mosley dans la décision *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2014 CF 1002, 247 ACWS (3d) 650 (au paragraphe 48), « [l]a peine généralement infligée à l'égard de pareilles infractions est généralement bien plus courte, surtout si le délinquant n'a aucun antécédent criminel au Canada ». On pourrait en dire autant de l'infraction de vol d'identité, même lorsqu'on procède par mise en accusation.

En l'espèce, la SPR a omis à la fois de discuter de la peine qui aurait pu être infligée à la demanderesse si elle avait été accusée au Canada, et de noter que la seule preuve d'utilisation réelle du faux passeport par la demanderesse (par opposition à l'utilisation de la fausse identité « Khachirova ») est lorsqu'elle s'en est servi pour obtenir l'admission aux États-Unis. Elle prétend toutefois qu'elle y était obligée pour échapper à son persécuteur. Si on y ajoute foi, cela constituerait un facteur atténuant que la Commission n'a pas apprécié, et qui de plus aurait peut-être atténué la peine si le crime avait été commis au Canada et que la demanderesse en avait été accusée.

Étant donné que la SPR a omis d'effectuer une analyse du type que la Cour suprême rend obligatoire dans l'arrêt *Febles*, et d'évaluer la gravité du comportement de la demanderesse à la lumière de l'éventail des peines disponibles, il convient d'annuler la décision de la Commission et de la renvoyer pour réexamen, comme il a été fait dans la décision *Jung*. Contrairement à ce que soutient le défendeur, la nécessité d'une analyse du genre prescrit dans l'arrêt *Febles* n'est pas diminuée du fait qu'aucune accusation n'a été portée contre la demanderesse, et qu'il

that the applicant's actions fall at the less serious end of the spectrum and therefore that a sentence well below the maximum would likely have been imposed had the applicant committed the offences and been charged in Canada.

The foregoing points should have been considered by the Board and its failure to do so renders its decision unreasonable. As in *Jung*, for much the same reasons, the Board's decision in this case must be set aside.

[*Tabagua*, at paragraphs 19–22]

[68] In this case, the Member specifically requested that counsel provide him with post-hearing submissions on the applicability of *Febles*. In her written response, the applicant submitted that *Febles* was highly relevant to the determination to be made by the Member. She noted the Court's clear direction that the presumption of seriousness for offences with ten-year maximum sentences should not be applied in a "mechanistic, decontextualized or unjust manner" and the Court's warning that "a claimant whose crime would fall at least at the less serious end" of a sentencing range with a ten year maximum in Canada "should not be presumptively excluded" (at paragraph 62). In her response, the applicant also submitted that consideration of the sentence that would likely be imposed for a specific offence was not a matter of pure speculation as had been submitted by the Minister. She summarized 16 cases which dealt with sentencing for parental child abduction, including cases with far more egregious fact patterns, which she submitted established that any sentence actually applied would have been at the very lowest end of the spectrum. She also quoted from *Thrones*, at paragraph 32:

.... appellate courts, while deploring crimes involving abduction of children, do not impose anything even close to the maximum penalties prescribed in the *Code*. In parental abduction cases, for example, where the maxi-

n'y a donc eu aucune condamnation. Pour le moins, ces faits porteraient à conclure que les actions de la demanderesse s'inscrivent dans la partie moins grave du spectre, et qu'en conséquence une peine très inférieure au maximum aurait vraisemblablement été imposée si la demanderesse avait commis l'infraction, et été inculpée, au Canada.

La Commission aurait dû examiner les points qui précèdent, et son omission à cet égard rend sa décision déraisonnable. De même que dans la décision *Jung*, et pour sensiblement les mêmes motifs, il convient d'annuler la décision de la Commission en l'espèce.

[*Tabagua*, aux paragraphes 19 à 22]

[68] En l'espèce, le commissaire a directement demandé aux avocats de lui faire parvenir des observations après l'audience sur l'application de l'arrêt *Febles*. Dans sa réponse écrite, la demanderesse a fait valoir que l'arrêt *Febles* était grandement pertinent à la décision devant être prise par le commissaire. Elle soulève la directive claire de la Cour selon laquelle il ne faut pas appliquer « machinalement, sans tenir compte du contexte ou de manière injuste » la présomption voulant que le crime soit considéré comme grave si une peine d'emprisonnement maximale de dix ans aurait pu être infligée. Elle mentionne également l'avertissement de la Cour, qui affirme qu'on « ne saurait exclure de façon présomptive un demandeur qui serait condamné au Canada à une peine parmi les plus légères » d'une fourchette de peine s'étendant jusqu'à un maximum de dix ans d'emprisonnement (au paragraphe 62). Dans sa réponse, la demanderesse allègue également que l'examen de la peine qui aurait probablement été imposée pour une infraction précise ne constitue pas de la pure spéculation, comme l'a fait valoir le ministre. Elle résume 16 décisions ayant trait à la détermination de la peine dans des cas d'enlèvement parental d'enfants, y compris des affaires faisant intervenir une série de faits beaucoup plus flagrants, ce qui, selon elle, démontre que toute peine imposée se serait nécessairement retrouvée dans la limite inférieure de l'échelle des peines possibles. Elle cite également la décision *Thrones*, au paragraphe 32 :

[TRADUCTION] [...] les cours d'appels, tout en déplorant les crimes d'enlèvement d'enfants, imposent des peines qui ne se rapprochent en rien des peines maximales prévues au *Code*. Par exemple, dans les cas d'enlèvement

mum penalty by indictment is *ten* years, sentence rarely come anywhere close. [Emphasis in original; footnote omitted.]

[69] Regardless of his request for and receipt of these submissions, the Member did not conduct a *Febles* analysis or explain why he declined to do so. In paragraphs 72 to 74 of his reasons, the Member describes the Supreme Court of Canada's decision. He then quotes a portion of paragraph 26 of that decision, which reads, in whole, as follows:

That the *Refugee Convention* drafters intended that persons who commit crimes in the country of refuge be treated differently than those who commit crimes outside the country of refuge prior to claiming refugee protection makes sense. When a person commits a crime inside the country of refuge, the country of refuge is called to rely on *its own* sovereign legal system, rather than on an international treaty. In Canada's case, it has done so by enacting a parallel and virtually identical provision regarding the effect of commission of a crime: s. 101(2)(a) of the *IRPA* specifies that a refugee protection claim cannot be made in the event "of a conviction *in Canada* [where] the conviction is for an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years". Therefore, the discrepancy and resultant absurdity contended by Mr. Febles do not exist. In any event, different concerns arise when a country is asked to take in claimants who have committed crimes abroad, and the context provided by Article 33(2) of the *Refugee Convention* does not aid in the interpretive task at hand. [Emphasis in original.]

[70] Apparently based on this, the Member concludes "Therefore, there is a measure or standard to apply to determine, firstly, whether there are serious reasons for considering the first part of Article 1F(b) of section 98 of the Act" (at paragraph 76). At paragraph 239 of his reasons, the Member describes the Supreme Court of Canada's comments in paragraph 62 of *Febles* as "suggestions in obiter comments about the applicability of the exclusion provision under Article 1F(b)". He then reproduced paragraph 62, but did not in any way comment on or engage with its content.

parental, alors que la peine maximale pour chaque enlèvement est de *dix* ans, les peines ne s'en approchent que très rarement. [Italiques dans l'original; note en bas de page omise.]

[69] En dépit d'avoir demandé et reçu des observations des parties à ce sujet, le commissaire n'a pas entrepris d'analyse en fonction de l'arrêt *Febles* ni expliqué pourquoi il avait omis de le faire. Aux paragraphes 72 à 74 de ses motifs, le commissaire résume la décision de la Cour suprême du Canada. Il cite ensuite une partie du paragraphe 26 de cette décision, qui se lit ainsi :

Il est logique que les rédacteurs de la *Convention relative aux réfugiés* aient voulu que les personnes qui commettent des crimes dans le pays d'accueil soient traitées différemment de celles qui ont commis des crimes en dehors du pays d'accueil avant de demander l'asile. Lorsqu'une personne commet un crime dans le pays d'accueil, ce pays est appelé à avoir recours à *son propre* système de justice souveraine plutôt qu'à un traité international. Dans le contexte canadien, le législateur a adopté une disposition parallèle et pratiquement identique concernant l'effet de la perpétration d'un crime : l'al. 101(2)a) de la *LIPR* précise qu'une demande d'asile est irrecevable si le demandeur a fait l'objet d'« une déclaration de culpabilité *au Canada* pour une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ». En conséquence, la divergence et le résultat absurde qui en résultent selon M. Febles n'existent tout simplement pas. Quoi qu'il en soit, les préoccupations ne sont pas les mêmes lorsqu'un pays se voit demander d'accepter un demandeur d'asile qui a commis des crimes à l'étranger, et le contexte de l'article 33(2) de la *Convention relative aux réfugiés* n'est d'aucun secours dans l'exercice d'interprétation en cours. [Italiques dans l'original.]

[70] Apparemment en fonction de cette citation, le commissaire conclut qu'il : [TRADUCTION] « convient par conséquent d'appliquer une norme ou une mesure pour d'abord établir s'il y a des motifs sérieux de tenir compte de la première partie de l'alinéa 1Fb) de l'article 98 de la Loi » (au paragraphe 76). Au paragraphe 239 de ses motifs, le commissaire décrit les commentaires de la Cour suprême du Canada au paragraphe 62 de l'arrêt *Febles* comme étant [TRADUCTION] « des suggestions formulées en *obiter* à propos de l'applicabilité de la disposition sur l'exclusion en vertu de l'alinéa 1(F)b) ». Il cite ensuite

[71] Although it is not clear from his reasons, it appears that the Member was of the view that he need not address the Supreme Court of Canada's direction concerning the role of a sentencing range when determining the seriousness of a crime for the purposes of exclusion pursuant to Article 1F(b), as these were merely suggestions *in obiter*. Instead, he appears to have determined that the applicable standard for determining if there were serious reasons for considering that the applicant had committed a serious non-political crime outside Canada, prior to her admission to Canada as a refugee, was the fact of the existence of the Hague Convention and the evidence that confirmed that the applicant had removed and wrongfully retained the child, who was subsequently returned to her father by way of the Hague Convention order of the OCJ. As discussed further below, I do not agree that this was determinative.

[72] In my view, it is significant that in *Febles*, the Supreme Court of Canada acknowledged examples of serious crimes, such as homicide and rape, which it found are significantly serious to presumptively warrant exclusion. However, it also found, even when such serious crimes are at issue, that the presumption may still be rebuttable in a particular case. Accordingly, the Member erred in failing to apply *Febles* and to consider whether the ten-year rule had been rebutted in the case before him. As it was the case in *Jung* and *Tabagua*, this is a reviewable error.

Jayasekara Factors

[73] In his analysis of the *Jayasekara* factors, the Member briefly addressed the mode of prosecution, stating that there were no charges against the applicant in Hungary, nor did it appear likely that she would be charged there. And, although he acknowledged that both section 282 and section 283 of the *Criminal Code*

le paragraphe 62, sans toutefois le commenter ou tenir compte de son contenu.

[71] Bien que cela ne ressorte pas clairement de ses motifs, il semble que le commissaire était d'avis qu'il n'avait pas à tenir compte des directives de la Cour suprême du Canada relativement au rôle de la fourchette de détermination de la peine pour établir la gravité d'un crime aux fins de l'exclusion en application de l'alinéa 1F)b) puisque ces directives étaient simplement des suggestions formulées *en obiter*. Il semble plutôt avoir déterminé que la norme applicable pour établir s'il y avait des raisons sérieuses de considérer que la demanderesse avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du Canada avant son admission au pays à titre de réfugiée résidait dans la Convention de La Haye et dans la preuve confirmant que la demanderesse avait illégalement retiré et retenu son enfant de Hongrie, enfant qui a ensuite été renvoyée à son père au moyen d'une ordonnance prononcée en vertu de la Convention de La Haye par la Cour de justice de l'Ontario. Comme nous le verrons ci-après, je ne suis pas d'avis qu'il s'agissait des facteurs déterminants.

[72] À mon avis, il est significatif que dans l'arrêt *Febles*, la Cour suprême du Canada a fait mention d'exemples de crimes graves, comme le meurtre et le viol, qu'elle a considéré comme étant suffisamment graves pour justifier une présomption d'exclusion. Elle a cependant également conclu que même lorsque ce type de crimes graves est en jeu, il demeure possible de réfuter la présomption dans des cas particuliers. Par conséquent, le commissaire a fait défaut d'appliquer l'arrêt *Febles* et d'évaluer si en l'espèce, la règle des dix ans avait été réfutée. Tout comme dans les décisions *Jung* et *Tabagua*, il s'agit d'une erreur susceptible de révision.

Critères de l'arrêt Jayasekara

[73] Dans son analyse des critères de l'arrêt *Jayasekara*, le commissaire a brièvement examiné le type de poursuite et a déclaré qu'aucune accusation n'avait été portée contre la demanderesse en Hongrie et qu'il ne semblait pas que des accusations seraient portées contre elle au Canada. Par ailleurs, bien qu'il ait reconnu dans sa décision que les

are hybrid offences, this was the total extent of his analysis of the mode of prosecution factor.

[74] What was not considered by the Member was that, if charged in Canada with child abduction, the Crown could elect to proceed by indictment, attracting a sentence not exceeding ten years as specifically prescribed in paragraph 282(1)(a) or paragraph 283(1)(a), respectively. Alternatively, the Crown could elect to proceed by summary conviction. Neither paragraph 282(1)(b) nor paragraph 283(1)(b) prescribe a minimum sentence for child abduction when the Crown elects to proceed by summary conviction. In that circumstance, section 787 of the *Criminal Code* applies. This states that the maximum sentences for summary conviction crimes where there is otherwise no penalty prescribed for the offence is six months of imprisonment, a fine of \$5 000, or both.

[75] As stated by the Federal Court of Appeal in *Jayasekara*, where hybrid offences exist “the choice of the mode of prosecution is relevant to the assessment of the seriousness of the crime if there is a substantial difference between the penalty prescribed for summary conviction offence and that provided for an indictable offence” (at paragraph 46). In this matter, there is a wide range of potential sentences for the crime of child abduction, from six months to ten years, which was not considered by the Member. As to the respondent’s submission that the applicant did not raise section 787 of the *Criminal Code*, this is of no merit. In my view, it was not open to the Member, when considering the seriousness of the offence, to fail to consider an applicable provision of the *Criminal Code* that described the lower end of the sentencing range applicable to the section 282 and section 283 offences that he was considering, whether or not the applicant specifically referred to that section of the *Criminal Code*.

[76] As to the respondent’s reference to paragraph 36(3)(a) of the IRPA, it pertains to inadmissibility on grounds of serious criminality pursuant to subsection 36(1). It states that when an offence may be prosecuted either summarily or by indictment, it is deemed to be an

articles 282 et 283 du *Code criminel* sont des infractions mixtes, son analyse du critère du mode de poursuite se limite à ces observations.

[74] Le commissaire n’a pas tenu compte du fait qu’en accusant une personne d’enlèvement d’enfant au Canada, la Couronne peut soit procéder par mise en accusation, ce qui entraîne une peine maximale de dix ans d’emprisonnement en application de l’alinéa 282(1)a) ou l’alinéa 283(1)a), soit procéder par voie sommaire. Les alinéas 282(1)b) et 283(1)b) ne prévoient pas de peine minimale pour l’enlèvement d’enfant lorsque la couronne décide de procéder par voie sommaire. Dans ces circonstances, l’article 787 du *Code criminel* s’applique. Cet article prévoit que la peine maximale pour les infractions par voie sommaire lorsqu’aucune autre peine n’est prévue est un emprisonnement de six mois, une amende de 5 000 \$ ou les deux.

[75] Comme la Cour d’appel fédérale l’a énoncé dans l’arrêt *Jayasekara*, lorsque les infractions sont mixtes, « le choix du mode de poursuite est utile pour évaluer la gravité du crime s’il existe une différence marquée entre la peine prévue pour une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et celle prévue pour un geste punissable sur acte d’accusation » (au paragraphe 46). En l’espèce, les peines possibles pour le crime d’enlèvement d’enfants varient grandement, pouvant aller de six mois à dix ans d’emprisonnement, ce dont le commissaire n’a pas tenu compte. En ce qui concerne l’allégation du défendeur selon laquelle la demanderesse n’a pas invoqué l’article 787 du *Code criminel*, cet argument est sans fondement. À mon avis, pour déterminer la gravité du crime, le commissaire n’avait pas le loisir de ne pas tenir compte des dispositions applicables du *Code criminel* décrivant les peines les plus légères applicables aux infractions prévues aux articles 282 et 283 qu’il a invoquées, que la demanderesse ait directement renvoyé à cet article du *Code criminel* ou non.

[76] Le défendeur mentionne l’alinéa 36(3)a) de la LIPR, qui renvoie à l’interdiction de territoire pour grande criminalité en vertu du paragraphe 36(1). Cet article prévoit que lorsqu’une infraction peut être poursuivie par voie sommaire ou par mise en accusation, elle est réputée

indictable offence, even if it has been prosecuted summarily. The respondent points to no similar provision applicable to Article 1F(b) exclusions.

[77] The next *Jayasekera* factor addressed by the Member was the penalty prescribed. He again acknowledged that the applicant had not been subject to any penalty with respect to the child abduction but found that there was no hard and fast rule that this was required to exclude a person. The Member stated “As acknowledged by the Federal Court of Appeal in *Jayasekara* at paragraph 37, the gravity of a crime must be judged against international standards. The Hague Convention in an important international standard” (at paragraph 248). That was the extent of the Member’s consideration of this factor.

[78] While the Member did not err to the extent of his finding that the laying of charges or the entering of a conviction are not prerequisites to exclusion pursuant to Article 1F(b) (see *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761, at paragraph 129; *Kovacs*, at paragraph 26; *Botezatu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 917, 2 Imm. L.R. (4th) 34, at paragraph 10), in my view, he did err in his interpretation of paragraph 37 of *Jayasekara* and, based on that error, in circumscribing his assessment of the seriousness of the crime.

[79] In *Jayasekara*, the Federal Court of Appeal considered the standards applicable to the determination of the gravity of a crime. In that regard, at paragraph 37 the Court stated:

The [Office of the United Nations High Commissioner for Refugees] UNHCR-issued *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees* (The UN Refugee Agency), at paragraph 38, suggests that the gravity of a crime be “judged against international standards, not simply by its characterization in the host State or country of origin.” This is, of course, to avoid the profound disparities which may exist between countries with respect to the same behaviour. As Branson J. wrote in

être une infraction criminelle, et ce, même lorsqu’elle est poursuivie par voie sommaire. Le défendeur n’a pas indiqué de dispositions similaires applicables aux exclusions en vertu de l’alinéa 1F)b).

[77] Le critère suivant de l’arrêt *Jayasekara* examiné par le commissaire vise la peine imposée. Une fois de plus, il a reconnu qu’aucune peine n’a été imposée à la demanderesse à l’égard de l’enlèvement d’enfant, mais a conclu que l’imposition d’une peine ne constituait pas une règle absolue pour exclure une personne. Le commissaire a déclaré : [TRADUCTION] « Comme l’a reconnu la Cour d’appel fédérale au paragraphe 37 de l’arrêt *Jayasekara*, la gravité d’un crime doit être jugée à partir des normes internationales. La Convention de La Haye constitue l’une des normes internationales importantes » (au paragraphe 248). Ces observations constituent la totalité de l’examen de ce critère par le commissaire.

[78] Bien que le commissaire n’a pas commis d’erreur en concluant qu’il n’est pas nécessaire que des accusations soient portées ou qu’une condamnation soit prononcée pour exclure une personne en vertu de l’alinéa 1F)b) (voir *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761, au paragraphe 129; *Kovacs*, au paragraphe 26; *Botezatu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 917, au paragraphe 10), à mon avis, il a commis une erreur dans son interprétation du paragraphe 37 de l’arrêt *Jayasekara* et, par cette erreur, en limitant son évaluation de la gravité du crime.

[79] Dans l’arrêt *Jayasekara*, la Cour d’appel fédérale a tenu compte des normes applicables à la détermination de la gravité d’un crime. Ainsi, la Cour a déclaré au paragraphe 37 :

Suivant la *Note d’information sur l’application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* publiée par l’UNHCR (le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés), au paragraphe 38, la gravité du crime « doit être mesurée à l’aune des normes internationales et pas simplement suivant l’interprétation qui en est faite dans le pays d’accueil ou le pays d’origine ». Cette façon de voir vise évidemment à éviter les profondes disparités qui peuvent exister entre les États relativement aux

Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, at page 300 of his reasons for judgment, “[o]ne needs only to bring to mind regimes under which conduct such as peaceful political dissent, the possession of alcohol and the “immodest” dress of women is regarded as seriously criminal.” [Emphasis added.]

[80] The Court continued its analysis, noting that while regard should be had to international standards, the perspective of the receiving state cannot be ignored in determining the seriousness of the crime as the protection conferred by Article 1F(b) is given to the receiving state. It concluded that:

I believe there is a consensus among the courts that the interpretation of the exclusion clause in Article 1F(b) of the Convention, as regards the seriousness of a crime, requires an evaluation of the elements of the crime, the mode of prosecution, the penalty prescribed, the facts and the mitigating and aggravating circumstances underlying the conviction.... In other words, whatever presumption of seriousness may attach to a crime internationally or under the legislation of the receiving state, that presumption may be rebutted by reference to the above factors. There is no balancing, however, with factors extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction such as, for example, the risk of persecution in the state of origin.... [Emphasis added.]

[*Jayasekara*, at paragraph 44]

[81] Thus, in my view, paragraph 37 does not support the proposition that the existence of an international convention, such as the Hague Convention, is the sole factor or “standard” against which seriousness must be assessed. Rather, even where a presumption of seriousness may attach to a crime internationally, the presumption is rebuttable based on the identified factors.

[82] Indeed, in *Jayasekara*, when considering whether the crime in that case was serious and justified the application of the exclusion clause, the Federal Court of Appeal noted that the claimant had been convicted in the United States for trafficking opium. The evidence before it revealed that drug trafficking is treated as a serious

mêmes agissements. Ainsi que le juge Branson l’écrit dans la décision *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, à la page 300, [TRADUCTION] « il suffit d’évoquer les régimes dans lesquels des comportements tels que la dissidence politique pacifique, la possession d’alcool et les tenues féminines jugées “indécentes” sont considérés comme étant des actes criminels graves ». [Non souligné dans l’original.]

[80] La Cour a poursuivi son analyse, notant qu’il est important de considérer avec égard les normes internationales, mais que la perspective de l’État d’accueil ne peut être ignorée dans la détermination de la gravité du crime, puisque la protection de l’alinéa 1F)b) est offerte à l’État d’accueil. La Cour conclut ce qui suit :

Je crois que les tribunaux s’entendent pour dire que l’interprétation de la clause d’exclusion de la section Fb) de l’article premier de la Convention exige, en ce qui concerne la gravité du crime, que l’on évalue les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la peine prévue, les faits et les circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité [...]. En d’autres termes, peu importe la présomption de gravité qui peut s’appliquer à un crime en droit international ou selon la loi de l’État d’accueil, cette présomption peut être réfutée par le jeu des facteurs précités. On ne met toutefois pas en balance des facteurs étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité comme, par exemple, le risque de persécution dans le pays d’origine [...]. [Non souligné dans l’original.]

[*Jayasekara*, au paragraphe 44]

[81] Ainsi, à mon avis, le paragraphe 37 n’appuie pas l’idée que l’existence d’une convention internationale comme la Convention de La Haye est l’unique facteur ou « norme » devant servir à l’évaluation de la gravité. En fait, même lorsqu’une présomption de gravité est liée à un crime au plan international, il est possible de réfuter cette présomption en fonction des critères identifiés.

[82] En effet, dans l’arrêt *Jayasekara*, la Cour d’appel fédérale a noté dans son évaluation de la gravité du crime en l’espèce et de l’application justifiée de la clause d’exclusion que l’appelant avait été trouvé coupable de trafic d’opium aux États-Unis. La preuve qui lui était présentée révélait que le trafic de drogue est traité comme un

crime across the international spectrum. The Court noted that in accordance with the three United Nations drug conventions, the *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961* [30 March 1961, [1964] Can. T.S. No. 30] (amended by the Protocol of 25 March 1972 [*Protocol amending the Single Convention on Narcotics Drugs, 1961*, [1976] Can. T.S. No. 48]); the *Convention on Psychotropic Substances*, 21 February 1971, [1988] Can. T.S. No. 35; and the *Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, 20 December 1988, [1990] Can. T.S. No. 42, signatory nations are required to coordinate preventive and repressive action against drug trafficking, including the imposition of penal provisions as necessary. The choice of penal provisions remained at the discretion of the member state and could exceed those provided by the conventions if the member state deemed them desirable or necessary for the protection of public health and welfare.

[83] The Federal Court of Appeal wrote that, as reflected by the penal provisions enacted, most signatory states define and treat drug trafficking as a serious crime. It conducted comparisons of sentences imposed by various states and noted that in this country a person who sells opium is liable to imprisonment for life. It found that there was no doubt that Parliament considered the trafficking of opium as a serious crime.

[84] However, the Federal Court of Appeal concluded that in determining whether the claimant had been convicted of a serious crime, the RPD had looked at a multitude of factors: the gravity of the crime; the sentence imposed in the United States; the facts underlying the conviction (i.e. the nature of the substance trafficked); the finding in *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390 (C.A.) that a crime is a serious non-political crime if a maximum sentence of ten years or more could have been imposed if the crime had been committed in Canada; the objective gravity of a crime of trafficking in opium in Canada which carries a possible penalty of life imprisonment; and, the fact that the claimant violated his probation order and later absconded. The Federal Court of Appeal concluded that the applications Judge had committed no error when he

crime grave pour l'ensemble du spectre international. La Cour a observé qu'en application des trois Conventions internationales relatives aux drogues, soit la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, [30 mars 1961, [1964] R.T. Can. n° 30] (telle que modifiée par le protocole du 25 mars 1972 [*Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, [1976] R.T. Can. n° 48]); la *Convention sur les substances psychotropes*, 21 février 1971, [1988] R.T. Can. n° 35 et la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, 20 décembre 1988, [1990] R.T. Can. n° 42, les États signataires ont l'obligation de coordonner des mesures préventives et répressives contre le trafic de drogues, y compris d'implanter des mesures pénales au besoin. Le choix des mesures pénales demeure à la discrétion de l'État membre et peut outrepasser celles prévues à la convention si l'État membre le juge désirable ou nécessaire pour la protection du bien-être et de la santé du public.

[83] La Cour d'appel fédérale a affirmé qu'il ressort des dispositions adoptées que la majorité des États membres définissent et traitent le trafic de drogue comme étant un crime grave. La Cour a effectué une comparaison des peines imposées par différents États et a noté qu'au Canada, une personne qui vend de l'opium peut faire face à un emprisonnement à vie. Elle a conclu qu'il n'y a aucun doute que le Parlement considère le trafic d'opium comme étant un crime grave.

[84] Toutefois, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'en déterminant si l'appelant avait été trouvé coupable d'un crime grave, la SPR a examiné un grand nombre de facteurs : la gravité du crime, la peine imposée aux États-Unis, les faits sous-tendant la condamnation (c'est-à-dire la nature de la substance trafiquée), la conclusion de l'arrêt *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.) selon lequel un crime est un crime grave de droit commun si une peine maximale d'au moins dix ans aurait pu être imposée si le crime avait été commis au Canada, la gravité objective du trafic d'opium au Canada pouvant entraîner une peine d'emprisonnement à vie et le fait que l'appelant avait contrevenu à son ordonnance de probation et s'était ensuite enfui. La Cour d'appel fédérale a conclu que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur

found that it was reasonable for the RPD to conclude on those factors that the claimant's conviction in the United States gave it a serious reason to believe that he had committed a serious non-political crime outside the country.

[85] Significantly, the fact of the existence of international conventions concerning state coordination to prevent and repress drug trafficking was not found to be determinative of the seriousness of the crime.

[86] On the question of the significance of international treaties, the respondent relies heavily on *Kovacs*. There, the applicant was also a citizen of Hungary who claimed protection in Canada for herself and her children. The RPD found that she was not credible and also determined that she was excluded from refugee protection pursuant to Article 1F(b) on the basis that there were serious reasons for considering that she may have committed a serious non-political crime outside Canada, the abduction of her son. The paragraph of *Kovacs* that the respondent relies upon [paragraph 27] is as follows:

The applicants also submit that the Board erred in relying on *Chan*, for guidance in defining a serious non-political crime. In their submission, *Chan* only states that exclusion does not apply to crimes committed outside Canada where a sentence has already been served, unless the refugee claimant has been declared a danger to the public. In my view, the applicants have misunderstood the use made by the Board of the *Chan* decision. In the part of the decision dealing with this question, the Board was assessing whether kidnapping of a child is a "serious non-political crime". In its analysis, the Board referred to the *Chan* decision as describing a sentence of 10 or more years as one that is indicative of such a crime. The Board also considered the existence of the Hague Convention as a demonstration of the international community's view of international kidnapping as a serious matter. I see no error in the Board's use of the *Chan* decision or its analysis of whether international kidnapping of a child constitutes a serious non-political crime. [Emphasis added.]

en déterminant qu'il était raisonnable que la SPR en vienne à la conclusion en fonction de ces facteurs que la condamnation de l'appelant aux États-Unis constituait une raison sérieuse de croire qu'il avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du pays.

[85] Il est important de mentionner que l'existence de conventions internationales visant la coordination entre États pour la prévention et la répression du trafic de drogue n'a pas été considérée comme un critère déterminant de la gravité du crime.

[86] En ce qui concerne la question de l'importance des traités internationaux, le défendeur s'appuie largement sur l'affaire *Kovacs*. Dans cette affaire, la demanderesse était également une citoyenne de la Hongrie qui demandait la protection du Canada pour elle-même et pour ses enfants. La SPR a conclu que la demanderesse n'était pas crédible et qu'elle n'avait pas droit au statut de réfugié en vertu de l'alinéa 1Fb), parce que des raisons sérieuses permettaient de croire qu'elle avait peut-être commis, à l'extérieur du Canada, un crime grave de droit commun, à savoir un enlèvement d'enfant. Le paragraphe [27] dans la décision *Kovacs* sur lequel s'appuie la demanderesse se lit comme suit :

Les demandeurs soutiennent aussi que la Commission a eu tort de s'appuyer sur l'arrêt *Chan*, pour la définition de crime grave de droit commun. Selon eux, cet arrêt affirme uniquement que les crimes commis à l'extérieur du Canada n'entraînent pas l'exclusion lorsque la peine a déjà été purgée, à moins que le demandeur d'asile n'ait été déclaré un danger pour le public. À mon avis, les demandeurs se sont mépris sur l'utilisation faite la Commission de l'arrêt *Chan*. La Commission, lorsqu'elle a cité cet arrêt dans sa décision, examinait si l'enlèvement d'un enfant était un « crime grave de droit commun ». Dans son analyse, elle a signalé que, suivant l'arrêt *Chan*, une peine d'emprisonnement minimal de 10 ans permettait de conclure qu'il s'agissait d'un crime grave. La Commission a également vu dans l'existence de la Convention de La Haye la démonstration que la communauté internationale considérait l'enlèvement international comme une affaire sérieuse. Selon moi, la Commission n'a pas commis d'erreur dans son utilisation de l'arrêt *Chan* ni dans son examen de la question de savoir si l'enlèvement international d'un enfant constitue un crime grave de droit commun. [Non souligné dans l'original.]

[87] In my view, *Kovacs* recognizes the existence of the Hague Convention as one factor to be considered when determining if child abduction is a serious crime for the purposes of Article 1F(b). However, it does not support a contention that it is the only factor to be considered, that its existence creates a non-rebuttable presumption that child abduction is, in every case, serious in the context of an Article 1F(b) analysis, or, that it is the primary factor to be considered. *Kovacs*, of course, also pre-dates the Supreme Court of Canada's decision in *Febles*. And, while it is true that *Febles* was concerned with convictions for assault with a deadly weapon and not child abduction, to my mind, this is not a relevant distinction. As noted above, the Supreme Court of Canada accepted that homicide, rape, child molestation, wounding, arson, drug trafficking and armed robbery were good examples of crimes that are sufficiently serious to presumptively warrant exclusion from refugee protection. Yet, stated that, even when dealing with presumptively serious crimes, the presumption can be rebutted in a particular case and, for that reason, the ten-year rule should not be applied in a mechanistic decontextualized or unjust manner. Thus, even if child abduction is also a presumptively serious crime, as I believe it to be, the presumption is rebuttable.

[88] As to the respondent's argument that conducting a sentencing analysis in this circumstance, where no charges have been laid or conviction entered, is not warranted by *Febles* and that conducting such an analysis would be "speculative" and beyond the jurisdiction of the RPD as the RPD is not a sentencing judge, I do not agree with that view. As stated by Justice Gleason in *Tabagua*, the need for the type of analysis mandated by *Febles* is not lessened by the fact that the applicant was not charged and therefore was not sentenced. If anything, these facts would tend to show that the applicant's actions fall at the less serious end of the spectrum and therefore that a sentence well below the maximum would likely have been imposed had the applicant committed the offences and been charged in Canada (*Tabagua*, at paragraph 21).

[87] À mon avis, l'affaire *Kovacs* reconnaît que l'existence de la Convention de La Haye est un facteur à prendre en considération au moment de déterminer si l'enlèvement d'un enfant constitue un crime grave aux fins de l'alinéa 1Fb). Cependant, cette décision ne permet pas de conclure que c'est là le seul facteur à prendre en considération, que son existence donne lieu à une présomption irréfutable que l'enlèvement d'un enfant constitue, dans chaque cas, un crime grave dans le contexte de l'analyse de l'alinéa 1Fb), ni qu'il s'agit du principal facteur à prendre en considération. Évidemment, l'affaire *Kovacs* précède l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Febles*. En outre, même s'il est vrai que l'affaire *Febles* portait sur des condamnations pour agression avec une arme meurtrière et non sur un enlèvement d'enfant, à mon avis, cette distinction n'est pas pertinente. Comme il est mentionné ci-dessus, la Cour suprême du Canada a admis qu'un homicide, une agression sexuelle, un attentat à la pudeur d'un enfant, les coups et blessures, le crime d'incendie, le trafic des drogues et le vol qualifié constituent de bons exemples de crimes suffisamment graves pour justifier de façon présomptive l'exclusion de la protection offerte aux réfugiés. Pourtant, même lorsqu'il s'agit de traiter des crimes présumés graves, la présomption peut être réfutée dans certains cas et, pour cette raison, il ne faut pas appliquer la règle des dix ans machinalement, sans tenir compte du contexte ou de manière injuste. En conséquence, si l'enlèvement d'un enfant constitue également un crime présumé grave, ce que je pense, la présomption peut être réfutée.

[88] Je ne partage pas l'argument du défendeur voulant, qu'en vertu de l'affaire *Febles*, il ne soit pas justifié dans la présente instance de soumettre la peine à une analyse alors qu'aucune condamnation n'a encore été prononcée et que l'exécution d'une telle analyse soit « spéculative » et outrepassé la compétence de la SPR, puisque la SPR n'est pas un juge chargé de déterminer la peine. Comme l'a déclaré la juge Gleason dans la décision *Tabagua*, la nécessité d'une analyse du genre prescrit dans l'arrêt *Febles* n'est pas diminuée du fait qu'aucune accusation n'a été portée contre la demanderesse, et qu'il n'y a donc eu aucune condamnation. Pour le moins, ces faits porteraient à conclure que les actions de la demanderesse s'inscrivent dans la partie moins grave du spectre, et qu'en conséquence une peine très inférieure au maximum

[89] Further, this Court has held that a failure to consider sentencing case law decisions, as the Member did in this case, is unreasonable, concluding in *Hersy* [at paragraph 71]:

In the end, instead of looking at similar cases as a guide to how the Applicant would be treated in Canada from the sentencing perspective, the Board simply falls back on its own subjective notion of what is serious in Canada without any objective evidence to support it.

[90] In my view, the failure to apply *Febles* and the errors in the analysis of the *Jayasekara* factors are more than sufficient to render the Member's exclusion analysis unreasonable. Accordingly, I need not address the applicant's submission that because the crime of child abduction occurred in Canada, after the expiry of the two-week period within which the applicant was permitted by the custody order to remove the child from Hungary without the prior consent of her father, Article 1F(b) has no application.

Issue 2: Did the Member err in his treatment of the evidence?

[91] In the alternative to his exclusion analysis, the Member also conducted an analysis of the applicant's refugee claim on its merits.

Applicant's Position

[92] The applicant submits that, regardless of the Member's negative credibility findings, based on her own testimony, there was sufficient reliable third party and other objective source evidence to support a well-founded fear of persecution for the applicant on the

aurait vraisemblablement été imposée si la demanderesse avait commis l'infraction, et avait été inculpée, au Canada (*Tabagua*, au paragraphe 21).

[89] En outre, la Cour a conclu que le fait de ne pas tenir compte de la jurisprudence, comme l'a fait la Commission dans la présente instance, est déraisonnable; d'ailleurs, dans l'affaire *Hersy*, elle a soutenu ceci [au paragraphe 71] :

En fin de compte, plutôt que d'examiner des cas semblables comme guide de la façon dont le demandeur serait traité au Canada du point de vue de la détermination de la peine, la Commission se fie tout simplement à sa propre notion subjective de ce qui est grave au Canada sans aucune preuve objective pour l'étayer.

[90] À mon avis, le fait de ne pas avoir appliqué la décision *Febles*, d'une part, et les erreurs dans l'analyse des facteurs inhérents à la décision *Jayasekara*, d'autre part, constituent des motifs plus que suffisants pour conclure que l'analyse du commissaire relativement à l'exclusion était déraisonnable. Par conséquent, je ne me pencherai pas sur l'affirmation de la demanderesse voulant que, parce que l'enlèvement de l'enfant s'est produit au Canada, après l'expiration de la période de deux semaines pendant lesquelles elle avait l'autorisation, en vertu d'une ordonnance de garde, de quitter la Hongrie sans le consentement du père, l'alinéa 1F(b) ne s'applique pas.

Deuxième question en litige : Le commissaire a-t-il commis une erreur dans son traitement de la preuve?

[91] Subsidiairement à cette analyse d'exclusion, le commissaire a également soumis la demande du statut de réfugié de la demanderesse à une analyse fondée sur ses mérites.

Position de la demanderesse

[92] La demanderesse soutient que, peu importe les conclusions du commissaire concernant sa crédibilité, son témoignage renfermait suffisamment d'éléments de preuve fiables présentés par des tiers et autres sources de preuve objective pour étayer sa crainte bien fondée

basis of her profile as a Roma rights activist, which profile the Member accepted. The applicant submits that the Member erred by failing to properly consider that evidence.

[93] In particular, the Member had before him expert reports confirming the particularized risk faced by Roma advocates including a letter from Amnesty International and an expert affidavit from a highly respected Roma rights advocate, Aladar Horvath. Additionally, before the Member was the acknowledgement in the OCJ decision by the applicant's ex-husband that the applicant was for many years subjected to threats and persecution because of her advocacy activities as well as copies of online threats and racist comments about the applicant. The applicant submits that this evidence was ignored or unreasonably dismissed.

[94] As to the treatment of the claims of other claimants, the applicant acknowledges that rule 21 of the RPD Rules permitted the Member to disclose and rely on information from another claim if the claims involved similar questions of fact or the information was otherwise relevant. The applicant also concedes that the files of the alleged former employee and his family as well as those of her sister and mother are relevant to her own claim, but submits that the Member erred in law and came to unreasonable or perverse conclusions in respect of this information.

[95] The applicant asserts that the Member determined without a hearing that the alleged former employee's claim was fraudulent and that the applicant was a willing accomplice to it. His treatment of the material was perverse and unreasonable and procedural fairness required that he put his concerns to the applicant and the alleged former employee before reaching his highly prejudicial credibility determinations.

de persécution en raison de ses activités de défense des droits des Roms, profil que le commissaire a accepté. La demanderesse soutient que le commissaire a commis une erreur ne prenant pas la preuve offerte en considération comme il devait le faire.

[93] En particulier, le commissaire disposait de rapports d'experts confirmant le risque particulier auquel sont exposés les défenseurs des droits des Roms, notamment une lettre d'Amnistie internationale et un affidavit d'un expert, Aladar Horvath, un défenseur des droits des Roms hautement respecté. De plus, le commissaire avait en sa possession la décision de la Cour de justice de l'Ontario dans laquelle l'ex-conjoint de la demanderesse reconnaissait que celle-ci avait fait l'objet de menaces et de persécution pendant de nombreuses années en raison de son militantisme, ainsi que des copies de menaces proférées en ligne et de commentaires racistes au sujet de la demanderesse. La demanderesse soutient que cet élément de preuve a été ignoré ou déraisonnablement rejeté.

[94] En ce qui concerne le traitement des demandes des autres demandeurs, la demanderesse reconnaît que la règle 21 des Règles de la SPR permet au commissaire de divulguer et de prendre en considération l'information d'une autre demande, si celle-ci porte sur des questions de fait ou de l'information pertinente d'une manière quelconque. La demanderesse concède également que les dossiers du présumé ancien employé et de sa famille, ainsi que ceux de sa sœur et de sa mère sont pertinents pour sa propre demande, mais elle soutient que le commissaire a erré en droit et a tiré des conclusions déraisonnables ou abusives de cette information.

[95] La demanderesse affirme que le commissaire a déterminé, sans tenir d'audience, que la demande du présumé ancien employé était frauduleuse et que la demanderesse était une complice consentante à cette fraude. Le traitement de ces témoignages était abusif et déraisonnable et l'équité procédurale exigeait qu'il fasse part de ses préoccupations à la demanderesse et au présumé ancien employé avant de tirer ses conclusions très préjudiciables sur la crédibilité.

[96] The applicant also submits that the Member made rulings on the credibility of claims made by her sister and mother, which claims were still pending before another member, and thereby exceeded his jurisdiction. Further, that it was a breach of the duty of procedural fairness owed to those claimants to have pronounced on the credibility of their claims without giving them an opportunity to be heard.

Respondent's Position

[97] The respondent submits that the applicant failed to rebut the presumption of state protection with clear and convincing proof. In that regard, the Member considered the applicant's testimony and the country condition documents. The evidence established that the applicant had been provided with police protection, including 24-hour protection, between February and July 2009. After the period of police protection ended, on the two occasions when the applicant alleged to have been targeted, she reported one incident to the police and testified that she was in no immediate danger when the incident occurred as she was safely inside her car. On the second occasion, she chose not to file a report. Aside from these two incidents which were perpetrated by two women in their 60's, the applicant reported no other incidents of attacks before 2011 and testified that this was because she had a degree of protection through the power of the press.

[98] The Member also considered both the evidence of Aladar Horvath and the letter from Amnesty International and his treatment of this evidence was reasonable. In particular, the Member explained that the evidence of a lack of state protection for Roma rights advocates in the Amnesty International letter was rebutted by the fact that the applicant was able to obtain state protection. As well, the Member noted that the affidavit of Aladar Horvath was written before the August 2013 convictions and sentencing of those who were involved in the August 2009 serial murders.

[96] La demanderesse soutient également que le commissaire a rendu des décisions concernant la crédibilité des demandes soumises par sa sœur et sa mère, lesquelles étaient toujours en instance devant un autre commissaire et, par conséquent, outrepassaient sa compétence. En outre, le fait de se prononcer sur la crédibilité de leurs demandes sans donner aux demanderesse la possibilité d'être entendues constituait un manquement à son devoir d'équité procédurale envers elles.

Position du défendeur

[97] Le défendeur soutient que la demanderesse n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État à l'aide d'une preuve claire et convaincante. À son avis, le commissaire a examiné le témoignage de la demanderesse et les documents concernant les conditions dans le pays. La preuve a démontré que la demanderesse avait obtenu la protection de la police, notamment une protection 24 heures par jour, entre février et juillet 2009. Lorsque la protection de la police a pris fin, lors des deux occasions où elle a allégué avoir été ciblée, elle a signalé un incident à la police et elle a déclaré dans son témoignage qu'elle n'était pas en danger immédiat à ce moment, car elle était en sécurité dans son véhicule. À la suite de second incident, elle a décidé de ne pas déposer de rapport. Exception faite de ces deux incidents qui ont été perpétrés par deux femmes dans la soixantaine, la demanderesse n'a signalé aucun autre incident ni aucune autre attaque jusqu'en 2011; dans son témoignage, elle a déclaré qu'elle avait bénéficié d'une certaine protection grâce au pouvoir des médias.

[98] Le commissaire a également pris en considération la preuve offerte par Aladar Horvath et la lettre d'Amnistie internationale; son traitement de ces éléments de preuve était raisonnable. En particulier, le commissaire a expliqué que la preuve d'un manque de protection de l'État pour les défenseurs des droits des Roms dans la lettre d'Amnistie internationale a été réfutée parce que la demanderesse est parvenue à obtenir la protection de l'État. En outre, il a mentionné que l'affidavit d'Aladar Horvath avait été rédigé en août 2013 avant les condamnations et la détermination des peines infligées aux auteurs des meurtres en série survenus en août 2009.

[99] The respondent submits that the Member acted reasonably in relying on information from the refugee claims of the applicant's sister and mother. Further, it was the applicant herself who initially provided post-hearing disclosure about these claims and when the Member subsequently disclosed additional documents, the applicant was invited to make further submissions on those disclosures but failed to do so.

[100] The respondent submits, contrary to the applicant's argument, that the Member did not explicitly find that the members of the applicant's family were not credible nor did he state that the assertions of those persons were false. The Member was simply expressing that he was not in a position to decide this one way or the other. Nor is there any evidence that these observations informed the outcome of those claims.

[101] Further, that the Member acted reasonably in relying on information from the alleged former employee's claim. The Member disclosed the documents to the applicant, and requested and received submissions in response. It was open to the Member to question why the applicant had not mentioned the alleged former employee in her claim forms and at her hearing. The respondent submits that there is no merit in the applicant's assertion that procedural fairness required that the Member put his concerns before the applicant and the alleged former employee before making adverse credibility findings. Further, the Member's conclusion that the corroborating evidence was provided by the applicant to support the alleged former employee's fraudulent claim was based on the best information available to him at the time he made his decision.

[102] In any event, even if the Member's observations about the credibility of the alleged former employee's claim were material to the disposition of his claim, such

[99] Le défendeur soutient que le commissaire a agi de manière raisonnable en s'appuyant sur l'information contenue dans les demandes de statut de réfugié de la mère et de la sœur de la demanderesse. De plus, c'est la demanderesse elle-même qui a initialement fourni des observations après l'audience sur ces demandes et, lorsque le commissaire a par la suite divulgué ces documents additionnels, la demanderesse a été invitée à faire d'autres commentaires concernant lesdites observations, mais elle ne l'a pas fait.

[100] Le défendeur soutient, contrairement à l'argument de la demanderesse, que le commissaire n'a ni explicitement conclu que les membres de la famille de la demanderesse n'étaient pas crédibles, ni déclaré que les affirmations de ces personnes étaient fausses. Le commissaire a simplement mentionné qu'il n'était pas en mesure de rendre une décision dans un sens ou dans l'autre. Il n'existe pas non plus de preuve que ces observations ont influé sur le résultat de ces demandes.

[101] En outre, le commissaire a agi de manière raisonnable en s'appuyant sur l'information contenue dans la demande du présumé ancien employé. Le commissaire a divulgué les documents à la demanderesse et il lui a demandé et obtenu ses observations en réponse. Il était loisible au commissaire d'interroger la demanderesse sur les raisons pour lesquelles elle n'avait pas mentionné le présumé ancien employé dans ses formulaires de demande et au moment de l'audience. Le défendeur estime que l'allégation de la demanderesse voulant que le commissaire ait manqué à son obligation d'équité procédurale en n'informant pas la demanderesse et le présumé ancien employé de ses préoccupations avant de tirer des conclusions négatives concernant leur crédibilité n'est pas fondée. En outre, la conclusion du commissaire voulant que la preuve corroborante fournie par la demanderesse pour étayer la demande frauduleuse du présumé ancien employé reposait sur les renseignements meilleurs dont il disposait au moment où il a pris sa décision.

[102] Quoi qu'il en soit, même si les observations du commissaire concernant la crédibilité de la demande du présumé ancien employé étaient importantes pour le

findings in the applicant's claim would not have been binding on the member seized of the alleged former employee's claim.

Analysis

(i) Profile

[103] As a preliminary point, I note that the RPD and its members are best placed to assess credibility and are to be afforded significant deference (*Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.), at paragraph 4; *Abbas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 911, at paragraph 22; *Vargas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 484, at paragraph 10). In his reasons, the Member made many adverse inferences and negative credibility findings; however, the applicant in this application has not seriously challenged those findings. In my view, even if the applicant were to have taken issue with some of those findings, the great majority were open to the Member based on the evidence before him. Instead, the applicant submits that even if she was found to be not credible, there was sufficient reliable third party or objective evidence to support her claim that she was at risk of persecution because of her profile as an activist for Roma rights and, as such, she would not receive adequate state protection. The applicant submits that the Member ignored or improperly dismissed that evidence.

[104] In that regard, she references the Amnesty International letter dated February 21, 2013 and addressed to her counsel. The letter accurately describes itself as providing an overview of the human rights situation in Hungary. The last paragraph of the letter states:

In the context of ongoing discrimination and violence against Roma in Hungary, there are serious concerns that

traitement de sa demande, de telles conclusions concernant la demande de la demanderesse n'auraient pas été contraignantes pour le commissaire saisi de la demande du présumé ancien employé.

Analyse

i) Profil

[103] À titre préliminaire, je souligne que la SPR et ses commissaires sont les mieux placés pour évaluer la crédibilité et qu'il convient de leur accorder beaucoup de déférence (*Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL), au paragraphe 4; *Abbas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 911, au paragraphe 22; *Vargas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 484, au paragraphe 10). Dans sa décision motivée, le commissaire a cité de nombreuses constatations défavorables et tiré des conclusions négatives relativement à la crédibilité; cependant, dans la présente instance, la demanderesse n'a pas sérieusement contesté ces conclusions. À mon avis, même s'il était loisible à la demanderesse de contester certaines de ces conclusions, le commissaire a tiré la vaste majorité d'entre elles en s'appuyant sur les éléments de preuve qui lui avaient été fournis. Pour sa part, la demanderesse soutient que, même si sa propre crédibilité devait être mise en doute, elle avait déposé suffisamment d'éléments de preuve fiables provenant de tiers et d'autres sources d'éléments de preuve objective pour étayer sa crainte de persécution à cause de ses activités de défense des droits des Roms et que, pour cette raison, elle n'obtiendrait pas une protection adéquate de l'État. La demanderesse soutient que le commissaire a commis une erreur ne prenant pas la preuve offerte en considération comme il devait le faire.

[104] À cet égard, elle cite la lettre de référence d'Amnistie internationale datée du 21 février 2013 qui est adressée à son avocat. La lettre indique clairement que son objet est de présenter un aperçu de la situation entourant les droits de la personne en Hongrie. Le dernier paragraphe de la lettre se lit comme suit :

[TRADUCTION] Dans le contexte de la discrimination et de la violence dont font constamment l'objet les Roms en

those who speak out in defense of Roma rights are not adequately protected by state authorities. It is not unusual for Romani community organizers and spokespeople, and members of their family to be targeted by individuals and vigilante groups. This can include attacks on their property, physical attacks, death threats; and persistent harassment. State authorities do not consistently respond to such complaints. It is the view of Amnesty International that the cumulative nature of such prejudicial actions or threats in conjunction with the lack of measures ensuring their safety can amount to persecution in some cases.

[105] Despite the applicant's contention, the Member did not ignore this evidence and specifically stated that he had weighed it. Nor did he dismiss it. Rather, the Member found that other credible evidence established that the applicant and her family had been provided with adequate state protection prior to their departure from Hungary. This finding was supported by the evidence as described in the Member's reasons. Thus, the applicant did not fit within the circumstance described by the Amnesty International letter.

[106] Similarly the Member took into account the affidavit of Dr. Bálint Magyar, the former Hungarian Minister of Education, which described the particularized risk that the applicant faces given her profile as a Roma rights activist. The Member quoted an excerpt of that affidavit which states that "Human rights activities entail more risks for a Roma than for a non-Roma individual" (at paragraph 445). However, he found that this does not suggest that state protection would not be forthcoming should the applicant seek it (I note that the parties refer to this reference by the Member as coming from the affidavit of Aladar Horvath).

[107] The applicant also challenges the Member's further comment that the Magyar affidavit was written prior to the August 2013 conviction of the perpetrators of the 2009 Roma murders and failed to take into account the

Hongrie, le caractère adéquat de la protection accordée par les autorités de l'État aux personnes qui se portent à la défense des droits des Roms suscite d'importantes préoccupations. Il n'est pas inhabituel pour les organisateurs au sein de la communauté rom et ses porte-parole, ainsi que pour les membres de leurs familles d'être la cible d'individus et de groupes d'autodéfense. Leurs attaques peuvent s'étendre à la propriété ou revêtir la forme d'agressions physiques, de menaces de mort ou de harcèlement continu. Les autorités de l'État ne donnent pas systématiquement suite à ces plaintes. Amnesty internationale est d'avis que la nature cumulative d'actions préjudiciables ou de menaces, jumelées au manque de mesures pour assurer leur sécurité, peut constituer de la persécution dans certains cas.

[105] Contrairement à ce que soutient la demanderesse, le commissaire n'a pas ignoré cet élément de preuve; au contraire, il a spécifiquement indiqué qu'il l'avait soupesé. Il ne l'a pas non plus rejeté. Au contraire, il a conclu que d'autres éléments de preuve crédibles établissaient que la demanderesse et sa famille avaient bénéficié d'une protection adéquate de l'État avant leur départ de la Hongrie. Cette conclusion est appuyée par les éléments de preuve qui sont décrits dans la décision motivée du commissaire. En conséquence, la situation de la demanderesse ne correspondait pas à celle décrite dans la lettre d'Amnistie internationale.

[106] De même, le commissaire a tenu compte de l'affidavit de M. Bálint Magyar, anciennement ministre de l'Éducation en Hongrie, lequel décrit le risque particulier auquel fait face la demanderesse en raison de son profil de défenseuse des droits des Roms. Le commissaire a cité un extrait de cet affidavit, lequel se lit comme suit : [TRADUCTION] « les activités de défense des droits de la personne comportent davantage de risques lorsque des Roms sont en cause, plutôt que des personnes d'une autre ethnie » (au paragraphe 445). Cependant, il a conclu que cela ne signifie pas que la protection de l'État n'aurait pas été accordée si la demanderesse en avait fait la demande (je constate que les parties considèrent que cette référence du commissaire est extraite de l'affidavit d'Aladar Horvath).

[107] La demanderesse conteste également l'autre commentaire du commissaire voulant que l'affidavit de M. Magyar ait été rédigé avant la condamnation, en août 2013, des auteurs des meurtres de Roms en 2009

actions of the Hungarian court in convicting and sentencing those involved. The applicant submits that the arrests did not eliminate the risks to Roma rights activists. That may be so, but the Member was entitled to consider the affidavit in the overall context of his state protection analysis.

[108] The January 26, 2012 Statutory Declaration of Aladar Horvath, who the Member acknowledged was a prominent Roma rights activist, spoke to the current country conditions for Roma in Hungary and did not address the risk that may be faced by Roma activists or the applicant in particular. When considered against the Member's state protection analysis, I find that no error arises from the Member's treatment of this evidence.

[109] The applicant also places great emphasis on the fact that in the OCJ hearing, the applicant's ex-husband "confirmed" that the applicant had for years been subjected to threats and persecution because of her advocacy, but that the Member did not address this. What the applicant refers the Court to in this regard is paragraph 56 of the OCJ decision:

The Applicant [ex-husband] argues that Respondent [Applicant herein] has faced threats and persecution because of her advocacy activities for at least ten years; that she has tolerated and managed this risk; and that her real motive for leaving Hungary (and abducting E. in the process) is economic. She has been unable to find employment which she finds suitable since she lost her seat as a member of the European Parliament.

[110] I would note that, in this paragraph, the OCJ was summarizing the argument of the applicant's ex-husband, not citing evidence given in support of that argument. Further, the Member quoted paragraph 56 of the OCJ decision in paragraph 109 and then again at paragraph 386 of his reasons. The Member reviewed the applicant's own evidence, contained in her PIF and in her testimony given during her hearing, as to threats during her time as a

et elle allègue que ce commentaire ne tient pas compte des actions du tribunal de Hongrie lors de la condamnation des auteurs de ces meurtres et de l'établissement de leur peine. Elle soutient que les arrestations n'ont pas éliminé les risques auxquels étaient exposés les défenseurs des droits des Roms. Il se peut qu'il en ait été ainsi; cependant, il était loisible au commissaire d'examiner l'affidavit dans le contexte global de son analyse de la protection conférée par l'État.

[108] Dans sa déclaration sous serment du 26 janvier 2012, Aladar Horvath, un important défenseur des droits des Roms selon le commissaire, a parlé des conditions actuelles des Roms en Hongrie, mais il n'a pas abordé le risque auquel peuvent être confrontés les défenseurs des droits des Roms, en général, et la demanderesse, en particulier. Lorsque je l'envisage sous l'angle de la protection conférée par l'État, je ne trouve aucune erreur de la part du commissaire dans le traitement de cet élément de preuve.

[109] La demanderesse accorde aussi beaucoup d'importance au fait que, lors de l'audience de la Cour de justice de l'Ontario, son ex-conjoint a « confirmé » que pendant des années la demanderesse avait fait l'objet de menaces et de persécution en raison de son militantisme, mais que le commissaire ne s'est pas arrêté à ce fait. À cet égard, la demanderesse réfère la Cour au paragraphe 56 de la décision de la Cour de justice de l'Ontario :

[TRADUCTION] L'[ex-conjoint] de la demanderesse soutient que le défendeur [la demanderesse aux présentes] fait l'objet de menaces et de persécution en raison de son militantisme depuis au moins dix ans; qu'elle a toléré et géré ce risque; et que son seul motif pour quitter la Hongrie (et enlevé E. du même coup) est d'ordre économique. Depuis qu'elle a perdu son siège au Parlement européen, elle est incapable de trouver un emploi qui lui convienne.

[110] J'aimerais mentionner que, dans ce paragraphe, la Cour de justice de l'Ontario récapitule l'argument de l'ex-conjoint de la demanderesse; elle ne cite pas d'éléments de preuve à l'appui de cet argument. De plus, le commissaire a cité le paragraphe 56 de la décision de la Cour de justice de l'Ontario une première fois au paragraphe 109, puis de nouveau au paragraphe 386 de sa décision motivée. Le commissaire a passé en revue la

MEP, when she was afforded full time police protection, and after her term, but did not conclude that adequate state protection would not be forthcoming if sought. In my view, the applicant's ex-husband's argument made in the context of the OCJ hearing was just one piece of evidence to be weighed in the state protection analysis. The Member was aware of it but it was not a critical piece of contradictory evidence and the Member's failure to more specifically address it as a part of his consideration of risk to the applicant as a Roma activist does not render his decision unreasonable (*Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraphs 16 and 17; *Voloshyn v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 480, at paragraph 25; *Herrera Andrade v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1490, at paragraph 9), particularly as the same line of argument submitted that the applicant was able to manage that risk.

[111] In my view, the applicant is really taking issue with the weight afforded to the documentary evidence in this case, which is properly a matter for the RPD to address (*Huang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 66 F.T.R. 178 (F.C.T.D.), at paragraph 14). Moreover, the Member's failure to mention some documentary evidence is not fatal to the decision as it is assumed that he weighed and considered all of the evidence unless it is shown to the contrary (*Velinova v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 268, 324 F.T.R. 180, at paragraph 21; *Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.), at paragraph 3).

[112] In sum, I am not convinced that the Member erred in his treatment of the above evidence. More significantly, viewing the Member's state protection analysis as a whole, including the Member's recognition of the applicant's profile, I agree with the respondent that the

preuve offerte par la demanderesse même, dans son FRP et dans son témoignage au cours de l'audience, relativement aux menaces qu'elle a subies pendant son mandat de membre du Parlement européen, alors qu'elle jouissait continuellement de la protection de la police, et par la suite, mais il n'a pas conclu qu'elle obtiendrait une protection adéquate de l'État si elle en faisait la demande. À mon avis, la déclaration de l'ex-conjoint de la demanderesse faite dans le contexte de l'audience de la Cour de justice de l'Ontario n'était qu'un élément de preuve devant être soupesé dans le cadre de l'analyse de la protection de l'État. Le commissaire était au courant, mais il ne s'agissait pas d'un élément de preuve contradictoire essentiel, et l'omission par le commissaire de le traiter spécifiquement dans son examen du risque auquel était exposée la demanderesse en tant que défenseuse des droits des Roms n'a pas pour effet de rendre sa décision déraisonnable (*Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 16 et 17; *Voloshyn c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 480, au paragraphe 25; *Herrera Andrade c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1490, au paragraphe 9), particulièrement en raison du même argument voulant que la demanderesse fût capable de gérer le risque.

[111] À mon avis, dans la présente instance, la demanderesse s'oppose essentiellement à l'importance qui a été accordée à la preuve documentaire, question dont le règlement relève de la SPR (*Huang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 901 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 14). De plus, l'omission par l'agent de mentionner certains éléments de la preuve documentaire n'a pas pour effet de vicier sa décision, car on suppose qu'il a pesé et considéré toute la preuve dont il était saisi, jusqu'à preuve du contraire (*Velinova c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 268, au paragraphe 21; *Hassan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 946 (C.A.) (QL), au paragraphe 3).

[112] Bref, je ne suis pas convaincue que le commissaire ait erré dans son traitement des éléments de preuve. Plus important encore, à l'examen de l'ensemble de l'analyse que le commissaire a faite de la protection conférée par l'État, y compris la reconnaissance du profil

applicant failed to rebut the presumption of state protection with clear and convincing evidence (*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, [at pages 730 and 731] at paragraph 59; *Flores Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636, at paragraph 38; *Hinzman v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413, at paragraph 57).

(ii) Psychiatric Reports

[113] Although not raised in her written representations when appearing before me, the applicant submitted that the Member had failed to put to her his concerns about two psychiatric reports which she had submitted and, based on the Supreme Court of Canada's decision in *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909 (*Kanhasamy*), had improperly discounted the reports. The respondent, who had been given little advance notice of this issue, submitted that *Kanhasamy* had no application and could be distinguished on its facts. The respondent submitted that this was not a situation where credibility was not at issue, such as *John v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 915, 46 Imm. L.R. (4th) 65, but was more analogous to *Sitnikova v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 464, 45 Imm. L.R. (4th) 298 (*Sitnikova*) where the officer found that the story upon which the psychological report was made was not credible and on that basis assigned it less weight.

[114] I would first note that the Member's decision was issued on February 2, 2015 and the Supreme Court of Canada issued *Kanhasamy* on December 10, 2015. Accordingly, the Member could not have been expected to frame his analysis of the psychiatric reports in the context of that decision.

[115] The reports were from Dr. Thirlwell, a psychiatrist, dated August 13, 2012 (Thirlwell Report) and from Dr. Kumar, a psychiatrist at Humber River Hospitals, dated September 10, 2013 (Kumar Report). The Member gave these reports little or no weight.

de la demanderesse, je conviens avec le défendeur que la demanderesse n'a pas réussi à réfuter la présomption de protection de l'État au moyen d'éléments de preuve clairs et convaincants (*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, [aux pages 730 et 731] au paragraphe 59; *Flores Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636, au paragraphe 38; *Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 171, au paragraphe 57).

ii) Rapports psychiatriques

[113] Même si elle ne l'a pas soulevé dans ses observations écrites au moment de sa comparution devant moi, la demanderesse soutient que le commissaire ne lui a pas fait part de ses préoccupations concernant deux rapports psychiatriques qu'elle avait soumis et, que s'appuyant sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909 (*Kanhasamy*), il les a indûment ignorés. Le défendeur, qui n'avait pas réellement été avisé à l'avance de cette question, a soutenu que l'arrêt *Kanhasamy* ne s'appliquait pas et pouvait se distinguer en fonction des faits. Il a soutenu qu'il ne s'agissait pas d'une situation où la crédibilité n'était pas en jeu, comme dans la décision *John c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 915, mais qu'elle s'apparentait davantage à la décision *Sitnikova c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 464 (*Sitnikova*), où le commissaire avait conclu que l'histoire sur laquelle reposait le rapport psychologique n'était pas crédible et, en conséquence, il y avait accordé moins d'importance.

[114] J'aimerais tout d'abord mentionner que la décision du commissaire a été émise le 2 février 2015, tandis que l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Kanhasamy* est daté du 10 décembre 2015. Par conséquent, on ne pouvait pas s'attendre à ce que le commissaire oriente son analyse des rapports psychiatriques sur le contexte de cet arrêt.

[115] Le rapport de la D^{re} Thirlwell, une psychiatre, est daté du 13 août 2012 (rapport Thirlwell) et celui de D^r Kumar, un psychiatre au Humber River Hospital, du 10 septembre 2013 (rapport Kumar). Le commissaire a accordé peu d'importance à ces rapports, voire aucune.

[116] As to the Kumar Report, the Member found that it related specifically to the applicant's anxiety on the eve of a hearing resumption and gave no specific, detailed information beyond generalities. I find no error in this conclusion. The report is actually a two-paragraph letter from Dr. Kumar addressed "to whom it may concern". It states that Dr. Kumar has been treating the applicant for depression and anxiety since March 2013 but nothing further on that point. The letter then states that the applicant attended at his office on the date of the letter in a state of severe anxiety which she reported arose from recent changes to the refugee hearing scheduled for the following day which she was completely unprepared and emotionally ready to address. Dr. Kumar stated that he did not feel she was in a mental state to testify and thought it would be humane and prudent to delay the hearing. Based on this letter, and out of concern that the applicant be treated fairly, the hearing was postponed to November 26, 2013.

[117] In my view, the letter has little if any probative value and the Member did not err in affording it little or no weight.

[118] The Thirlwell Report is addressed to the applicant's counsel and states that counsel requested that the applicant be assessed as to her psychological and emotional functioning and the potential harmful effects of being removed from Canada. The first 15 pages of the 20-page report are primarily a recitation of the applicant's background as provided by her to Dr. Thirlwell. Based on this, the doctor concluded that the emotional and psychological stress caused by her circumstances in Hungary had caused the applicant to develop symptoms of severe depression and complex post-traumatic stress disorder (PTSD) with marked anxiety and panic attacks. It was recommended that the applicant receive psychotherapeutic treatment for PTSD and cognitive behavioural therapy for depression and anxiety. Her prognosis for a full recovery was good if she lived in a safe and secure environment, engaged in treatment and was not exposed to further trauma. However, returning to Hungary would

[116] Quant au rapport du D^r Kumar, le commissaire a conclu qu'il portait spécifiquement sur l'anxiété que ressentait la demanderesse à la veille de la reprise de l'audience et qu'il ne renfermait aucune information spécifique détaillée au-delà des généralités. Je ne relève aucune erreur dans cette conclusion. Ce rapport est en fait une lettre de deux paragraphes que le D^r Kumar a adressée « à qui de droit ». Ce rapport indique que le D^r Kumar traite la demanderesse pour une dépression et de l'anxiété depuis mars 2013, mais rien d'autres sur ce point. La lettre indique également que la demanderesse s'était présentée au bureau à la date indiquée dans la lettre dans un état d'anxiété grave, qu'elle attribuait à des changements récents qui avaient été apportés à l'audience relative à sa demande d'asile devant avoir lieu le lendemain et pour laquelle elle n'était absolument pas préparée et encore moins psychologiquement prête à faire face. Le D^r Kumar a déclaré qu'il ne croyait pas qu'elle était dans un état mental pour témoigner et il a ajouté qu'il serait à la fois humain et prudent de reporter l'audience. Compte tenu de cette lettre et du désir de traiter la demanderesse de manière équitable, l'audience a été reportée au 26 novembre 2013.

[117] À mon avis, la lettre a peu de valeur probante, voire aucune, et le commissaire n'a pas commis d'erreur en y accordant peu d'importance, voire aucune.

[118] Le rapport de la D^{re} Thirlwell, adressé à l'avocat de la demanderesse, indique que celui-ci a demandé à la demanderesse de se soumettre à une évaluation afin de déterminer son état de fonctionnement psychologique et émotionnel et les effets nocifs potentiels de son renvoi du Canada. Les 15 premières pages de ce rapport de 20 pages sont essentiellement le récit des antécédents de la demanderesse tels qu'elle les a présentés à la D^{re} Thirlwell. S'appuyant sur ce récit, la psychiatre a conclu que le stress émotionnel et psychologique causé par la situation dans laquelle elle se trouvait en Hongrie avait amené la demanderesse à développer des symptômes de dépression grave et de trouble de stress post-traumatique complexe, assortis de crises manifestes d'anxiété et de panique. Elle recommandait que la demanderesse se soumette à un traitement psychothérapeutique pour le trouble de stress post-traumatique et à une thérapie cognitivo-comportementale pour la

expose her to further trauma and would almost certainly precipitate a re-emergence of severe depressive and PTSD symptoms, causing irreversible psychological and emotional damage.

[119] The Member stated that the Thirlwell Report was based on the applicant's self-reporting, and on the basis of a single interview. Because of his finding that the applicant was not credible in certain major respects of her claim on which the facts of the report were based, he gave it little evidentiary weight. The Member then also pointed out omissions and inconsistencies between the background facts in the Thirlwell Report and the evidence before him and found, on the balance of probabilities, that the applicant only went to the psychiatrist for the purpose of the refugee claim and, more immediately, in support of a stay of the removal of her husband scheduled for the following day. He noted that although she had arrived in Canada in November 2011, the applicant did not consult with Dr. Thirlwell until August 2012.

[120] It is not the role of this Court to re-weigh the evidence or re-make the decision (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Ali*, 2016 FC 709, at paragraph 30; *Mantilla Cortes v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 254, at paragraph 15). Here the Member assessed the report and afforded it little weight because it was based on a factual background provided by the applicant who he had found not to be credible. He had put his credibility concerns to the applicant and, therefore, in my view and in these circumstances he was not required to also put them to the applicant in the specific context of the background to the Thirlwell Report. Further, this Court has previously held that the RPD's credibility findings may extend to all relevant evidence including documentary evidence (*Lawal v. Canada (Citizenship*

dépresseion et l'angoisse. Son pronostic de rétablissement complet était bon, à condition qu'elle habite dans un environnement sûr et sécuritaire, qu'elle se soumette à un traitement et qu'elle ne soit pas exposée à d'autres traumatismes. Toutefois, un retour en Hongrie l'exposerait à d'autres traumatismes et précipiterait certainement une réapparition des symptômes de dépression profonde et de trouble de stress post-traumatique, ce qui causerait des dommages psychologiques et émotionnels irréversibles.

[119] Le commissaire a déclaré que le rapport de la D^{re} Thirlwell était fondé sur ce que la demanderesse lui avait déclaré et sur une seule consultation. En raison de sa conclusion que la demanderesse n'était pas crédible, eu regard de certains aspects majeurs de sa demande sur lesquels reposaient les faits du rapport, il a également accordé peu de valeur probante à ce rapport. Le commissaire a également mentionné des omissions et des incohérences entre le contexte factuel dans le rapport de la D^{re} Thirlwell et les éléments de preuve qui lui avaient été soumis et il a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que la demanderesse avait consulté la psychiatre uniquement aux fins de sa demande de statut de réfugié et, plus directement, pour appuyer une demande de sursis de l'ordonnance de renvoi de son conjoint, renvoi qui était prévu pour le lendemain. Il a mentionné que, même si elle était arrivée au Canada en novembre 2011, la demanderesse n'avait consulté la D^{re} Thirlwell qu'en août 2012.

[120] Le rôle de la Cour n'est pas de réévaluer la preuve présentée ni de changer la décision (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ali*, 2016 CF 709, au paragraphe 30; *Mantilla Cortes c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 254, au paragraphe 15). Ici, le commissaire a évalué le rapport et y a accordé peu d'importance, parce que celui-ci reposait sur le contexte factuel décrit par la demanderesse qui n'avait pas été jugée crédible. Il a informé la demanderesse de ses préoccupations à son sujet et, en conséquence, à mon avis et dans ces circonstances, il n'était pas tenu de les présenter également à la demanderesse dans le contexte spécifique de la situation entourant le rapport de la D^{re} Thirlwell. En outre, la Cour a déjà établi que les conclusions de la SPR quant à la crédibilité peuvent s'étendre à tous les

and Immigration), 2010 FC 558, at paragraph 22; *Cao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 315, at paragraph 20).

[121] Indeed, this matter has similarities to *Sitnikova*. There, in the context of a humanitarian and compassionate decision, the applicant had submitted a psychological assessment which found that she had complex PTSD as well as depression characterized by anxiety and suicidal ideation. It also found that the applicant required treatment with antidepressants, cognitive behavioural therapy, and interpersonal therapy. It concluded that the applicant would suffer irreversible psychological and emotional damage if she were returned to Russia, and would face a serious risk of suicide. The officer afforded the report little weight and the applicant submitted that he erred in doing so based on *Kanthasamy* (at paragraphs 47 and 48). Justice Zinn did not agree:

The present case is distinguishable from *Kanthasamy* in that, unlike the officer in that case, the officer in the case at bar did not appear to accept the psychological diagnosis.

In other words, the officer did not impugn Dr. Thirlwell's clinical judgment; she simply found that the story upon which her diagnosis was based not to be credible, and that the applicant's subsequent behaviour was not that of one who is seriously ill and in need of the treatment that Dr. Thirlwell claimed is "required." This is not an unreasonable assessment of the report's evidentiary value.

[*Sitnikova*, at paragraphs 36 and 37]

[122] Similarly, in this case, given his negative credibility findings, I cannot find the Member's assessment of the weight to be afforded to the Thirlwell Report to be unreasonable.

éléments de preuve pertinents, y compris les éléments de preuve documentaire (*Lawal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 558, au paragraphe 22; *Cao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 315, au paragraphe 20).

[121] En fait, cette affaire présente des similitudes avec la décision *Sitnikova*. Dans cette affaire, dans le contexte d'une décision pour motifs d'ordre humanitaire, la demanderesse avait soumis une évaluation psychologique qui faisait état d'un trouble de stress post-traumatique, complexe, ainsi que d'une dépression accompagnée d'anxiété et d'idées suicidaires. Il avait également été établi que la demanderesse devait recevoir un traitement par antidépresseurs et suivre une thérapie cognitivo-comportementale et une thérapie interpersonnelle. Il avait été conclu que la demanderesse aurait des séquelles affectives et psychologiques irréversibles si elle retournait en Russie, et qu'elle présentait un risque grave de suicide. Le commissaire avait accordé peu d'importance au rapport et la demanderesse, s'appuyant sur la décision *Kanthasamy* (aux paragraphes 47 et 48), avait déclaré que, ce faisant, il avait commis une erreur. Le juge Zinn n'était pas de cet avis :

La présente affaire se distingue de l'affaire *Kanthasamy* du fait que, contrairement à l'agente dans cette affaire, l'agente en l'espèce ne semblait pas accepter le diagnostic psychologique.

En d'autres mots, l'agente n'a pas contesté le jugement clinique du D^r Thirlwell; elle a simplement conclu que le récit sur lequel son diagnostic était fondé n'était pas crédible, et que le comportement subséquent de la demanderesse n'était pas celui d'une personne gravement malade et ayant besoin du traitement [TRADUCTION] « requis » selon le D^r Thirlwell. Il ne s'agit pas d'une évaluation déraisonnable de la valeur probante du rapport.

[*Sitnikova*, aux paragraphes 36 et 37]

[122] De même, dans la présente instance, compte tenu des conclusions négatives concernant la crédibilité, je ne peux pas conclure que l'évaluation par le commissaire de l'importance qu'il fallait accorder au rapport de la D^{re} Thirlwell était déraisonnable.

Issue 3: Did the Member exceed his jurisdiction or breach his duty of procedural fairness?

(i) Claims of applicant's sister and mother

[123] As to the claims of the applicant's sister and mother, the applicant does not take issue with the fact of the Member's consideration of material contained in their claims. In fact, it was the applicant who raised those claims by way of a post-hearing disclosure in which she stated that her sister, her sister's children, and her mother have made refugee claims following receipt of written threats. In addition, she disclosed information from her sister's claim. Nor does the applicant take issue with the weight afforded to the documents, conceding that this was a matter of the Member's discretion. She asserts, however, that the Member went far beyond the parameters of reasonableness and his jurisdiction as he ruled that none of the allegations made by the applicant's sister and mother were credible and did so without a hearing and despite the fact that the claims were pending before another member of the RPD. The applicant also asserts that, even if the Member acted within his jurisdiction, this was a breach of procedural fairness owed to the applicant's sister and mother and that mischief can flow from this as the RPD member seized with the claim of the applicant's sister and mother can, using rule 21 [of the RPD Rules], reach into the applicant's file and rely upon the Member's finding that the claims of the applicant's sister and mother were not credible.

[124] I note that in his decision, the Member described the evidence contained in the applicant's sister and mother's claim in detail. He also stated that "This panel is not the decision maker for the claims of" the applicant's sister, her children and mother (at paragraph 511). Rather, that his mandate was to review the evidence before him and any relevance regarding those claims to the applicant's claim (at paragraph 512). The applicant had submitted that the claims were relevant to hers as they demonstrated an ongoing interest in her by her agents of

Troisième question en litige : Est-ce que le commissaire a outrepassé sa compétence ou failli à son obligation d'équité procédurale?

i) Demandes de la sœur et de la mère de la demanderesse

[123] En ce qui concerne les demandes de sa sœur et de sa mère, la demanderesse ne conteste pas l'examen qu'a fait le commissaire du matériel contenu dans leurs demandes. En fait, c'est la demanderesse qui a soulevé ces deux demandes par voie de divulgation postérieure à l'audience, au cours de laquelle elle a déclaré que sa sœur, les enfants de sa sœur et sa mère avaient présenté des demandes de statut de réfugié après avoir reçu des menaces écrites. En outre, elle a divulgué l'information contenue dans la demande de sa sœur. Elle ne conteste pas non plus l'importance accordée aux documents, admettant que cela relevait du pouvoir du commissaire. Cependant, elle affirme que le commissaire a considérablement outrepassé les paramètres visant la décision raisonnable et sa compétence en concluant qu'aucune des allégations faites par sa sœur et sa mère n'était crédible, et ce, sans avoir procédé à une audience et en dépit du fait que leurs demandes étaient toujours en instance devant un autre commissaire de la SPR. La demanderesse fait valoir que, même si le commissaire a agi dans les limites de sa compétence, il y a eu un manquement à l'équité procédurale envers sa sœur et sa mère et qu'il en résulte un tort, car le commissaire de la SPR qui est saisi des demandes de sa sœur et de sa mère peut, en appliquant la règle 21 [des Règles de la SPR], consulter son dossier et s'appuyer sur la conclusion du commissaire à l'effet que les demandes de sa sœur et de sa mère n'étaient pas crédibles.

[124] Je constate que, dans cette décision, le commissaire décrit en détail les éléments de preuve contenus dans les demandes de la sœur et de la mère de la demanderesse. Il mentionne également que [TRANSDUCTION] « Ce tribunal n'est pas celui qui tranchera les demandes de » la sœur, des enfants de la sœur et de la mère de la demanderesse (au paragraphe 511). Au contraire, il précise que son mandat consiste à examiner les éléments de preuve qui lui sont présentés et à déterminer la pertinence de ces demandes pour la demande de la

persecution in Hungary and the inability or unwillingness of the police to provide adequate protection. In that context, the Member stated that if the applicant's sister and other family members were living peacefully and safely in Budapest until April 2014 it "begged belief" that they would then choose to relocate to the location which, according to the applicant's evidence, was most closely associated with her, her home in Budapest, particularly given her continued allegation of a well-founded fear of persecution from neo-Nazis, and others, in Budapest. On this point he concluded [at paragraph 522] that:

In my view, it is simply not credible, that if any of the assertions by any of these claimants were true, that any family members of [the Applicant] would choose to relocate to that home.

[125] In conclusion he stated [at paragraph 525]:

For the foregoing reasons I give little or no weight to any of the assertions made by [the Applicant's sister], or other members of the family in these new refugee protection claims. Based upon the evidence before this panel, including the negative inferences noted, I am unable to determine that any of these new assertions by or about [the Applicant's sister] are credible or trustworthy evidence....

[126] While the Member's choice of wording in this paragraph lacks precision, he had already noted that he was not the decision maker for the claims of the applicant's sister and mother and was considering them in the context of their relevance to the applicant's claim. Viewed in this light, I do not agree with the applicant's submission that the Member "ruled" that none of the allegations made by the applicant's sister and mother were credible. Rather, considering all of the evidence before him, including his negative findings concerning the

demanderesse (au paragraphe 512). La demanderesse soutient que les demandes étaient pertinentes pour la sienne, car elles démontraient l'intérêt que continuaient à lui manifester les agents de persécution en Hongrie et l'incapacité ou le manque de volonté de la police à lui fournir une protection adéquate. Dans ce contexte, le commissaire a déclaré que, si la sœur de la demanderesse et les autres membres de sa famille vivaient en paix et en sécurité à Budapest jusqu'en avril 2014, il [TRADUCTION] « fallait se demander » si tous choisiraient alors de déménager à un endroit qui, selon le témoignage de la demanderesse, était associé le plus étroitement à elle et à son domicile à Budapest, surtout à la lumière de son allégation continue d'une crainte bien fondée de persécution de la part des néo-nazis, entre autres, à Budapest. Sur ce point, il a conclu [au paragraphe 522] que :

[TRADUCTION] À mon avis, il est tout simplement invraisemblable que, si l'une ou l'autre des affirmations de l'un ou l'autre de ces demandeurs était vraie, que n'importe quel membre de la famille [de la demanderesse] choisirait de déménager dans cette maison.

[125] En terminant, il a déclaré [au paragraphe 525] :

[TRADUCTION] Pour les raisons qui précèdent, j'ai accordé peu d'importance, voire aucune, aux allégations faites par [la sœur de la demanderesse] ou les autres membres de la famille dans ces nouvelles demandes de statut de réfugié. Vu les éléments de preuve qui ont été présentés à ce tribunal, y compris les allégations négatives mentionnées, je ne peux pas conclure que ces nouvelles allégations par ou au sujet de [la sœur de la demanderesse] constituent des éléments de preuve crédibles ou dignes de confiance [...]

[126] Même si le libellé choisi par le commissaire dans ce paragraphe manque de précision, il avait déjà mentionné qu'il n'était pas le décideur dans le cas des demandes de la sœur et de la mère de la demanderesse et qu'il les examinait dans le contexte de leur pertinence pour la demande de la demanderesse. Vu sous cet angle, je ne suis pas d'accord avec l'observation de la demanderesse voulant que le commissaire ait « conclu » qu'aucune des allégations présentées par sa sœur et sa mère n'était crédible. Au contraire, compte tenu de

applicant's credibility, he assigned them little weight as he was unable to determine that they were credible.

[127] In any event, even if the decision maker considering the claims of the applicant's sister and mother were to review the Member's decision, to the extent that the Member described his concerns with their evidence in the context of his assessment of the applicant's claim, that decision maker would be in a position to raise those concerns with those claimants. I see no basis for the applicant's assertion that the Member denied those claimants procedural fairness by failing to raise with them his concerns with their evidence at the applicant's hearing. In my view, in these circumstances, there was also no breach of the duty of procedural fairness owed to the applicant.

(ii) Claims of Former Employee

[128] As to the alleged former employee's claim, when that claim was heard by the RPD, a letter from the applicant attesting to the alleged former employee's work with her was not admitted into evidence. The RPD denied the claims, drawing an adverse inference from the failure to file the letter, and found as a fact that the alleged former employee had not been employed by the applicant. An adverse inference was also drawn from the family's failure to explain why a 2009 attack was not mentioned at the port of entry, and, the RPD found that adequate state protection was available to the family in Hungary. It rejected their claim in February 2011, and leave for judicial review of that decision was denied by this Court in June 2011. In August 2012, this Court dismissed an application for leave to judicially review the RPD's refusal to reopen the claim based on solicitor incompetence for failure to submit the applicant's letter. However, Justice Russell found that, because the excluded letter dealt with the alleged former employee's activities and profile in Hungary, it was relevant to a state protection analysis Thus, if it were improperly

tous les éléments de preuve qui lui avaient été présentés, y compris ses conclusions négatives concernant la crédibilité de la demanderesse, il leur a accordé peu d'importance car il était incapable de conclure que ceux-ci étaient crédibles.

[127] Quoi qu'il en soit, même si le décideur qui doit se pencher sur les demandes de la sœur et de la mère de la demanderesse devait passer en revue la décision du commissaire, dans la mesure où le commissaire a décrit ses préoccupations concernant les éléments de preuve offerts dans le contexte de l'évaluation de la demande de la demanderesse, ce décideur serait en mesure de porter ces préoccupations à l'attention de ces demandeurs. Je ne vois aucune raison pour laquelle l'allégation de la demanderesse voulant que le commissaire ait privé ces demandeurs de l'équité procédurale en ne les informant pas de ses préoccupations concernant leur témoignage lors de l'audience de la demanderesse. À mon avis, vu les circonstances, il n'y a pas eu de manquement au devoir d'équité procédurale envers la demanderesse.

ii) Demandes d'asile d'un ancien employé

[128] En ce qui concerne la demande d'asile du prétendu ancien employé, lorsque la SPR a entendu cette demande, une lettre de la demanderesse attestant du travail du prétendu ancien employé auprès d'elle n'avait pu être admise en preuve. La SPR a rejeté les demandes, tirant une conclusion défavorable du défaut de produire la lettre et a conclu que, de fait, le prétendu ancien employé n'avait pas été à l'emploi de la demanderesse. Elle a également tiré une conclusion défavorable du défaut de la famille d'expliquer pourquoi une attaque subie en 2009 n'avait pas été mentionnée au point d'entrée, et la SPR a conclu que les membres de la famille disposaient d'une protection adéquate de l'État en Hongrie. Elle a rejeté leur demande en février 2011, et l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de cette décision a été refusée en juin 2011. En août 2012, la Cour a rejeté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre du refus de la SPR de rouvrir la demande du fait de l'incompétence de leur avocat qui a omis de déposer la lettre de la demanderesse. Toutefois, le juge Russell a conclu que, étant donné que la lettre

excluded, the state protection findings could not stand. The family also brought humanitarian and compassionate (H&C) and pre-removal risk assessment (PRRA) applications which were denied in January 2014. As disciplinary proceedings had been commenced regarding their former counsel, they sought to have both their PRRA and H&C applications reopened, but both requests were denied by a senior immigration officer in March 2014. That same month, the family sought to set aside the decision refusing them leave to judicially review the original RPD decision on the basis of the misconduct of their former counsel. That motion was dismissed as the family had not perfected their application.

[129] In the result, and as submitted by the respondent, when the Member issued his decision on February 2, 2015, the alleged former employee's claim had been rejected. Subsequently, on March 2, 2015, the Law Society of Upper Canada found the alleged former employee's former counsel to be guilty of professional misconduct. The family then filed an application for judicial review of the prior PRRA and H&C decisions. In May, 2015 this Court quashed the PRRA and H&C decisions on the basis that they had relied heavily on the RPD decision which excluded the applicant's letter.

[130] However, in my view, the significant issue in the matter, as identified by the Member, was the omission from the applicant's evidence of any reference to her alleged former employee. In that regard, the Member noted that the alleged former employee had asserted that he had worked in the applicant's office between 2004 and 2009 and that his duties included the investigation of complaints and abuses suffered by Hungarian Roma and that he and his family were attacked and faced persecution in Hungary because of that work. The Member acknowledged that the former employee had

traitait des activités et du profil du prétendu ancien employé en Hongrie, elle était pertinente aux fins d'une analyse de la protection de l'État ... Par conséquent, si elle a été injustement écartée, les conclusions sur la protection de l'État ne sauraient tenir. La famille a également déposé une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire et une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR), lesquelles ont été rejetées en janvier 2014. Comme des procédures disciplinaires avaient été entreprises contre son ancien avocat, la famille a demandé que sa demande pour des considérations d'ordre humanitaire et sa demande d'ERAR soient rouvertes, mais les deux requêtes ont été rejetées par un agent principal d'immigration en mars 2014. Le même mois, la famille a demandé à faire annuler la décision de lui refuser l'autorisation d'un contrôle judiciaire de la décision originale de la SPR, en raison de l'inconduite de son ancien avocat. La requête a été rejetée parce que la famille n'avait pas complété sa demande.

[129] En conséquence, et conformément à ce qu'avance le défendeur, lorsque le commissaire a rendu sa décision le 2 février 2015, la demande du prétendu ancien employé avait été rejetée. Par la suite, le 2 mars 2015, le Barreau du Haut-Canada a reconnu coupable d'inconduite professionnelle l'ancien avocat du prétendu ancien employé. La famille a alors déposé une demande de contrôle judiciaire à l'encontre des décisions prises antérieurement concernant la demande d'ERAR et la demande pour considérations d'ordre humanitaire. En mai 2015, la Cour a annulé les décisions concernant la demande d'ERAR et la demande pour considérations d'ordre humanitaire, au motif qu'elles reposaient grandement sur la décision de la SPR, par laquelle elle écartait la lettre de la demanderesse.

[130] Toutefois, à mon avis, la question importante en l'espèce, comme l'a soulevé le commissaire, concernait l'omission dans le témoignage de la demanderesse de toute référence à son prétendu ancien employé. À cet égard, le commissaire a souligné que le prétendu ancien employé avait affirmé avoir travaillé au bureau de la demanderesse entre 2004 et 2009, et été notamment chargé d'enquêter relativement aux plaintes des Roms de Hongrie et aux abus dont ils ont été victimes, et que lui-même et les membres de sa famille avaient été victimes d'attaques et avaient vécu de la persécution.

attempted to submit a letter from the Applicant supporting their claim, which was rejected.

[131] The Member noted that in the rejected letter provided by the applicant, she identified herself as the current director of the Fund of Movement for Desegregation and stated that the alleged former employee had worked for her between 2004 and 2009. The Member noted that the applicant had not mentioned her work with that organization in her PIF. He also noted that the applicant had been referred to in a September 26, 2014, magazine article about the alleged former employee's family describing the alleged former employee's involvement with her work and the family's refugee claim in Canada. On November 12, 2014, the Member wrote to counsel for the applicant providing disclosure of documentation pertaining to the alleged former employee's claim both before the Member and this Court, the letter from the applicant and the magazine article. The Member sought additional written evidence from the applicant concerning her relationship with the alleged former employee. Her November 17, 2014 affidavit in response was received on December 3, 2014. The Member noted that the applicant testified that the alleged former employee had worked for her in Hungary and that she knew of the alleged attack on him and his family by neo-Nazis. However, that there had been no mention of the alleged former employee or his problems in the applicant's PIF. Her explanation for this in her affidavit was that although she did not mention the alleged former employee by name, she did state at paragraph 43 of her narrative that her family and colleagues received daily insults and threats during her time as an MEP. She stated that she did not provide further detail about the alleged former employee in her PIF because his situation was not a significant consideration underlying her decision to come to Canada two years later. While his case depended largely on his relationship to her, her case did not depend on her relationship to him. Additionally, by the time she came to Canada and prepared her PIF, his case had already been dismissed by the Immigration and Refugee Board, the Federal Court and a PRRA officer. She gave the same explanation for not mentioning him in her oral hearing.

tion en Hongrie en raison de ce travail. Le commissaire a reconnu que l'ancien employé avait tenté de déposer une lettre de la demanderesse appuyant leur demande, laquelle a été rejetée.

[131] Le commissaire a souligné que dans la lettre refusée fournie par la demanderesse, cette dernière s'identifiait comme l'actuelle directrice de l'organisme « Fund of Movement for Desegregation » (Fonds du mouvement pour la déségrégation) et affirmait que le prétendu ancien employé avait travaillé pour elle entre 2004 et 2009. Le commissaire a souligné que la demanderesse n'avait pas fait mention de son travail au sein de cet organisme dans son FRP. Il a également souligné qu'on avait fait référence à la demanderesse dans un article de magazine paru le 26 septembre 2014, portant sur la famille du prétendu ancien employé et décrivant la participation du prétendu ancien employé dans le travail de la demanderesse et la demande d'asile de la famille au Canada. Le 12 novembre 2014, le commissaire a écrit à l'avocat de la demanderesse pour lui communiquer des documents concernant la demande du prétendu ancien employé devant le commissaire et devant la Cour, la lettre de la demanderesse et l'article de magazine. Le commissaire a demandé une preuve écrite supplémentaire de la part de la demanderesse concernant sa relation avec le prétendu ancien employé. Son affidavit en réponse daté du 17 novembre 2014 a été reçu le 3 décembre 2014. Le commissaire a souligné que la demanderesse avait témoigné que le prétendu ancien employé avait travaillé pour elle en Hongrie, et qu'elle était au courant de l'attaque alléguée contre lui et sa famille menée par des néo-nazis. Toutefois, il n'a été aucunement fait mention du prétendu ancien employé ou de ses problèmes dans le FRP de la demanderesse. Dans son affidavit, elle donne comme explication à cela que bien qu'elle n'ait pas nommé le prétendu ancien employé par son nom, elle a bel et bien affirmé au paragraphe 43 de son exposé circonstancié que les membres de sa famille et ses collègues recevaient quotidiennement des insultes et des menaces durant son mandat comme députée du Parlement européen. Elle a affirmé qu'elle n'avait pas fourni plus de détails au sujet du prétendu ancien employé dans son FRP parce que sa situation ne constituait pas un facteur important justifiant sa décision de venir au Canada deux ans plus tard. Alors que sa demande à lui dépendait largement de sa relation

[132] The Member did not accept this explanation. He found that the applicant had been represented by experienced counsel and the PIF instructions required all significant events to be described and measures taken against her and her family as well as against similarly situated persons. Further, the mentioning in her PIF of threats or insults as received by colleagues could not be equated to the alleged former employee's allegation that he was waylaid by four masked men in black uniforms who rammed their jeep into his vehicle, attacked him and his wife and might have attacked their 18-month-old child had he not tried to protect her by lying on top of her while he was being kicked and hit. The Member noted that the alleged former employee claimed that he was targeted specifically because of his association with the applicant and her work. The Member concluded [at paragraphs 499–504]:

I reject [the Applicant's] explanation for this omission. I find that it was not a credible nor trustworthy explanation. If any of [the Former Employee's] account were true, then I would expect her to have remembered it and to have used it to support her own refugee protection claims and those of her children. She is legally sophisticated and aware to the extent that she researched Canadian refugee law even before she arrived here.

I also note that the decision for [the Former Employee's] claim drew a negative credibility inference because his wife's CIC Claim notes failed to indicate a physical assault as was alleged in her later testimony, and the CIC notes specified that there was no blood shed.

avec elle, sa demande à elle ne dépendait pas de sa relation avec lui. De plus, au moment où elle est arrivée au Canada et a préparé son FRP, sa demande avait déjà été rejetée par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, la Cour fédérale et un agent d'ERAR. Elle a donné la même explication pour justifier qu'elle n'ait pas fait mention de son nom au moment de l'audition.

[132] Le commissaire n'a pas accepté cette explication. Il a conclu que la demanderesse avait été représentée par un avocat expérimenté et que les consignes du FRP demandaient de décrire tous les événements significatifs ainsi que les mesures prises contre elle et sa famille, de même que contre des personnes qui étaient dans la même situation. En outre, l'allusion dans son FRP aux menaces et insultes reçues par des collègues ne pouvait être assimilée aux allégations du prétendu ancien employé selon lesquelles il a été victime d'un guet-apens orchestré par quatre hommes masqués qui ont percuté sa voiture avec leur jeep et l'ont attaqué lui et sa femme, et qui s'en seraient pris à sa fille de 18 mois s'il n'avait pas tenté de la protéger en se couchant sur elle pendant qu'on le frappait. Le commissaire a souligné que le prétendu ancien employé affirmait qu'il avait été ciblé précisément en raison de son association avec la demanderesse et son travail. Le commissaire a conclu ce qui suit [aux paragraphes 499 à 504] :

[TRADUCTION] Je rejette l'explication [de la demanderesse] concernant cette omission. Je conclus que cette explication n'était pas crédible ni digne de confiance. Si une quelconque partie du témoignage [de l'ancien employé] était vraie, je me serais attendu à ce qu'elle s'en souvienne et l'utilise pour appuyer sa propre demande d'asile et celles de ses enfants. Elle est bien au fait des règles de droit, dans la mesure où elle a fait des recherches sur le droit canadien en matière de réfugiés avant d'arriver ici.

Je remarque également qu'on a tiré, dans la décision relative à la demande [de l'ancien employé], une conclusion défavorable en matière de crédibilité parce que les notes de la demande d'asile de son épouse adressée à Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) ne parlaient pas de l'attaque physique dont elle a fait mention dans son dernier témoignage, et que les notes de CIC indiquaient qu'il n'y avait pas eu de sang versé.

I find, on a balance of probabilities, that there is insufficient credible and trustworthy evidence that the alleged August 2009 attack on [the Former Employee] and his family by neo-Nazis ever happened.

Moreover, I find that it is singularly unlikely that if it had ever happened, then a well-informed, legally sophisticated person like the adult claimant, ..., would not have mentioned it in her PIF as an important example of a similarly situated person.

The panel draws a negative inference regarding [the Applicant's] credibility. I find that she provided corroborating evidence, including her Certificate and curriculum vitae,—to support [the Former Employee's] fraudulent refugee claim,—which she knew or should have known was fraudulent. She acknowledged in her affidavit that she continues to support his efforts to stay in Canada by giving off-record press interviews. I find, on a balance of probabilities, that she has been a willing accomplice in the attempt by [the Former Employee] and his family to make a false refugee claim.

I find that this is further support for my conclusion that she is generally lacking in credibility.

[133] Thus, the Member's concern was with a significant omission in the applicant's PIF and oral testimony. He reasonably pointed out that if the alleged former employee had worked for the applicant and because of this was attacked by neo-Nazis, and the applicant, as she acknowledged in her affidavit was aware of the attack and that his family planned to leave Hungary because of this, then this was important information that supported her claim. Nor was the Member obliged to accept the applicant's explanation for the omission (*Jin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 595, at paragraph 11; *Fatima v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 94, at paragraph 6). I cannot find his conclusion and the negative credibility inference drawn from it to be unreasonable.

Je conclus, selon une prépondérance des probabilités, qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve crédibles et dignes de confiance confirmant que l'attaque alléguée d'août 2009 contre [l'ancien employé] et sa famille, menée par des néo-nazis, ait jamais eut lieu.

De plus, je conclus qu'il est singulièrement peu probable, en supposant que cette attaque ait vraiment eu lieu, qu'une personne bien informée et au fait du droit, comme la demanderesse adulte [...], n'en ait pas fait mention dans son FRP à titre d'exemple important d'une personne dans la même situation.

Le tribunal tire une conclusion défavorable concernant la crédibilité [de la demanderesse]. Je conclus qu'elle a fourni des éléments de preuve corroborants, y compris son certificat et son curriculum vitae — pour appuyer la demande d'asile frauduleuse [de l'ancien employé] —, qu'elle savait ou aurait dû savoir frauduleuse. Elle a reconnu dans son affidavit qu'elle continue à soutenir les efforts de ce dernier pour demeurer au Canada en donnant des entrevues confidentielles aux médias. Je conclus, selon une prépondérance des probabilités, qu'elle a été une complice consentante dans la tentative faite par [l'ancien employé] et sa famille de présenter une fausse demande d'asile.

Je conclus que cela vient appuyer davantage ma conclusion selon laquelle elle manque en général de crédibilité.

[133] Ainsi, l'inquiétude du commissaire concernait une omission importante dans le FRP de la demanderesse et son témoignage oral. Il a souligné de manière raisonnable que si le prétendu ancien employé avait travaillé pour la demanderesse, et qu'en raison de son travail avait été attaqué par des néo-nazis, et que si la demanderesse, comme elle l'a reconnu dans son affidavit, était au courant de l'attaque et que sa famille avait décidé de quitter la Hongrie à cause de cette attaque, il s'agissait alors d'une information importante qui soutenait sa demande d'asile. Le commissaire n'était pas non plus obligé d'accepter l'explication de la demanderesse relative à l'omission (*Jin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 595, au paragraphe 11; *Fatima c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 94, au paragraphe 6). Je ne peux affirmer que sa conclusion, et l'inférence négative qu'il en a tirée en matière de crédibilité, étaient déraisonnables.

[134] As to procedural fairness, the Member provided the documentary disclosure to the applicant, posed specific questions including asking why she had not mentioned the alleged former employee in her PIF or at the oral hearing, and provided her with an opportunity to respond, which she did by affidavit. In my view, the applicant was not denied procedural fairness in this regard.

[135] As to the applicant's submission that procedural fairness required that the Member's concerns should also have been put to the alleged former employee before he reached his highly prejudicial determinations on their credibility, I see no merit in this submission. The Member was not adjudicating the alleged former employee's claim which, when he rendered his decision, had already been rejected.

[136] As to the Member's finding that the applicant was a "willing accomplice" in the attempt by the alleged former employee and his family to make a false or "fraudulent" refugee claim, in view of the Member's many prior negative credibility findings, it was hardly necessary to make this finding. It also fails to acknowledge that in February 2015, the issue of solicitor incompetence in the family's claims was still a live issue and one that the Member appears to have been aware of as he notes that in a September 23, 2014, magazine article, the family were said to be waiting to testify against their former counsel before the Law Society of Upper Canada (at paragraph 488). However, given the status of the alleged former employee's claim at the time the Member rendered his decision, I am unable to conclude that it is a perverse or reviewable error. That said, and as discussed below, it is a concern in the context of whether the Member's reasons displayed a reasonable apprehension of bias.

[134] En ce qui concerne l'équité procédurale, le commissaire a transmis les documents à la demanderesse, a posé des questions précises en lui demandant notamment pour quelle raison elle n'avait pas fait mention du prétendu ancien employé dans son FRP ou à l'audition, et lui a fourni l'occasion de répondre, ce qu'elle a fait par affidavit. À mon avis, la demanderesse n'a pas été privée de l'équité procédurale à cet égard.

[135] En ce qui concerne l'argument de la demanderesse selon lequel l'équité procédurale exigeait que les préoccupations du commissaire soient transmises au prétendu ancien employé avant qu'il ne tire ses conclusions hautement préjudiciables quant à la crédibilité, il ne paraît pas fondé. Le commissaire ne jugeait pas la demande d'asile du prétendu ancien employé qui, au moment de rendre sa décision, avait déjà été rejetée.

[136] En ce qui concerne la conclusion du commissaire selon laquelle la demanderesse était une [TRADUCTION] « complice consentante » de la tentative faite par le prétendu ancien employé et sa famille de présenter une demande d'asile [TRADUCTION] « frauduleuse », il était superflu de tirer une telle conclusion, à la lumière des nombreuses conclusions négatives précédentes en matière de crédibilité. Il a aussi omis de reconnaître qu'en février 2015, la question de l'incompétence de l'avocat dans le dossier des demandes d'asile de la famille était encore d'actualité; il semble qu'il ait été au courant de ce problème, puisqu'il souligne que dans l'article de magazine du 23 septembre 2014, on raconte que la famille attendait pour témoigner contre son ancien avocat devant le Barreau du Haut-Canada (au paragraphe 488). Toutefois, étant donné le statut de la demande d'asile du prétendu ancien employé au moment où le commissaire a rendu sa décision, je ne peux conclure qu'il s'agit là d'une erreur abusive ou susceptible de révision. Cela dit, et comme il est précisé ci-dessous, la question de savoir si les motifs invoqués par le commissaire ont pu donner lieu à une crainte raisonnable de partialité est préoccupante.

Reasonable Apprehension of Bias

Crainte raisonnable de partialité

*Applicant's Position**Position de la demanderesse*

[137] The applicant submits that the Member's decision displays a deep animus against her giving rise to a reasonable apprehension of bias. This is demonstrated by the extraordinary litany of negative credibility findings, not just against the applicant, but also against those related or connected to her, the errors that characterize the decision under review, and the language used by the Member. The applicant submits that the decision leaves the impression that the applicant's advocacy for the Roma and her decision to bring her eldest daughter to Canada offended the Member and made it impossible for him to make an objective and impartial determination.

[137] La demanderesse affirme que la décision du commissaire montre une profonde hostilité à son égard et donne lieu à une crainte raisonnable de partialité. L'extraordinaire litanie de conclusions négatives tirées quant à la crédibilité, non seulement contre la demanderesse, mais également contre les personnes ayant des liens avec elle, les erreurs qui caractérisent la décision faisant l'objet de l'examen, ainsi que le langage utilisé par le commissaire le prouvent. La demanderesse affirme que la décision du commissaire donne l'impression que ses efforts à défendre les Roms et sa décision d'amener sa fille aînée au Canada ont offensé le commissaire et l'ont empêché de rendre une décision objective et impartiale.

*Respondent's Position**Position du défendeur*

[138] The respondent submits that the applicant's failure to raise the allegations of bias at the hearing before the Member precludes her from raising this issue upon judicial review. Further, the applicant's allegations of bias simply express her dissatisfaction with the Member's finding that she tended to exaggerate and embellish her testimony. The respondent submits that the applicant has failed to support her allegations of bias with any material evidence.

[138] Selon le défendeur, le fait que la demanderesse ait omis de soulever les allégations de partialité au moment de l'audition devant le commissaire l'empêche de soulever cette question en contrôle judiciaire. En outre, les allégations de partialité de la demanderesse ne sont que l'expression de son insatisfaction à l'égard de la conclusion du commissaire, selon laquelle elle a tendance à exagérer et à embellir son témoignage. Le défendeur affirme que la demanderesse n'a fourni aucun élément de preuve concret pour étayer ses allégations de partialité.

*Analysis**Analyse*

[139] While it is true that allegations of reasonable apprehension of bias must be raised at the first opportunity and that failure to do so will result in an implicit waiver of the right to invoke such allegations at a later time, here the allegation of bias arises from the Member's written reasons. Accordingly, waiver does not arise (*Xi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 174, at paragraphs 28 and 31–33).

[139] Même s'il est vrai que les allégations de crainte raisonnable de partialité doivent être soulevées à la première occasion et que le fait de ne pas le faire entraînera une renonciation implicite au droit d'invoquer ces allégations ultérieurement, l'allégation de partialité découle, en l'espèce, des motifs écrits fournis par le commissaire. Par conséquent, la question de la renonciation ne se pose pas (*Xi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 174, aux paragraphes 28, et 31 à 33).

[140] The Supreme Court of Canada described the test for reasonable apprehension of bias in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484 (*RDS*) [at paragraphs 31, 104–106]:

The test for reasonable apprehension of bias is that set out by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369. Though he wrote dissenting reasons, de Grandpré J.'s articulation of the test for bias was adopted by the majority of the Court, and has been consistently endorsed by this Court in the intervening two decades: see, for example, *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267. De Grandpré J. stated, at pp. 394-95:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information... [T]hat test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

The grounds for this apprehension must, however, be substantial and I ... refus[e] to accept the suggestion that the test be related to the “very sensitive or scrupulous conscience”.

...

In *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 685, Le Dain J. held that the concept of impartiality describes “a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case”. He added that “[t]he word ‘impartial’ ... connotes absence of bias, actual or perceived”. See also *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 283. In a more positive sense, impartiality can be described — perhaps somewhat inexactly — as a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome, and is open to persuasion by the evidence and submissions.

In contrast, bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result, or that is closed with regard to particular issues. A helpful explanation of this concept was provided by Scalia J. in *Liteky v. U.S.*, 114 S.Ct. 1147 (1994), at p. 1155:

[140] La Cour suprême du Canada a décrit le test applicable à la crainte raisonnable de partialité dans l’arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484 (*SRD*) [aux paragraphes 31, 104 à 106] :

Le test applicable à la crainte raisonnable de partialité a été énoncé par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369. Bien qu’il ait été dissident, le test qu’il a formulé a été adopté par la majorité et a été constamment repris par notre Cour au cours des deux décennies subséquentes : voir par exemple *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267. Le juge de Grandpré a déclaré, aux pp. 394 et 395 :

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d’une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. [...] [C]e critère consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? »

Toutefois, les motifs de crainte doivent être sérieux et je [...] refuse d’admettre que le critère doit être celui d’« une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne ».

[...]

Dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 685, le juge Le Dain a conclu que la notion d’impartialité désigne « un état d’esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée ». Il a ajouté : « [l]e terme “impartial” [...] connote une absence de préjugé, réel ou apparent ». Voir également *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 283. Dans un sens plus positif, l’impartialité peut être décrite — peut-être de façon quelque peu inexacte — comme l’état d’esprit de l’arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d’être persuadé par la preuve et les arguments soumis.

Par contraste, la partialité dénote un état d’esprit pré-disposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions. Le juge Scalia a fourni une explication intéressante de cette notion dans *Liteky c. U.S.*, 114 S.Ct. 1147 (1994), à la p. 1155 :

The words [bias or prejudice] connote a favorable or unfavorable disposition or opinion that is somehow *wrongful* or *inappropriate*, either because it is undeserved, or because it rests upon knowledge that the subject ought not to possess (for example, a criminal juror who has been biased or prejudiced by receipt of inadmissible evidence concerning the defendant's prior criminal activities), or because it is excessive in degree (for example, a criminal juror who is so inflamed by properly admitted evidence of a defendant's prior criminal activities that he will vote guilty regardless of the facts). [Emphasis in original.]

Scalia J. was careful to stress that not every favourable or unfavourable disposition attracts the label of bias or prejudice. For example, it cannot be said that those who condemn Hitler are biased or prejudiced. This unfavourable disposition is objectively justifiable — in other words, it is not “wrongful or inappropriate”: *Liteky, supra*, at p. 1155.

A similar statement of these principles is found in *R. v. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (H.C.), in which Watt J. noted at pp. 51-52:

In common usage bias describes a leaning, inclination, bent or predisposition towards one side or another or a particular result. In its application to legal proceedings, it represents a predisposition to decide an issue or cause in a certain way which does not leave the judicial mind perfectly open to conviction. Bias is a condition or state of mind which sways judgment and renders a judicial officer unable to exercise his or her functions impartially in a particular case.

See also *R. v. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (Gen. Div.), at para. 64; *Gushman, supra*, at para. 29.

[141] The onus is on the applicant to establish that the Member's actions or reasons demonstrated actual or perceivable bias (*RDS*, at paragraph 114). There is a high threshold to be met in this regard. As stated by Justice Shore in *Zhu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1139, 442 F.T.R. 237, at paragraph 2:

[TRANSDUCTION] Les termes [partialité ou préjugé] connotent une disposition ou une opinion favorable ou défavorable qui, pour une raison ou une autre, est *erronée* ou *inappropriée*, soit parce qu'elle est injustifiée ou qu'elle repose sur des connaissances que le sujet ne devrait pas posséder (par exemple, dans un procès criminel, le juré qui devient partial ou est de parti pris après avoir reçu des éléments de preuve inadmissibles concernant les activités criminelles antérieures du défendeur), ou parce qu'elle est excessive (par exemple, le juré dans un procès criminel qui est si offusqué par la preuve des activités criminelles antérieures du défendeur, légalement admise, qu'il votera la culpabilité quels que soient les faits). [En italique dans l'original.]

Le juge Scalia a pris soin de souligner que ce ne sont pas toutes les dispositions favorables ou défavorables qui justifieront qu'on parle de partialité ou de préjugé. Ainsi, on ne saurait prétendre que ceux qui condamnent Hitler sont partiaux ou ont un parti pris. Cette disposition défavorable est objectivement justifiable — en d'autres termes, elle n'est pas « erronée ou inappropriée » : *Liteky*, précité, à la p. 1155.

Ces principes sont exposés de manière similaire dans *R. c. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (H.C.), où le juge Watt a fait observer ceci, aux pp. 51 et 52 :

[TRANSDUCTION] Dans la langue courante, le terme partialité désigne une tendance, une inclination ou une prédisposition conduisant à privilégier une partie plutôt qu'une autre ou un résultat particulier. Dans le domaine des procédures judiciaires, c'est la prédisposition à trancher une question ou une affaire d'une certaine façon qui ne permet pas au juge d'être parfaitement ouvert à la persuasion. La partialité est un état d'esprit qui infléchit le jugement et rend l'officier judiciaire inapte à exercer ses fonctions impartialement dans une affaire donnée.

Voir également *R. c. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (Div. gén.), au par. 64; *Gushman*, précité, au par. 29.

[141] Il incombe à la demanderesse d'établir que les actions ou les motifs du commissaire prouvaient une partialité réelle ou apparente (*SRD*, au paragraphe 114). La norme à respecter à cet égard est rigoureuse. Comme l'a indiqué le juge Shore dans l'affaire *Zhu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1139, au paragraphe 2 :

An applicant alleging bias must meet a very high threshold. He or she must provide “cogent evidence” demonstrating that something a Refugee Protection Division [RPD] member has done gives rise to a reasonable apprehension of bias (*R v RDS*, [1997] 3 SCR 484 at para 116-117). As stated in *Arthur v Canada (Attorney General)*, 2001 FCA 223, allegations of bias cannot be done lightly:

[8] ... An allegation of bias, especially actual and not simply apprehended bias, against a tribunal is a serious allegation. It challenges the integrity of the tribunal and of its members who participated in the impugned decision. It cannot be done lightly. It cannot rest on mere suspicion, pure conjecture, insinuations or mere impressions of an applicant or his counsel. It must be supported by material evidence demonstrating conduct that derogates from the standard ... [Emphasis added in original.]

(See also *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282, at paragraphs 20–26).

[142] The applicant submits that the combination of the numerous errors of the Member in his decision and the extraordinary litany of negative credibility allegations against her and anyone even connected to her give rise to a reasonable apprehension of bias. More specifically, that a review of the decision leaves the distinct impression that the combination of the applicant’s advocacy for the Roma and her unfortunate decision to bring her child with her to Canada when she made her claim for refugee status (contrary to the custody order) so offended the Member that he was incapable of making an objective and impartial determination of the claim. The applicant submits that the Member’s decision is rife with language and findings that strongly suggest the existence of a deep animus against the applicant.

Le demandeur qui allègue la partialité doit satisfaire à une norme très rigoureuse. Il doit fournir une « preuve convaincante » démontrant qu’un aspect de la conduite d’un commissaire de la section de la protection des réfugiés [SPR] suscite une crainte raisonnable de partialité (*R c RDS*, [1997] 3 RCS 484, aux paragraphes 116 et 117). La Cour d’appel fédérale a affirmé dans l’arrêt *Arthur c Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 223, qu’une allégation de partialité ne peut être faite à la légère :

[8] [...] Une allégation de partialité, surtout la partialité actuelle et non simplement appréhendée, portée à l’encontre d’un tribunal, est une allégation sérieuse. Elle met en doute l’intégrité du tribunal et des membres qui ont participé à la décision attaquée. Elle ne peut être faite à la légère. Elle ne peut reposer sur de simples soupçons, de pures conjectures, des insinuations ou encore de simples impressions d’un demandeur ou de son procureur. Elle doit être étayée par des preuves concrètes qui font ressortir un comportement dérogatoire à la norme. [...] [Souligné dans l’original.]

(Voir également *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282, aux paragraphes 20 à 26).

[142] La demanderesse prétend que la combinaison des nombreuses erreurs du commissaire dans sa décision et de l’extraordinaire litanie d’allégations négatives quant à la crédibilité avancées contre elle et contre toute personne en lien avec elle donne ouverture à une crainte raisonnable de partialité. Plus précisément, elle affirme qu’un examen de la décision laisse la nette impression que les efforts de la demanderesse pour défendre les Roms et sa malheureuse décision d’amener sa fille avec elle au Canada lorsqu’elle a présenté sa revendication du statut de réfugié (contrairement à l’ordonnance de garde) ont tellement offensé le commissaire qu’il ne pouvait rendre une décision objective et impartiale concernant sa demande d’asile. La demanderesse affirme que la décision du commissaire est remplie de termes et de conclusions qui laissent croire fortement à l’existence d’une profonde hostilité à l’égard de la demanderesse.

[143] The applicant provides only one reference from the decision as an example of this, which is as follows [at paragraphs 406 and 407]:

In addition, I find that the reference to the risk of the New Holocaust for Roma in Hungary in [the Applicant's] testimony is further evidence of her tendency to embellish, and exaggerate. The Holocaust was characterized by a highly organized program of genocide on an industrial scale, where over 10 million people were killed under the Nazi rule in Europe. The aim was to annihilate Jews in Europe, Roma, homosexuals, Slavs, *untermenschen* or people with physical or mental disabilities, and opponents of the Third Reich.

I do not share [the Applicant's] view that the situation of Roma in Hungary, either when she left the country in 2011 or in 2015, is comparable to the horrors of the Third Reich, nor even to the worsening climate of the 1930s Germany.

[144] This comment was made in the context of the Member's consideration of the applicant's failure to claim refugee protection when she visited the United States in 2010. In his reasons he stated that, at the hearing, he had asked why the applicant returned to Hungary rather than making a claim in the United States, given her allegations about her fears in Hungary. She replied that she could not let her people die in a country, and that was "my so-called mission" and added "There was little hopes (that) I can still continue to stop the new Holocaust". Further, that she had discussed a possible asylum claim with a counselor at the United States Embassy in Budapest and had been advised that while it was likely her claim would be accepted, she would not be able to talk about Hungarian state secrets or to advocate for human rights because the United States did not want any diplomatic issues to arise, thus she would be censored. She stated that she did not seek advice while she was in the United States because she did not know any immigration lawyers, she was on a tight schedule and she did not have the courage to question what she had allegedly been told by the counselor at the United States Embassy in Budapest. The Member provided reasons why he did not accept her explanation for not seeking asylum as credible, which finding has not been

[143] La demanderesse ne fournit qu'un seul exemple de cela tiré de la décision [aux paragraphes 406 et 407] :

[TRADUCTION] De plus, je conclus que la référence au risque d'un nouvel Holocauste pour les Roms de Hongrie dans le témoignage [de la demanderesse] est une autre preuve de sa tendance à embellir et à exagérer. L'Holocauste se caractérisait par un programme hautement organisé de génocide à une échelle industrielle, en vertu duquel plus de 10 millions de personnes ont été tuées sous le régime nazi en Europe. Son but était d'éliminer les Juifs d'Europe, les Roms, les homosexuels, les Slaves, les *untermenschen* ou les personnes souffrant d'incapacités physiques ou mentales, et les opposants au Troisième Reich.

Je ne partage pas le point de vue [de la demanderesse] voulant que la situation des Roms en Hongrie, que ce soit lorsqu'elle a quitté le pays en 2011 ou encore en 2015, soit comparable aux atrocités du Troisième Reich, ni même au climat de dégradation qui prévalait dans l'Allemagne des années 1930.

[144] Ce commentaire a été fait alors que le commissaire se penchait sur le défaut par la demanderesse de revendiquer le statut de réfugié lorsqu'elle a visité les États-Unis en 2010. Dans ses motifs, il a indiqué que lors de l'audience, il avait demandé pour quelle raison la demanderesse était retournée en Hongrie au lieu de présenter une demande d'asile aux États-Unis, compte tenu de ses allégations au sujet de ses craintes en Hongrie. Elle a répondu qu'elle ne pouvait laisser ses gens mourir dans un pays, et que c'était [TRADUCTION] « [s]a supposée mission », et a ajouté [TRADUCTION] : « Il reste un faible espoir que je puisse continuer à arrêter le nouvel Holocauste ». Elle a ajouté qu'elle avait discuté d'une possible demande d'asile avec un conseiller à l'ambassade des États-Unis à Budapest et qu'on l'avait informée que même s'il était probable que sa demande puisse être acceptée, elle ne pourrait parler des secrets d'État hongrois ou défendre la cause des droits de la personne, parce que les États-Unis ne voulaient pas soulever de problèmes diplomatiques, et qu'elle serait donc censurée. Elle a affirmé qu'elle n'avait pas demandé conseil pendant son séjour aux États-Unis parce qu'elle ne connaissait aucun avocat spécialisé en immigration, qu'elle avait un horaire chargé, et qu'elle n'avait pas le courage de remettre en question ce que lui avait dit

challenged by the applicant, and drew a negative inference as to her credibility and subjective fear. It was then that he added the above comment about the Holocaust. While overly editorial, in my view, the crux of the comment was the Member's finding that it was further evidence of the applicant's tendency to embellish, and exaggerate, which finding is borne out by the record.

[145] That said, I have reviewed the decision in whole in an effort to determine if an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, would conclude that it is more likely than not that the Member, whether consciously or unconsciously, did or could not decide fairly. In that regard, I have also read the transcripts from each of the hearing dates.

[146] Having done so, I am satisfied that there is no merit to the applicant's assertion that the Member was offended by her advocacy for the human rights of Roma. The applicant does not point to anything in the reasons in support of that allegation. And, on my review of the decision and reading of the hearing transcript, I found nothing that would lead to that impression. Nor does the transcript support any suggestion of bias in regard to this issue or otherwise.

[147] However, with respect to the Member's reasons, I was concerned with his focus on, and often unnecessary repeated references to the applicant's conduct in relation to her abduction of her child from Hungary. In particular, whether the Member's disapproval of the applicant's actions in connection with the abduction, which as seen from the OCJ decision and the Member's reasons leave little to commend them, tainted his decision in whole. I was also troubled by the Member's use of very strong language when describing the applicant's conduct.

le conseiller à l'ambassade des États-Unis à Budapest. Le commissaire a fourni ses raisons expliquant pourquoi il ne considérait pas crédibles ses explications concernant le fait qu'elle n'ait pas demandé asile, conclusion que n'a pas contestée la demanderesse, et a tiré une conclusion négative quant à sa crédibilité et à sa crainte subjective. C'est à ce moment qu'il a ajouté le commentaire mentionné plus haut concernant l'Holocauste. À mon avis, même s'il est trop éditorial, ce commentaire traduisait la conclusion que tirait le commissaire, selon laquelle la référence à l'Holocauste constituait une autre preuve de la tendance qu'avait la demanderesse à embellir, à exagérer, conclusion que confirme le dossier.

[145] Cela dit, j'ai examiné la décision dans son ensemble afin de voir si une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, en arriverait à la conclusion que selon toute vraisemblance le commissaire, consciemment ou non, n'a pas rendu ou ne pouvait pas rendre une décision juste. À cet égard, j'ai également lu les transcriptions de chaque journée d'audience.

[146] À la suite de cela, j'ai la conviction que l'affirmation de la demanderesse selon laquelle le commissaire a été offensé par le fait qu'elle défende les droits des Roms n'est pas fondée. La demanderesse ne fait référence à aucun point dans les motifs pour soutenir cette allégation. Après avoir examiné la décision et lu la transcription de l'audience, je ne trouve rien qui mènerait à cette impression. De plus, la transcription ne contient rien qui viendrait appuyer toute suggestion de partialité relativement à cette question, de quelque façon.

[147] Toutefois, en ce qui concerne les motifs du commissaire, j'ai été interpellée par l'importance qu'il accorde à la conduite de la demanderesse en lien avec l'enlèvement de son enfant de Hongrie, et les nombreuses références souvent inutiles à cette conduite. Plus particulièrement, je m'interroge à savoir si la désapprobation exprimée par le commissaire relativement aux actes de la demanderesse en lien avec l'enlèvement, actes qui selon la décision de la Cour de justice de l'Ontario et les motifs du commissaire ne méritent aucune éloges, a influé dans l'ensemble sur sa décision. J'ai également été troublée par l'usage que

[148] The Member placed considerable and repeated emphasis on the applicant's actions pertaining to the abduction such as her allegations of sexually inappropriate behaviour by her ex-husband, which the OCJ found could not be established on a balance of probabilities and the Member found to be false, and her attempts to mislead and unduly influence the child in an attempt to gain a custody advantage as found by the OCJ and the Member. However, in that regard, he also addressed related issues raised for the first time by the applicant at the hearing. For example, the applicant alleged that the OCL clinical investigator appointed by the OCJ had secretly gone to Hungary and visited her ex-husband which the Member stated implied collusion and bias. The Member found that there was no evidence that this allegation was raised before the OCJ, which could reasonably have been expected. In this regard, he found that there were few limits as to what the applicant was prepared to say concerning the OCL investigator and the conduct of her ex-husband and that overall her testimony on the abduction undermined his view of the applicant's overall credibility.

[149] In his inclusion analysis, the Member went on to make other negative credibility findings that were not based on the applicant's conduct in the removal of the child from Hungary, which are again unchallenged by the applicant.

[150] For example, he also addressed the applicant's allegation in the OCJ proceeding that she had a great fear of persecution by neo-Nazis while living in Canada. Her explanation for this was that she had been told in February 2012 by a Hungarian journalist who lives in the United States, but whose name she could not recall, that the core of the Hungarian neo-Nazi organization was in Toronto. The Member noted that there was no

fait le commissaire de termes très forts lorsqu'il décrit la conduite de la demanderesse.

[148] Le commissaire a accordé une importance considérable et répétée aux actes de la demanderesse concernant l'enlèvement, notamment à ses allégations relatives au comportement sexuel inapproprié de son ex-mari, allégations qui selon la Cour de justice de l'Ontario ne pouvaient être établies selon une prépondérance des probabilités et étaient fausses selon le commissaire, ainsi qu'à ses tentatives en vue de tromper et d'influencer indûment l'enfant afin d'obtenir un avantage au point de vue de la garde, comme l'ont conclu la Cour de justice de l'Ontario et le commissaire. Toutefois, à cet égard, il a également abordé des questions connexes soulevées pour la première fois par la demanderesse à l'audition. Par exemple, la demanderesse a soutenu que l'enquêteur clinique du Bureau de l'avocat des enfants nommé par la Cour de justice de l'Ontario s'était secrètement rendu en Hongrie et avait rendu visite à son ex-mari, ce qui selon le commissaire traduisait une collusion et une partialité. Le commissaire a conclu qu'il n'y avait pas de preuve que cette allégation avait été soulevée devant la Cour de justice de l'Ontario, contrairement à ce qu'on pourrait raisonnablement s'attendre. À cet égard, il a conclu qu'il y avait peu de limites à ce que la demanderesse était prête à dire concernant l'enquêteur du Bureau de l'avocat des enfants et la conduite de son ex-mari, et que dans l'ensemble, son témoignage sur l'enlèvement sapait l'idée qu'il se faisait de la crédibilité générale de la demanderesse.

[149] Dans son analyse des facteurs d'inclusion, le commissaire a poursuivi et tiré d'autres conclusions négatives quant à la crédibilité, qui n'étaient pas fondées sur la conduite de la demanderesse dans le retrait de son enfant de Hongrie, conclusions qui une fois de plus n'ont pas été contestées par la demanderesse.

[150] Par exemple, il a également examiné l'allégation de la demanderesse présentée durant l'instance devant la Cour de justice de l'Ontario, selon laquelle elle ressentait une grande crainte de persécution de la part de néo-nazis depuis qu'elle vivait au Canada. Son explication sur ce point était qu'un journaliste hongrois vivant aux États-Unis, dont le nom lui échappait, lui avait dit en février 2012 que l'essentiel de l'organisation

corroboration of this and that although the applicant claimed that she was living in Canada as an unknown person, she had given interviews to the press which had quoted her, used her photograph or referred to refugee claims in which she had involvement such as the alleged former employee's family. The Member found this fear of neo-Nazis in Canada to be speculative and further evidence that the applicant had a "profound propensity" to misrepresent, embellish or exaggerate.

[151] There is no doubt that the Member's reasons included much emphasis on the applicant's conduct in connection with the abduction of her child which he found to undermine her credibility. However, this was not the sole basis of his findings and, read in whole, I cannot conclude that a reasonable person would think that it is more likely than not that the Member, consciously or unconsciously, did not decide fairly either based on his findings concerning the circumstances surrounding the abduction or otherwise. And, based on the applicant's evidence overall, it was not unreasonable for him to conclude that she was not credible and prone to embellishment for the purposes of buttressing her positions. While the Member undoubtedly could and should have stated this in a more neutral manner, adopting a tone such as that of the OCJ, and could and should have limited himself to findings necessary to his decision, ultimately, but not without reservation, I am not convinced that his reasons meet the very high threshold or are cogent evidence demonstrating that his reasons give rise to a reasonable apprehension of bias.

Certified Question

[152] The applicant submitted that, in the event that her application was dismissed that the following questions be certified:

- i. Does the existence of a multilateral treaty on the civil aspects of international child abduction

néo-nazie hongroise se trouvait à Toronto. Le commissaire a souligné que rien ne corroborait cela, et que malgré le fait que la demanderesse ait prétendu vivre au Canada dans l'anonymat, elle avait donné des entrevues à la presse, qui l'avait citée, avait utilisé sa photo ou avait fait référence aux demandes d'asile auxquelles elle participait, comme celles de la famille du prétendu ancien employé. Le commissaire a conclu que cette crainte des néo-nazis au Canada était spéculative et prouvait une fois de plus que la demanderesse avait une [TRADUCTION] « profonde propension » à faire des déclarations trompeuses, à embellir ou à exagérer.

[151] Il ne fait aucun doute que le commissaire a accordé dans ses motifs une grande importance à la conduite de la demanderesse relativement à l'enlèvement de son enfant, conduite qui selon lui minait sa crédibilité. Toutefois, ce n'était pas là le seul fondement de ses conclusions et, lorsque je les lis dans leur ensemble, je ne peux conclure qu'une personne raisonnable penserait que selon toute vraisemblance, le commissaire n'a pas, consciemment ou non, rendu une décision juste, que ce soit en se fondant sur ses conclusions concernant les circonstances entourant l'enlèvement ou autrement. Et en fonction de la preuve de la demanderesse dans son ensemble, il n'était pas déraisonnable pour lui de conclure qu'elle n'était pas crédible et qu'elle avait tendance à embellir dans le but d'étayer ses positions. Même s'il ne fait aucun doute que le commissaire pouvait et aurait dû le dire d'une manière plus neutre, en adoptant un ton semblable à celui de la Cour de justice de l'Ontario, et qu'il pouvait et aurait dû s'en tenir aux conclusions nécessaires à sa décision, je ne suis pas convaincue en bout de ligne, mais non sans émettre une réserve, que ses motifs constituent une preuve convaincante ou satisfait aux exigences très strictes permettant d'établir une crainte raisonnable de partialité.

Question à certifier

[152] La demanderesse a demandé que, dans l'éventualité où sa demande serait rejetée, les questions suivantes soient certifiées :

- i. Est-ce que l'existence d'un traité multilatéral sur les aspects civils de l'enlèvement international

render the matter of parental child abduction presumptively serious for exclusion purposes under Article 1F(b) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees?

- ii. Does Article 1F(b) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees apply if the *actus reus* of the crime occurs after entry to Canada as a refugee claimant, if the *mens rea* existed prior to entry?
- iii. Can a person be excluded for child abduction under Article 1F(b) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees if the person's intention in bringing the child to Canada was to claim refugee protection?

[153] The respondent submitted the following question for consideration:

In determining whether to exclude a party from refugee protection based on an act for which they have been neither charged nor convicted, to what extent is the decision-maker entitled to use *Kovacs v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1473 (at para. 27) to modify the application of the Supreme Court's reasoning in *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68 (at para. 62) to treat Canada's participation in international conventions that address the subject matter of the wrongful act as a relevant contextual consideration in assessing the "seriousness" of the act committed outside of Canada?

[154] Pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA, an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question. The test to be applied when considering whether a question is suitable for certification is set out in *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290 [at paragraph 9]:

It is trite law that to be certified, a question must (i) be dispositive of the appeal and (ii) transcend the interests of

d'un enfant fait de l'enlèvement parental d'un enfant un crime présumé grave aux fins d'exclusion, aux termes de l'alinéa 1Fb) de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés?

- ii. Est-ce que l'alinéa 1Fb) de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés s'applique si l'*actus reus* du crime survient après l'entrée au Canada à titre de demandeur d'asile, dans le cas où le *mens rea* existait avant l'entrée?
- iii. Est-ce qu'une personne peut être exclue pour enlèvement d'enfant en vertu de l'alinéa 1Fb) de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés si l'intention de la personne en amenant l'enfant au Canada était de revendiquer le statut de réfugié?

[153] Le défendeur a proposé la question suivante à examiner :

Pour décider s'il faut refuser à une partie le statut de réfugié en se fondant sur un acte pour lequel elle n'a été ni accusée ni condamnée, dans quelle mesure le décideur est-il autorisé à utiliser la décision *Kovacs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1473 (au paragraphe 27), afin de modifier l'application du raisonnement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68 (au paragraphe 62), dans le but de traiter de la participation du Canada à des conventions internationales portant sur le sujet de l'acte répréhensible en tant que considération contextuelle pertinente dans l'évaluation de la « gravité » de l'acte commis à l'extérieur du Canada?

[154] Conformément à l'alinéa 74d) de la LIPR, un appel ne peut être lancé auprès de la Cour d'appel fédérale que si le juge, en rendant sa décision, certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci. Le critère à appliquer au moment de déterminer si une question sied à une certification est énoncé dans l'arrêt *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290 [au paragraphe 9] :

Il est de droit constant que, pour être certifiée, une question doit i) être déterminante quant à l'issue de l'appel, ii)

the immediate parties to the litigation, as well as contemplate issues of broad significance or general importance. As a corollary, the question must also have been raised and dealt with by the court below and it must arise from the case, not from the Judge's reasons (*Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.), at paragraph 4; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraphs 11–12; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraphs 28, 29 and 32).

(See also *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraphs 28–30; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 247 F.T.R. 320, at paragraph 11).

[155] As I have determined that the Member's analysis of the applicant's refugee claim is reasonable, the proposed questions are not dispositive of the appeal in this case. As stated by the Federal Court of Appeal in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4, at paragraphs 4–6, the certification process is not to be used as a tool to obtain from that Court declaratory judgments on fine questions which need not be decided in order to dispose of the case nor is it to be equated with the references process established by the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. Accordingly, I decline to certify a question.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is dismissed.
2. In the event that a third party requests a copy of the recording of the hearing of this matter, in view of the confidentiality order, the Registry shall, prior to providing a copy, ensure that the names of any persons inadvertently mentioned during the hearing are deleted from the recording.

transcender les intérêts des parties au litige et porter sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale. En corollaire, la question doit avoir été soulevée et examinée dans la décision de la cour d'instance inférieure, et elle doit découler de l'affaire, et non des motifs du juge (*Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL), au paragraphe 4; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89, aux paragraphes 11 et 12; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, aux paragraphes 28, 29 et 32).

(Voir aussi *Varela c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, aux paragraphes 28 à 30; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89, au paragraphe 11).

[155] Comme j'ai jugé que l'analyse faite par le commissaire de la demande d'asile de la demanderesse est raisonnable, les questions proposées ne sont pas déterminantes quant à l'issue de l'appel en l'espèce. Comme l'a affirmé la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL), aux paragraphes 4 à 6, le processus de certification ne saurait être utilisé comme un moyen d'obtenir, de la Cour d'appel, des jugements déclaratoires à l'égard de questions qu'il n'est pas nécessaire de trancher pour régler l'affaire, et il ne doit pas être assimilé au processus de renvoi établi par la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Par conséquent, je refuse de certifier une question.

JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Compte tenu de l'ordonnance de confidentialité, si un tiers demande une copie de l'enregistrement audio de l'audition de la présente affaire, le greffier devra, avant de fournir cette copie, s'assurer que les noms de toutes les personnes mentionnées par inadvertance durant l'audition sont effacés de l'enregistrement.

T-126-15
2016 FC 1352

T-126-15
2016 CF 1352

The Minister of National Revenue (*Applicant*)

Le ministre du Revenu national (*demandeur*)

v.

c.

Iggillis Holdings Inc. and Ian Gillis (*Respondents*)

Iggillis Holdings Inc. et Ian Gillis (*défendeurs*)

and

et

Abacus Capital Corporations Mergers and Acquisition (*Intervener*)

Abacus Capital Corporations Mergers and Acquisition (*intervenante*)

INDEXED AS: IGGILLIS HOLDINGS INC. v. CANADA (NATIONAL REVENUE)

RÉPERTORIÉ : IGGILLIS HOLDINGS INC. c. CANADA (REVENU NATIONAL)

Federal Court, Annis J.—Edmonton, May 3; Ottawa, December 7, 2016.

Cour fédérale, juge Annis—Edmonton, 3 mai; Ottawa, 7 décembre 2016.

Barristers and Solicitors — Common interest privilege — Application under Income Tax Act, s. 231.7(1) seeking to enforce requirement for information on respondents to produce document pursuant to Act, s. 231.2(1) — Respondents claiming common interest privilege (CIP) to protect solicitor-client privileged (SCP) communications disclosed during commercial transaction; arguing that CIP accepted doctrine applying in all areas of SCP — Scope of CIP restricted in some jurisdictions — American decision in Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc. refusing to apply CIP outside of litigation-related circumstances — Respondents selling shares to intervener — Various tax memoranda, legal advice circulating between parties’ lawyers, including document at issue (Abacus memo) — Canada Revenue Agency (CRA) alleging transactions tax avoidance scheme, requesting Abacus memo — Applicant arguing, inter alia, Abacus memo “business document” thus not privileged, not subject to CIP — Main issues whether Abacus memo protected by SCP; whether Abacus memo protected by CIP in accordance with case law; whether CIP valid constituent of SCP — Abacus memo legal advice, protected from disclosure under SCP — Not business record because lawyers working out solutions therein based on legal conclusions — Parties’ actions consistent with basis of CIP — No waiver of privilege arising from parties’ lawyers — In Pitney Bowes of Canada Ltd. v. Canada, involving joint client privilege (JCP) case, Federal Court determining that having transaction concluded constituting common interest essential to doctrine of CIP — Abacus memo reflecting intent to minimize tax exposure, relating only to that issue because legal opinions driving transaction — Legal issues motivating

Avocats — Privilège d’intérêt commun — Demande déposée en vertu de l’art. 231.7(1) de la Loi de l’impôt sur le revenu en vue de faire exécuter la demande de renseignements afin d’enjoindre les défendeurs à produire un document en vertu de l’art. 231.2(1) de la Loi — Les défendeurs revendiquaient un privilège d’intérêt commun afin de protéger les communications confidentielles entre un avocat et son client divulguées durant la négociation d’une opération commerciale et ont fait valoir que le privilège d’intérêt commun est un principe reconnu qui s’applique à tous les aspects du secret professionnel de l’avocat — La portée du privilège d’intérêt commun est limitée dans certains territoires — L’arrêt américain Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc. a refusé d’appliquer le privilège d’intérêt commun dans les circonstances qui ne sont pas liées à un litige — Les défendeurs ont vendu des actions à l’intervenante — Plusieurs notes de service fiscales et un avis juridique ont été communiqués aux avocats des parties, y compris le document faisant l’objet du présent litige (la note de service Abacus) — L’Agence du revenu du Canada (ARC) a allégué que les opérations constituaient des stratagèmes d’évitement fiscal et a demandé d’avoir accès à la note de service Abacus — Le demandeur a fait valoir, entre autres, que la note de service n’était pas privilégiée parce qu’il s’agit principalement d’un « document commercial » qui ne fait pas l’objet d’un privilège d’intérêt commun — Il s’agissait principalement de savoir si la note de service Abacus est protégée par le secret professionnel de l’avocat, si elle est protégée par le privilège d’intérêt commun conformément à la jurisprudence et si le privilège d’intérêt commun est un élément constitutif valide du secret

transaction raison d'être of Abacus memo — Advisory CIP not valid constituent form of SCP, having no application to facts herein — Litigation privilege, SCP distinct — Advisory CIP established by coat-tailing on litigation CIP while proper analysis of compatibility thereof with SCP doctrine never made — CIP principles not irreconcilable with litigation privilege doctrine — Common interest necessary to establish CIP, not JCP — Case law supporting advisory CIP established under cloak of confusion — SCP class privilege, not case-by-case privilege — Advisory CIP as exception to waiver of SCP irreconcilable with SCP doctrine — Striking down waiver principle emptying privilege of function, doctrinal rationale — Privilege properly claimed complying with doctrinal principles underlying SCP — Case law not suggesting that SCP must not be interpreted restrictively, not supporting liberal construction of SCP — No basis for recognition of legitimate expectation interest supporting advisory CIP — Selective waiver violating SCP fundamental precepts — Fundamental differences underlying litigation privilege, SCP; these differences legitimizing grounds for accepting litigation CIP to expand scope of privilege — Strategic purpose of legal advisory CIP anticipation of creating litigation, which purpose incompatible with SCP doctrine — SCP doctrine about maintaining solicitor-client relationship — Doctrine of litigation privilege ultimately favouring shared confidential communications — Advisory CIP rejected on ground not coextensive, reconcilable with SCP requirements — Finally, advisory CIP providing no benefit to administration of justice; claimed policy benefit therefore entirely speculative, representing cost to society — Therefore, respondents required to produce Abacus memo — Application allowed.

professionnel de l'avocat — La note de service Abacus est une consultation juridique et elle est protégée contre la divulgation par le secret professionnel de l'avocat — La note de service n'est pas une pièce commerciale parce que les avocats des parties ont travaillé ensemble à chaque étape de l'opération pour trouver des solutions ou tirer des conclusions juridiques — Les actes des parties étaient conformes au fondement du privilège d'intérêt commun — L'échange des avis juridiques entre les avocats ne constituait pas une renonciation au privilège — Dans la décision Pitney Bowes of Canada Ltd. c. Canada, qui porte sur le secret professionnel conjoint, la Cour fédérale a conclu que l'intérêt commun essentiel au principe du privilège d'intérêt commun serait de conclure l'opération — La note de service Abacus reflétait l'intention de minimiser l'impôt à payer et ne portait que sur cette question puisque des avis juridiques sous-tendaient l'opération — Les questions juridiques qui sous-tendent la structure de l'opération de vente commune étaient la raison d'être de la note de service Abacus — Le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas un élément valide du secret professionnel de l'avocat et ne s'appliquait donc pas aux faits de l'espèce — Le privilège relatif au litige est distinct du secret professionnel de l'avocat — Le privilège d'intérêt commun consultatif a été établi en profitant du succès du privilège d'intérêt commun relatif au litige alors qu'une analyse appropriée de sa compatibilité avec le principe du secret professionnel de l'avocat n'a jamais été effectuée — Les principes du privilège d'intérêt commun ne sont pas incompatibles avec le principe du privilège relatif au litige — Un intérêt commun est nécessaire pour établir un privilège d'intérêt commun, mais ne l'est pas pour établir un secret professionnel conjoint — La jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif a été établie sous un voile de confusion — Le secret professionnel de l'avocat est un privilège générique et non un privilège reconnu au cas par cas — Le privilège d'intérêt commun consultatif en tant qu'exception à la renonciation du secret professionnel de l'avocat est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat — L'annulation du principe de renonciation dépouille le privilège de toutes ses fonctions et de son fondement doctrinal — Un privilège adéquatement revendiqué est conforme aux principes doctrinaux sur lesquels se fonde le secret professionnel de l'avocat — La jurisprudence ne laisse entendre nulle part que le secret professionnel de l'avocat ne doit pas être interprété restrictivement et n'appuie pas une interprétation libérale du secret professionnel de l'avocat — Il n'y a aucune raison de reconnaître une attente légitime pour appuyer le privilège d'intérêt commun consultatif — La renonciation sélective va à l'encontre de ses préceptes fondamentaux du secret professionnel de l'avocat — Il existe des différences fondamentales dans le fondement du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat; ces différences rendent légitimes les motifs justifiant l'acceptation du fait que le privilège d'intérêt commun relatif au litige étend la portée du privilège — L'objectif

stratégique du privilège d'intérêt commun consultatif vise à promouvoir des opérations pour lesquelles on prévoit qu'elles susciteront un litige, et cet objectif est incompatible avec la doctrine du secret professionnel de l'avocat — Le principe du secret professionnel de l'avocat porte sur le maintien de la relation avocat-client — Le principe du privilège relatif au litige favorise en fin de compte le partage de communications confidentielles — Le motif sur lequel se fonder pour rejeter le privilège d'intérêt commun consultatif est qu'il ne correspond pas aux exigences du secret professionnel de l'avocat et qu'il est incompatible avec ce dernier — Enfin, le privilège d'intérêt commun consultatif n'apporte aucun avantage pour l'administration de la justice; l'avantage de principe allégué est entièrement spéculatif et représente un coût pour la société — Par conséquent, les défendeurs ont été tenus de présenter la note de service Abacus — Demande accueillie.

This was a summary application under subsection 231.7(1) of the *Income Tax Act* to enforce a requirement for information on the respondents to produce a document pursuant to subsection 231.2(1) of the Act.

The issue surrounding the application was whether the respondents were entitled to claim a common interest privilege (CIP) to protect solicitor-client privileged (SCP) communications disclosed during the negotiation of a commercial transaction. The respondents relied on American and Canadian case law to demonstrate that CIP is an accepted doctrine to be applied in all areas of SCP, including commercial transactions. The scope of CIP has been restricted in some American States to litigation-related matters including situations of anticipated litigation. The New York Court of Appeals, in *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.*, made this distinction and refused to apply CIP outside of litigation-related circumstances.

The respondent Iggillis Holdings Inc., validly incorporated under the laws of the province of Alberta, and the respondent Ian Gillis, a director and shareholder of the corporation, owned assets in a business partnership. The respondents entered into a series of transactions that resulted in the sale to the intervener of shares of the partnership. Negotiations and discussions between the lawyer for the respondents (Mr. Kirby) and the lawyer for the intervener (Mr. Nitikman) relating to the transaction continued until and after the transaction closed. In the course of these negotiations and discussions, Mr. Nitikman drafted various tax memoranda and circulated them to the respondents' advisors. The legal advice travelled in both directions. It culminated in the document at issue in the application herein (the Abacus memo), which was primarily the work product of the intervener but with Mr. Kirby's

Il s'agissait d'une demande sommaire déposée en vertu du paragraphe 231.7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vue de faire exécuter la demande de renseignements afin d'enjoindre les défendeurs à produire un document en vertu du paragraphe 231.2(1) de la Loi.

La question entourant la demande visait à déterminer si les défendeurs pouvaient revendiquer un privilège d'intérêt commun afin de protéger les communications confidentielles divulguées durant la négociation d'une opération commerciale. Les défendeurs se sont fondés sur une jurisprudence américaine et canadienne pour démontrer que le privilège d'intérêt commun est un principe reconnu qui s'applique à tous les aspects du secret professionnel de l'avocat, y compris aux opérations commerciales. La portée du privilège d'intérêt commun a été limitée dans certains États américains aux affaires relatives à des litiges, notamment aux cas de litige anticipé. La Cour d'appel de New York dans l'arrêt *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.* a établi cette distinction et a refusé d'appliquer le privilège d'intérêt commun dans les circonstances qui ne sont pas liées à un litige.

La défenderesse, Iggillis Holdings Inc., a été dûment constituée en société selon les lois de la province de l'Alberta et le défendeur, Ian Gillis, administrateur et actionnaire de la société, détenaient des actifs dans une société de commerce. Les défendeurs ont réalisé une série d'opérations qui ont finalement donné lieu à la vente des actifs de la société de commerce à l'intervenante. Les négociations et les discussions entre l'avocat des défendeurs (M. Kirby) et l'avocat de l'intervenante (M. Nitikman) concernant l'opération ont débuté et se sont poursuivies jusqu'après la réalisation de l'opération. Au cours de ces négociations et discussions, M. Nitikman a rédigé plusieurs notes de service fiscales et les a communiquées aux conseillers des défendeurs. L'avis juridique a également été communiqué aux deux parties. Le conseil juridique a donné lieu au document faisant l'objet de la présente demande (la

contribution. In December 2007, the Abacus memo was provided by Mr. Nitikman to Mr. Kirby. A few days later the intervener and the respondents completed the transaction. The Canada Revenue Agency (CRA) was of the view that the transactions entered into by the respondents may have been for the purpose of maximizing shareholder benefit by avoiding payment of the tax triggered by the sale of the corporate partners' assets. The CRA requested that the respondents provide it in particular with a copy of a letter of intent, or similar documentation, issued by the intervener to the respondents. In response thereto, Mr. Kirby stated that the transactions were described in the Abacus memo, which was subject to SCP. The respondents informed the CRA that they were claiming CIP over the Abacus memo to protect privileged communications.

The applicant argued that the Abacus memo is not privileged because it is primarily a "business document" wherein the legal advice is incidental to the true nature of the transaction. The applicant also claimed that the Abacus memo is not subject to CIP and, therefore, that the intervener lost or waived its privilege over the memo when Mr. Nitikman circulated the memo to Mr. Kirby.

The issues were whether the Abacus memo was *prima facie* protected by SCP; whether the Abacus memo was protected by CIP in accordance with the Federal Court decision in *Pitney Bowes of Canada Ltd. v. Canada (Pitney Bowes)* and its supporting case law; and whether CIP is a valid constituent of SCP.

Held, the application should be allowed.

The Abacus memo is legal advice provided by the lawyers to their clients in the strictest confidence and protected from disclosure under SCP subject to whether the privilege has been waived or is protected by CIP. The Abacus memo was the fruit of cooperative efforts of lawyers who were highly experienced in the legal considerations of income tax and related commercial law subjects. However, this does not mean that a business plan cooperatively arrived at based upon the consequences of implementing counsels' legal advice to achieve tax savings renders the memo a business record. Two parties mandating their lawyers to work together on behalf of both clients to find a "business solution" to their mutual advantage, but based upon the consequences of implementing their legal advice on the specific issue of tax savings, does not render the fruit of their labour a mere business record.

note de service Abacus), qui était principalement le produit du travail de l'intervenante mais auquel M. Kirby a contribué. En décembre 2007, M. Nitikman a transmis la note de service Abacus à M. Kirby. Quelques jours plus tard, l'intervenante et les défendeurs ont réalisé l'opération. L'Agence du revenu du Canada (ARC) était d'avis que les opérations conclues par les défendeurs pourraient avoir été conclues dans le but de maximiser l'avantage conféré à un actionnaire en évitant de payer de l'impôt à la suite de la vente des actifs des sociétés associées. L'ARC a demandé aux défendeurs de fournir une copie d'une lettre d'intention, ou d'un document semblable, délivrée aux défendeurs par l'intervenante. En réponse à cette demande, M. Kirby a indiqué que les opérations étaient décrites dans la note de service Abacus, qui était assujettie au secret professionnel de l'avocat. L'ARC a été avisée que les défendeurs revendiquaient un privilège à l'égard de la note de service Abacus afin de protéger des communications confidentielles.

Le demandeur a fait valoir que la note de service n'est pas privilégiée parce qu'il s'agit principalement d'un « document commercial » où l'avis juridique est accessoire à la nature réelle de l'opération. Le demandeur a soutenu également que la note de service Abacus ne fait pas l'objet d'un privilège d'intérêt commun et que, par conséquent, l'intervenante a perdu son privilège à l'égard de celle-ci, ou y a renoncé, lorsque M. Nitikman a communiqué la note à M. Kirby.

Il s'agissait principalement de savoir si la note de service Abacus est, à première vue, protégée par le secret professionnel de l'avocat; si la note de service Abacus est protégée par le privilège d'intérêt commun conformément à la décision de la Cour fédérale dans *Pitney Bowes of Canada Ltd. c. Canada (Pitney Bowes)* et la jurisprudence s'y rapportant; et si le privilège d'intérêt commun est un élément constitutif valide du secret professionnel de l'avocat.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La note de service Abacus est une consultation juridique donnée par les avocats à leur client dans la plus stricte confidentialité et elle est protégée contre la divulgation par le secret professionnel de l'avocat, à moins qu'il y ait eu renonciation au privilège ou qu'elle soit protégée par le privilège d'intérêt commun. La note de service Abacus était le fruit d'efforts conjugués des deux avocats, qui possédaient une très grande expérience des considérations juridiques de l'impôt sur le revenu et des sujets connexes en droit commercial. Cependant, cela ne veut pas dire qu'un plan d'affaires établi en collaboration en fonction des conséquences de la mise en œuvre des conseils juridiques des avocats pour faire des économies fiscales fait de la note de service une pièce commerciale. Deux parties qui confèrent à leurs avocats le mandat de travailler ensemble pour le compte des deux clients afin de trouver une « solution commerciale »

Furthermore, the Abacus memo is not a business record because the parties' lawyers worked together at each step of the transaction to work out solutions based on legal conclusions. Whatever issues arose out of the two parties working jointly by means of bi-directional communication of legal advice was a matter for analysis under the doctrine of CIP.

The parties' actions were consistent with the basis of CIP relating to the creation of certain business partnerships as described in the reasoning in *Pitney Bowes*. The intervener and the respondents clearly agreed that no waiver of privilege would arise from their lawyers. In *Pitney Bowes*, the Court found that the common interest essential to the doctrine of CIP in a commercial transactions context is in having the transaction concluded. *Pitney Bowes* was a joint client privilege (JCP) case although not recognized as such by the Court. In that decision, the parties retained the services of the same lawyer who delivered two opinions with the intent to share them. It should be recognized however that the implications of common interests in JCP being distinguished from those in CIP were not recognized in the CIP case law. Here, the parties clearly agreed that no waiver of privilege would arise from their lawyers trading the legal opinions and views forming the Abacus memo. The Abacus memo reflected the work of the parties in arriving at a structure of the transaction intended to minimize tax exposure and was to the mutual benefit of both parties. While it is true that the parties to a purchase and sale agreement are generally adverse in interest, when they are working cooperatively to reduce taxes payable on the sale of shares, the two parties share a common interest regarding that legal issue. The Abacus memo related only to that issue because legal opinions drove the transaction.

American case law supports the application of the CIP doctrine in the matter herein. It was clear in the present matter that the intervener and the respondents formulated a shared sale transaction based upon a joint legal strategy to complete the transaction and, to that end, carefully coordinated their lawyers' legal efforts which ended up defining the nature of the commercial transactions that the parties concluded.

mutuellement avantageuse, mais en fonction des conséquences de l'application de leur avis juridique à la question précise de l'économie fiscale, ne fait pas en sorte que le fruit de leur travail est une simple pièce commerciale. En outre, la note de service Abacus n'est pas une pièce commerciale parce que les avocats des parties ont travaillé ensemble à chaque étape de l'opération pour trouver des solutions ou tirer des conclusions juridiques. Peu importe les problèmes découlant du fait que les deux parties ont travaillé ensemble par voie de communication bidirectionnelle d'avis juridiques, il s'agissait d'une question qui devait être analysée en fonction du principe du privilège d'intérêt commun.

Les actes des parties étaient conformes au fondement du privilège d'intérêt commun relatif à la création de certains partenariats commerciaux, comme il est décrit dans le raisonnement de la décision *Pitney Bowes*. L'intervenante et les défendeurs ont clairement convenu que l'échange entre leurs avocats ne constituerait pas une renonciation au privilège. Dans la décision *Pitney Bowes*, la Cour a conclu que l'intérêt commun essentiel au principe du privilège d'intérêt commun dans un contexte d'opérations commerciales est de conclure l'opération. La décision *Pitney Bowes* portait sur le secret professionnel conjoint, même si cela n'a pas été reconnu par la Cour. Dans cette décision, les parties avaient décidé de retenir les services du même avocat, qui a donné deux avis juridiques avec l'intention de les communiquer. Il y a toutefois lieu de reconnaître que la différence entre les conséquences des intérêts communs dans le contexte du secret professionnel conjoint et celles dans le contexte du privilège d'intérêt commun n'a pas été reconnue dans la jurisprudence relative au privilège d'intérêt commun. En l'espèce, les parties ont clairement convenu que l'échange des avis juridiques et des points de vue constituant la note de service Abacus entre leurs avocats ne constituerait pas une renonciation au privilège. La note de service reflétait le travail des parties pour parvenir à une structure de l'opération qui visait à minimiser l'impôt à payer et était à l'avantage mutuel des deux parties. Bien qu'il soit vrai que les parties à une entente de vente et d'achat ont généralement un intérêt opposé, lorsqu'elles travaillent en collaboration pour réduire l'impôt payable sur la vente des actions, les deux parties partagent un intérêt commun à l'égard de cette question juridique. La note de service Abacus ne portait que sur cette question puisque des avis juridiques sous-tendaient l'opération.

La jurisprudence américaine citée par le demandeur appuie l'application du principe de privilège d'intérêt commun en l'espèce. Il était clair, en l'espèce, que l'intervenante et les défendeurs ont élaboré une opération de vente commune selon une stratégie juridique commune afin de réaliser l'opération et qu'à cette fin, ils ont coordonné avec soin les efforts juridiques de leurs avocats qui ont fini par définir la nature des opérations commerciales que les parties ont réalisées.

While American case law has recognized CIP in circumstances almost identical to those in this matter, advisory CIP is not a valid constituent form of SCP and therefore has no application to the facts herein. The essential error in advisory CIP's history arose when it was thought to be supported by the same rationale that underlines litigation CIP. In failing to recognize that litigation privilege and SCP are "distinct conceptual animals", advisory CIP was established by coat-tailing on litigation CIP. This allowed the doctrine to be established without a proper analysis of its compatibility with SCP doctrine. CIP principles are not irreconcilable with the litigation privilege doctrine. Allied lawyer situations are not analogous to JCP situations under the doctrine of SCP. Sharing legal advice on a common interest in litigation may be consistent with the strategic adversarial nature of litigation. All communications in a JCP situation are within the solicitor-client relationship and the privilege is coherent with the SCP doctrine. Conversely, the communications in an allied lawyer CIP situation are not limited to those between a lawyer and his or her client seeing that the lawyer does not have a solicitor-client relationship with the other parties who have their own separate counsel. The duty of loyalty owed by the lawyer to all joint clients informs the ethical limits of joint client representation. Joint client representation adheres to the rationale of SCP, while CIP does not. A common interest is necessary to establish CIP but not to establish JCP.

The case law supporting advisory CIP was established under a cloak of confusion with common interests in JCP and litigation privilege and with very little analysis of the factors and considerations relating to the legitimacy of advisory CIP. SCP is a class privilege, not a case-by-case privilege, which means that any communications between a client and his or her lawyer relating to the provision of legal services that are made in confidence are *prima facie* protected. Advisory CIP, as an exception or defence to waiver of SCP, is irreconcilable with and eviscerates the SCP doctrine of any meaning. This is because the components and the logic of SCP are interconnected and interdependent. Striking down the waiver principle empties the privilege of all of its function and doctrinal rationale. In recognizing advisory CIP, an existing speculative benefit to the administration of justice has been leveraged and turned into an

Bien que la jurisprudence américaine ait reconnu le privilège d'intérêt commun dans des circonstances presque identiques à celles en l'espèce, le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas un élément valide du secret professionnel de l'avocat et ne s'applique donc pas aux faits de l'espèce. L'erreur fondamentale dans l'histoire du privilège d'intérêt commun consultatif est survenue lorsque l'on s'est mis à penser qu'il était fondé sur les mêmes raisons d'être qui sous-tendent le privilège d'intérêt commun relatif au litige. Omettant de reconnaître que le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat sont des « concepts distincts », le privilège d'intérêt commun consultatif a été établi en profitant du succès du privilège d'intérêt commun relatif au litige. Cela a permis d'établir le principe sans effectuer d'analyse appropriée de sa compatibilité avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Les principes du privilège d'intérêt commun ne sont pas incompatibles avec le principe du privilège relatif au litige. Les situations mettant en cause des avocats alliés ne sont pas semblables aux situations faisant intervenir le secret professionnel conjoint selon le principe du secret professionnel de l'avocat. Le partage d'avis juridique sur la base d'un intérêt commun à l'égard d'un litige peut être conforme à la nature contradictoire stratégique des litiges. Toutes les communications partagées dans un contexte de secret professionnel conjoint se font entre l'avocat et son client, et le privilège est conforme au principe du secret professionnel de l'avocat. En revanche, les communications dans une situation de privilège d'intérêt commun où des avocats sont alliés ne se limitent pas à celles échangées entre un avocat et son client puisque l'avocat n'entretient pas de relation avocat-client avec les autres parties qui ont leur propre avocat. Le devoir de loyauté de l'avocat envers tous les clients conjoints oriente les limites éthiques de la représentation de clients conjoints. La représentation de clients conjoints est conforme à la raison d'être du secret professionnel de l'avocat, contrairement au privilège d'intérêt commun. Un intérêt commun est nécessaire pour établir un privilège d'intérêt commun, mais ne l'est pas pour établir un secret professionnel conjoint.

La jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif a été établie sous un voile de confusion avec les intérêts communs du secret professionnel conjoint et du privilège relatif au litige, et très peu d'analyses ont été effectuées des facteurs et considérations concernant la légitimité du privilège d'intérêt commun consultatif. Le secret professionnel de l'avocat est un privilège générique et non un privilège reconnu au cas par cas, ce qui veut dire que toute communication entre un client et son avocat concernant la prestation de services juridiques sous le couvert de la confidentialité est, à première vue, protégée. Le privilège d'intérêt commun consultatif à titre d'exception ou de moyen de défense contre la renonciation au secret professionnel de l'avocat est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat et l'en dépouille de toute signification. Il en est ainsi parce

expanded benefit for two or more parties in future litigation, at a cost to the opposing party, contrary to the requirements that underpin the rationale for SCP. This is so, particularly with regard to the requirement that SCP be restrictively limited to its principles to prevent undue obstruction to justice and unfairness to opposing parties in future litigation. A privilege that is properly claimed is one that is within its proper limits, meaning that the privilege claimed must comply with the doctrinal principles underlying SCP. Nowhere does the case law suggest that SCP is not to be interpreted restrictively. The case law does not support a liberal construction of SCP to expand its scope beyond what can properly be claimed. There is no basis for the recognition of a legitimate expectation interest supporting advisory CIP in either theory or practice. Selective waiver can no more be reconciled with the rationale of SCP than CIP, and makes even less sense as it strays completely from any connection with the principle of confidentiality at the heart of SCP. It too violates its fundamental precepts and is equally unfair to someone harmed by the results of the protected communications but does so without any reference to any aspect of the rationale underlying SCP.

Although the case law regarding CIP does not distinguish between litigation privilege and SCP, there are nonetheless fundamental differences in the rationales underlying the two forms of privilege. One is to protect the adversarial process, the other to protect the solicitor-client relationship. SCP is all about the relationship. These differences legitimize the grounds for accepting litigation CIP to expand the scope of the privilege as a strategic adversarial consideration in the litigation context by providing an exception to waiver, a rationale that does not apply to advisory CIP. The principal *raison d'être* of legal advisory CIP is in the anticipation of creating litigation because of the nature of the transaction that the privilege really protects, i.e. transactions of questionable legality. The real advantage of CIP occurs when it is applied at trial — when the parties anticipate litigation occurring as a result of the transaction that they are negotiating. This purpose is purely strategic, to keep the evidence of their privileged communications out of the anti-

que les composantes et la logique du secret professionnel de l'avocat sont interdépendantes et liées les unes aux autres. L'annulation du principe de renonciation dépouille le privilège de toutes ses fonctions et de son fondement doctrinal. En reconnaissant le privilège d'intérêt commun consultatif, un avantage spéculatif existant pour l'administration de la justice a été soulevé et transformé en avantage élargi pour au moins deux parties dans un litige ultérieur, à un coût pour la partie opposée, contrairement aux exigences qui sous-tendent la raison d'être du secret professionnel de l'avocat. Il en est ainsi particulièrement en ce qui concerne l'exigence voulant que le secret professionnel de l'avocat soit rigoureusement limité à ses principes afin d'éviter une entrave indue à la justice et une iniquité pour les parties opposées dans un litige ultérieur. Un privilège adéquatement revendiqué est celui qui respecte ses propres limites, ce qui veut dire que le privilège revendiqué doit être conforme aux principes doctrinaux sur lesquels se fonde le secret professionnel de l'avocat. Nulle part ces décisions ne laissent entendre que le secret professionnel de l'avocat ne doit pas être interprété restrictivement. La jurisprudence n'appuie pas une interprétation libérale du secret professionnel de l'avocat de manière à étendre sa portée au-delà de ce que l'on peut adéquatement revendiquer. Il n'existe aucune raison de reconnaître une attente légitime pour appuyer le privilège d'intérêt commun consultatif, en théorie comme en pratique. La renonciation sélective ne peut pas plus être réconciliée avec la raison d'être du secret professionnel de l'avocat qu'avec le privilège d'intérêt commun et est encore moins logique parce qu'elle s'éloigne complètement de tout lien avec le principe de la confidentialité qui est au cœur du secret professionnel de l'avocat. Elle va également à l'encontre de ses préceptes fondamentaux et est également injuste pour la personne qui subit un préjudice en raison de la divulgation des communications protégées, mais ne fait aucune mention des aspects de la raison d'être qui sous-tend le secret professionnel de l'avocat.

Même si la jurisprudence relative au privilège d'intérêt commun n'établit pas de distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat, il existe néanmoins des différences fondamentales dans le fondement de ces deux formes de privilège. L'un a pour but de protéger le processus accusatoire, l'autre de protéger la relation avocat-client. Le secret professionnel de l'avocat ne vise que cette relation. Ces différences rendent légitimes les motifs justifiant l'acceptation du fait que le privilège d'intérêt commun relatif au litige étend la portée du privilège à titre de considération accusatoire stratégique dans le contexte du litige, en offrant une exception à la renonciation, à un fondement qui ne s'applique pas au privilège d'intérêt commun consultatif. La principale raison d'être du privilège d'intérêt commun consultatif se trouve dans la perspective de susciter un litige en raison de la nature de l'opération que le privilège protège réellement; c.-à-d. les opérations dont la légalité est

pated trial so as to improve their chance of success, a purpose incompatible with SCP doctrine.

The rationale of litigation privilege, which extends to the anticipation of litigation, serves the purpose of upholding the strategic adversarial trial process, while the rationale of litigation CIP serves that same purpose. There is no rational basis in SCP doctrine that pertains to any outcome from the lawyer-client relationship that it upholds. SCP doctrine is about maintaining the solicitor-client relationship. There is no similarity whatsoever in the rational basis of SCP and that of advisory CIP based on outcomes. The rationale and doctrine of litigation privilege ultimately favours shared confidential communications with parties of a common strategic interest because it is seen as enhancing the strategic adversarial process as a whole. The American decision in *Ambac* was examined and it was determined that *Ambac* was correctly decided but on the wrong legal principle for failing to reject advisory CIP because it cannot be reconciled with SCP doctrine. Therefore, the correct ground for rejecting advisory CIP is that it is not co-extensive and reconcilable with SCP requirements. Despite this conclusion, a cost benefit analysis of advisory CIP was made.

Advisory CIP provides no benefit to the administration of justice in either enhancing compliance or maintaining the solicitor-client relationship while significantly adding to its costs. The claimed policy benefit of advisory CIP of enabling commercial transactions is entirely speculative and more likely represents a cost to society by the fact that advisory CIP mostly enables transactions that anticipate litigation, which undermine the administration of justice or are of no value to society or are harmful thereto.

In conclusion, the respondents were required to produce the Abacus memo pursuant to subsection 231.2(1) of the Act since advisory CIP is not a legitimate or acceptable application of solicitor-client privilege.

douteuse. L'avantage réel est obtenu lorsque le privilège est appliqué lors d'un procès — lorsque les parties anticipent un litige à la suite de l'opération qu'elles sont en train de négocier. Cet objectif est purement stratégique, soit d'exclure la preuve de leurs communications privilégiées du procès prévu afin d'améliorer leurs chances de succès, un objectif qui est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat.

Le fondement du privilège relatif au litige, qui s'étend au litige prévu, vise à confirmer le processus judiciaire contradictoire stratégique, et le fondement du privilège d'intérêt commun relatif au litige poursuit le même objectif. Aucun fondement rationnel dans le principe du secret professionnel de l'avocat ne vise l'issue de la relation avocat-client qu'il confirme. Le principe du secret professionnel de l'avocat porte sur le maintien de la relation avocat-client. Il n'y a absolument aucune similitude entre le fondement rationnel du secret professionnel de l'avocat et celui du privilège d'intérêt commun consultatif en fonction des résultats. Le fondement et le principe du privilège relatif au litige favorisent en fin de compte le partage de communications confidentielles avec des parties ayant un intérêt stratégique commun parce que cela renforce le processus accusatoire stratégique dans son ensemble. La décision américaine dans l'arrêt *Ambac* a été examinée et la Cour a conclu que l'arrêt *Ambac* était correct, mais a été rendu selon un principe juridique erroné en ne rejetant pas le privilège d'intérêt commun consultatif parce qu'il ne peut être réconcilié avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Par conséquent, le motif correct sur lequel se fonder pour rejeter le privilège d'intérêt commun consultatif est qu'il ne correspond pas aux exigences du secret professionnel de l'avocat et qu'il est incompatible avec ce dernier. Malgré cette conclusion, une analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun consultatif a été effectuée.

Le privilège d'intérêt commun consultatif n'apporte aucun avantage pour l'administration de la justice; il ne favorise pas le respect des lois et ne maintient pas la relation avocat-client, mais il accroît considérablement les coûts. L'avantage de principe allégué du privilège d'intérêt commun consultatif est entièrement spéculatif et représente probablement plus un coût pour la société vu le fait que le privilège d'intérêt commun consultatif permet principalement des opérations pour lesquelles on prévoit un litige, ce qui mine l'administration de la justice, ou des opérations qui n'ont aucune valeur ou qui portent préjudice à la société.

En conclusion, les défendeurs ont été tenus de présenter la note de service Abacus conformément au paragraphe 231.2(1) de la Loi, puisque le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas une application légitime ou acceptable du privilège du secret professionnel de l'avocat.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Rules of Evidence (U.S.), Rule 503(b).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 231.2, 231.7.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

Pitney Bowes of Canada Ltd. v. Canada, 2003 FCT 214, 225 D.L.R. (4th) 747.

APPLIED:

Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc., 27 N.Y. 3d 616 (Ct. App. 2016); *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, [1991] 6 W.W.R. 673.

DISTINGUISHED:

Lipson v. Canada, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3.

CONSIDERED:

Duplan Corporation v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146 (D. South Carolina 1975); *Bank Brussels Lambert v. Credit Lyonnais (Suisse)*, 160 F.R.D. 437 (S.D. New York 1995); *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317, [1988] 2 All E.R. 246 (C.A.); *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Canada (National Revenue) v. Revcon Oilfield Constructors Incorporated*, 2015 FC 524, [2015] 5 C.T.C. 1; *Belgravia Investments Limited v. Canada*, 2002 FCT 649, [2002] 3 C.T.C. 482; *Thompson v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 197, 366 D.L.R. (4th) 169; *Shipyard Associates, LP v. City of Hoboken*, 2015 WL 4623470 (D. New Jersey); *In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F. 3d 345 (3d Cir. 2007); *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Chahoon v. The Commonwealth*, 62 Va. App. 822 (1871); *Rice v. Rice*, 53 Ky. 335 (1854); *United States v. Zolin*, 809 F. 2d 1411 (9th Cir. 1987); *Burlington Industries v. Exxon Corp. and Amtech, Inc.*, 65 F.R.D. 26, 379 F. Supp. 754 (Maryland Dist. Ct. 1974); *United States v. McPartlin*, 595 F. (2d) 1321 (7th Cir. 1979); *Buttes Gas & Oil v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.); *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, 230 F.R.D. 398 (D. Maryland 2005); *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Trillium Motor World v. General Motors*, 2014 ONSC 4894 (CanLII), 20 C.B.R. (6th) 332; *Lavallee, Rackel &*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Federal Rules of Evidence (É.-U.), règle 503(b).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 231.2, 231.7.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Pitney Bowes of Canada Ltd. c. Canada, 2003 CFPI 214.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc., 27 N.Y. 3d 616 (Ct. App. 2016); *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Lipson c. Canada, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Duplan Corporation v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146 (D. South Carolina 1975); *Bank Brussels Lambert v. Credit Lyonnais (Suisse)*, 160 F.R.D. 437 (S.D. New York 1995); *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317, [1988] 2 All E.R. 246 (C.A.); *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Canada (Revenu national) c. Revcon Oilfield Constructors Incorporated*, 2015 CF 524; *Belgravia Investments Limited c. Canada*, 2002 CFPI 649; *Thompson c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 197; *Shipyard Associates, LP v. City of Hoboken*, 2015 WL 4623470 (D. New Jersey); *In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F. 3d 345 (3d Cir. 2007); *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Chahoon v. The Commonwealth*, 62 Va. App. 822 (1871); *Rice v. Rice*, 53 Ky. 335 (1854); *United States v. Zolin*, 809 F. 2d 1411 (9th Cir. 1987); *Burlington Industries v. Exxon Corp. and Amtech, Inc.*, 65 F.R.D. 26, 379 F. Supp. 754 (Maryland Dist. Ct. 1974); *United States v. McPartlin*, 595 F. 2d 1321 (7th Cir. 1979); *Buttes Gas & Oil v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.); *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, 230 F.R.D. 398 (D. Maryland 2005); *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Trillium Motor World v. General Motors*, 2014 ONSC 4894 (CanLII), 20 C.B.R. (6th) 332; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur géné-*

Heintz v. Canada (Attorney General); White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General); R. v. Fink, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Kaymar Rehabilitation v. Champlain CCAC*, 2013 ONSC 1754 (CanLII); *Louisiana Municipal Police Employee Retirement System v. Sealed Air Corp.*, 253 F.R.D. 300 (D. New Jersey 2008); *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)*, 2009 ABQB 348 (CanLII), 484 A.R. 34; *Milner et al. v. The Minister of National Revenue*, 2002 BCSC 1344, [2002] 1 W.W.R. 682.

REFERRED TO:

R. v. Henry, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 125 C.P.R. (4th) 81; *North River Insurance Co v. Philadelphia Reinsurance Corp.*, 797 F. Supp. 363 (D. New Jersey 1992); *Canada (National Revenue) v. Lee*, 2015 FC 634, [2016] 1 C.T.C. 10; *Canada (National Revenue) v. Thornton*, 2012 FC 1313, [2013] 1 C.T.C. 165; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; *Superior Plus Corp. v. The Queen*, 2015 TCC 132, [2015] 5 C.T.C. 2094, affd 2015 FCA 241, [2016] 2 C.T.C. 64; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2005] 1 A.C. 610; *Edward C Behague v. Revenue & Customs*, [2013] UKFTT 596 (T.C.); *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Sable Offshore Energy Project v. Ameron International Corporation*, 2015 NSCA 8, 354 N.S.R. (2d) 333; *Canada (Minister of National Revenue) v. Welton Parent Inc.*, 2006 FC 67, [2006] 2 C.T.C. 177; *Schmitt v. Emery*, 2 N.W. (2d) 413 (Minn. Sup. Ct.); *Continental Oil Company v. United States*, 330 F. 2d 347 (9th Cir. 1964); *Hunydee v. United States*, 335 F. 2d 183 (9th Cir. 1965); *Transmirra Products Corp. v. Monsanto Chemical Company*, 26 F.R.D. 572 (S.D. New York 1960); *Vilastor-Kent Theatre Corp. v. Brandt*, 19 F.R.D. 522 (S.D. New York 1956); *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturers, Inc.*, 47 F.R.D. 334 (S.D. New York 1969); *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221, 1982 CanLII 3324 (Ont. C.A.); *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, 1983 CanLII 407, [1983] 4 W.W.R. 762 (B.C.S.C.).

AUTHORS CITED

ABA Comm. on Ethics and Prof'l Responsibility, Formal Op. 95-395.
 Capra, Daniel J. "The Attorney-Client Privilege in Common Representations: Information-Pooling and Problems of Professional Responsibility" (1989), 33 *Trial Lawyers Guide* 20.

ral); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Kaymar Rehabilitation v. Champlain CCAC*, 2013 ONSC 1754 (CanLII); *Louisiana Municipal Police Employee Retirement System v. Sealed Air Corp.*, 253 F.R.D. 300 (D. New Jersey 2008); *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)*, 2009 ABQB 348 (CanLII), 484 A.R. 34; *Milner et al. v. The Minister of National Revenue*, 2002 BCSC 1344, [2002] 1 W.W.R. 682.

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Henry, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250; *North River Insurance Co v. Philadelphia Reinsurance Corp.*, 797 F. Supp. 363 (D. New Jersey 1992); *Canada (Revenu national) c. Lee*, 2015 CF 634; *Canada (Revenu national) c. Thornton*, 2012 CF 1313; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Superior Plus Corp. c. La Reine*, 2015 CCI 132, conf. par 2015 CAF 241; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2005] 1 A.C. 610; *Edward C Behague v. Revenue & Customs*, [2013] UKFTT 596 (T.C.); *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Sable Offshore Energy Project v. Ameron International Corporation*, 2015 NSCA 8, 354 N.S.R. (2d) 333; *Canada (Ministre du Revenu national) c. Welton Parent Inc.*, 2006 CF 67; *Schmitt v. Emery*, 2 N.W. (2d) 413 (Minn. Sup. Ct.); *Continental Oil Company v. United States*, 330 F. 2d 347 (9th Cir. 1964); *Hunydee v. United States*, 335 F. 2d 183 (9th Cir. 1965); *Transmirra Products Corp. v. Monsanto Chemical Company*, 26 F.R.D. 572 (S.D. New York 1960); *Vilastor-Kent Theatre Corp. v. Brandt*, 19 F.R.D. 522 (S.D. New York 1956); *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturers, Inc.*, 47 F.R.D. 334 (S.D. New York 1969); *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221, 1982 CanLII 3324 (C.A. Ont.); *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, 1983 CanLII 407, [1983] 4 W.W.R. 762 (C. supr. C.-B.).

DOCTRINE CITÉE

ABA Comm. on Ethics and Prof'l Responsibility, Formal Op. 95-395.
 Capra, Daniel J. « The Attorney-Client Privilege in Common Representations : Information-Pooling and Problems of Professional Responsibility » (1989), 33 *Trial Lawyers Guide* 20.

Dodek, Adam M. *Solicitor-Client Privilege*. Toronto: LexisNexis, 2014.

Epstein, Edna S. *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 5th ed. American Bar Association, 2007.

Fischer, James M. “The Attorney-Client Privilege Meets the Common Interest Arrangement: Protecting Confidences While Exchanging Information for Mutual Gain” (1997), 16 *Rev. Litig.* 631.

Giesel, Grace M. “End the Experiment: The Attorney-Client Privilege Should Not Protect Communications in the Allied Lawyer Setting” (2011-2012), 95 *Marq. L. Rev.* 475.

Hubbard, Robert W. *et al.* *The Law of Privilege in Canada*, Vol. 2, loose-leaf. Toronto: Thomson Reuters, 2006.

Kahneman, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. Toronto: Anchor Canada, 2011.

Leslie, Melanie B. “The Costs of Confidentiality and the Purpose of Privilege” (2000), 1 *Wis. L. Rev.* 31.

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Vols. IV-V, Boston: Little, Brown and company, 1923.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8. Boston: Little Brown & Co., 1961.

APPLICATION under subsection 231.7(1) of the *Income Tax Act* to enforce a requirement for information on the respondents to produce a document pursuant to subsection 231.2(1) of the Act. Application allowed.

APPEARANCES

Margaret McCabe for applicant.
Jon Gilbert for respondents.
Joel A. Nitikman for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Felesky Flynn LLP, Edmonton, for respondents.
Dentons Canada LLP, Vancouver, for intervener.

Dodek, Adam M. *Solicitor-Client Privilege*. Toronto: LexisNexis, 2014.

Epstein, Edna S. *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 5^e éd. American Bar Association, 2007.

Fischer, James M. « The Attorney-Client Privilege Meets the Common Interest Arrangement : Protecting Confidences While Exchanging Information for Mutual Gain » (1997), 16 *Rev. Litig.* 631.

Giesel, Grace M. « End the Experiment : The Attorney-Client Privilege Should Not Protect Communications in the Allied Lawyer Setting » (2011-2012), 95 *Marq. L. Rev.* 475.

Hubbard, Robert W. *et al.* *The Law of Privilege in Canada*, vol. 2, feuilles mobiles. Toronto : Thomson Reuters, 2006.

Kahneman, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. Toronto : Anchor Canada, 2011.

Leslie, Melanie B. « The Costs of Confidentiality and the Purpose of Privilege » (2000), 1 *Wis. L. Rev.* 31.

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2^e éd. vols. IV-V, Boston : Little, Brown and company, 1923.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston : Little Brown & Co., 1961.

DEMANDE déposée en vertu du paragraphe 231.7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vue de faire exécuter la demande de renseignements afin d'enjoindre les défendeurs à produire un document en vertu du paragraphe 231.2(1) de la Loi. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Margaret McCabe pour le demandeur.
Jon Gilbert pour les défendeurs.
Joel A. Nitikman pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Felesky Flynn LLP, Edmonton, pour les défendeurs.
Dentons Canada, s.e.n.c.r.l., Vancouver, pour l'intervenante.

Table of ContentsTable des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. Overview	1	I. Aperçu	1
II. Statement of Facts	29	II. Exposé des faits.....	29
III. Legislative Framework	58	III. Cadre législatif.....	58
IV. Issues.....	59	IV. Questions en litige.....	59
V. Analysis.....	60	V. Analyse.....	60
A. Is the Abacus Memo <i>Prima Facie</i> Protected by Solicitor-client Privilege?.....	60	A. La note de service Abacus est-elle, à première vue, protégée par le secret profes- sionnel de l’avocat?.....	60
(1) The Law of SCP.....	60	1) Le droit du secret professionnel de l’avocat.....	60
(2) The Abacus Memo is <i>prima facie</i> protected by SCP	63	2) La note de service Abacus est à première vue protégée par le secret pro- fessionnel de l’avocat	63
B. Is the Abacus Memo Protected by Common Interest Privilege?.....	73	B. La note de service Abacus est-elle pro- tégée par le privilège d’intérêt commun?....	73
(1) The Law of CIP.....	73	1) Le droit du privilège d’intérêt commun	73
(2) The Abacus Memo is protected by CIP in accordance with <i>Pitney Bowes</i>	81	2) La note de service Abacus est protégée par le privilège d’intérêt commun conformé- ment à la décision <i>Pitney Bowes</i>	81
C. Is CIP a Valid Component of the Doctrine of Solicitor-client Privilege?	93	C. Le privilège d’intérêt commun est-il une composante valide du principe du se- cret professionnel de l’avocat?.....	93
(1) Introduction.....	93	1) Introduction	93
(2) The Establishment and Recent Expansion of Legal Advisory CIP	96	2) L’Établissement et le récent élargis- sement du privilège d’intérêt commun relatif aux consultations juridiques.....	96
(3) Advisory CIP as an Exception to Waiver is Irreconcilable with and Eviscerates SCP Doctrine of any Meaning	137	3) Le privilège d’intérêt commun consul- tatif en tant qu’exception à la renonciation est incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat et l’en dépouille de toute signification	137
(4) SCP Must Be Construed Narrowly ..	157	4) Le secret professionnel de l’avocat doit être interprété de manière stricte	157
(5) Emerging Rationales for CIP Have No Basis.....	164	5) Les justifications émergentes du pri- vilège d’intérêt commun n’ont aucun fondement.....	164
D. Maintaining Litigation CIP while Rejecting Advisory CIP.....	174	D. Conserver le privilège d’intérêt com- mun relatif au litige tout en rejetant le privilège d’intérêt commun consultatif	174
(1) Introduction.....	174	1) Introduction	174

(2) Should the Court consider whether CIP be confined to the litigation context?	177	2) La Cour devrait-elle évaluer si le privilège d'intérêt commun devrait être limité aux litiges?	177
(3) The Rationale and Purposes of Litigation Privilege and Advisory SCP are Fundamentally Different	182	3) La raison d'être et les objectifs du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat relatif aux consultations sont fondamentalement différents	182
(4) Communications in Anticipation of Litigation Are Distinct from Those that Anticipate Creating Litigation	190	4) Les communications en prévision d'un litige sont distinctes de celles dont on prévoit qu'elles susciteront un litige...	190
(5) The Different Rationales of Litigation Privilege and SCP Result in Different Rationales for Whether to Recognize a CIP	198	5) Les différents fondements du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat entraînent des fondements différents pour déterminer s'il y a lieu de reconnaître un privilège d'intérêt commun	198
(6) Revisiting <i>Ambac</i> and Professor Giesel's Article	201	6) Réexamen de l'arrêt <i>Ambac</i> et de l'article de la professeure Giesel	201
VI. A Cost/Benefit Analysis of CIP	206	VI. Analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun consultatif	206
A. Cost Benefit Analysis Cannot be Applied to Graft Advisory CIP onto the Class Privilege of SCP	206	A. L'analyse coûts-avantages ne peut pas être appliquée pour greffer le privilège d'intérêt commun consultatif au privilège générique du secret professionnel de l'avocat	206
B. The Benefits of CIP to the Administration of Justice	210	B. Les avantages du privilège d'intérêt commun pour l'administration de la justice	210
(1) The benefits to the administration of justice described in <i>Ambac</i>	211	(1) Les avantages pour l'administration de la justice décrits dans l'arrêt <i>Ambac</i> ...	211
(2) Encouraging quality disclosure for more effective representation leading to more compliant behaviour	213	(2) Encourager une divulgation de qualité pour assurer une représentation plus efficace menant à un comportement plus conforme	213
(3) CIP Assists in Avoiding Litigation and Liability	225	(3) Le privilège d'intérêt commun aide à éviter un litige et une responsabilité	225
(4) Systemic Benefits of CIP	231	(4) Avantages systémiques du privilège d'intérêt commun	231
C. Costs of CIP to the Administration of Justice	233	C. Les coûts du privilège d'intérêt commun pour l'administration de la justice	233
(1) An Expansion of the Quantity of Privileged Communications	233	(1) Une augmentation du nombre de communications privilégiées	233
(2) CIP Denies the Courts Important Relevant Substantive Evidence	239	(2) Le privilège d'intérêt commun refuse aux tribunaux l'accès à des éléments de preuve de fond importants et pertinents...	239

(3) Advisory CIP Provides a Privilege Not Available to Most Users of Advisory Legal Services.....	243	3) Le privilège d'intérêt commun consultatif offre un privilège qui n'est pas disponible pour la plupart des personnes qui ont recours à des services de consultation juridique	243
(4) Potential for Abuse of CIP	246	4) Possibilité d'abus du privilège d'intérêt commun	246
(5) Advisory CIP is a Cost to the Administration of Justice By Enabling Commercial Transactions that Anticipate Litigation.....	263	5) Le privilège d'intérêt commun consultatif entraîne un coût pour l'administration de la justice en permettant des opérations commerciales pour lesquelles un litige est anticipé	263
D. External Social Policies.....	264	D. Principes sociaux externes.....	264
(1) Policy Factors are Irrelevant to CIP..	266	1) Les considérations de principe ne sont pas pertinentes au privilège d'intérêt commun	266
(2) The social policy benefits of CIP must be proven on a balance of probabilities	272	2) Les avantages sociaux du privilège d'intérêt commun doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités...	272
(3) The evidence supporting that CIP is necessary to foster commercial transactions is speculative at best.....	277	3) La preuve à l'appui de la thèse selon laquelle le privilège d'intérêt commun est nécessaire pour favoriser les opérations commerciales est, au mieux, spéculative....	277
(4) Advisory CIP Undermines the Administration of Justice by Enabling Commercial Transactions that Anticipate Litigation	285	4) Le privilège d'intérêt commun consultatif nuit à l'administration de la justice en permettant des opérations commerciales pour lesquelles on prévoit un litige	285
(5) Many commercial transactions said to be enabled by CIP provide no value but contribute to the challenges facing societies	291	5) De nombreuses opérations commerciales qui auraient été facilitées par le privilège d'intérêt commun n'offrent aucune valeur, mais contribuent aux difficultés auxquelles la société fait face.....	291
VII. Conclusion.....	298	VII. Conclusion.....	298

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

ANNIS J.:

I. Overview

[1] This application concerns whether the respondents are entitled to claim a common interest privilege (CIP) to protect solicitor-client privileged communications disclosed during the negotiation of a commercial transaction for the sale of the shares of corporations of the

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

LE JUGE ANNIS :

I. Aperçu

[1] La présente demande vise à déterminer si les défendeurs peuvent revendiquer un privilège d'intérêt commun afin de protéger les communications confidentielles entre un avocat et son client divulguées durant la négociation d'une opération commerciale pour la vente

respondents to the intervener. The communications are alleged to pertain to a common legal interest of the contracting parties to enable the completion of the sale.

[2] Given the somewhat unorthodox evolution of the disposition of this matter, the Court provides a brief description of the process followed to reach its conclusions. This also serves as a roadmap of the decision.

[3] The applicant served an identical requirement for information (the requirements) on the respondents to produce a document (the Abacus memo or the memo) pursuant to subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, (5th Supp.), c. 1, as amended (the ITA or the Act).

[4] The two respondents refused to produce the memo. The applicant now brings this summary application under subsection 231.7(1) of the Act to enforce the requirements. Abacus Capital Corporations Mergers and Acquisitions (Abacus or the intervener) has intervened in this matter, filing evidence and advancing arguments in support of its claim of solicitor-client privilege (SCP) over the Abacus memo.

[5] The Abacus memo is authored by Joel Nitikman (Mr. Nitikman), legal counsel for the intervener, Abacus, and was disclosed to Richard Kirby (Mr. Kirby), legal counsel for the two respondents, in the course of a purchase by Abacus and sale by the two respondents of certain assets and shares (the shares). Mr. Kirby also participated in the formulation of the contents of the memo in exchanges with Mr. Nitikman prior to it being drafted.

[6] Abacus is composed of a large group of corporations, partnerships and trusts. It assists in tax planning efforts, in particular by providing advice on corporate transaction structures. The benefits of this advice, in the form of reduced payable taxes, are shared with the persons or entities using its services. In this case,

d'actions des sociétés des défendeurs à l'intervenante. Ces communications sont présumées porter sur un intérêt juridique commun des parties contractantes en vue de permettre la réalisation de la vente.

[2] Étant donné l'évolution peu orthodoxe du règlement de cette affaire, la Cour offre une brève description du processus suivi pour en arriver à ses conclusions. Cela servira également de feuille de route de la décision.

[3] Le demandeur a signifié des demandes de renseignements identiques (les demandes) aux défendeurs afin de les enjoindre à produire un document (la note de service Abacus ou la note de service) en vertu du paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, telle que modifiée (la LIR ou la Loi).

[4] Les deux défendeurs ont refusé de produire la note de service. Le demandeur dépose maintenant la présente demande sommaire en vertu du paragraphe 231.7(1) de la Loi en vue de faire exécuter les demandes. Abacus Capital Corporations Mergers and Acquisitions (Abacus ou l'intervenante) est intervenue dans la présente affaire, déposant des éléments de preuve et présentant des arguments à l'appui du secret professionnel de l'avocat qu'elle revendique à l'égard de la note de service Abacus.

[5] La note de service Abacus a été rédigée par Joel Nitikman (M. Nitikman), avocat de l'intervenante, Abacus, et a été communiquée à Richard Kirby (M. Kirby), avocat des deux défendeurs, dans le cadre de l'achat, par Abacus, et de la vente, par les deux défendeurs, de certains actifs et de certaines actions (les actions). M. Kirby a également participé à la formulation du contenu de la note de service par l'entremise d'échanges avec M. Nitikman avant la rédaction de celle-ci.

[6] Abacus se compose d'un grand groupe de sociétés, de sociétés de personnes et de fiducies. Elle participe aux efforts de planification fiscale, notamment en offrant des conseils sur les montages financiers des sociétés. Ces conseils, se matérialisant en une réduction de l'impôt à payer, bénéficient aux personnes ou aux

there were 17 sub-transactions (the transactions) entered into (including pre-sale and post-sale transactions and the sale itself) for the purpose of finalizing what is described collectively as the “Transaction”, whereby an Abacus entity acquired the shares of the respondents’ corporations.

[7] No formal letter of intent was entered into between the respondents and Abacus. However, the transactions and their effect in terms of the Act’s application to them were described in the memo over which the respondents now claim as protected by SCP.

[8] More specifically, the respondents claim that the memo is subject to CIP. This is a legal doctrine that is an adjunct to standard SCP, whereby the disclosure of privileged communications made to parties sharing a common legal interest does not result in waiver of the privilege so as to terminate its protection from disclosure in truth-serving legal processes.

[9] There remains some confusion concerning the application of CIP. There is no controversy regarding the privileged nature of communications involving a common interest in situations where two or more clients are represented by the same lawyer. This is commonly described as joint client privilege (JCP). However, there is some controversy with regard to the doctrine of SCP where different clients are represented by different lawyers (allied lawyers) who share privileged information on a matter of common legal interest not related to actual or anticipated litigation. These most often pertain to commercial transactions, such as in this matter. For the purposes of this case, and in most recent cases on this subject, CIP refers specifically to the allied lawyer situation, as distinct from the sharing of legal communications in a JCP context.

entités qui font appel à ses services. En l’espèce, 17 sous-opérations (les opérations) ont été conclues (y compris des opérations antérieures et postérieures à la vente et la vente elle-même) dans le but de réaliser ce qui est décrit collectivement comme étant l’« opération », par laquelle une entité d’Abacus a acquis les actions des sociétés des défendeurs.

[7] Aucune lettre d’intention formelle n’a été conclue entre les défendeurs et Abacus. Cependant, les opérations et leurs effets quant à l’application de la Loi à leur égard ont été décrits dans la note de service vis-à-vis de laquelle les défendeurs revendiquent maintenant le secret professionnel de l’avocat.

[8] Plus précisément, les défendeurs soutiennent que la note de service fait l’objet d’un privilège d’intérêt commun. Il s’agit d’un principe juridique accessoire au privilège habituel du secret professionnel de l’avocat et selon lequel la divulgation de communications privilégiées à des parties qui partagent un intérêt juridique commun n’entraîne pas la renonciation au privilège de manière à mettre fin à sa protection contre la divulgation dans le cadre de processus juridiques axés sur la recherche de la vérité.

[9] Il reste une certaine confusion concernant l’application du privilège d’intérêt commun. Aucune controverse n’entoure la nature secrète des communications faisant l’objet d’un intérêt commun dans des cas où au moins deux clients sont représentés par le même avocat. C’est ce qu’on appelle habituellement le secret professionnel conjoint. Il existe toutefois une certaine controverse concernant le principe du secret professionnel de l’avocat lorsque différents clients sont représentés par différents avocats (avocats alliés) qui se partagent des renseignements privilégiés sur une question faisant l’objet d’un intérêt juridique commun non liée au litige en cours ou prévu. Ces renseignements portent souvent sur des opérations commerciales, comme c’est le cas en l’espèce. Pour les besoins de la présente affaire, et dans les affaires les plus récentes sur ce sujet, le privilège d’intérêt commun renvoie expressément au privilège qui s’applique lorsque des avocats s’allient, et non lorsque des communications juridiques sont échangées dans un contexte de secret professionnel conjoint.

[10] The respondents rely on copious American and Canadian case law, indeed on jurisprudence from around the common law world, to demonstrate that CIP is an accepted doctrine to be applied in all areas of SCP, including commercial transactions. There remains, however, considerable controversy over the scope of CIP, as 13 American States have restricted it to litigation-related matters including situations of anticipated litigation. In particular, the Court will be referring to the very recent decision of June 9, 2016 by the New York Court of Appeals in the matter of *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.*, 27 N.Y. 3d 616 (Ct. App. 2016) (*Ambac*) that makes this distinction and refused to apply CIP outside of litigation-related circumstances. For the purpose of analyzing this distinction, non-litigation CIP is referred to most often in this decision as “(legal) advisory CIP” to distinguish it from “litigation CIP”. Advisory CIP is also often referred to in the case law as “transactional CIP”, because most of the jurisprudence on the subject concerns commercial transactions.

[11] It is not the applicant’s submission that advisory CIP should be distinguished from litigation CIP. Advisory CIP has broad acceptance across Canada, although only considered once in this Court in *Pitney Bowes of Canada Ltd. v. Canada*, 2003 FCT 214, 225 D.L.R. (4th) 747 (*Pitney Bowes*). The decision upheld the doctrine, but in what the Court determines were JCP circumstances. Neither CIP, nor any distinction in its application has been considered by the Federal Court of Appeal, the Supreme Court of Canada, or the Supreme Court of the United States.

[12] The applicant argues that the memo is not privileged because it is primarily a “business document” wherein the legal advice is incidental to the true nature of

[10] Les défendeurs se fondent sur une abondante jurisprudence américaine et canadienne, notamment sur une jurisprudence provenant de la common law, pour démontrer que le privilège d’intérêt commun est un principe reconnu qui s’applique à tous les aspects du secret professionnel de l’avocat, y compris aux opérations commerciales. Il reste toutefois une controverse importante concernant la portée du privilège d’intérêt commun, car 13 États américains l’ont limité aux affaires relatives à des litiges, notamment aux cas de litige anticipé. Plus précisément, la Cour se fondera sur la décision rendue très récemment le 9 juin 2016 par la Cour d’appel de New York dans l’arrêt *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.*, 27 N.Y. 3d 616 (Ct. App. 2016) (*Ambac*), où cette distinction a été établie et où le juge a refusé d’appliquer le privilège d’intérêt commun dans les circonstances qui ne sont pas liées à un litige. En vue d’analyser cette distinction, dans la présente décision, le privilège d’intérêt commun non relatif à un litige est la plupart du temps appelé « privilège d’intérêt commun consultatif (relatif aux consultations juridiques) » afin de le différencier du « privilège d’intérêt commun relatif au litige ». Le privilège d’intérêt commun consultatif est aussi souvent appelé dans la jurisprudence « privilège d’intérêt commun transactionnel », car une grande partie de la jurisprudence portant sur ce sujet concerne des opérations commerciales.

[11] Le demandeur ne soutient pas que l’on doive établir une distinction entre le privilège d’intérêt commun consultatif et le privilège d’intérêt commun relatif aux litiges. Le privilège d’intérêt commun consultatif est largement accepté au Canada, même s’il n’a été examiné qu’une seule fois par notre Cour dans la décision *Pitney Bowes of Canada Ltd. c. Canada*, 2003 CFPI 214 (*Pitney Bowes*). Cette décision a confirmé le principe, mais dans des situations qui, selon la Cour, s’appliquent au secret professionnel conjoint. Ni le privilège d’intérêt commun ni aucune distinction dans son application n’ont été examinés par la Cour d’appel fédérale, la Cour suprême du Canada ou la Cour suprême des États-Unis.

[12] Le demandeur fait valoir que la note de service n’est pas privilégiée parce qu’il s’agit principalement d’un « document commercial » où l’avis juridique est

the transaction. The applicant also claims that the memo is not subject to CIP and, therefore, that Abacus lost or waived its privilege over the memo when Mr. Nitikman circulated the memo to Mr. Kirby. The Court rejects the applicant's submissions.

[13] Nevertheless, the consequences of CIP in this case caused the Court concerns in terms of fairness due to its impact if applied in a legal process challenging the transaction. The Court also had difficulties understanding the justification for the doctrine of CIP as articulated in the Canadian jurisprudence cited in *Pitney Bowes*. The Court was not originally aware of the unsettled state of the law in the United States with respect to the limited application of CIP to litigation related matters, as this was not an issue raised by the applicant.

[14] The Court's first concern was the effect of CIP on the Court's ability at trial to ultimately decide the substantive matter if the memo was found to be privileged. In this case, the only evidence before the Court describing how the transaction was concluded would have been the resulting transactions themselves, as described in public documents. This was acknowledged by counsel for the respondents. This means that lawyer-to-lawyer legal communications and related information pertaining to how the agreement was negotiated would no longer be available to the courts. This struck the Court as a result that would not only deny the courts an extensive quantity of information on how transactions were formed, but also highly relevant substantive information that in many respects could determine the outcome of the litigation.

[15] The Court's second difficulty arose from the *Pitney Bowes* decision. The respondents argue that it is binding on this Court based on the principles of "horizontal" *stare decisis* and judicial comity applying to decisions of the same court. As it turns out, I do

accessoire à la nature réelle de l'opération. Le demandeur soutient également que la note de service ne fait pas l'objet d'un privilège d'intérêt commun et que, par conséquent, Abacus a perdu son privilège à l'égard de celle-ci, ou y a renoncé, lorsque M. Nitikman a communiqué la note à M. Kirby. La Cour rejette la thèse du demandeur.

[13] Néanmoins, les conséquences du privilège d'intérêt commun en l'espèce ont causé des inquiétudes à la Cour en ce qui concerne l'équité étant donné l'incidence qu'il pourrait avoir s'il était appliqué dans un processus judiciaire visant à contester l'opération. La Cour a également eu de la difficulté à comprendre le fondement du principe du privilège d'intérêt commun tel qu'il est formulé dans la jurisprudence canadienne citée dans la décision *Pitney Bowes*. Au départ, elle ne savait pas que l'état du droit aux États-Unis concernant l'application limitée du privilège d'intérêt commun aux affaires liées à un litige n'était pas encore établi, car le demandeur n'avait pas soulevé cette question.

[14] La première préoccupation de la Cour concernait l'effet du privilège d'intérêt commun sur la capacité de la Cour, au procès, à trancher définitivement la question de fond s'il était établi que la note de service était privilégiée. En l'espèce, la seule preuve décrivant comment l'opération a été réalisée et dont la Cour aurait disposée aurait consisté en les opérations qui en auraient résulté, comme le décrivent les documents publics. L'avocat des défendeurs l'a reconnu. Cela signifie que les tribunaux n'auraient plus accès aux communications juridiques échangées entre avocats ni aux renseignements connexes portant sur la façon dont l'accord a été négocié. Selon la Cour, ce résultat priverait non seulement les tribunaux d'une grande quantité d'information sur la façon dont les opérations ont été effectuées, mais les priverait également de renseignements importants hautement pertinents qui, à de nombreux égards, permettraient de trancher la question en litige.

[15] La deuxième difficulté à laquelle s'est confrontée la Cour découle de la décision *Pitney Bowes*. Les défendeurs soutiennent que cette décision lie la Cour en raison des principes du *stare decisis* « horizontal » et de la courtoisie judiciaire qui s'appliquent aux décisions

not follow *Pitney Bowes* as it is distinguishable on the facts as a decision of joint representation. There are also “compelling reasons” that I provide not to apply it (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at paragraph 44; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 125 C.P.R. (4th) 81, at paragraph 115). One of these was my initial concern about the Court’s conclusion that “‘economic and social values inherent in fostering commercial transactions’ ... favoured the recognition of such a privilege” (*Pitney Bowes*, at paragraph 17).

[16] The Court did not understand how SCP, which has long been recognized as a class form of privilege not requiring substantiation, was being rationalized in a specific area of legal practice relating to commercial transactions, and moreover, that this was being done on the basis of “economic and social values”. This appeared to be an application of the case-by-case evaluation required for the establishment of a new form of privilege. Upon further examination, the Court concludes that SCP issues are, in any event, limited to factors relating to the administration of justice, meaning that economic and social values are irrelevant to the discussion.

[17] In terms of advancing the “economic and social values” of society, I also could not apply this reasoning to the 17 *pro forma* transactions in this case, which were undertaken for the sole purpose of tax avoidance on a commercial transaction. Tax avoidance is permitted in view of the strict application of principles of interpretation and the rule of law, but it is not conduct that should be encouraged and assisted by new privilege doctrines meant to keep relevant evidence challenging the legality of these schemes out of the courts.

[18] Third, the Court also recognized a discrepancy between CIP and what could be described as the founding “Wigmorean principles” of SCP raised in two

d’une même cour. En fait, je ne me range pas à la décision rendue dans *Pitney Bowes*, car elle se distingue par ses faits : il s’agit plutôt d’une question de représentation commune. J’invoque également des « raisons impérieuses » pour ne pas l’appliquer (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, au paragraphe 44; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250, au paragraphe 115). L’une de ces raisons était ma préoccupation initiale concernant la conclusion de la Cour selon laquelle « “les valeurs économiques et sociales inhérentes à la promotion des transactions commerciales” favorisait la reconnaissance d’un tel privilège » (*Pitney Bowes*, au paragraphe 17).

[16] La Cour n’a pas compris comment le secret professionnel de l’avocat, qui est reconnu depuis longtemps comme étant une forme générique de privilège ne nécessitant pas de corroboration, se justifiait dans un domaine précis de la pratique juridique touchant les opérations commerciales et, par ailleurs, que cela se faisait sur le fondement de « valeurs économiques et sociales ». Cela semble être une application de l’évaluation au cas par cas requise pour établir une nouvelle forme de privilège. Après un examen approfondi, la Cour conclut que les questions relatives au secret professionnel de l’avocat sont, dans tous les cas, limitées aux facteurs touchant l’administration de la justice, ce qui signifie que les valeurs économiques et sociales ne sont pas pertinentes aux fins de la discussion.

[17] Quant à faire valoir les « valeurs économiques et sociales » de la société, je ne pouvais pas non plus appliquer ce raisonnement aux 17 opérations *pro forma* de la présente affaire, qui ont été effectuées dans le seul but d’éviter de payer de l’impôt sur une opération commerciale. L’évitement fiscal est autorisé eu égard à l’application stricte des principes d’interprétation et de la primauté du droit, mais ce n’est pas une conduite qui devrait être incitée et appuyée par de nouvelles théories sur le privilège destinées à tenir à l’écart des tribunaux des éléments de preuve pertinents qui contestent la légalité de ces stratagèmes.

[18] Troisièmement, la Cour a également reconnu une divergence entre le privilège d’intérêt commun et ce que l’on pourrait décrire comme les « principes fondateurs

American cases presented by the applicant. Among the passages from Wigmore that caught the Court's eye, was the following citation reproduced in *Duplan Corporation v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146 (D. South Carolina 1975) (*Duplan*), at page 1175:

The privilege is designed to secure objective freedom of mind for the client in seeking legal advice (ante, sec. 2291). It has no concern with other persons' freedom of mind, nor with the attorney's own desire for secrecy in his conduct of a client's case. It is therefore not sufficient for the attorney, in invoking the privilege, to state that the information came somehow to him while acting for the client, nor that it came from some particular third person for the benefit of the client. [Italics in original; underlining added.]

[19] The Court further understood that there was originally some controversy over whether CIP could apply beyond JCP circumstances. This raised the issue as to how Wigmorean principles on SCP were circumvented. In *Bank Brussels Lambert v. Credit Lyonnais (Suisse)*, 160 F.R.D. 437 (S.D. New York 1995) (*Bank Brussels Lambert*), there were references to several cases, one being *North River Insurance Co v. Philadelphia Reinsurance Corp.*, 797 F. Supp. 363 (D. New Jersey 1992). The Court in that matter could not rationalize the inconsistency between the doctrine of CIP and SCP principles stating at page 367 that “the common interest doctrine is completely unleashed from its moorings in traditional privilege law when it is held broadly to apply in contexts other than when there is dual representation” [emphasis added].

[20] Because of the Court's concerns described above, a direction was issued to counsel for the parties, requesting submissions on several matters, namely: the reliance in *Pitney Bowes* upon social and cultural values and other relevant factors of that nature; whether CIP was a class or case-by-case privilege; and assistance in

de Wigmore » du secret professionnel de l'avocat soulevés dans deux affaires américaines présentées par le demandeur. Parmi les passages de Wigmore ayant attiré l'attention de la Cour, notons la citation suivante reproduite dans la décision *Duplan Corporation v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146 (D. South Carolina 1975) (*Duplan*), à la page 1175 :

[TRADUCTION] Le privilège est conçu pour que le client ait une liberté d'esprit objective lorsqu'il demande un avis juridique (précité, art. 2291). Il ne concerne pas la liberté d'esprit d'autres personnes ni le désir de l'avocat de garder secrètes les affaires qu'il règle dans le dossier d'un client. Il n'est donc pas suffisant que l'avocat, lorsqu'il invoque le privilège, mentionne que l'information lui a été communiquée alors qu'il agissait pour le client ou qu'elle lui a été communiquée par un tiers à l'intention du client. [Italiques dans l'original; non souligné dans l'original.]

[19] La Cour a par ailleurs compris qu'il y avait initialement une controverse entourant la question de savoir si le privilège d'intérêt commun pouvait s'appliquer au-delà des circonstances faisant intervenir le secret professionnel conjoint. Cela a soulevé la question de savoir comment les principes de Wigmore relatifs au secret professionnel de l'avocat ont été contournés. Dans la décision *Bank Brussels Lambert v. Credit Lyonnais (Suisse)*, 160 F.R.D. 437 (S.D. New York 1995) (*Bank Brussels Lambert*), il a été fait mention de plusieurs décisions, l'une étant *North River Insurance Co v. Philadelphia Reinsurance Corp.*, 797 F. Supp. 363 (D. New Jersey 1992). Dans cette affaire, la Cour ne pouvait pas justifier l'incohérence entre le principe du privilège d'intérêt commun et les principes du secret professionnel de l'avocat, énonçant à la page 367 que [TRADUCTION] « le principe de l'intérêt commun s'écarte complètement de ses ancrages dans le droit traditionnel du privilège lorsqu'il est jugé de manière générale qu'il s'applique dans d'autres contextes que ceux où il y a double représentation » [non souligné dans l'original].

[20] Étant donné les préoccupations de la Cour décrites précédemment, la Cour a demandé à l'avocat des parties de présenter des observations sur plusieurs questions, notamment sur le poids accordé, dans la décision *Pitney Bowes*, aux valeurs sociales et culturelles et à d'autres facteurs pertinents de cette nature et

understanding the apparent circumventing of Wigmorean SCP principles by the doctrine of CIP. While the parties responded to the direction, the Court was not satisfied that its queries had been addressed.

[21] It was at this point that the Court learned of a recent article by Professor Grace M. Giesel of the University of Louisville’s Brandeis School of Law (“End the Experiment: The Attorney-Client Privilege Should Not Protect Communications in the Allied Lawyer Setting” (2011-2012), 95 *Marq. L. Rev.* 475 (the Giesel article or Giesel)). As the title indicates, Professor Giesel “controversially” concludes that CIP, which she describes as “allied lawyer privilege”, should be discarded as a valid privilege principle in both litigation and advisory circumstances. Her thesis is that CIP is incompatible with the doctrine of SCP, while its alleged benefits are outweighed by its costs to truth-seeking legal processes.

[22] Professor Giesel’s survey of the evolution of CIP law demonstrated to the Court’s satisfaction that its acceptance was “a bit stealthy” [at page 511], disguised as a close cousin of common interest situations in JCP. More importantly, Professor Giesel proved that because of the misapprehension of the relationship between CIP and JCP, at no time in its long history had any meaningful legal analysis been carried out on the doctrine of CIP. She also appears to be the first jurist to conduct a cost-benefit analysis of the doctrine.

[23] The Court next learned that the Giesel article was quoted in *Ambac*. The New York Court of Appeals, by a majority of four to two, rejected the claim of CIP, restricting the doctrine’s application to the context of litigation, including circumstances of anticipated litigation.

sur la question de savoir si le privilège d’intérêt commun était un privilège générique ou au cas par cas, afin de l’aider à comprendre le détournement apparent, par la théorie du privilège d’intérêt commun, des principes de Wigmore concernant le secret professionnel de l’avocat. Bien que les parties aient répondu à cette directive, la Cour n’était pas convaincue que ses demandes avaient reçu une réponse.

[21] C’est à ce moment-là que la Cour a eu connaissance d’un récent article de la professeure Grace M. Giesel, de la Brandeis School of Law de l’Université de Louisville (« End the Experiment : The Attorney-Client Privilege Should Not Protect Communications in the Allied Lawyer Setting » (2011-2012), 95 *Marq. L. Rev.* 475 (l’article Giesel ou Giesel)). Comme le titre l’indique, la professeure Giesel a semé la controverse en concluant que le privilège d’intérêt commun, qu’elle décrit comme un [TRADUCTION] « privilège de l’avocat allié », devrait être jugé invalide dans les contextes de consultation juridique et de litige. Sa thèse est que le privilège d’intérêt commun est incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat et que le coût pour les processus judiciaires de recherche de la vérité l’emporte sur les avantages allégués.

[22] L’étude de l’évolution du droit relatif au privilège d’intérêt commun réalisée par la professeure Giesel a démontré [à la page 511], à la satisfaction de la Cour, que son acceptation était [TRADUCTION] « un peu furtive », déguisée en un proche cousin des situations d’intérêt commun dans le contexte du secret professionnel conjoint. Plus important encore, la professeure Giesel a prouvé qu’en raison du malentendu concernant le lien entre le privilège d’intérêt commun et le secret professionnel conjoint, en aucun moment dans sa longue histoire une analyse juridique approfondie n’avait été réalisée à l’égard du principe du privilège d’intérêt commun. Elle semble également être la première juriste à effectuer une analyse coûts-avantages du principe.

[23] La Cour a par la suite appris que l’article Giesel était cité dans l’arrêt *Ambac*. La Cour d’appel de New York, par une majorité de quatre contre deux, a rejeté la revendication de privilège d’intérêt commun, limitant l’application du principe au contexte de litige, y compris

It is upon reading this decision that the Court understood that 13 American States have rejected CIP's application to commercial transactions.

[24] *Ambac* is relevant for a number of reasons. It appears to be the first time in 145 years of all forms of CIP application that a court has conducted a form of cost-benefit analysis. The majority concentrated on the costs, while the dissent mostly considered the benefits, and also challenged the logic of a distinction in its application to litigation, but not advisory circumstances, when SCP applied across all fields of legal advice. The majority limited its analysis to the advisory context and found that the costs of CIP outweighed its benefits.

[25] It is of some importance to this case that while the majority in *Ambac* agreed with the conclusion in the Giesel article that CIP could not be reconciled (was not coextensive) with SCP, it did not rely on her thesis that this should be a ground to reject all forms of CIP. The majority could not do so without undermining its conclusion that CIP applied to litigation-related circumstances, but not advisory CIP. Instead, *Ambac* recognized the theory relied upon by the respondents according to which CIP acts as a defence or exemption to waiver of SCP. The majority found that it was reasonable to exempt the waiver in the litigation CIP context, but not for commercial transactions based on its cost-benefit analysis of the two forms of CIP. This distinction and the soundness of its reasoning is a significant issue in this decision. The Court concludes that the proper distinction between these two forms of CIP should be based on the underlying differences between litigation privilege and SCP. The Court relies upon the Supreme Court decision of *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319 (*Blank*), at paragraph 7 in which it declared them to be “distinct conceptual animals and not with two branches of the same tree”.

aux situations de litige anticipé. C'est à la lecture de cette décision que la Cour a compris que 13 États américains avaient rejeté l'application du privilège d'intérêt commun aux opérations commerciales.

[24] L'arrêt *Ambac* est pertinent pour plusieurs raisons. Il semble que cela soit la première fois en 145 ans d'application de toute forme de privilège d'intérêt commun qu'un tribunal a effectué une sorte d'analyse coûts-avantages. Les juges majoritaires se sont concentrés sur les coûts, tandis que les juges dissidents ont principalement examiné les avantages et ont également contesté la logique d'établir une distinction entre l'application du privilège aux litiges et aux situations de consultation, alors que le secret professionnel de l'avocat s'applique dans tous les domaines de la consultation juridique. Les juges majoritaires ont limité leur analyse au contexte consultatif et ont conclu que les coûts du privilège d'intérêt commun l'emportaient sur les avantages.

[25] En l'espèce, il est important de remarquer que même si les juges majoritaires dans l'arrêt *Ambac* étaient d'accord avec la conclusion de l'article Giesel selon laquelle le privilège d'intérêt commun ne pouvait pas être réconcilié avec le secret professionnel de l'avocat ([TRADUCTION] « ne correspondait pas » à celui-ci), ils ne se sont pas fondés sur la thèse de Giesel voulant que cela constitue un motif pour rejeter toutes les formes de privilège d'intérêt commun. Les juges majoritaires ne pouvaient pas le faire sans ébranler leur conclusion selon laquelle le privilège d'intérêt commun s'appliquait à un contexte de litige, mais pas le privilège d'intérêt commun consultatif. L'arrêt *Ambac* a plutôt reconnu la théorie sur laquelle les défendeurs se sont appuyés et selon laquelle le privilège d'intérêt commun sert de défense ou d'exception à la renonciation au secret professionnel de l'avocat. D'après leur analyse coûts-avantages des deux formes de privilège, les juges majoritaires ont conclu qu'il était raisonnable d'exclure la renonciation dans le contexte du privilège d'intérêt commun relatif au litige, mais pas dans le contexte des opérations commerciales. Cette distinction et la solidité de leur raisonnement sont significatives dans la présente décision. La Cour conclut que la distinction appropriée entre ces deux formes de privilège d'intérêt commun

[26] The Court provided the Giesel article and the *Ambac* decision to the parties and requested their comments on the issues they raised. The respondents (which for most purposes hereafter when referring to submissions will include the intervener) provided fulsome responses rejecting the Giesel thesis and the application of the *Ambac* decision on several grounds, which the Court attempts to respond to in its analysis.

[27] As a result of its analysis, the Court respectfully concludes that *Pitney Bowes* is not binding because it was a JCP case. The Court also disagrees with its conclusions that advisory CIP may be supported on the policy grounds of enhancing social and economic values in the commercial transactions it was said to enable, or by an “expectation interest” of confidentiality.

[28] The Court further rejects CIP as an acceptable form of SCP for a number of reasons. These include among others:

- (1) CIP entered the law of privilege under a cloud of confusion as being similar to JCP and an appropriate extension of litigation CIP.
- (2) Advisory CIP cannot be rationalized as an appropriate extension of litigation CIP. Litigation privilege and SCP are distinct conceptual animals having different doctrinal rationales. Litigation CIP is compatible with the strategic advisory

devrait reposer sur les différences sous-jacentes entre le privilège d’intérêt commun relatif aux litiges et le secret professionnel de l’avocat. La Cour se fonde sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319 (*Blank*), au paragraphe 7, où elle a déclaré qu’il s’agissait de deux « concepts distincts, et non de deux composantes d’un même concept ».

[26] Notre Cour a remis l’article Giesel et l’arrêt *Ambac* aux parties et leur a demandé de formuler des commentaires sur les questions soulevées. Les défendeurs (qui, dans la plupart des cas ci-après, lorsqu’il sera question des observations, incluront l’intervenante) ont présenté des réponses complètes, rejetant la thèse de la professeure Giesel et l’application de l’arrêt *Ambac* pour plusieurs motifs auxquels la Cour tente de répondre dans son analyse.

[27] À la suite de son analyse, la Cour conclut en toute déférence qu’elle n’est pas liée par la décision *Pitney Bowes* parce qu’il s’agissait d’un cas de secret professionnel conjoint. La Cour est également en désaccord avec leurs conclusions voulant que le privilège d’intérêt commun consultatif puisse reposer sur des principes généraux de renforcement des valeurs sociales et économiques des opérations commerciales qu’il aurait facilitées, ou sur une « attente » de confidentialité.

[28] La Cour rejette également le privilège d’intérêt commun comme étant une forme acceptable de secret professionnel de l’avocat pour plusieurs motifs, dont :

- 1) Le privilège d’intérêt commun a été introduit dans le droit en matière de privilèges dans un climat de confusion, ayant été considéré comme étant similaire au secret professionnel conjoint et comme une prolongation appropriée du privilège d’intérêt commun relatif au litige.
- 2) Le privilège d’intérêt commun consultatif ne peut pas se justifier comme une prolongation appropriée du privilège d’intérêt commun relatif au litige. Le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat sont des concepts distincts

foundation of litigation privilege, while advisory CIP is irreconcilable with and destructive of SCP founded on maintaining the solicitor-client relationship.

(3) Accordingly, the Court respectfully concludes that *Ambac* was correctly decided but on the wrong legal principle for failing to reject advisory CIP because it cannot be reconciled with SCP doctrine. For the same reason, the Court concludes that the Giesel article was unsound in rejecting litigation CIP based upon its incompatibility with SCP doctrine, but correct in the rejection of advisory CIP on those grounds.

(4) Advisory CIP is in an inherent conflict with and destructive of the rational underlying SCP such that rationalization of advisory CIP as a “defence” to waiver is unsustainable, as are its other rationales of being supported by expectation interests or the emerging doctrine of selective waiver. As advisory CIP is incompatible with SCP doctrine, there is no necessity to undertake a cost-benefit analysis of its effects.

(5) Nevertheless, an analysis of advisory CIP with respect to factors relevant to the administration of justice demonstrates that the costs significantly outweigh the benefits. Indeed, advisory transactional CIP undermines the administration of justice in that it only enables transactions that anticipate litigation.

puisant des justifications doctrinales différentes. Le privilège d'intérêt commun relatif au litige est compatible avec le fondement consultatif stratégique du privilège relatif au litige, tandis que le privilège d'intérêt commun consultatif rompt et est incompatible avec le secret professionnel de l'avocat fondé sur le maintien de la relation entre l'avocat et son client.

3) Par conséquent, la Cour conclut en toute déférence que l'arrêt *Ambac* était correct, mais a été rendu selon un principe juridique erroné en ne rejetant pas le privilège d'intérêt commun consultatif parce qu'il ne peut être réconcilié avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Pour le même motif, la Cour conclut que l'article Giesel était mal fondé à rejeter le privilège d'intérêt commun relatif au litige en raison de son incompatibilité avec la théorie du secret professionnel de l'avocat, mais avait raison de rejeter le privilège d'intérêt commun consultatif pour ces motifs.

4) Le privilège d'intérêt commun consultatif est incompatible et en conflit intrinsèque avec la raison d'être sous-jacente au secret professionnel de l'avocat, de sorte que sa justification à titre de « moyen de défense » à la renonciation est insoutenable, tout comme le sont ses autres justifications, soit celle de reposer sur une attente ou sur la théorie émergente de la renonciation sélective. Comme le privilège d'intérêt commun consultatif est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat, il n'est pas nécessaire de réaliser une analyse coûts-avantages de ses effets.

5) Néanmoins, une analyse du privilège d'intérêt commun consultatif quant aux considérations pertinentes à l'administration de la justice démontre que les coûts l'emportent considérablement sur les avantages. En effet, le privilège d'intérêt commun transactionnel nuit à l'administration de la justice parce qu'il ne permet que des opérations où un litige est anticipé.

(6) Policy issues relating to the social and economic values of commercial transactions said to be enabled by advisory CIP are irrelevant to SCP. In any event, those policy values allegedly said to be promoted by advisory CIP are speculative, unnecessary in relation to enabling most transactions, and otherwise limited to fostering transactions that anticipate litigation that undermine the administration of justice. As well, those commercial transactions appearing to constitute much of the jurisprudence relating to advisory CIP are of no, or questionable economic or social benefit to society.

II. Statement of Facts

[29] IGGillis Holdings Inc. (IGHI) is validly incorporated under the laws of the province of Alberta. Ian Gillis is the sole director and one of the shareholders of the Corporation.

[30] The respondents owned Two Bit Holdings Inc., which became one of the corporate partners in the United Diamond Partnership formed in 2006. Mr. Gillis was the Executive Director of the United Diamond Partnership, which owned assets in a business engaged in the manufacture, engineering and development of drill bits and related technologies, products, and processes.

[31] The respondents were also direct and beneficial shareholders of United Diamond Ltd., another partner corporation in the United Diamond Partnership. Mr. Gillis was also a Director of United Diamond Ltd.

[32] In 2007, the respondents entered into a series of transactions ultimately resulting in a sale of the assets of the United Diamond Partnership and the concurrent sale of the shares of the corporate partners in the Partnership. Abacus was the purchaser of the shares through a nominee corporation.

6) Les questions de principe concernant les valeurs sociales et économiques des opérations commerciales que le privilège d'intérêt commun consultatif aurait permises ne sont pas pertinentes pour le secret professionnel de l'avocat. Dans tous les cas, ces valeurs de principe que le privilège d'intérêt commun consultatif favoriserait sont spéculatives, inutiles à la réalisation de la plupart des opérations et autrement limitées à la réalisation des opérations qui anticipent un litige nuisant à l'administration de la justice. En outre, ces opérations commerciales qui semblent constituer la majeure partie de la jurisprudence relative au privilège d'intérêt commun consultatif n'ont que des avantages économiques ou sociaux douteux pour la société, voire aucun avantage.

II. Exposé des faits

[29] IGGillis Holdings Inc. (IGHI) est dûment constituée en société selon les lois de la province de l'Alberta. Ian Gillis est l'administrateur unique et l'un des actionnaires de la société.

[30] Les défendeurs détenaient Two Bit Holdings Inc., qui est devenue l'une des sociétés associées de la société de personnes United Diamond constituée en 2006. M. Gillis était directeur exécutif de la société de personnes United Diamond qui détenait des actifs dans une entreprise de fabrication, de conception et de mise au point d'outils de forage et de technologies, de produits et de procédés connexes.

[31] Les défendeurs étaient également des actionnaires directs et propriétaires réels d'United Diamond Ltd., une autre société associée de la société de personnes United Diamond. M. Gillis était aussi un administrateur d'United Diamond Ltd.

[32] En 2007, les défendeurs ont réalisé une série d'opérations qui ont finalement donné lieu à la vente des actifs de la société de personnes United Diamond en même temps que la vente des actions des sociétés associées. Abacus a acheté les actions par l'entremise d'une société prête-nom.

[33] Abacus structured the purchase of the shares of the corporate partners of the United Diamond Partnership through the transactions. Between January and December 2007, Abacus presented the shareholders of the partners of the United Diamond Partnership with information and documents describing the transactions to be entered into for the sale of the issued and outstanding shares of the partners of the Partnership.

[34] Abacus is composed of a large group of corporations, partnerships and trusts. Abacus's website describes itself as follows:

Abacus Private Equity, for over fifteen years, has focused on maximizing cash proceeds to vendors that are selling their assets or shares. Abacus acts as a principal in its transactions, using its time tested principal approach to delivering additional value for vendors. Abacus places a special emphasis on the taxation elements of its transactions, seeking to provide additional value for vendors through efficient transaction structures. Abacus employs some of the leading Canadian tax practitioners in its acquisition operations and enjoys close, long-term relationships with the top tax advisors in the largest Canadian accounting and legal firms.

Abacus is owned by the Hillcore Group (www.HillcoreGroup.com). Since 2005, the Hillcore Group, directly or indirectly through its investments funds, has closed transactions with an aggregate asset value in excess of \$6.5 billion with \$670 million in 2014 alone. Entities under the Hillcore Group management have an asset value in excess of \$3.2 billion, as of December 31, 2014. The Hillcore Group has offices in Toronto, Vancouver, Calgary and Montreal, and, in its various groups and portfolio companies, employs approximately 2,500 people through Canada. [Emphasis added.]

[35] Abacus' business model is to buy shares of target corporations from their shareholders and sell the corporations' assets to third parties (or operate the target corporations as an ongoing business) in a tax-effective manner.

[36] On December 20, 2007, Abacus, through a directly or indirectly wholly-owned subsidiary named UDL Acquisitions Ltd., acquired the shares of United Diamond Ltd. and Two Bit Holdings Inc. from their shareholders.

[33] Abacus a structuré l'achat des actions des sociétés associées de la société de personnes United Diamond par l'intermédiaire des opérations. Entre janvier et décembre 2007, Abacus a présenté aux actionnaires des associés de la société de personnes United Diamond des informations et des documents décrivant les opérations qui seront réalisées pour la vente des actions émises et en circulation des associés de la société de personnes.

[34] Abacus se compose d'un grand groupe de sociétés, de sociétés de personnes et de fiducies. Son site Web la décrit ainsi :

Abacus Private Equity est un investisseur privé, actif depuis plus de quinze ans au Canada et offrant des solutions financières structurées aux entreprises canadiennes afin d'optimiser leurs activités et transactions dans le but de création de valeur. Abacus accorde une attention particulière aux modalités d'imposition de ses acquisitions et cherche à offrir une valeur accrue aux vendeurs par le biais de structures de transaction efficaces. Elle compte parmi son équipe certains des fiscalistes canadiens les plus réputés, et elle bénéficie de liens très étroits et bien établis avec les meilleurs conseillers fiscaux des plus grands cabinets d'experts-comptables et d'avocats au Canada.

Abacus fut acquis par Hillcore Group (www.HillcoreGroup.com). Depuis 2005, Hillcore Group a fait l'acquisition d'actifs de plus de 6,5 milliards de dollars par l'entremise de ses sociétés affiliées, incluant 670 millions de dollars en 2014. Les sociétés sous la gestion de Hillcore Group ont des actifs évalués à plus de 3,2 milliards de dollars, en date du 31 décembre 2014. Hillcore Group a des bureaux à Toronto, Vancouver, Calgary et Montréal, et emploie plus de 2 500 personnes à travers le Canada. [Non souligné dans l'original.]

[35] Le modèle de gestion d'Abacus est d'acheter des actions auprès des actionnaires de sociétés ciblées et de vendre les actifs de ces sociétés à des tiers (ou d'exploiter les sociétés ciblées comme une entreprise en activités) d'une manière avantageuse sur le plan fiscal.

[36] Le 20 décembre 2007, Abacus, par l'intermédiaire d'une filiale en propriété exclusive directe ou indirecte nommée UDL Acquisitions Ltd., a acquis les actions des actionnaires d'United Diamond Ltd. et de Two Bit Holdings Inc.

[37] In the transaction, Abacus was represented by the law firm of Fraser Milner Casgrain LLP (FMC) (now called Dentons Canada LLP) and particularly by Mr. Nitikman, a partner in FMC's Vancouver Tax Group. Mr. Nitikman had represented Abacus on many previous deals.

[38] The vendors, including IGHI, which was owned by Ian Gillis, were represented by Mr. Kirby, a tax partner in the Edmonton office of the law firm Felesky Flynn LLP, and by Ogilvie LLP, a national law firm with an office in Edmonton, Alberta that acted as corporate counsel, and by Kingston Ross Pasnak LLP, a firm of chartered accountants in Edmonton, Alberta (collectively, the respondents' advisors).

[39] Negotiations and discussions between Mr. Kirby and Mr. Nitikman relating to the transaction commenced in late November 2007 and continued until and after the transaction closed.

[40] In the course of these negotiations and discussions, Mr. Nitikman drafted various tax memoranda (including the Abacus memo) and circulated them to Abacus and to the respondents' advisors, particularly with respect to the taxation elements of the transaction for the purpose of obtaining additional value for vendors through efficient transaction structures.

[41] The respondents' advisors, particularly Mr. Kirby, commented on and discussed these memoranda extensively with Mr. Nitikman. Notably, Mr. Kirby contributed through emails and telephone calls with respect to the taxation elements of the transaction.

[42] An example of the joint effort of counsel may be seen in the series of emails exchanged between them describing how they worked together in seeking a common solution to a problem concerning taxation on dividends. This refers to privileged emails which were inadvertently disclosed and contained in the applicant's

[37] Lors de cette opération, Abacus était représentée par le cabinet d'avocats Fraser Milner Casgrain, S.E.N.C.R.L. (FMC) (maintenant appelé Dentons Canada, S.E.N.C.R.L.) et plus précisément M. Nitikman, un associé au sein du groupe fiscal du bureau de Vancouver de FMC. M. Nitikman avait représenté Abacus lors de nombreuses opérations précédentes.

[38] Les vendeurs, y compris IGHI, qui appartenaient à Ian Gillis, étaient représentés par M. Kirby, un associé en fiscalité du bureau d'Edmonton du cabinet d'avocats Felesky Flynn LLP, par Ogilvie LLP, un cabinet d'avocats national possédant un bureau à Edmonton (Alberta), qui agissait à titre de conseiller juridique; ainsi que par Kingston Ross Pasnak LLP, un cabinet de comptables agréés d'Edmonton (Alberta) (collectivement appelés les conseillers des défendeurs).

[39] Les négociations et les discussions entre M. Kirby et M. Nitikman concernant l'opération ont débuté à la fin de novembre 2007 et se sont poursuivies jusqu'après la réalisation de l'opération.

[40] Au cours de ces négociations et discussions, M. Nitikman a rédigé plusieurs notes de service fiscales (y compris la note de service Abacus) et les a communiquées à Abacus et aux conseillers des défendeurs, notamment en ce qui concerne les éléments fiscaux de l'opération en vue d'obtenir une valeur accrue pour les vendeurs par le biais de structures efficaces au niveau des opérations.

[41] Les conseillers des défendeurs, plus particulièrement M. Kirby, ont commenté ces notes de service et en ont discuté longuement avec M. Nitikman. Plus particulièrement, M. Kirby a collaboré par courriel et par téléphone en ce qui concerne les éléments fiscaux de l'opération.

[42] Un exemple de l'effort commun des avocats peut être observé dans la série de courriels échangés entre eux, qui décrivent la façon dont ils ont travaillé ensemble pour trouver une solution commune à un problème qui concernait l'imposition de dividendes. Il s'agit de courriels privilégiés qui ont été communiqués par inadvertance et ont

affidavit, the advisory contents of which are not revealed in this example.

[43] In the emails, Mr. Kirby first raises a specific problem after reviewing a memo from Mr. Nitikman. It is followed by a reply email from Mr. Nitikman describing the solution in terms of the application of certain provisions of the ITA. Mr. Kirby thereafter responds by raising a further provision of the ITA, questioning whether the provision applies. After further back and forth, Mr. Nitikman acknowledges the nature of the problem raised by Mr. Kirby and provides an additional solution in relation to taxation law. This solution would affect the structure of the transaction. The email chain concludes with Mr. Kirby offering “another option” and indicating that he is “crunching some numbers”. All of this correspondence is copied to Michael Doner, the instructing Abacus employee, on behalf of Abacus. It is presumed that the respondents would similarly have been kept abreast of these discussions by Mr. Kirby.

[44] The legal advice also travelled in both directions, as Mr. Kirby’s opinions were simultaneously provided to his client and communicated to Abacus. All these communications were, to some extent, in the form of negotiations, in that the respondents had to be satisfied with the “added value” achieved through tax reduction to arrive at the deal, including the risk of going forward on that basis. Mr. Nitikman represented to the Court that there were no negotiations on the price of the shares or other significant business issues in the deal.

[45] Thus, there exists no clear example of a client request for advice and the advice being provided and thereafter being disclosed to a third party, or the third party’s lawyer. The client is Abacus, but the advice is in the negotiations of the parties which consist of back-and-forth discussions in which Mr. Kirby is also providing taxation advice that is being communicated back to Abacus. The legal advice culminates in the Abacus memo, which is primarily the work product of Abacus,

été inclus dans l’affidavit du demandeur, mais dont les conseils qu’ils contiennent ne sont pas révélés dans cet exemple.

[43] Dans ces courriels, M. Kirby soulève d’abord un problème particulier après avoir examiné une note de M. Nitikman. Il est suivi d’un courriel de réponse de M. Nitikman décrivant la solution à adopter concernant l’application de certaines dispositions de la LIR. M. Kirby a par la suite répondu en soulevant une autre disposition de la LIR, se demandant si elle s’appliquait. Après un échange de plusieurs courriels, M. Nitikman reconnaît la nature du problème soulevé par M. Kirby et offre une autre solution en matière de droit fiscal. Cette solution affecterait toutefois la structure de l’opération. La chaîne de courriels se termine par la présentation, par M. Kirby, d’une [TRADUCTION] « autre option »; il indique être en train [TRADUCTION] « d’effectuer quelques calculs ». Toute cette correspondance est envoyée en copie conforme à Michael Doner, l’employé donneur d’instruction d’Abacus, au nom d’Abacus. Il est présumé que les défendeurs auraient eux aussi été tenus au courant de ces discussions par M. Kirby.

[44] L’avis juridique a également été communiqué aux deux parties, car les avis de M. Kirby étaient simultanément transmis à son client et communiqués à Abacus. Toutes ces communications se faisaient, dans une certaine mesure, sous forme de négociations puisque les défendeurs devaient être satisfaits de la « valeur accrue » obtenue par la réduction d’impôt pour parvenir à un accord, y compris du risque d’aller de l’avant sur cette base. M. Nitikman a fait remarquer à notre Cour qu’aucune négociation n’a été tenue sur le prix des actions ou d’autres questions commerciales importantes à l’égard de l’opération.

[45] En conséquence, aucun exemple ne démontre clairement que le client a demandé un avis et que l’avis a été fourni, puis communiqué à un tiers ou à son avocat. Le client est Abacus, mais l’avis a été fourni dans le cadre des négociations des parties qui consistent en des échanges durant lesquels M. Kirby a aussi dispensé des conseils fiscaux qui ont été communiqués à Abacus. Le conseil juridique a donné lieu à la note de service Abacus, qui est principalement le produit du travail

based on its significant experience in similar transactions, but with the contribution of the respondents' lawyer, at least as depicted in the disclosed emails.

[46] The purpose of circulating such memoranda and diagrams was to ensure that Mr. Kirby (a) agreed on the steps in the transaction that would be taken to purchase the shares, (b) understood the tax and legal risks involved in such steps, and (c) had the opportunity to discuss such risks and negotiate changes to the transaction to minimize or allocate such risks.

[47] In many of Abacus' transactions, it instructs its counsel very early in the transaction to negotiate an agreement with the vendor's counsel that all communications between them and other parties involved that relate to the transaction will be on a CIP basis.

[48] Mr. Doner has sworn an affidavit and filed with the Court's Registry a sealed envelope containing a series of emails between Mr. Nitikman and Mr. Kirby, the first of which Mr. Nitikman sent to Mr. Kirby on Monday, November 26, 2007, 6:55 a.m. and the last of which Mr. Kirby sent to Mr. Nitikman on Tuesday, December 18, 2007, 8:46 a.m. confirming that Mr. Kirby and Mr. Nitikman agreed that all communications relating to the transaction were on a CIP basis. These emails were not the subject of any submissions at the hearing and have been returned in their sealed envelope along with other memoranda filed with the Court.

[49] On December 17, 2007, the Abacus memo was provided, by Mr. Nitikman on behalf of Abacus, to Mr. Kirby on behalf of the respondents.

[50] On December 20, 2007, Abacus, through a directly or indirectly wholly-owned subsidiary named UDL Acquisitions Ltd., acquired the shares of United Diamond Ltd. and Two Bit Holdings Inc. from their shareholders.

d'Abacus, reposant sur sa vaste expérience des opérations similaires, mais à laquelle l'avocat des défendeurs a collaboré, du moins comme le démontrent les courriels communiqués.

[46] Ces notes de service et ces diagrammes ont été communiqués dans le but de s'assurer que M. Kirby a) approuvait les étapes de l'opération qui seraient suivies pour acheter les actions, b) comprenait les risques fiscaux et juridiques associés à ces étapes, et c) avait la possibilité d'examiner ces risques et de négocier des modifications à l'opération afin de les atténuer ou de les répartir.

[47] Dans bon nombre des opérations d'Abacus, celle-ci donne instruction à son avocat dès le début de l'opération de négocier une entente avec l'avocat du vendeur que toutes les communications entre les parties et d'autres parties intéressées portant sur l'opération fassent l'objet d'un privilège d'intérêt commun.

[48] M. Doner a signé un affidavit et a déposé auprès du greffe de la Cour une enveloppe scellée contenant une série de courriels échangés entre M. Nitikman et M. Kirby, dont le premier a été envoyé par M. Nitikman à M. Kirby le lundi 26 novembre 2007 à 6 h 55 et le dernier a été envoyé par M. Kirby à M. Nitikman le mardi 18 décembre 2007 à 8 h 46, confirmant que M. Kirby et M. Nitikman avaient convenu que toutes les communications portant sur l'opération faisaient l'objet d'un privilège d'intérêt commun. Ces courriels n'ont fait l'objet d'aucune observation durant l'audience et ont été remis dans leur enveloppe scellée avec d'autres notes de service déposées à notre Cour.

[49] Le 17 décembre 2007, M. Nitikman, pour le compte d'Abacus, a transmis la note de service Abacus à M. Kirby, pour le compte des défendeurs.

[50] Le 20 décembre 2007, Abacus, par l'intermédiaire d'une filiale en propriété exclusive directe ou indirecte nommée UDL Acquisitions Ltd., a acquis les actions des actionnaires d'United Diamond Ltd. et de Two Bit Holdings Inc.

[51] As a result of the transactions, the Corporation and Mr. Gillis directly and beneficially received amounts not less than \$26 928 326.82.

[52] The Canada Revenue Agency (CRA) is of the view that the transactions entered into in 2007 by the respondents as corporate partners in the United Diamond Partnership may have been entered into for the purpose of maximizing shareholder benefit by avoiding payment of the tax triggered by the sale of the corporate partners' assets.

[53] By the requirements, each dated August 7, 2013, the respondents were asked to provide, among other things, a copy of a letter of intent, or similar documentation, issued by Abacus between the dates of January 1, 2007 and December 20, 2007 to the respondents.

[54] On October 10, 2013, the CRA received a package from Mr. Kirby with a letter dated October 9, 2013. In the letter, counsel representing the respondents stated that no formal letter of intent was entered into between the Corporation and Abacus but that the transactions were described in a memorandum and diagrams provided by Abacus to the Corporation through their counsel in the Abacus memo. In his letter, Mr. Kirby stated that the Abacus memo was subject to SCP.

[55] On December 17, 2013, an officer of the CRA attended at the offices of Felesky Flynn LLP to review documentation relating to the transactions. During that meeting, further documents were provided to the CRA. The CRA was not, however, provided access to the Abacus memo. The CRA was advised that the respondents were claiming privilege over the Abacus memo.

[56] During the course of the collections activity in respect of the respondents, the CRA also issued, on October 8, 2014, a requirement for information and documents pursuant to section 231.2 of the Act to Abacus (the Abacus requirement). The Abacus memo has not been provided to the CRA.

[51] À la suite des opérations, la société et M. Gillis ont reçu directement et à titre bénéficiaire des montants d'au moins 26 928 326,82 \$.

[52] L'Agence du revenu du Canada (ARC) est d'avis que les opérations conclues en 2007 par les défendeurs en tant que sociétés associées de la société de personnes United Diamond pourraient avoir été conclues dans le but de maximiser l'avantage conféré à un actionnaire en évitant de payer de l'impôt à la suite de la vente des actifs des sociétés associées.

[53] Deux demandes de renseignements, chacune datée du 7 août 2013, ont été envoyées aux défendeurs pour leur demander de fournir, entre autres, une copie d'une lettre d'intention, ou d'un document semblable, délivrée aux défendeurs par Abacus entre le 1^{er} janvier 2007 et le 20 décembre 2007.

[54] Le 10 octobre 2013, l'ARC a reçu un dossier de M. Kirby accompagné d'une lettre datée du 9 octobre 2013. Dans la lettre, l'avocat représentant les défendeurs indiquait qu'aucune lettre d'intention officielle n'avait été conclue entre la société et Abacus, mais que les opérations étaient décrites dans une note de service et des diagrammes qu'Abacus avait fournis à la société par l'entremise de son avocat dans la note de service Abacus. Dans sa lettre, M. Kirby a affirmé que la note de service Abacus était assujettie au secret professionnel de l'avocat.

[55] Le 17 décembre 2013, un agent de l'ARC s'est présenté aux bureaux de Felesky Flynn LLP pour examiner les documents relatifs aux opérations. Durant cette réunion, d'autres documents ont été fournis à l'ARC. Celle-ci n'a toutefois pas eu accès à la note de service Abacus. L'ARC a été avisée que les défendeurs revendiquaient un privilège à l'égard de la note Abacus.

[56] Durant l'activité de recouvrement visant les défendeurs, l'ARC a également délivré à Abacus, le 8 octobre 2014, une demande de renseignements et de documents conformément à l'article 231.2 de la Loi (la demande de renseignements à Abacus). La note de service Abacus n'a pas été remise à l'ARC.

[57] In accordance with a direction of the Court dated May 27, 2016, the respondents filed with the Court the Abacus memo in a sealed envelope. The respondents have not waived CIP over the Abacus memo and do not consent to its disclosure to the applicant.

III. Legislative Framework

[58] The legislative framework consisting of sections 231.2 and 231.7 of the Act is included as an Annex.

IV. Issues

[59] This application raises the following issues:

1. Is the Abacus memo *prima facie*, protected by SCP?
2. Was the Abacus memo protected by CIP in accordance with *Pitney Bowes* and its supporting jurisprudence?
3. Is CIP a valid constituent of SCP?

V. Analysis

A. *Is the Abacus Memo Prima Facie Protected by Solicitor-client Privilege?*

(1) The Law of SCP

(a) *Onus of proof*

[60] In an application under section 231.7 of the Act, once the applicant proves proper service of the requirements in compliance with subsection 231.2(1), the onus shifts to the respondents to prove that the documents withheld are covered by privilege (*Canada (National Revenue) v. Lee*, 2015 FC 634, [2016] 1 C.T.C. 10, at

[57] Conformément à une directive de la Cour datée du 27 mai 2016, les défendeurs ont déposé la note de service Abacus auprès de la Cour dans une enveloppe scellée. Les défendeurs n'ont pas renoncé au privilège d'intérêt commun à l'égard de la note de service Abacus et refusent qu'elle soit divulguée au demandeur.

III. Cadre législatif

[58] Le cadre législatif qui comprend les articles 231.2 et 231.7 de la Loi est joint en annexe.

IV. Questions en litige

[59] La présente demande soulève les questions suivantes :

1. La note de service Abacus est-elle, à première vue, protégée par le secret professionnel de l'avocat?
2. La note de service Abacus était-elle protégée par le privilège d'intérêt commun conformément à la décision *Pitney Bowes* et à sa jurisprudence à l'appui?
3. Le privilège d'intérêt commun est-il un élément constitutif valide du secret professionnel de l'avocat?

V. Analyse

A. *La note de service Abacus est-elle, à première vue, protégée par le secret professionnel de l'avocat?*

1) Le droit du secret professionnel de l'avocat

a) *Fardeau de la preuve*

[60] Dans une demande présentée conformément à l'article 231.7 de la Loi, une fois que le demandeur prouve que les demandes de renseignements ont été signifiées adéquatement conformément au paragraphe 231.2(1), le fardeau se déplace sur les défendeurs, qui sont tenus de prouver que les documents retenus font

paragraph 44). If satisfied, the onus then shifts to the applicant to prove that privilege has been waived or otherwise lost (*Canada (National Revenue) v. Thornton*, 2012 FC 1313, [2013] 1 C.T.C. 165, at paragraph 26).

(b) *Privilege only applies to legal advice, broadly understood*

[61] Legal advice (as opposed to business advice) provided orally or in writing by a lawyer to his or her client is privileged (*R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at paragraph 50; *Superior Plus Corp. v. The Queen*, 2015 TCC 132, [2015] 5 C.T.C. 2094, at paragraphs 38 and 46, aff'd 2015 FCA 241, [2016] 2 C.T.C. 64). In relation to the legal advice privilege (as opposed to business advice), what matters is whether the lawyers are being asked qua lawyers to provide legal advice: *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2005] 1 A.C. 610, at paragraph 58 cited in *Edward C Behague v. Revenue & Customs*, [2013] UKFTT 596 (T.C.), at paragraph 21.

[62] Moreover, “legal advice is not confined to telling the client the law; it must include advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context” (*Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), at page 330, cited with approval in *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, at paragraph 26, itself cited with approval in *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81 (*Slansky*), at paragraph 77).

(2) The Abacus Memo is *prima facie* protected by SCP

[63] The Minister advances two submissions that require consideration by the Court. The first is that tax planning communications are not privileged, including advice given by lawyers for accounting or tax planning purposes. On this point, the Minister cites the decision

l’objet d’un privilège (*Canada (Revenu national) c. Lee*, 2015 CF 634, au paragraphe 44). Si les défendeurs s’acquittent de leur fardeau, il revient au demandeur de prouver qu’il y a eu renonciation au privilège ou qu’il s’est autrement éteint (*Canada (Revenu national) c. Thornton*, 2012 CF 1313, au paragraphe 26).

b) *Le privilège s’applique seulement aux conseils juridiques, dans son sens large*

[61] Les conseils juridiques (par opposition aux conseils commerciaux) dispensés oralement ou par écrit par un avocat à son client sont privilégiés (*R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, au paragraphe 50; *Superior Plus Corp. c. La Reine*, 2015 CCI 132, aux paragraphes 38 et 46, conf. par 2015 CAF 241). En ce qui concerne le privilège de la consultation juridique (par opposition aux conseils commerciaux), ce qui importe est de savoir si on demande aux avocats, en tant qu’avocats, de fournir un conseil juridique : *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2005] 1 A.C. 610, au paragraphe 58, cité dans la décision *Edward C Behague v. Revenue & Customs*, [2013] UKFTT 596 (T.C.), au paragraphe 21.

[62] Par ailleurs, [TRADUCTION] « la consultation juridique ne se limite pas à expliquer le droit au client; il doit inclure la prestation de conseils sur les mesures raisonnables et prudentes à prendre dans le contexte juridique en cause » (*Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), à la page 330, cité avec approbation dans l’arrêt *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, au paragraphe 26, elle-même citée avec approbation dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81 (*Slansky*), au paragraphe 77).

2) La note de service Abacus est à première vue protégée par le secret professionnel de l’avocat

[63] Le ministre avance deux observations qui doivent être examinées par notre Cour. La première est que les communications relatives à la planification fiscale ne sont pas privilégiées, notamment les conseils dispensés par des avocats à des fins de comptabilité

of Mr. Justice Mosley in the matter of *Canada (National Revenue) v. Revcon Oilfield Constructors Incorporated*, 2015 FC 524, [2015] 5 C.T.C. 1 (*Revcon*), at paragraph 20. Second, the applicant argues that the Abacus memo is not a legal communication because the lawyers involved were not engaged in providing legal advice or otherwise acting as lawyers, but rather negotiating a commercial deal. Thus, Mr. Nitikman was acting as a business counselor or in some non-legal capacity such that his advice was not protected by SCP: *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 (*Blood Tribe*), at paragraph 10.

[64] With respect to the *Revcon* decision, in my view the passage referred to by the applicant for the notion that the tax planning advice of lawyers is not privileged and does not represent Justice Mosley's conclusion on the matter. This is clear at paragraphs 29–32 of the decision where the learned Judge concluded that a solicitor's letter including "legal advice with regard to the income tax reporting requirements and tax consequences of the transactions for named individuals" was privileged. Moreover, in referring to tax planning, Justice Mosley was relying upon the decision of Madam Justice Heneghan in *Belgravia Investments Limited v. Canada*, 2002 FCT 649, [2002] 3 C.T.C. 482 (*Belgravia*). This decision concerned SCP for non-legal professional advisors. Also, paragraphs 45–48 in *Belgravia* referred to in *Revcon* stand for the proposition that facts contained in a privileged document are not privileged from discovery.

[65] I also cannot agree with the Minister's submission that the Abacus memo prepared by Mr. Nitikman did not contain legal advice for the parties to whom it was communicated. Because of the nature of this issue, the Court exercised its discretion to review the memo. It had been provided in a sealed envelope in accordance with the Court's direction. I concluded that it was necessary to

ou de planification fiscale. Sur ce point, le ministre cite la décision du juge Mosley dans *Canada (Revenu national) c. Revcon Oilfield Constructors Incorporated*, 2015 CF 524 (*Revcon*), au paragraphe 20. La deuxième est que le demandeur affirme que la note de service Abacus n'est pas une communication juridique parce que les avocats visés ne donnaient pas des conseils juridiques ni n'agissaient, d'une autre manière, en qualité d'avocats, mais négociaient plutôt une entente commerciale. Par conséquent, M. Nitikman agissait en qualité de conseiller d'entreprise ou à un autre titre que celui de spécialiste du droit, de sorte que ses conseils n'étaient pas protégés par le secret professionnel de l'avocat : *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 (*Blood Tribe*), au paragraphe 10.

[64] En ce qui concerne la décision *Revcon*, à mon avis, le passage cité par le demandeur pour expliquer la notion selon laquelle les conseils d'avocats à des fins de planification fiscale ne sont pas privilégiés ne représente pas la conclusion du juge Mosley à cet égard. Cela ressort clairement aux paragraphes 29 à 32 de la décision, où le savant juge a conclu que la lettre d'un avocat qui comporte un « avis juridique concernant les conséquences fiscales des opérations pour certaines personnes nommées, et les obligations de déclaration du revenu de ces personnes » était privilégiée. En outre, en renvoyant à la planification fiscale, le juge Mosley a invoqué la décision de la juge Heneghan dans *Belgravia Investments Limited c. Canada*, 2002 CFPI 649 (*Belgravia*). Cette décision portait sur le secret professionnel des conseillers professionnels qui ne sont pas avocats. De plus, les paragraphes 45 à 48 de la décision *Belgravia* cités dans la décision *Revcon* appuient la proposition selon laquelle les faits contenus dans un document privilégié ne sont pas protégés contre une communication préalable.

[65] Je ne puis souscrire à l'observation du ministre selon laquelle la note de service Abacus rédigée par M. Nitikman ne comportait pas d'avis juridiques à l'intention des parties à qui elle était communiquée. Étant donné la nature de cette question, notre Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour examiner la note. Elle a été communiquée dans une enveloppe scellée conformément

review the document in order to adjudicate the existence of a privilege in accordance with the principles enunciated in *Blood Tribe*, at paragraph 17.

[66] The memo described a number of discrete steps or transactions that would be necessary for the purchase and sale of IGHI shares to Abacus. Each step comprised a diagram visually explaining the transaction. Each diagram was accompanied by a detailed description of the tax consequences in reference to relevant statutory and jurisprudential principles that were said to apply. While the diagrams depicting the transactions might not be said to be privileged, I understand that this information is known to the Minister. I am satisfied that the essential nature of the memo is legal in nature. It describes the tax consequences based on an analysis of the applicable legal framework thought to apply resulting from the planned purchase and sale of the IGHI shares through each step of the transactions making up the transaction. There is no evidence that either lawyer is acting as a business counsellor or in some other non-legal capacity.

[67] Of greater concern to the Court than the obvious legal nature of the Abacus memo is the manner by which the contents of the memo were compiled to form the legal opinions that it contains.

[68] In this sense, the facts of this case are distinguishable from the other cases in this area where the solicitor-client relationship was clearly defined in the sense that the legal advice was sought by the client on a specific issue which ultimately was shared with the other parties. In this case, the lawyers of both clients were working together to jointly arrive at an optimal tax reducing structure for the transaction. As such the Court concludes that the Abacus memo was the fruit of cooperative efforts of both lawyers who were highly experienced in the legal considerations of income tax and related commercial law subjects. The Court understands that it is in this sense that the applicant argues that the circumstances are tantamount to the negotiation

à la directive de la Cour. J'ai conclu qu'il était nécessaire d'examiner le document afin de statuer sur l'existence d'un privilège conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Blood Tribe*, au paragraphe 17.

[66] La note de service décrivait un certain nombre d'étapes ou d'opérations distinctes qui seraient nécessaires pour la vente des actions d'IGHI à Abacus. Chaque étape comprenait un diagramme qui expliquait visuellement l'opération. Chaque diagramme était accompagné d'une description détaillée des conséquences fiscales se rapportant aux principes législatifs et jurisprudentiels pertinents qui devraient s'appliquer. Bien que l'on ne puisse peut-être pas dire que les diagrammes décrivant les opérations sont privilégiés, je comprends que ces renseignements sont connus du ministre. Je suis convaincu que la nature essentielle de la note de service est juridique. Elle décrit les conséquences fiscales en fonction d'une analyse du cadre législatif que l'on croit s'appliquer à la suite de l'achat prévu et de la vente des actions d'IGHI à chaque étape des transactions constituant l'opération. Aucun élément de preuve ne démontre que l'un ou l'autre des avocats agit en qualité de conseiller d'entreprise ou en une autre qualité que celle de juriste.

[67] Notre Cour est davantage préoccupée par la manière dont le contenu de la note de service a été établi pour former l'avis juridique qu'elle comporte que par la nature juridique de la note de service Abacus.

[68] En ce sens, les faits de la présente affaire sont différents de ceux des autres affaires dans ce domaine où la relation entre l'avocat et son client était clairement définie, car le client avait demandé un avis juridique à l'égard d'une question précise qui avait finalement été communiqué aux autres parties. En l'espèce, les avocats des deux clients collaboraient pour parvenir ensemble à une structure optimale qui permettrait de réduire l'impôt à payer à l'égard de l'opération. Par conséquent, notre Cour conclut que la note de service Abacus était le fruit d'efforts conjugués des deux avocats, qui possédaient une très grande expérience des considérations juridiques de l'impôt sur le revenu et des sujets connexes en droit commercial. Notre Cour comprend que c'est dans ce

of a commercial contract, disguised as an exchange of legal advice.

[69] However, this does not mean that a business plan cooperatively arrived at based upon the consequences of implementing counsels' legal advice to achieve tax savings renders the memo a business record. The content of the memo is almost exclusively advice describing the legal effects in terms of each step in the transaction.

[70] I disagree that two parties mandating their lawyers to work together on behalf of both clients to find a "business solution" to their mutual advantage, but based upon the consequences of implementing their legal advice on the specific issue of tax savings, renders the fruit of their labour a mere business record as argued by the applicant, given the almost exclusive legal content of the memo. I also do not find that the memo is a business record because the parties' lawyers worked together at each step of the transaction to work out solutions based on legal conclusions. Similarly, the memo remains essentially legal advice for their respective clients even though the parties were required to cooperate to implement the overall tax plan to reduce taxes.

[71] Whatever issues arise out of the two parties working jointly by means of bi-directional communication of legal advice is a matter for analysis under the doctrine of CIP. The respondents argue that courts place the doctrine of SCP on a pedestal, requiring an almost absolute protection, as is most convincingly described by Madam Justice Trudel speaking for the Federal Court of Appeal in *Thompson v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 197, 366 D.L.R. (4th) 169, at paragraphs 34–37:

sens que le demandeur fait valoir que les circonstances correspondent à la négociation d'un contrat commercial, déguisé en échange de conseils juridiques.

[69] Cependant, cela ne veut pas dire qu'un plan d'affaires établi en collaboration en fonction des conséquences de la mise en œuvre des conseils juridiques des avocats pour faire des économies fiscales fait de la note de service une pièce commerciale. La note de service constitue presque exclusivement un avis décrivant les effets juridiques de chaque étape de l'opération.

[70] Je ne souscris pas à l'idée que deux parties qui confèrent à leurs avocats le mandat de travailler ensemble pour le compte des deux clients afin de trouver une « solution commerciale » mutuellement avantageuse, mais en fonction des conséquences de l'application de leur avis juridique à la question précise de l'économie fiscale, fait en sorte que le fruit de leur travail est une simple pièce commerciale comme le soutient le demandeur, étant donné le contenu presque exclusivement juridique de la note de service. Je ne crois pas non plus que la note de service soit une pièce commerciale parce que les avocats des parties ont travaillé ensemble à chaque étape de l'opération pour trouver des solutions ou tirer des conclusions juridiques. De même, la note de service demeure essentiellement un avis juridique pour leur client respectif, même si les parties étaient tenues de coopérer pour mettre en œuvre le plan fiscal général afin de réduire les impôts.

[71] Peu importe les problèmes découlant du fait que les deux parties travaillent ensemble par voie de communication bidirectionnelle d'avis juridiques, il s'agit d'une question qui doit être analysée en fonction du principe du privilège d'intérêt commun. Les défendeurs font valoir que les tribunaux placent le principe du secret professionnel de l'avocat sur un piédestal, exigeant une protection presque absolue, comme le décrit de façon convaincante la juge Trudel au nom de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Thompson c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 197, aux paragraphes 34 à 37 :

Solicitor-client privilege is one of the most revered doctrines under the common law, described by the Supreme Court of Canada as “one of the most ancient and powerful privileges known to our jurisprudence”. It is generally seen as a “fundamental and substantive rule of law”: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477 at paragraph 39, quoting *R. v. McClure*, 2001 SCC 14 (CanLII), [2001] 1 S.C.R. 445 [*McClure*] discussed by Professor Adam Dodek in “Solicitor-Client Privilege in Canada, Challenges for the 21st Century” (Discussion Paper for the Canadian Bar Association, February 2011).

In *McClure* at paragraph 35, Major J. wrote:

... solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis.

Court reiterated this position in *Lavallee*, adding:

Accordingly, this Court is compelled in my view to adopt stringent norms to ensure its protection (at paragraph 36).

More recently, the Supreme Court stated as follows in *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331 [*Cunningham*], at paragraph 26:

... It need hardly be said that solicitor-client privilege is a fundamental tenet of our legal system. The solicitor-client relationship is integral to the administration of justice; privilege encourages the free and full disclosure by the client required to ensure effective legal representation.

[72] I conclude, therefore, that the memo is legal advice provided by the lawyers to their clients in the strictest confidence and protected from disclosure under SCP subject to whether the privilege has been waived or is protected by CIP.

Le secret professionnel entre client et avocat compte parmi les doctrines ayant un caractère sacré en common law; selon la Cour suprême du Canada, il constitue un des privilèges « les plus anciens et les plus puissants reconnus dans la jurisprudence ». Il est généralement considéré comme « une règle de droit fondamentale et substantielle » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 39, citant l’arrêt *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 [*McClure*], que le professeur Adam Dodek a commenté dans le document intitulé « Le privilège des communications entre l’avocat et son client – Défis pour le XXI^e siècle » (document de travail préparé pour l’Association du Barreau canadien, février 2011).

Dans l’arrêt *McClure*, au paragraphe 35, le juge Major s’est exprimé comme suit :

[...] le secret professionnel de l’avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas.

La Cour suprême du Canada a repris ce point de vue à l’occasion de l’affaire *Lavallee*, ajoutant :

Par conséquent, je suis d’avis que la Cour est tenue d’adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection (au paragraphe 36).

Plus récemment, la Cour suprême du Canada a fait les observations suivantes dans l’arrêt *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331 [*Cunningham*], au paragraphe 26 :

[...] Point n’est besoin d’insister sur son importance fondamentale dans notre système juridique. La relation entre l’avocat et son client fait partie intégrante de l’administration de la justice. Le secret incite à la communication libre et entière des éléments nécessaires à la bonne représentation devant la justice.

[72] Je conclus donc que la note de service est une consultation juridique donnée par les avocats à leur client dans la plus stricte confidentialité et qu’elle est protégée contre la divulgation par le secret professionnel de l’avocat, à moins qu’il y ait eu renonciation au privilège ou qu’elle soit protégée par le privilège d’intérêt commun.

B. Is the Abacus Memo Protected by Common Interest Privilege?

(1) The Law of CIP

[73] A good description of the common interest doctrine is found in the decision of *Shipyard Associates, LP v. City of Hoboken*, 2015 WL 4623470, at *6 (D. New Jersey) (*Shipyard Associates*) cited by the respondents where the Court described it as follows [at page 11]:

The common-interest, or community-of-interest, doctrine allows “attorneys representing different clients with similar legal interests to share information without having to disclose it to others.” *In re Teleglobe Commc’ns Corp.*, 493 F. 3d 345, 364 (3d Cir. 2007) (emphasis added). If applicable, the doctrine protects communications “made between attorneys when all members of the community share a ‘common legal interest’ in the shared communication.” *Id.* at 364 (emphasis added).

[74] An important requirement in the application of CIP to transactional circumstances is its evolution from litigation-related situations. The decision *In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F. 3d 345 (3d Cir. 2007) (*Teleglobe*), at pages 363 and 364 is most commonly cited to describe the expansion from litigation circumstances to include commercial transactions as follows:

2. The Community-of-Interest (or Common-Interest) Privilege

Recognizing that it is often preferable for co-defendants represented by different attorneys in criminal proceedings to coordinate their defense, courts developed the joint-defense privilege. In its original form, it allowed the attorneys of criminal co-defendants to share confidential information about defense strategies without waiving the privilege as against third parties. Moreover, one co-defendant could not waive the privilege that attached to the shared information without the consent of all others. Later, courts replaced the joint-defense privilege, which only applied to criminal co-defendants, with a broader one that protects all communications shared within a proper “community of interest,” whether the context be criminal or civil.... Thus, the community-of-interest privilege

B. La note de service Abacus est-elle protégée par le privilège d’intérêt commun?

1) Le droit du privilège d’intérêt commun

[73] La théorie de l’intérêt commun est bien expliquée dans la décision *Shipyard Associates, LP v. City of Hoboken*, 2015 WL 4623470, au paragraphe 6 (D. New Jersey) (*Shipyard Associates*), citée par les défendeurs. La Cour la décrit ainsi [à la page 11] :

[TRADUCTION] La théorie de l’intérêt commun, ou de la communauté d’intérêts, permet aux « *avocats* qui représentent différents clients ayant des intérêts juridiques similaires d’échanger des renseignements sans être tenus de les divulguer à d’autres », *In re Teleglobe Commc’ns Corp.*, 493 F. 3d 345, 364 (3d Cir. 2007) (non souligné dans l’original). Le cas échéant, ce principe protège les communications « échangées entre les avocats lorsque tous les membres de la communauté partagent un “intérêt juridique commun” à l’égard des renseignements communiqués », *Ibid.*, au paragraphe 364 (non souligné dans l’original).

[74] Une exigence importante à respecter pour appliquer le privilège d’intérêt commun à un contexte transactionnel est qu’il doit avoir évolué à partir d’un contexte litigieux. La décision rendue dans *In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F. 3d 345 (3d Cir. 2007) (*Teleglobe*), aux pages 363 et 364, est la plus fréquemment citée pour décrire l’élargissement des contextes litigieux de manière à inclure les opérations commerciales :

[TRADUCTION] **2. Le privilège de la communauté d’intérêts (ou d’intérêt commun)**

Reconnaissant qu’il est souvent préférable pour les codéfendeurs représentés par des avocats différents dans des procédures criminelles de coordonner leur défense, les tribunaux ont créé le privilège relatif à la défense commune. Dans sa forme originale, il permettait aux avocats de codéfendeurs au criminel d’échanger des renseignements confidentiels sur les stratégies de défense sans renoncer au privilège à l’encontre de tiers. De plus, un codéfendeur ne pouvait pas renoncer au privilège associé aux renseignements communiqués sans le consentement de tous les autres codéfendeurs. Plus tard, les tribunaux ont remplacé le privilège relatif à la défense commune, qui ne s’appliquait qu’aux codéfendeurs au criminel, par un privilège plus large qui protège toutes

allows attorneys representing different clients with similar legal interests to share information without having to disclose it to others. It applies in civil and criminal litigation, and even in purely transactional contexts. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(a) *Common legal interest*

[75] The common interest essential to the doctrine of CIP in a commercial transaction context is said to be that of having the transaction concluded, which also is the foundation for the economic and social values said to rationalize its recognition. This can be seen in this more extensive quote from *Pitney Bowes*, at paragraphs 16 and 17:

Other courts have addressed this issue and have concluded that *Buttes* applies when parties to a commercial transaction share legal opinions with one another. Of the cases cited to me, *Fraser Milner Casgrain LLP v. Canada (Minister of National Revenue)*, [2002] B.C.J. No. 2146, is closest to the circumstances before me. There, the respondent sought production of a number of documents relating to the creation of certain business partnerships. The documents in issue included legal advice that was prepared for one group of companies and then shared with other corporate parties to the proposed transaction. In the course of his reasons, Lowry J. summarized in the following terms the other recent cases in the area, all of which were cited to me (*Archean Energy Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)* (1997), 98 D.T.C. 6456 (Alta. Q.B.), [1997] A.J. No. 347 (QL); *Anderson Exploration Ltd. v. Pan Alberta Gas Ltd.*, [1988] 10 W.W.R. 633 (Alta. Q.B.) and *St. Joseph Corp. v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2002 FCT 274, [2002] F.C.J. No. 361 (QL) (T.D.):

In *Archean Energy*, legal opinions concerning the tax consequences of a number of share purchases were developed for one company which subsequently provided them to a second company, the purchaser in the transactions. The opinions were held, on application by the purchaser under the *Income Tax Act*, to be privileged because they had been provided to further the common interest of having the transaction concluded and not with the intent of waiving the privilege

les communications échangées dans une « communauté d'intérêts » appropriée, au criminel comme au civil [...] En conséquence, le privilège d'intérêt commun permet aux avocats qui représentent différents clients ayant des intérêts juridiques similaires d'échanger des renseignements sans devoir les divulguer aux autres. Il s'applique aux litiges civils et criminels et même aux contextes purement transactionnels. [Non souligné dans l'original; notes en bas de pages omises.]

a) *Intérêt juridique commun*

[75] L'intérêt commun essentiel au principe du privilège d'intérêt commun dans un contexte d'opérations commerciales serait de conclure l'opération, ce qui est également le fondement des valeurs économiques et sociales qui justifieraient sa reconnaissance. C'est ce qui ressort de la citation plus large suivante de la décision *Pitney Bowes*, aux paragraphes 16 et 17 :

D'autres cours se sont penchées sur cette question et ont conclu que l'arrêt *Buttes* s'applique lorsque les parties à une transaction commerciale échangent les avis juridiques. Parmi les affaires qui m'ont été soumises, *Fraser Milner Casgrain LLP c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [2002] B.C.J. n° 2146, est celle dont les faits sont les plus proches de ceux de l'espèce. Dans cette affaire, le défendeur demandait la divulgation d'un certain nombre de documents liés à la création de certains partenariats commerciaux. Les documents en litige incluait un avis juridique rédigé pour l'un des groupes de sociétés puis communiqué à d'autres parties à la transaction proposée. Dans ses motifs, le juge Lowry a résumé les autres décisions récentes en la matière, qui ont toutes été citées en l'espèce, de la façon suivante : (*Archean Energy Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)* (1997), 98 D.T.C. 6456 (C.B.R. Alb.), [1997] A.J. n° 347 (QL); *Anderson Exploration Ltd. c. Pan Alberta Gas Ltd.*, [1988] 10 W.W.R. 633 (C.B.R. Alb.) et *St. Joseph Corp. c. Canada (Travaux publics et services gouvernementaux)*, 2002 CFPI 274, [2002] F.C.J. n° 361 (QL) (T.D.) :

[TRADUCTION] Dans *Archean Energy*, les avis juridiques portant sur les conséquences fiscales d'un certain nombre d'achats d'actions ont été exposés pour une société qui, plus tard, les a fournis à une autre société, l'acheteur dans les transactions. Il a été soutenu, sur demande effectuée par l'acheteur en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que les avis étaient secrets car ils avaient été fournis pour favoriser l'intérêt commun de voir la transaction s'effectuer et non avec l'inten-

attached. In *Anderson Exploration*, two corporations exchanged confidential documents of a proprietary nature in negotiating a merger. A legal opinion obtained by one was also given to the other. Later, in unrelated litigation involving a subsidiary of one of the corporations, the plaintiff sought access to the documents arising from the merger negotiations. The court held that the disclosure of the documents to third parties did not waive the privilege that attached to all of the documentation because of the common interest associated with their disclosure. And in *St. Joseph*, legal opinions exchanged in the course of a commercial transaction were held to be privileged given that the parties had a joint interest in ensuring its completion (at para. 8).

In the result, Lowry J. held that besides the common interest litigation privilege recognized in *Buttes*, the courts should also recognize another kind of common interest privilege: one based on “the parties’ common interest in the successful completion of a transaction” at (para. 12). He found that “economic and social values inherent in fostering commercial transactions” favoured the recognition of such a privilege. It is that kind of privilege that he applied to the circumstances before him. [Emphasis added.]

[76] At this point, it is important to understand that *Pitney Bowes* was a JCP case, although not recognized as such by the Court. All the parties had decided to retain the services of the same lawyer, who however delivered two opinions, as set out at paragraph 4 of the decision, as follows:

The parties to the leasing transaction agreed that, where multiple parties needed legal advice in areas where their interests were not adverse, they would all obtain advice from one legal counsel, regardless of the general legal representation in the transaction. In particular, Clifford Chance of the UK provided two opinions on United Kingdom law, both dated December 12, 1997: one addressed solely to Pitney Bowes, and the other addressed jointly to N.S. Group and Royal Bank. It is these two opinions that are the subject of this application. [Emphasis added.]

tion de renoncer au privilège afférent. Dans *Anderson Exploration*, deux sociétés avaient échangé des documents confidentiels de nature propriétaire lors de la négociation d’une fusion. Un avis juridique obtenu par l’une d’entre elles avait également été fourni à l’autre. Plus tard, dans des poursuites distinctes ayant trait à une filiale de l’une des deux sociétés, le demandeur a demandé l’accès aux documents produits par les négociations de fusion. La Cour a conclu que la divulgation des documents à des tiers n’avait pas tenu lieu de renonciation au privilège afférent à l’ensemble de la documentation en raison de l’intérêt commun lié à leur divulgation. Dans *St. Joseph*, les avis juridiques échangés lors d’une transaction commerciale étaient réputés secrets étant donné que les parties avaient un intérêt conjoint à s’assurer de sa réalisation (au paragraphe 8).

En fin de compte, le juge Lowry a conclu qu’en plus du privilège des communications liées à une instance liée à l’intérêt commun reconnu dans l’arrêt *Buttes*, les tribunaux devraient également reconnaître une autre sorte de privilège lié à l’intérêt commun : un fondé sur [TRADUCTION] « l’intérêt commun des parties à la réalisation réussie d’une transaction » au (paragraphe 12). Il a conclu que [TRADUCTION] « les valeurs économiques et sociales inhérentes à la promotion des transactions commerciales » favorisaient la reconnaissance d’un tel privilège. C’est ce type de privilège qu’il a appliqué à l’affaire sur laquelle il devait statuer. [Non souligné dans l’original.]

[76] À ce moment-ci, il est important de comprendre que la décision *Pitney Bowes* portait sur le secret professionnel conjoint, même si cela n’a pas été reconnu par la Cour. Toutes les parties avaient décidé de retenir les services du même avocat, qui a toutefois donné deux avis juridiques, comme l’indique le paragraphe 4 de la décision :

Les parties à la transaction de location ont convenu que, lorsque plusieurs parties avaient besoin de conseils juridiques dans des domaines où leurs intérêts n’étaient pas opposés, elles les obtenaient toutes auprès d’un même avocat, sans égard à la représentation juridique générale pour la transaction. En particulier, Clifford Chance du R.-U. a fourni deux avis portant sur le droit du Royaume-Uni, tous deux ayant comme date le 12 décembre 1997 : un adressé exclusivement à Pitney Bowes et l’autre adressé conjointement à N.S. Group et à la Banque Royale. Ce sont ces deux avis juridiques qui font l’objet de la présente demande. [Non souligné dans l’original.]

[77] Although two separate opinions were delivered to different clients, the facts indicate that this was a joint retainer of one lawyer to provide opinions that it was understood would be shared amongst them. If this was not a joint retainer, Mr. Chance could not ethically have represented all the parties in providing the opinion. The Court finds this case to be one pertaining to a joint client privilege, as opposed to a SCP, with the difference not apparently recognized by the Court. Although the opinions were prepared for different clients, they were done so with the intention of being shared. As the court stated at paragraph 22, “[t]he opinions were prepared with distribution in mind.” The joint client relationship has always been considered to comply with SCP doctrine, as shall be discussed below. It should be recognized however, that prior to Professor Giesel’s article the implications of common interests in JCP being distinguished from those in CIP were not recognized in the CIP jurisprudence. This conclusion is similarly apparent from the respondents’ initial reliance on JCP cases to support CIP.

(b) *Expectation Interest as a Rationale for CIP*

[78] Another rationale advanced to support advisory CIP is that of an “expectation interest”. It too was relied upon in *Pitney Bowes*, as is evident from paragraphs 18 and 20:

As mentioned above, in these kinds of cases the real issue is whether the privilege that would originally apply to the documents in dispute has somehow been lost - through waiver, disclosure or otherwise. This is a question of fact that will turn on a number of factors, including the expectations of the parties and the nature of the disclosure....

...

[77] Bien que deux avis juridiques distincts aient été donnés à des clients différents, les faits indiquent qu’il y a eu recours aux services d’un seul avocat qui était chargé de fournir des avis pour lesquels il était entendu qu’ils seraient communiqués aux parties. S’il ne s’agissait pas d’un mandat conjoint, M. Chance n’aurait pas pu, d’un point de vue éthique, représenter toutes les parties en fournissant l’avis. La Cour estime que cette affaire porte sur le secret professionnel conjoint plutôt que sur le secret professionnel de l’avocat, mais que la différence n’a apparemment pas été reconnue par la Cour. Bien que les avis aient été rédigés pour différents clients, ils l’ont été avec l’intention de les communiquer. Comme la Cour l’a mentionné au paragraphe 22 : « Les avis ont été préparés en vue de leur distribution ». La relation de clients conjoints a toujours été considérée comme étant conforme au principe du secret professionnel de l’avocat, comme on le verra ci-après. Il y a toutefois lieu de reconnaître qu’avant l’article de la professeure Giesel, la différence entre les conséquences des intérêts communs dans le contexte du secret professionnel conjoint et celles dans le contexte du privilège d’intérêt commun n’était pas reconnue dans la jurisprudence relative au privilège d’intérêt commun. Le fait que les défendeurs se soient initialement fondés sur des affaires relatives au secret professionnel conjoint pour revendiquer un privilège d’intérêt commun semble aussi étayer cette conclusion.

b) *L’attente à titre de justification du privilège d’intérêt commun*

[78] L’« attente » est une autre justification avancée pour appuyer le privilège d’intérêt commun consultatif. Cette justification a aussi été utilisée dans la décision *Pitney Bowes*, ainsi qu’il ressort des paragraphes 18 et 20 :

Comme cela a été mentionné précédemment, dans ces genres d’affaires, la véritable question est celle de savoir si le privilège qui s’appliquerait, au départ, aux documents en litige a été perdu par renonciation, par divulgation ou autre. C’est une question de fait fondée sur un certain nombre de facteurs, y compris les attentes des parties et la nature de la divulgation [...]

[...]

Still, in many commercial transactions, the parties will want to negotiate on the footing of a shared understanding of each other's legal position. They will seek legal advice from reputable solicitors whose opinions will be respected by the other parties. Indeed, the solicitors may represent more than one party to the deal. The sharing of legal opinions will ensure that each party has an appreciation of the legal position of the others and negotiations can proceed in an informed and open way. The advice may be provided for one or more party on the understanding that others should be provided copies. The expectation, whether express or implied, will be that the opinions are in aid of the completion of the transaction and, in that sense, are for the benefit of all parties to it. Such circumstances, in my view, create a presumption that the privilege attaching to the solicitor-client communications remains intact notwithstanding that they have been disclosed to other parties. [Emphasis added.]

[79] Again, the distinguishing facts are important in supporting Justice O'Reilly's reasoning. If all the parties hired the same lawyer creating a joint solicitor-client relationship, the expectation interest is most certainly that of sharing the opinions amongst the allied lawyers. I expect it was likely required in the lawyer's retainer, or that he would have been aware of the parties' intentions to do so. This is an expectation that was likely a duty therefore, as a term of the parties' agreement to "all obtain advice from one legal counsel" [at paragraph 4].

(c) *Other Facets of Advisory CIP Doctrine*

[80] Advisory CIP does not require that there be an agreement in writing to create it (*Sable Offshore Energy Project v. Ameron International Corporation*, 2015 NSCA 8, 354 N.S.R. (2d) 333, at paragraph 68). Considering its scope of application, CIP will extend protection to all parties, including accountants and other professionals, who were within the umbrella of the confidentiality that the parties intended to create as against third parties (*Canada (Minister of National Revenue) v. Welton Parent Inc.*, 2006 FC 67, [2006] 2 C.T.C. 177, at paragraph 67). This is an important consideration when

Néanmoins, dans de nombreuses transactions commerciales, les parties voudront négocier sur la base d'une compréhension mutuelle de la position juridique de l'autre. Elles chercheront à obtenir des avis juridiques auprès d'avocats dignes de confiance dont les avis seront respectés par les autres parties. D'ailleurs, il se peut que les avocats représentent plus d'une partie à la transaction. La communication des avis juridiques garantit que chaque partie comprend la position juridique des autres et que les négociations peuvent se dérouler ouvertement et en connaissance de cause. Les conseils peuvent être fournis à une ou plusieurs parties en sachant que les autres devraient en recevoir une copie. Selon les attentes, expresses ou tacites, les avis juridiques ont pour but d'aider à la réalisation de la transaction et, en ce sens, profitent à toutes les parties à ladite transaction. De telles circonstances créent, à mon avis, une présomption selon laquelle le privilège rattaché aux communications entre client et avocat reste intact malgré la divulgation des avis aux autres parties. [Non souligné dans l'original.]

[79] Encore une fois, les faits permettant d'établir une distinction sont importants pour appuyer le raisonnement du juge O'Reilly. Si toutes les parties avaient engagé le même avocat, créant ainsi une relation conjointe avocat-client, elles s'attendaient très certainement à ce que les avis juridiques soient échangés parmi les avocats alliés. Je suppose que cela était probablement exigé dans le mandat de l'avocat, ou qu'il aurait été au courant de l'intention des parties de le faire. Il s'agit d'une attente qui était probablement une obligation et qui, par conséquent, faisait sans doute partie des conditions de l'entente entre les parties « [d'obtenir des] conseils juridiques [...] auprès d'un même avocat » [au paragraphe 4].

c) *Autres facettes du principe du privilège d'intérêt commun consultatif*

[80] La constitution du privilège d'intérêt commun consultatif n'exige pas l'existence d'une entente écrite (*Sable Offshore Energy Project v. Ameron International Corporation*, 2015 NSCA 8, 354 N.S.R. (2d) 333, au paragraphe 68). Compte tenu de son champ d'application, le privilège d'intérêt commun étendra la protection à toutes les parties, y compris aux comptables et autres professionnels, qui sont protégées par la confidentialité que les parties voulaient créer à l'égard des tiers (*Canada (Ministre du Revenu national) c. Welton Parent Inc.*, 2006 CF 67, au paragraphe 67). Il s'agit

assessing the scope of the communications that advisory CIP protects.

- (2) The Abacus Memo is protected by CIP in accordance with *Pitney Bowes*

[81] The parties' actions are consistent with the basis of CIP relating to the creation of certain business partnerships as described in the reasoning in *Pitney Bowes*. Abacus and IGHI clearly agreed that no waiver of privilege would arise from their lawyers trading the legal opinions and views forming the memo. The memo reflected the work of the parties in arriving at a structure of the transaction intended to minimize tax exposure and was obviously to the mutual benefit of both parties. The respondents argue that this in fact was the basis for their business deal, as there was no negotiation on the price or number of shares etc. As well, the memo contained a statement that the CRA might seek disclosure of the memo, but that its protection by CIP was a condition of its exchange between the parties.

- (a) *The parties are not adverse in interest regarding the common interest*

[82] The Minister argued that the parties were adverse in their legal interests, each being on the other side of a purchase and sale arrangement. For that reason, a common interest of the parties in the negotiation and closing of the commercial transaction would not provide a common legal interest as a basis for sharing privileged information without being seen as waiving the privilege.

[83] I do not agree with this submission. While it is true that the parties to a purchase and sale agreement are generally adverse in interest, when they are working cooperatively to reduce taxes payable on the sale of shares, the two parties share a common interest with regard to

d'une considération importante lorsqu'on évalue la portée des communications protégées par le privilège d'intérêt commun consultatif.

- 2) La note de service Abacus est protégée par le privilège d'intérêt commun conformément à la décision *Pitney Bowes*

[81] Les actes des parties sont conformes au fondement du privilège d'intérêt commun relatif à la création de certains partenariats commerciaux, comme il est décrit dans le raisonnement de la décision *Pitney Bowes*. Abacus et IGHI ont clairement convenu que l'échange des avis juridiques et des points de vue constituant la note de service entre leurs avocats ne constituerait pas une renonciation au privilège. La note de service reflétait le travail des parties pour parvenir à une structure de l'opération qui visait à minimiser l'impôt à payer et était, de toute évidence, à l'avantage mutuel des deux parties. Les défendeurs soutiennent qu'il s'agit là en fait du fondement de leur entente commerciale, car il n'y a eu aucune négociation sur le prix ou le nombre d'actions, etc. De plus, la note de service contenait une déclaration selon laquelle l'ARC pouvait demander la communication de celle-ci, mais que sa protection par le privilège d'intérêt commun était une condition de son échange entre les parties.

- a) *Les parties n'ont pas d'intérêts opposés en ce qui concerne l'intérêt commun*

[82] Le ministre a fait valoir que les parties avaient des intérêts juridiques opposés, chacune étant d'un côté opposé de l'entente de vente et d'achat. Pour cette raison, un intérêt commun des parties dans la négociation et la réalisation de l'opération commerciale ne créerait pas un intérêt juridique commun servant de fondement pour échanger des renseignements privilégiés sans que cela soit considéré comme une renonciation au privilège.

[83] Je ne souscris pas à cette thèse. Bien qu'il soit vrai que les parties à une entente de vente et d'achat ont généralement un intérêt opposé, lorsqu'elles travaillent en collaboration pour réduire l'impôt payable sur la vente des actions, les deux parties partagent un

that legal issue. The Abacus memo related only to that issue because legal opinions drove the transaction. This is similar to the facts in *Pitney Bowes*, where at paragraph 4 it was noted that “multiple parties needed legal advice in areas where their interests were not adverse” and for the goal of “[h]aving the transaction concluded” [at paragraph 16].

(b) *The common interest is a “legal concern”*

[84] The applicant argued that the Court should adopt the American approach, by which the common interest must be a “legal concern”. The Minister submitted that Abacus and IGHI essentially share only “common commercial interest in closing the deal” and that the interest is not therefore essentially legal.

[85] Given my preceding remarks, I disagree with the factual foundation for this argument. But even so, I am satisfied that the American case law cited by the applicant supports the application of the CIP doctrine in this matter.

[86] In the decision of *Bank Brussels Lambert*, the United States District Court for the Southern District of New York concluded at pages 446 and 447 that the doctrine applied to situations where parties are represented by separate counsel but engage in a common legal enterprise. The Court [in *Bank Brussels Lambert*] used the example of a situation ““where a joint defense effort or strategy has been decided upon and undertaken by the parties and their respective counsel””, but distinguished the situation because litigation was not anticipated. Given that the applicant accepted that *Teleglobe* appears to represent the law in Canada, that applied CIP beyond litigation-related contexts, the *ratio* of the *Bank Brussels Lambert* is not applicable in Canada. This is the first Canadian decision that concludes that CIP should be limited to litigation-related matters.

intérêt commun à l’égard de cette question juridique. La note de service Abacus ne portait que sur cette question puisque des avis juridiques sous-tendaient l’opération. Les faits sont similaires à ceux dans la décision *Pitney Bowes*, où, au paragraphe 4, il a été mentionné que « plusieurs parties avaient besoin de conseils juridiques dans des domaines où leurs intérêts n’étaient pas opposés » en vue « de voir la transaction s’effectuer » [au paragraphe 16].

b) *L’intérêt commun est une « préoccupation juridique »*

[84] Le demandeur a soutenu que notre Cour devrait adopter l’approche américaine, selon laquelle l’intérêt commun doit être une « préoccupation juridique ». Le ministre a fait valoir qu’Abacus et IGHI ne partageaient essentiellement qu’un [TRADUCTION] « intérêt commercial commun à l’égard de la réalisation de l’opération » et que cet intérêt n’était donc pas essentiellement juridique.

[85] Vu mes remarques précédentes, je ne suis pas d’accord avec le fondement factuel de cet argument. Or, même si je l’étais, je suis convaincu que la jurisprudence américaine citée par le demandeur appuie l’application du principe de privilège d’intérêt commun en l’espèce.

[86] Dans la décision *Bank Brussels Lambert*, la Cour de district des États-Unis pour le district Sud de New York a conclu, aux pages 446 et 447, que le principe s’appliquait aux cas où les parties sont représentées par des avocats distincts, mais qui participent à une entreprise juridique commune. La Cour [dans la décision *Bank Brussels Lambert*] a utilisé l’exemple d’une situation [TRADUCTION] « “où une défense ou une stratégie commune avait été établie et déployée par les parties et leur avocat respectif” », en distinguant la situation parce qu’aucun procès n’était prévu. Étant donné que le demandeur a reconnu que la décision *Teleglobe* semble représenter le droit au Canada, qui applique le privilège d’intérêt commun au-delà des contextes de litige, le fondement de la décision *Bank Brussels Lambert* ne s’applique pas au Canada. Il s’agit de la première décision canadienne qui conclut que le privilège d’intérêt commun ne devrait s’appliquer que dans les cas de litige.

[87] In any event, the Court [in *Bank Brussels Lambert*] discussed what it considered the more “troublesome question”, where entities have “parallel interests but are not actively pursuing a common legal strategy”, stating at page 447 as follows:

More troublesome is the question of whether the doctrine can be stretched to apply to communications between entities that have parallel interests but are not actively pursuing a common legal strategy. In its most extreme form, this version of the common interest doctrine has been described as follows:

A community of interest exists among different persons or separate corporations where they have an identical legal interest with respect to the subject matter of a communication between an attorney and a client concerning legal advice. The third parties receiving copies of the communication and claiming a community of interest may be distinct legal entities from the client receiving the legal advice and may be a non-party [*sic*] to any anticipated or pending litigation. The key consideration is that the nature of the interest be identical, not similar, and be legal, not solely commercial. The fact that there may be an overlap of a commercial and a legal interest for a third party does not negate the effect of the legal interest in establishing a community of interest.

Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146 (D.S.C. 1975), 1172.

In practice, however, the *Duplan* court required more than merely concurrent legal interests. Although the court found that a communication with a non-party that was contractually obligated to be the party’s legal patent advisor fell within the common interest doctrine, it held that disclosure to the exclusive licensee of the party’s patent constituted a waiver. *Id.* at 1175.

The common interest doctrine, then, has both a theoretical and a practical component. In theory, the parties among whom privileged matter is shared must have a common legal, as opposed to commercial, interest. In practice, they must have demonstrated cooperation in formulating a common legal strategy. [Emphasis added.]

[87] Dans tous les cas, la Cour [dans la décision *Bank Brussels Lambert*] a examiné ce qu’elle considérait comme la [TRADUCTION] « question la plus problématique », où les entités ont des [TRADUCTION] « intérêts parallèles, mais ne recherchent pas activement une stratégie juridique commune », s’exprimant ainsi à la page 447 :

[TRADUCTION] Plus problématique encore est la question de savoir si le principe pourrait justifier des communications entre des entités qui ont des intérêts parallèles, mais qui ne recherchent pas activement une stratégie juridique commune. Dans sa forme la plus extrême, cette version du principe de l’intérêt commun a été décrite ainsi :

Il existe une communauté d’intérêts parmi des personnes différentes ou des sociétés distinctes lorsqu’elles ont un intérêt juridique identique à l’égard du sujet d’une communication entre un avocat et un client concernant un avis juridique. Les tierces parties qui reçoivent des copies de la communication et qui revendiquent une communauté d’intérêts peuvent être des entités juridiques distinctes du client qui reçoit l’avis juridique et peuvent ne pas être partie à un procès envisagé ou en cours. Le principal facteur à prendre en considération est que la nature de l’intérêt doit être identique et non similaire, et être juridique et pas uniquement commerciale. Le fait qu’il puisse y avoir un chevauchement entre un intérêt commercial et un intérêt juridique pour une tierce partie n’annule pas l’effet de l’intérêt juridique en établissant une communauté d’intérêts.

Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146 (D.S.C. 1975), 1172.

[TRADUCTION] En pratique, toutefois, la Cour exigeait dans la décision *Duplan* plus que des simples intérêts juridiques concomitants. Même si la Cour a conclu qu’une communication avec un tiers qui était contractuellement tenu d’agir comme conseiller juridique en brevets pour la partie relevait du principe de l’intérêt commun, elle a jugé que la divulgation faite au titulaire exclusif du brevet de la partie constituait une renonciation. *Ibid.*, au paragraphe 1175.

Le principe de l’intérêt commun, ainsi, a un volet théorique et un volet pratique. En théorie, les parties qui partagent des informations protégées par le secret professionnel doivent avoir un intérêt juridique commun plutôt qu’un intérêt commercial. En pratique, elles doivent avoir fait preuve de coopération lors de l’élaboration d’une stratégie juridique commune. [Non souligné dans l’original.]

[88] The Court [in *Bank Brussels Lambert*] went on to find at pages 447 and 448 that the plaintiffs could not rely upon the CIP doctrine because “the common interest doctrine does not encompass a joint business strategy which happens to include as one of its elements a concern about litigation.” It continued, “[n]or is there any suggestion that counsel from that firm coordinated its legal efforts with attorneys for any other Bank Group member.”

[89] Even in applying this reasoning that it might be arguable that engaging lawyers for the purpose of having the transaction concluded where there is no joint coordinated legal strategy, it is clear to the Court in this matter that Abacus and the respondents formulated a shared sale transaction based upon a joint legal strategy to complete the transaction and to that end carefully coordinated the legal efforts of their lawyers which ended up defining the nature of the commercial transactions that the parties concluded.

[90] The present situation also falls into the exception in *Bank Brussels Lambert* because, unlike in that decision, the legal issues motivating the share sale transaction structure were not incidental to the memo, but its *raison d’être*. In either case therefore, the memo would be entitled to protection under the CIP doctrine on the basis of the principles enunciated in *Bank Brussels Lambert*, assuming it applied to advisory CIP. I conclude that the American jurisprudence presented to the Court by the applicant is of no assistance in this matter where the parties are represented by separate counsel but “engage in a common legal enterprise” [at page 447].

[91] Besides, more recent American jurisprudence (see e.g. *Shipyards Associates; Teleglobe*) has recognized CIP in circumstances almost identical to those in this matter, which I do not need to describe, inasmuch as I

[88] La Cour [dans la décision *Bank Brussels Lambert*] a par ailleurs conclu aux pages 447 et 448 que les demandeurs ne pouvaient pas se fonder sur le principe du privilège d’intérêt commun parce que [TRADUCTION] « le principe du privilège d’intérêt commun n’englobe pas de stratégie commerciale commune qui, parmi ses éléments, inclut une crainte de litige ». Elle a poursuivi en précisant qu’il [TRADUCTION] « n’y avait pas non plus d’indication que l’avocat de ce cabinet avait coordonné ses efforts juridiques avec les avocats des autres membres du groupe Bank ».

[89] Même en appliquant ce raisonnement selon lequel il pourrait être discutable de recourir à des avocats en vue de réaliser une opération lorsqu’il n’y a pas de stratégie juridique coordonnée commune, il est clair pour notre Cour, en l’espèce, qu’Abacus et les défendeurs ont élaboré une opération de vente commune selon une stratégie juridique commune afin de réaliser l’opération et qu’à cette fin, ils ont coordonné avec soin les efforts juridiques de leurs avocats qui ont fini par définir la nature des opérations commerciales que les parties ont réalisées.

[90] La présente situation relève également de l’exception établie dans la décision *Bank Brussels Lambert*, car, contrairement à cette décision, les questions juridiques qui sous-tendent la structure de l’opération de vente commune n’étaient pas incidentes à la note de service, mais sa raison d’être. Par conséquent, dans les deux cas, la note de service pourrait être protégée par le principe du privilège d’intérêt commun conformément aux principes énoncés dans la décision *Bank Brussels Lambert*, en présumant qu’il s’appliquait au privilège d’intérêt commun consultatif. Je conclus que la jurisprudence américaine que le demandeur a présentée à notre Cour n’est d’aucune utilité en l’espèce, car les parties sont représentées par des avocats différents, mais « participent à une entreprise juridique commune » [à la page 447].

[91] En outre, la jurisprudence américaine plus récente (voir p. ex. *Shipyards Associates; Teleglobe*) a reconnu le privilège d’intérêt commun dans des circonstances presque identiques à celles en l’espèce, que

accept the respondents' argument that CIP in transactional circumstances is strongly implanted in Canadian law and indeed around the common-law world.

[92] Despite the Court's acknowledgment of the challenge it faces in terms of the recognized stature of CIP, it nevertheless is very strongly of the view that CIP is not a valid component of SCP doctrine for the reasons that follow in the next section.

C. Is CIP a Valid Component of the Doctrine of Solicitor-client Privilege?

(1) Introduction

[93] The well-established status of advisory CIP as a feature of SCP in common law countries has been aptly demonstrated by the copious case law provided by the respondents. Recently, however, the article by Professor Giesel and the New York Court of Appeal's decision in *Ambac* reinvigorated the debate on whether advisory CIP is a valid component of the doctrine of SCP. In the United States and Canada, the doctrine arrived under a cloud of confusion with JCP and litigation privilege and has never undergone serious consideration similar to that carried out by Professor Giesel and to some extent in *Ambac*.

[94] In considering the above issue, the Court begins its analysis with an overview of the confusion surrounding the origins of advisory CIP in America and Canada. Second, the Court undertakes an analysis to demonstrate the irreconcilability of CIP with SCP doctrine. This serves as a ground to reject the theory that CIP can be considered to be a defence to the waiver of SCP. Third, the Court considers and rejects the respondents' argument that current Canadian law favours

je n'ai pas besoin de décrire étant donné que je retiens la thèse des défendeurs selon laquelle le privilège d'intérêt commun dans un contexte transactionnel est solidement implanté dans le droit canadien ainsi que dans le monde de la common law.

[92] Même si notre Cour a reconnu le défi relatif à l'envergure du privilège d'intérêt commun, elle croit néanmoins fermement que le privilège n'est pas une composante valide du principe du secret professionnel de l'avocat pour les motifs exposés dans la prochaine partie.

C. Le privilège d'intérêt commun est-il une composante valide du principe du secret professionnel de l'avocat?

1) Introduction

[93] Le statut bien établi du privilège d'intérêt commun consultatif en tant qu'élément du secret professionnel de l'avocat dans les pays de common law a été bien démontré par l'abondante jurisprudence présentée par les défendeurs. Toutefois, l'article de la professeure Giesel et l'arrêt rendu par la Cour d'appel de New York dans *Ambac* ont récemment relancé le débat sur la question de savoir si le privilège d'intérêt commun consultatif est une composante valide du principe du secret professionnel de l'avocat. Aux États-Unis comme au Canada, le principe est arrivé dans un climat de confusion en même temps que le secret professionnel conjoint et le privilège relatif au litige et n'a jamais fait l'objet d'un examen approfondi comme celui réalisé par la professeure Giesel et, dans une certaine mesure, celui réalisé dans l'arrêt *Ambac*.

[94] En examinant la question susmentionnée, la Cour commence son analyse par un aperçu de la confusion entourant les origines du privilège d'intérêt commun consultatif aux États-Unis et au Canada. Ensuite, elle effectue une analyse afin de démontrer l'incompatibilité du privilège d'intérêt commun avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Cette analyse constitue un motif pour rejeter la théorie selon laquelle le privilège d'intérêt commun peut être considéré comme un

a liberal construction of privilege that would include advisory CIP. Fourth, the emerging rationales for CIP are reviewed and dismissed. This includes the *ad hoc* theories of expectation interest and selective waiver. They too are irreconcilable with the SCP doctrine.

[95] Throughout its analysis, the Court considers the Giesel article and the New York Court of Appeal's decision in *Ambac*, in addition to responding to the respondents' submissions in reply to the Court's directions. Besides its novel CIP cost-benefit analysis and its four to two outcome, it is difficult to ignore the *Ambac* decision, coming as it does from the state of New York, where one can presume the highest number of commercial transactions are completed anywhere in the United States. Given that it has upheld the refusal to recognize advisory CIP along with 12 other States, despite all of the jurisprudence provided by the respondents demonstrating acceptance of the doctrine around the world, the viability of advisory CIP appears to be a very live and unresolved issue.

(2) The Establishment and Recent Expansion of Legal Advisory CIP

(a) *CIP Originated in a Litigation Context in Reliance on Joint Client Principles*

[96] The judicial history of any legal doctrine is important. If there are deficiencies in the reasoning of the evolution of a principle, they will play out in its modern application. I believe this to be the case for advisory CIP. Its principal historical deficiencies in reasoning lie with advisory CIP being thought of as sharing the same

moyen de défense à la renonciation au secret professionnel de l'avocat. Puis, elle examine et rejette la thèse des défendeurs selon laquelle le droit canadien actuel favorisait une interprétation libérale du privilège qui inclurait le privilège d'intérêt commun consultatif. Enfin, les principes émergents du privilège d'intérêt commun sont examinés et rejetés. Cela comprend les théories particulières de l'attente et de la renonciation sélective. Celles-ci sont également incompatibles avec le principe du secret professionnel de l'avocat.

[95] Tout au long de son analyse, notre Cour examine l'article Giesel et la décision de la Cour d'appel de New York dans l'arrêt *Ambac*, en plus de répondre aux observations des défendeurs relativement aux directives de la Cour. Malgré sa nouvelle analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun et sa décision rendue à quatre contre deux, il est difficile d'ignorer l'arrêt *Ambac* puisqu'il a été rendu dans l'État de New York où l'on peut présumer qu'il se réalise le plus grand nombre d'opérations commerciales que n'importe où ailleurs aux États-Unis. Étant donné que l'État a confirmé le refus de reconnaître un privilège d'intérêt commun consultatif comme c'est le cas dans 12 autres États, malgré toute la jurisprudence présentée par les défendeurs démontrant l'acceptation du principe dans le monde, la viabilité du privilège d'intérêt commun consultatif semble être une question très actuelle et non réglée.

2) L'Établissement et le récent élargissement du privilège d'intérêt commun relatif aux consultations juridiques

a) *Le privilège d'intérêt commun tire son origine du contexte des litiges et est fondé sur les principes du secret professionnel conjoint*

[96] L'historique judiciaire du principe est important. S'il existe des lacunes dans le raisonnement de l'évolution d'un principe, elles se répercuteront dans son application moderne. J'estime que c'est le cas du privilège d'intérêt commun consultatif. Les principales lacunes historiques du raisonnement proviennent du fait

purpose and foundation as that of JCP and litigation privilege, when it bears little relation to either, except both also involve a common interest.

[97] Although historically confusion with JCP added to the problem and came first, the essential error in advisory CIP's history, in the Court's view, arose when it was thought to be supported by the same rationale that underlines litigation CIP. In failing to recognize that litigation privilege and SCP are "distinct conceptual animals", advisory CIP was established by coat-tailing on litigation CIP. This allowed the doctrine to be established without a proper analysis of its compatibility with SCP doctrine. A re-evaluation of this issue demonstrates advisory CIP's incompatibility with the SCP doctrine, as well as recognition that CIP provides no benefit to the administration of justice. In fact, it undermines it.

[98] The Giesel article provides a comprehensive analysis of the history of the development of CIP in the United States. Her review, however, does not describe the evolution of advisory CIP from litigation related CIP. Professor Giesel subscribes to the theory that all forms of CIP, not including JCP, should be rejected on the basis of their incompatibility with SCP doctrine. On this point, I respectfully disagree with her, as I find that CIP principles are not irreconcilable with the litigation privilege doctrine. I therefore limit the application of her analysis to advisory CIP, which I agree is incompatible with the SCP doctrine.

que l'on considère que le privilège d'intérêt commun consultatif partage le même objectif et le même fondement que le secret professionnel conjoint et le privilège relatif au litige, alors qu'il n'a presque aucun lien avec l'un ou l'autre, à l'exception que ces derniers se caractérisent par un intérêt commun.

[97] Bien qu'historiquement la confusion avec le secret professionnel conjoint ait exacerbé le problème et soit arrivée en premier, l'erreur fondamentale dans l'histoire du privilège d'intérêt commun consultatif, selon la Cour, est survenue lorsque l'on s'est mis à penser qu'il était fondé sur les mêmes raisons d'être qui sous-tendent le privilège d'intérêt commun relatif au litige. Omettant de reconnaître que le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat sont des « concepts distincts », le privilège d'intérêt commun consultatif a été établi en profitant du succès du privilège d'intérêt commun relatif au litige. Cela a permis d'établir le principe sans effectuer d'analyse appropriée de sa compatibilité avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Une réévaluation de cette question démontre l'incompatibilité du privilège d'intérêt commun consultatif avec le principe du secret professionnel de l'avocat, et reconnaît que le privilège d'intérêt commun n'avantage en rien l'administration de la justice. En fait, il lui nuit.

[98] L'article Giesel présente une analyse exhaustive de l'histoire de la création du privilège d'intérêt commun aux États-Unis. Son examen, cependant, ne décrit pas comment le privilège d'intérêt commun relatif au litige a évolué en privilège d'intérêt commun consultatif. La professeure Giesel souscrit à la théorie voulant que toutes les formes de privilège d'intérêt commun, à l'exception du secret professionnel conjoint, doivent être rejetées en raison de leur incompatibilité avec le principe du secret professionnel de l'avocat. Sur ce point, je ne puis être d'accord avec elle, car j'estime que les principes du privilège d'intérêt commun ne sont pas incompatibles avec le principe du privilège relatif au litige. Je limite donc l'application de son analyse au privilège d'intérêt commun consultatif qui, je suis d'accord, est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat.

[99] This does not mean that the Court concludes issues of JCP are irrelevant to the history or the analysis of advisory CIP. CIP makes its first entry into Canadian law in the Ontario Court of Appeal and at the Supreme Court, in *obiter* in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809 (*Pritchard*), in circumstances of litigation-related joint client relationships. Moreover, as noted, the *Pitney Bowes* decision was also a JCP situation. JCP has definitely confused the discussion of advisory CIP, as evident from the many “CIP” cases that are either litigation-related or joint client situations.

[100] Having voiced my disagreement with one aspect of the Giesel article, I should point out her important contribution to the issues discussed in this decision. Her article is significant for several reasons, in addition to delineating the distinction between CIP and JCP. She also is the first jurist that I am aware of who conducts a cost-benefit analysis on CIP. I believe this may have inspired the judges in *Ambac* to follow suit, including the majority agreeing that the costs of advisory CIP outweigh the benefits. Most importantly however, she demonstrates the incompatibility of (advisory) CIP doctrine with the principles of solicitor-client privilege described by Professor Wigmore. In this respect, she awakens the legal world to the disconnect between SCP theory and advisory CIP. This highlights the absence of any congruity of the different rationales said to justify CIP with the principles of SCP or the administration of justice. These issues are the focus of the Court’s analysis below.

[99] Il ne s’ensuit pas que notre Cour conclut que les questions relatives au secret professionnel conjoint ne sont pas pertinentes dans l’histoire ou l’analyse du privilège d’intérêt commun consultatif. Le privilège d’intérêt commun est apparu la première fois dans le droit canadien à la Cour d’appel de l’Ontario et à la Cour suprême, en remarque incidente, dans l’arrêt *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809 (*Pritchard*), dans le cadre d’un litige relatif aux relations de clients conjoints. En outre, comme il a été mentionné, la décision *Pitney Bowes* concernait aussi une situation faisant intervenir un secret professionnel conjoint. Le secret professionnel conjoint a définitivement apporté de la confusion dans l’examen du privilège d’intérêt commun consultatif, comme il ressort des nombreux cas de « privilège d’intérêt commun » qui portent soit sur le privilège relatif au litige soit sur le secret professionnel conjoint.

[100] Ayant exprimé mon désaccord concernant l’un des aspects de l’article Giesel, je me dois de souligner sa contribution importante aux questions examinées dans la présente décision. Son article est important pour plusieurs raisons, en plus de définir la distinction entre le privilège d’intérêt commun et le secret professionnel conjoint. Elle est également la première juriste qui, à ma connaissance, a réalisé une analyse coûts-avantages du privilège d’intérêt commun. Je crois que cela pourrait avoir inspiré les juges dans l’arrêt *Ambac* à emboîter le pas, y compris les juges majoritaires à confirmer que les coûts du privilège d’intérêt commun consultatif l’emportaient sur les avantages. Plus important encore, elle démontre l’incompatibilité du principe du privilège d’intérêt commun (consultatif) avec les principes du secret professionnel de l’avocat décrits par le professeur Wigmore. À cet égard, elle ouvre les yeux de la communauté juridique sur l’incompatibilité entre la théorie du secret professionnel de l’avocat et le privilège d’intérêt commun consultatif. Cela met en valeur l’absence de congruité des différentes raisons d’être alléguées du privilège d’intérêt commun avec les principes du secret professionnel de l’avocat ou l’administration de la justice. Ces questions sont au cœur de l’analyse ci-dessous de notre Cour.

(b) *Confusion with JCP*

[101] The first recorded occurrence of CIP was in a criminal law matter related in the 1871 Supreme Court of Virginia decision of *Chahoon v. The Commonwealth*, 62 Va. App. 822 (1871) (*Chahoon*). In that case, Mr. Chahoon met with two other defendants and their lawyers in a matter of criminal conspiracy. During the trial, Mr. Chahoon's lawyer sought to question one of the lawyers about what Mr. Chahoon had said at the meeting. The Court concluded that the lawyer was not required to answer the question as a matter of privilege. In reaching its conclusion, the Court offered the following reasons (at pages 841 and 842):

.... And can it make any difference in this case, that he was employed as counsel alone by Sanxay? The parties were jointly indicted for a conspiracy to commit a particular crime, and severally indicted for forging and uttering the same paper. They might have employed the same counsel, or they might have employed different counsel as they did. But whether they did the one thing or the other, the effect is the same, as to their right of communication to each and all of the counsel, and as to the privilege of such communication.

They had the same defence to make, the act of one in furtherance of the conspiracy, being the act of all, and the counsel of each was in effect the counsel of all, though, for purposes of convenience, he was employed and paid by his respective client. [Emphasis added.]

[102] The Court's conclusions in *Chahoon* were thereafter applied and relied upon as the foundation of the privilege. However, there can be no doubt that the Court in *Chahoon* relied upon JCP principles in a situation where clients were being represented by separate counsel, thereby applying the JCP doctrine to a CIP scenario.

[103] Professor Giesel is highly critical of the *Chahoon* decision and disagrees that allied lawyer situations

b) *Confusion avec le secret professionnel conjoint*

[101] Il a été question du privilège d'intérêt commun pour la première fois dans une affaire de droit pénal devant la Cour suprême de la Virginie en 1871, dans l'arrêt *Chahoon v. The Commonwealth*, 62 Va. App. 822 (1871) (*Chahoon*). Dans cet arrêt, M. Chahoon s'était réuni avec deux autres défendeurs et leurs avocats dans une affaire de complot criminel. Durant le procès, l'avocat de M. Chahoon a voulu questionner l'un des avocats au sujet de ce que M. Chahoon avait dit lors de la réunion. La Cour a conclu que l'avocat n'était pas tenu de répondre à la question qui relevait du privilège. Lorsqu'elle a tiré sa conclusion, la Cour a mentionné ce qui suit (aux pages 841 et 842) :

[TRADUCTION] [...] Cela fait-il une différence, en l'espèce, qu'il ait été embauché comme avocat par Sanxay seulement? Les parties étaient accusées conjointement de complot en vue de commettre un crime particulier et gravement accusées d'avoir falsifié et distribué le même document. Elles pourraient avoir eu recours au même avocat, ou elles pourraient avoir retenu les services d'avocats différents, comme c'est le cas. Mais peu importe si elles ont fait l'une ou l'autre de ces choses, l'effet est le même quant à leur droit de communiquer avec tous les avocats et quant au privilège dont fait l'objet ces communications.

Elles avaient la même défense à faire valoir, les agissements de l'une d'entre elles à l'égard du complot étant les agissements de toutes, et l'avocat de chacune des parties étant en effet l'avocat de toutes les parties, bien que, par souci de commodité, il ait été embauché et payé par son client respectif. [Non souligné dans l'original.]

[102] Les conclusions de la Cour dans l'arrêt *Chahoon* ont par la suite été appliquées et invoquées comme fondement du privilège. Cependant, il ne fait aucun doute que la Cour, dans l'arrêt *Chahoon*, s'est fondée sur les principes du secret professionnel conjoint dans une situation où les clients étaient représentés par des avocats différents, appliquant ainsi le principe du secret professionnel conjoint à une situation faisant intervenir le privilège d'intérêt commun.

[103] La professeure Giesel critique sévèrement l'arrêt *Chahoon* et n'est pas d'avis que les situations mettant

as in *Chahoon* are analogous to JCP situations under the doctrine of SCP for a number of reasons outlined below. While the Court agrees with her reasoning, its conclusions are more nuanced. Insofar as CIP was being applied in the field of litigation, I conclude that the *Chahoon* decision is correct, but based on the wrong reasons because of its mischaracterization of the facts of the case to be those of “in effect” a joint client relationship. I believe the correct rationale is that sharing legal advice on a common interest in litigation may be consistent with the strategic adversarial nature of litigation, which is discussed below. Even on this basis however, the Court in *Chahoon* relied on strategic considerations: “They had the same defence to make, the act of one in furtherance of the conspiracy, being the act of all” (at pages 841 and 842).

[104] All communications in a JCP situation are within the solicitor-client relationship and the privilege is coherent with the SCP doctrine. Conversely, the communications in an allied lawyer CIP situation are not limited to those between a lawyer and his or her client seeing as the lawyer does not have a solicitor-client relationship with the other parties who have their own separate counsel. Therefore, to apply the doctrine of SCP to communications in the allied lawyer setting is to protect communications that are not solely between an attorney and the attorney’s client and therefore not essential to the relationship. Such an application of the doctrine of SCP is contrary to its own *raison d’être*, that is encouraging full and frank disclosure of information by the client to the lawyer and by its essential nature being to the benefit of the administration of justice.

[105] Second, the duty of loyalty owed by the lawyer to all joint clients informs the ethical limits of joint

en cause des avocats alliés comme dans l’arrêt *Chahoon* sont semblables aux situations faisant intervenir le secret professionnel conjoint selon le principe du secret professionnel de l’avocat pour plusieurs raisons mentionnées ci-dessous. Bien que notre Cour souscrive à son raisonnement, ses conclusions sont plus nuancées. Dans la mesure où le privilège d’intérêt commun a été appliqué dans le domaine du litige, je conclus que l’arrêt *Chahoon* est correct, mais fondé sur des motifs erronés en raison de la mauvaise qualification des faits de l’affaire, qui ont été considérés comme étant « effectivement » une relation de clients conjoints. Je crois que la justification appropriée est que le partage d’avis juridique sur la base d’un intérêt commun à l’égard d’un litige peut être conforme à la nature contradictoire stratégique des litiges, qui est examinée ci-dessous. Toutefois, même sur cette base, la Cour s’est fondée sur des considérations stratégiques dans l’arrêt *Chahoon* : [TRADUCTION] « Elles avaient la même défense à faire valoir, les agissements de l’une d’entre elles à l’égard du complot étant les agissements de toutes » (aux pages 841 et 842).

[104] Toutes les communications partagées dans un contexte de secret professionnel conjoint se font entre l’avocat et son client, et le privilège est conforme au principe du secret professionnel de l’avocat. En revanche, les communications dans une situation de privilège d’intérêt commun où des avocats sont alliés ne se limitent pas à celles échangées entre un avocat et son client puisque l’avocat n’entretient pas de relation avocat-client avec les autres parties qui ont leur propre avocat. Par conséquent, appliquer le principe du secret professionnel de l’avocat aux communications échangées dans une situation où des avocats sont alliés revient à protéger des communications qui ne se font pas seulement entre un avocat et son client et, par conséquent, ne sont pas essentielles à la relation. Une telle application du principe du secret professionnel de l’avocat va à l’encontre de sa propre raison d’être, qui est de favoriser une communication complète et franche de renseignements entre le client et son avocat et, par sa nature essentielle, de favoriser l’administration de la justice.

[105] Ensuite, le devoir de loyauté de l’avocat envers tous les clients conjoints oriente les limites éthiques de

client representation. This ensures that the lawyer exercises independent judgment on behalf of each client to prevent any risk of adverse impact occurring to any member of the joint client class due to the lawyer's responsibilities to one of the other joint clients. The duty of loyalty requires the lawyer in a joint-client context to ensure that the joint clients consent to the sharing of all the information received by the lawyer. That same duty of loyalty further requires that the lawyer withdraw if one client decides some matter material to the lawyer's representation of the parties should be kept from the other. It is only the client's lawyer who has this duty and whose privileged advice may be relied upon by the client to assist him or her in complying with the law.

[106] Conversely, lawyers working in common interest under a CIP agreement do not owe a duty of loyalty to other lawyers' clients, and thus share no concerns of being in a conflict of interest situation. As such, there are no requirements to share information between all common interest parties. The sharing of information occurs only to the extent that it is in the best interest of the parties to work together on the legal common interest. This distinction between JCP and CIP was noted by the majority in *Ambac*, pointing out that in the joint client situation "the clients indisputably share a complete alignment of interests in order for the attorney, ethically, to represent both parties" (at page 631).

[107] Third, joint client representation adheres to the rationale of SCP, while CIP does not. JCP was recognized as early as 1854 in the decision of *Rice v. Rice*, 53 Ky. 335 (1854) (*Rice*), at pages 335 and 336 to be a form of SCP. Consequently, applying SCP to the joint client representation setting "is not an expansion of the application of the attorney-client privilege from its traditional metes and bounds of the 1800s" (Giesel, at page 523).

la représentation de clients conjoints. Cela permet de veiller à ce que l'avocat exerce un jugement indépendant au nom de chaque client pour prévenir tout risque de répercussion négative à un membre du groupe de clients conjoints découlant des responsabilités de l'avocat envers l'un des autres clients conjoints. Le devoir de loyauté exige que l'avocat qui représente des clients conjoints s'assure que ceux-ci consentent à la communication de tous les renseignements reçus par l'avocat. Ce même devoir de loyauté exige également que l'avocat cesse d'occuper si l'un des clients décide qu'une question qui est essentielle à la représentation des parties par l'avocat ne devrait pas être dévoilée aux autres. Ce devoir ne s'applique qu'à l'avocat, et le client peut se fonder sur les conseils privilégiés de celui-ci pour l'aider à se conformer à la loi.

[106] En revanche, les avocats qui ont un intérêt commun dans le cadre d'une entente visée par le privilège d'intérêt commun ne sont pas tenus à un devoir de loyauté envers les clients des autres avocats et par conséquent, ne s'inquiètent pas de se retrouver en situation de conflit d'intérêts. Ainsi, il n'y a aucune obligation d'échanger des renseignements entre toutes les parties ayant un intérêt commun. L'échange de renseignements ne se fait que dans la mesure où il est dans l'intérêt des parties de travailler ensemble à l'égard d'un intérêt juridique commun. Cette distinction entre le secret professionnel conjoint et le privilège d'intérêt commun a été mentionnée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Ambac*, qui ont fait remarquer que dans une situation de clients conjoints, [TRADUCTION] « les clients partagent incontestablement une parfaite harmonisation des intérêts pour que l'avocat puisse, du point de vue éthique, représenter les deux parties » (à la page 631).

[107] De plus, la représentation de clients conjoints est conforme à la raison d'être du secret professionnel de l'avocat, contrairement au privilège d'intérêt commun. Le secret professionnel conjoint a été reconnu dès 1854 dans la décision *Rice v. Rice*, 53 Ky. 335 (1854) (*Rice*), aux pages 335 et 336, comme étant une forme de secret professionnel de l'avocat. En conséquence, appliquer le secret professionnel de l'avocat à un contexte de représentation de clients conjoints [TRADUCTION] « ne constitue pas un élargissement du champ d'application du

[108] This raises issues as to the source of the statements in *Chahoon* that “nothing can be more certain” and that “all authorities agreed” that JCP applied to the situation (*Chahoon*, at pages 839 and 840). The Court cited no case law in support of this claim. The only explanation for the statement that all the authorities agreed on the point is that the Court mistakenly relied upon the earlier joint client jurisprudence, i.e. *Rice*, to support CIP on the basis that they were “in effect” in the same situation. This is clearly an erroneous view that discarded the fundamental principles of the SCP doctrine. Regrettably, reliance on joint client situations in enabling CIP doctrine continues right up to recent times.

[109] Finally, a common interest is necessary to establish CIP, but is not to establish JCP. The privilege for joint clients is based upon meeting the requirements of SCP, which is subject to stringent rules concerning the lawyer’s duty of loyalty and avoiding being placed in a conflict of interest. The fact that the parties share a common interest is relevant to meeting the ethical requirements for a lawyer to represent joint clients, but is not a requirement of joint client representation. So extensive is the co-mingling of the two principles that Professor Giesel refers to circumstances where CIP doctrine has taken hold and now requires a demonstration of a common interest for JCP to apply, where SCP law does not require it (see Giesel, at pages 524 ff).

[110] Accordingly, this Court agrees that the historical expansion of allied lawyer privilege was “a bit stealthy” (Giesel, at page 511). Professor Giesel notes that in the

privilege du secret professionnel de l’avocat datant des années 1800 » (Giesel, à la page 523).

[108] Cela soulève des questions concernant la source des déclarations dans l’arrêt *Chahoon* selon lesquelles [TRADUCTION] « rien ne peut être plus certain » et [TRADUCTION] « toutes les autorités ont reconnu » que le secret professionnel conjoint s’appliquait à la situation (*Chahoon*, aux pages 839 et 840). La Cour n’a cité aucune jurisprudence à l’appui de cette allégation. La seule explication à la déclaration selon laquelle toutes les autorités s’entendent sur ce point est que la Cour s’est fondée à tort sur la jurisprudence antérieure relative au secret professionnel conjoint, c.-à-d. l’arrêt *Rice*, pour justifier le privilège d’intérêt commun au motif qu’il s’agissait « effectivement » de la même situation. Il s’agit clairement d’un point de vue erroné qui ne tenait pas compte des principes fondamentaux de la théorie du secret professionnel de l’avocat. Malheureusement, jusqu’à récemment, on a continué à se fonder sur des cas de clients conjoints pour justifier la théorie du privilège d’intérêt commun.

[109] Enfin, un intérêt commun est nécessaire pour établir un privilège d’intérêt commun, mais ne l’est pas pour établir un secret professionnel conjoint. Le secret professionnel conjoint est fondé sur le respect des exigences du secret professionnel de l’avocat, qui est assujéti à des règles strictes concernant le devoir de loyauté de l’avocat et l’obligation d’éviter de se trouver en conflit d’intérêts. Le fait que les parties partagent un intérêt commun est pertinent quant aux obligations éthiques d’un avocat qui représentent des clients conjoints, mais ce n’est pas une exigence de ce type de représentation. Le mélange de ces deux principes est si important que la professeure Giesel parle de circonstances où le principe du privilège d’intérêt commun s’est établi et exige maintenant une démonstration d’intérêt commun pour que le secret professionnel conjoint s’applique lorsque le droit du secret professionnel de l’avocat ne l’exige pas (voir Giesel, à la page 524 et suivantes).

[110] Par conséquent, notre Cour convient que l’élargissement historique du privilège relatif aux avocats alliés était [TRADUCTION] « un peu furti[f] » (Giesel, à la

United States, from 1871 until 1942, no further cases involving CIP were reported. Then, between 1942 and 1965, three cases applied *Chahoon*, being *Schmitt v. Emery*, 2 N.W. (2d) 413 (Minn. Sup. Ct.); *Continental Oil Company v. United States*, 330 F. 2d 347 (9th Cir. 1964); and *Hunydee v. United States*, 335 F. 2d 183 (9th Cir. 1965). These cases were all litigation-related, and none recognized that the Court in *Chahoon* had relied on JCP principles as the basis for its decision nor considered whether applying privilege in the allied lawyer situation furthered the goals of, or was in compliance with, the rationale of SCP.

(c) *Litigation CIP is extended to advisory CIP*

[111] Although it is not clear exactly when CIP was applied outside of litigation to advisory legal circumstances, the following description appears to be its most likely evolution. In an article written by Daniel J. Capra (“The Attorney-Client Privilege in Common Representations: Information-Pooling and Problems of Professional Responsibility” (1989), 33 *Trial Lawyer’s Guide* 20 (Capra)), the author annotates the decision of *United States v. Zolin*, 809 F. 2d 1411 (9th Cir. 1987) (*Zolin*) as follows: “clients need not be threatened with litigation for common interest rule to apply; statements protected where clients had a common interest in sorting out the affairs of the Church of Scientology” (at page 21).

[112] In considering the reasons in *Zolin*, it would appear that its actual precursor is in the form of an *obiter* statement from the 1974 decision of the District Court of Maryland in the matter of *Burlington Industries v. Exxon Corp. and Amtech, Inc.*, 65 F.R.D. 26 (Maryland Dist. Ct. 1974) (*Burlington Industries*), which it cited. The decision in *Burlington Industries* is *obiter* because it was a litigation-related matter. The Court in that case appears to have raised the expanded

page 511). La Professeure Giesel indique qu’aux États-Unis, de 1871 à 1942, aucun autre cas mettant en jeu le privilège d’intérêt commun n’a été signalé. Ensuite, entre 1942 et 1965, trois affaires ont appliqué l’arrêt *Chahoon*, soit *Schmitt v. Emery*, 2 N.W. (2d) 413 (Minn. Sup. Ct.) (Cour supérieure du Minnesota); *Continental Oil Company v. United States*, 330 F. 2d 347 (9th Cir. 1964); et *Hunydee v. United States*, 335 F. 2d 183 (9th Cir. 1965). Ces affaires portaient toutes sur des litiges. Aucune n’a reconnu que la Cour s’était fondée, dans l’arrêt *Chahoon*, sur les principes du secret professionnel conjoint pour rendre sa décision, et aucune ne s’est demandé si le fait d’appliquer le privilège dans une situation où des avocats sont alliés faisait avancer les objectifs du secret professionnel de l’avocat ou y était conforme.

(c) *Le privilège d’intérêt commun relatif au litige s’étend au privilège d’intérêt commun consultatif*

[111] Bien que l’on ne sache pas très exactement quand le privilège d’intérêt commun a été appliqué à l’extérieur d’un contexte de litige à des situations de consultation juridiques, la description suivante semble décrire l’évolution la plus probable. Dans un article rédigé par Daniel J. Capra (« The Attorney-Client Privilege in Common Representations : Information-Pooling and Problems of Professional Responsibility » (1989), 33 *Trial Lawyer’s Guide* 20 (Capra)), l’auteur annoté la décision rendue dans *United States v. Zolin*, 809 F. 2d 1411 (9th Cir. 1987) (*Zolin*), ainsi : [TRADUCTION] « les clients n’ont pas à être menacés de litige pour que la règle de l’intérêt commun s’applique; les déclarations sont protégées lorsque les clients ont un intérêt commun à régler les affaires de l’Église de scientologie » (à la page 21).

[112] Si l’on tient compte des motifs énoncés dans la décision *Zolin*, il semblerait que son origine véritable soit sous la forme d’une remarque incidente dans la décision de 1974 de la Cour de district du Maryland dans la décision *Burlington Industries v. Exxon Corp. and Amtech, Inc.*, 65 F.R.D. 26 (Maryland Dist. Ct. 1974) (Cour de district du Maryland 1974) (*Burlington Industries*), que l’article a citée. La décision rendue dans *Burlington Industries* est incidente parce qu’il s’agissait

scope of advisory CIP because the defendants' submissions relied on the recently Proposed *Federal Rules of Evidence* (U.S.), Rule 503(b). The Rule included an extension of privilege to CIP non-litigation circumstances. I cite the brief relevant portions of the reasons in *Burlington Industries*, at paragraph 46, with my emphasis, as follows:

IX. Confidential Communications Between Party's Counsel and Nonparty Third Person with whom Party had a Community of Interest

In plaintiff's categories V, XIII, XVI, and XVII, plaintiff asserts a privilege for confidential communications exchanged between plaintiff's counsel and the representatives of a corporation not a party to the present action. Plaintiff contends that the privilege exists because at the time of the communications plaintiff had a community of interest with respect to the patent in issue. Plaintiff alleges that at the time of the communications in question, plaintiff and Standard Oil Company (Indiana) were joint licensors of patents. The patent in controversy in this action was included in the joint licensing program. Consequently, the joint licensors had a mutual interest in the success of the patent.

Rule 503(b) of the Proposed Federal Rules of Evidence is in accord with the plaintiff's position. It states in part:

“A client has a privilege to refuse to disclose and to prevent any other person from disclosing confidential communications made for the purpose of facilitating the rendition of professional legal services to the client, [(1) between himself or his representative and his lawyer or his lawyer's representative, or (2) between his lawyer and the lawyer's representative, or] (3) by him or his lawyer to a lawyer representing another in a matter of common interest, ... [the remainder of the rule is as follows: “or (4) between representatives of the client or between the client and a representative of the client, or (5) between lawyers representing the client.” (Proposed Federal Rules of Evidence, Rule 503(b), 56 F.R.D. 236 (1973)). [Emphasis added.]

d'une affaire liée à un litige. Dans cette affaire, la Cour semble avoir abordé la portée élargie du privilège d'intérêt commun consultatif parce que les observations des défendeurs étaient fondées sur le paragraphe 503(b) des règles fédérales de preuve récentes (Proposed *Federal Rules of Evidence* (É.-U.)). Cet article prévoyait un élargissement du privilège aux situations non litigieuses faisant intervenir le privilège d'intérêt commun. Je cite ci-après de brèves sections pertinentes des motifs énoncés dans la décision *Burlington Industries*, au paragraphe 46, qui n'étaient pas soulignées dans l'original :

[TRADUCTION] *IX. Communications confidentielles entre l'avocat d'une partie et un tiers non-partie avec qui la partie partageait une communauté d'intérêts*

Dans les catégories V, XIII, XVI et XVII de la plaignante, celle-ci allègue un privilège à l'égard des communications confidentielles échangées entre son avocat et les représentants d'une société non-partie à la présente action. La plaignante prétend que le privilège existe parce qu'au moment des communications, elle partageait une communauté d'intérêts à l'égard du brevet en cause. La plaignante soutient qu'au moment des communications en question, elle et Standard Oil Company (Indiana) étaient des concédantes conjointes de brevets. Le brevet en litige dans la présente action faisait partie du programme conjoint de concession de licences. En conséquence, les concédantes conjointes avaient en commun l'intérêt d'assurer le succès du brevet.

Le paragraphe 503(b) des *Proposed Federal Rules of Evidence* concorde avec la thèse de la plaignante. Il dispose entre autres ceci :

« Un client a le droit de refuser de divulguer et d'empêcher toute autre personne de divulguer des communications confidentielles échangées dans le but de faciliter la prestation de services juridiques professionnels, [(1) entre lui-même ou son représentant et son avocat ou le représentant de son avocat, ou (2) entre son avocat et le représentant de l'avocat, ou] (3) entre lui-même ou son avocat et l'avocat représentant une autre partie dans une affaire d'intérêt commun,... [l'article des règles se poursuit ainsi : ou (4) entre les représentants du client ou entre le client et un représentant du client, ou (5) entre les avocats représentant le client. » (*Proposed Federal Rules of Evidence*, paragraphe 503(b), 56 F.R.D. 236 (1973)). [Non souligné dans l'original.]

[113] The District Court then refers to four cases (including the decisions of *Transmirra Products Corp. v. Monsanto Chemical Company*, 26 F.R.D. 572 (S.D. New York 1960); *Vilastor-Kent Theatre Corp. v. Brandt*, 19 F.R.D. 522 (S.D. New York 1956); and *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturers, Inc.*, 47 F.R.D. 334 (S.D. New York 1969)) where CIP was allowed in situations of anticipated litigation, and comments as follows:

Unlike the nonparty in *Transmirra*, there is no evidence here that Standard Oil (Indiana) has ever been sued in a prior action as a result of the patent now in question. Nor is there any evidence to show that Standard Oil has been threatened with litigation comparable to the threat received by the potential codefendant in *Vilastor*, or the threat of litigation received by the third-party witness in *Stix*. Nevertheless, joint licensors do share a mutual interest in the success of their joint licensing program. Such mutual interest may well necessitate continued communication between the attorneys of the joint licensors. Upon a proper showing of the existence of such joint licensing program, documents prepared by attorneys in anticipation of litigation involving their clients, and exchanged in confidence between attorneys representing the joint licensors, will not lose the protection of the work product doctrine. Unless a proper showing of the need-hardship exception is made, exchange of work product between attorneys for plaintiff and Standard Oil (Indiana) will remain immune from discovery. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[*Burlington Industries*, at paragraphs 47 and 48.]

[114] Thus, while the Court in *Burlington Industries* generally approved of extending CIP to non-litigation circumstances, the facts relate to work product of documents prepared in anticipation of litigation. Thus, only did litigation CIP come into existence by being confused with JCP, it then passed from the litigation field as *obiter* in anticipated litigation circumstances, based on an unsupported evidentiary rule proposed by a bar association, which was partially and unnecessarily relied upon.

[113] La Cour de district mentionne ensuite quatre affaires (y compris les décisions rendues dans *Transmirra Products Corp. v. Monsanto Chemical Company*, 26 F.R.D. 572 (S.D. New York 1960); *Vilastor-Kent Theatre Corp. v. Brandt*, 19 F.R.D. 522 (S.D. New York 1956); et *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturers, Inc.*, 47 F.R.D. 334 (S.D. New York 1969)) où le privilège d'intérêt commun a été autorisé dans des contextes de litige anticipé. Elle a formulé les commentaires suivants :

[TRADUCTION] Contrairement à la non-partie dans la décision *Transmirra*, rien ne prouve en l'espèce que Standard Oil (Indiana) a déjà fait l'objet de poursuites dans une action antérieure du fait du brevet à présent en litige. Rien ne prouve non plus que Standard Oil a été menacée de litige, menace comparable à celle reçue par le codéfendeur potentiel dans *Vilastor*, ou la menace de litige reçue par le témoin tiers dans *Stix*. Néanmoins, les concedantes conjointes partagent un intérêt commun dans la réussite de leur programme conjoint de concession de licences. Un tel intérêt commun peut très bien nécessiter des communications continues entre les avocats des concedantes conjointes. Si l'existence d'un tel programme conjoint de concession de licences est démontrée adéquatement, les documents préparés par les avocats en prévision d'un litige mettant en cause leurs clients et échangés sous le couvert de la confidentialité entre les avocats représentant les concedantes conjointes continueront d'être protégés par le principe relatif au produit du travail de l'avocat. À moins qu'il puisse être démontré que l'exception relative aux difficultés soit nécessaire, le produit du travail échangé entre les avocats pour le compte de la plaignante et de Standard Oil (Indiana) ne peut pas être divulgué. [Non souligné dans l'original; notes en bas de pages omises.]

[*Burlington Industries*, aux paragraphes 47 et 48.]

[114] Ainsi, alors que la Cour dans la décision *Burlington Industries* a généralement approuvé l'extension du privilège d'intérêt commun aux situations non litigieuses, les faits portent sur le produit du travail de l'avocat, soit des documents préparés en prévision d'un litige. Le privilège d'intérêt commun relatif au litige n'est donc apparu que parce qu'il a été confondu avec le secret professionnel conjoint, puis il est passé du contexte des litiges de façon incidente dans des situations de litige anticipé, sur le fondement d'une règle de

[115] The rationale claimed by Capra (at page 20) to support an all-inclusive CIP comprising litigation circumstances was in order to be consistent with Wigmorean SCP doctrine:

The rationale of the common interest rule is consistent with that of the attorney-client privilege. Since the privilege exists to promote full disclosure of the truth between client and attorney, the same principle applies in a common interest situation, which merely multiplies the number of truth-tellers and confidence-receivers. [Emphasis added.]

[116] The Court does not agree with this reasoning, both for its explanation of CIP doctrine applying to litigation-related circumstances, as well as to advisory CIP existing to promote truth between the client and the attorney, when the allegedly beneficial communications are those of a third party, as shall be more particularly described in the Court's analysis below.

(d) *The Recent Explosion of CIP Cases*

[117] Professor Giesel has also raised alarm at what she describes as “the recent explosion” of CIP cases. She complains that the expansion has occurred without any court critically considering the *Chahoon* decision in the intervening years. She claims that courts in the last 40 years, likewise, have accepted the general notion that SCP protects communications arising in an allied lawyer situation. These courts have simply not looked back to critically analyze the *Chahoon* precedent. The import of the error is magnified by the fact that courts are now bombarded by many more such claims. In retrospect, the time for critical consideration of a significant expansion of privilege law was when litigation CIP was adopted as a basis for advisory CIP—when first established as constituent of SCP.

preuve non étayée proposée par une association juridique qui a été utilisée partiellement et inutilement.

[115] La justification invoquée par Capra (à la page 20) pour appuyer un privilège d'intérêt commun global comprenant les situations de litige visait à se conformer au principe de Wigmore relatif au secret professionnel de l'avocat :

[TRADUCTION] La raison d'être de la règle de l'intérêt commun est conforme à celle du privilège du secret professionnel de l'avocat. Comme le privilège a pour but de favoriser une communication intégrale de la vérité entre le client et son avocat, le même principe s'applique dans une situation d'intérêt commun, qui ne fait que multiplier le nombre de personnes qui révèlent la vérité et de personnes qui reçoivent les confidences. [Non souligné dans l'original.]

[116] Notre Cour n'est pas d'accord avec ce raisonnement, tant en ce qui concerne l'explication selon laquelle le principe du privilège d'intérêt commun s'applique aux situations de litige qu'en ce qui concerne l'explication selon laquelle le privilège d'intérêt commun consultatif vise à favoriser la vérité entre le client et son avocat lorsque les communications que l'on prétend utiles sont celles d'un tiers, comme notre Cour le décrira plus précisément dans son analyse ci-dessous.

d) *L'explosion récente du nombre d'affaires portant sur le privilège d'intérêt commun*

[117] La professeure Giesel a également sonné l'alarme quant à ce qu'elle décrit comme une [TRADUCTION] « explosion récente » du nombre d'affaires portant sur le privilège d'intérêt commun. Elle soutient que cette augmentation a eu lieu sans qu'aucun tribunal n'examine attentivement la décision *Chahoon* durant les années intermédiaires. Elle affirme qu'au cours des 40 dernières années, les tribunaux ont également accepté l'idée générale selon laquelle le secret professionnel de l'avocat protège les communications échangées dans les situations où des avocats s'allient. Ces tribunaux ont simplement omis de se tourner vers le passé pour analyser attentivement le précédent de la décision *Chahoon*. L'importation de cette erreur est amplifiée par le fait que les tribunaux sont maintenant bombardés de nombreuses

[118] In support of her description of CIP’s expansion as a “recent explosion of cases” in American law, she notes that in the decade spanning 1970 to 1979, only 5 published cases involved claims of privilege in an allied lawyer setting. In the decade from 2000 to 2009, 168 published cases had claims of allied lawyer client privilege.

[119] As was noted by the majority in *Ambac* (at page 632), “one treatise has observed that the common interest exception in these jurisdictions ‘is spreading like crabgrass to areas the drafters of the Rejected Rule could have hardly imagined’ (Wright & Graham § 5493 [2015 Supp.]).”

[120] Given that transactional CIP is rationalized by encouraging the “free flow of information” between the allied clients and lawyers, the expansion that this represents to the costs to the administration of justice in obstructing the introduction of large amounts of relevant evidence is obviously significant. The Court suspects that the reported cases raising issues of advisory CIP are only a tiny fraction of those where the privilege is being used in conjunction with the everyday advice provided by commercial lawyers negotiating a commercial transaction where there exists a common interest of having the transaction concluded.

affaires de ce genre. En rétrospective, le moment où il aurait fallu procéder à un examen essentiel de l’élargissement considérable du droit du privilège était lorsque le privilège d’intérêt commun relatif au litige a été adopté comme fondement du privilège d’intérêt commun consultatif, soit lorsqu’il a été considéré pour la première fois comme un élément du secret professionnel de l’avocat.

[118] À l’appui de sa description de l’élargissement du privilège d’intérêt commun sous forme [TRADUCTION] d’« explosion récente du nombre d’affaires » dans le droit américain, elle indique que durant la décennie de 1970 à 1979, seulement 5 décisions publiées visaient une prétention au privilège dans un contexte ou des avocats s’étaient alliés. Entre 2000 et 2009, 168 décisions publiées portaient sur une prétention au privilège relatif à des avocats alliés.

[119] Comme l’ont mentionné les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* (à la page 632), [TRADUCTION] « l’un des traités a observé que l’exception de l’intérêt commun dans ces administrations “se répand comme de la mauvaise herbe jusqu’à des zones que les rédacteurs de la règle rejetée n’auraient même pas pu imaginer” (Wright & Graham, au paragraphe 5493 [2015 Supp.]) ».

[120] Étant donné que le privilège d’intérêt commun transactionnel se justifie par l’incitation au « libre échange de renseignements » entre des clients et des avocats alliés, l’augmentation que cela représente en ce qui concerne les coûts pour l’administration de la justice parce qu’il empêche l’introduction de grandes quantités d’éléments de preuve pertinents est, de toute évidence, considérable. La Cour soupçonne que les cas signalés qui portent sur le privilège d’intérêt commun consultatif ne représentent qu’une petite fraction des cas où le privilège est utilisé conjointement avec l’avis quotidien fourni par les avocats d’affaires qui négocient une opération commerciale lorsqu’il existe un intérêt commun à l’égard de la réalisation de l’opération.

(e) *Canada Has Adopted American Jurisprudence on CIP Similarly in a Litigation and JCP Context*

[121] The respondents rely upon the Supreme Court of Canada's decision in *Pritchard* for the proposition that merely sharing a common goal is sufficient to create CIP. I set out the short passage from *Pritchard*, at paragraphs 22 to 25 in reference to a CIP:

B. *The Common Interest Exception*

The appellant submitted that solicitor-client privilege does not attach to communications between a solicitor and client as against persons having a "joint interest" with the client in the subject-matter of the communication. This "common interest", or "joint interest" exception does not apply to the Commission because it does not share an interest with the parties before it. The Commission is a disinterested gatekeeper for human rights complaints and, by definition, does not have a stake in the outcome of any claim.

The common interest exception to solicitor-client privilege arose in the context of two parties jointly consulting one solicitor. See *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A., at p. 245:

The authorities are clear that where two or more persons, each having an interest in some matter, jointly consult a solicitor, their confidential communications with the solicitor, although known to each other, are privileged against the outside world. However, as between themselves, each party is expected to share in and be privy to all communications passing between each of them and their solicitor. Consequently, should any controversy or dispute arise between them, the privilege is inapplicable, and either party may demand disclosure of the communication...

The common interest exception originated in the context of parties sharing a common goal or seeking a common outcome, a "selfsame interest" as Lord

e) *Le Canada a adopté la jurisprudence américaine sur le privilège d'intérêt commun semblablement dans un contexte de privilège relatif au litige et de secret professionnel conjoint*

[121] Les défendeurs invoquent la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Pritchard* pour faire valoir que le simple fait de partager un but commun est suffisant pour créer un privilège d'intérêt commun. Je reprends un court passage de l'arrêt *Pritchard*, aux paragraphes 22 à 25, concernant le privilège d'intérêt commun :

B. *L'exception fondée sur un intérêt commun*

L'appelante prétend que le privilège avocat-client ne peut empêcher la divulgation d'une communication à une personne ayant, avec le client en question, un « intérêt commun » quant à l'objet de la communication. L'exception fondée sur l'« intérêt commun » ne s'applique pas à la Commission puisque ses intérêts ne coïncident pas avec ceux des personnes qui se présentent devant elle. Le rôle de la Commission, à l'égard des plaintes relatives aux droits de la personne, demeure celui d'un gardien impartial, et par définition, elle n'a pas d'intérêt dans le dénouement d'une affaire.

L'exception fondée sur l'intérêt commun a été invoquée à l'encontre du privilège avocat-client dans une affaire où les deux parties avaient consulté ensemble un avocat. Voir *R. c. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221 (C.A. Ont.), le juge Martin, p. 245 :

[TRADUCTION] Il ressort de la jurisprudence que lorsqu'une question présente un intérêt pour deux personnes ou plus qui consultent de concert un avocat, leurs communications confidentielles avec l'avocat, même si elles leur sont connues, bénéficient d'un privilège vis-à-vis des tiers. Toutefois, en ce qui concerne les rapports entre les parties, toutes deux sont censées prendre part à toutes les communications intervenant entre elles et leur avocat et en être informées. Par conséquent, si une controverse ou un différend vient à les opposer, le privilège ne s'applique pas, et l'une ou l'autre peut exiger la divulgation de la communication...

L'exception fondée sur l'intérêt commun est apparue dans un contexte où des parties visant un même objectif ou cherchant à obtenir un même résultat possédaient

Denning, M.R., described it in *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.), at p. 483. It has since been narrowly expanded to cover those situations in which a fiduciary or like duty has been found to exist between the parties so as to create common interest. These include trustee-beneficiary relations, fiduciary aspects of Crown-aboriginal relations and certain types of contractual or agency relations, none of which are at issue here. [Emphasis added.]

[122] Thus, *Pritchard* describes the origin of CIP as arising in an Ontario criminal decision involving joint client representation by relying on *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221 (Ont. C.A.) (*Dunbar*). It further states that the common interest exception “has since been narrowly expanded” into areas that would also appear to relate to joint clients of a lawyer (*Pritchard*, at paragraph 24).

[123] The only underlying basis that could be argued to extend *Pritchard* to an allied lawyer context could arise from the fact that the decision of *United States v. McPartlin*, 595 F. 2d 1321 (7th Cir. 1979) (*McPartlin*), which *Dunbar* relied upon, was one of allied lawyers working together in a criminal law defence situation. The Court in that matter applied the same reasoning as was used in *Chahoon*: “a project in which Ingram and McPartlin and their attorneys were jointly engaged for the benefit of both defendants” (emphasis added) (*McPartlin*, at page 1336). The lawyers were, of course, not jointly engaged by the clients. One has to assume, therefore, that the court meant that they were “in effect” jointly engaged as the Court found in *Chahoon*.

[124] The respondents argue that the Court in *Pritchard* also recognized an allied lawyer form of privilege by its reference to a passage from Lord Denning’s reasons in *Buttes Gas & Oil v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.), at pages 483 and 484:

[TRADUCTION] un « même intérêt », pour reprendre l’expression employée par le maître des rôles lord Denning dans *Buttes Gas & Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.), p. 483. La portée de cette exception a été quelque peu élargie. En effet, elle s’applique désormais lorsqu’une obligation fiduciaire ou apparentée existant entre les parties a fait naître un intérêt commun. Cela comprend les relations fiduciaire-bénéficiaire, celles entre l’État et les autochtones et certains types de rapports contractuels ou de rapports mandant-mandataire. [Non souligné dans l’original.]

[122] Ainsi, l’arrêt *Pritchard* décrit l’origine du privilège d’intérêt commun comme provenant d’une décision de l’Ontario en matière criminelle où les clients avaient eu recours aux services d’un même avocat en invoquant l’arrêt *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221 (C.A. Ont.) (*Dunbar*). Cette décision précise par ailleurs que l’exception relative à l’intérêt commun « a été quelque peu élargie » afin de s’appliquer à des situations où des clients consultent de concert un avocat (*Pritchard*, au paragraphe 24).

[123] Le seul fondement sous-jacent que l’on pourrait faire valoir pour élargir l’application de l’arrêt *Pritchard* aux situations où des avocats s’allient pourrait provenir de la décision *United States v. McPartlin*, 595 F. 2d 1321 (7th Cir. 1979) (*McPartlin*), sur laquelle s’appuie l’arrêt *Dunbar*, qui portait sur une situation où des avocats s’étaient alliés et travaillaient ensemble à une défense en droit pénal. Dans cette affaire, la Cour a appliqué le même raisonnement que dans l’arrêt *Chahoon* : [TRADUCTION] « un projet dans lequel Ingram et McPartlin et leurs avocats étaient engagés ensemble, au bénéfice des deux défendeurs » (non souligné dans l’original) (*McPartlin*, au paragraphe 1336). Évidemment, les avocats n’étaient pas engagés par le même client. Il y a donc lieu d’assumer que la Cour voulait dire qu’ils étaient « effectivement » engagés ensemble comme la Cour l’a conclu dans l’arrêt *Chahoon*.

[124] Les défendeurs soutiennent que, dans l’arrêt *Pritchard*, la Cour a également reconnu une forme de privilège relatif aux avocats alliés en faisant mention d’un passage des motifs de lord Denning dans l’arrêt *Buttes Gas & Oil v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.), aux pages 483 et 484 :

There is a privilege which may be called a “common interest” privilege. That is a privilege in aid of anticipated litigation in which several persons have a common interest. It often happens in litigation that a plaintiff or defendant has other persons standing alongside him who have the selfsame interest as he and who have consulted lawyers on the selfsame points as he but who have not been made parties to the action....

In all such cases I think the courts should, for the purpose of discovery, treat all the persons interested as if they were partners in a single firm or departments in a single company. Each can avail himself of the privilege in aid of litigation. Each can collect information for the use of his or the other’s legal adviser. [Emphasis added.]

[125] As I understand the respondents’ argument, they contend that Lord Denning stated that common interest privilege may apply to multiple clients and multiple lawyer scenarios. I find however, that Lord Denning’s comments resemble those in *Chahoon* “in effect” treating all persons as if partners in a single firm. Moreover, the comments were made in a situation where the privilege was “in aid of anticipated litigation”.

[126] In conclusion, the admittedly numerous cases cited by the respondents simply confirm that the allied lawyer component of CIP has entered Canada under the guise of its similarity to JCP in litigation situations. Before this Court, the leading case was also a JCP fact situation, while neither the Federal Court of Appeal, nor the Supreme Court of Canada, or indeed any court including the *Ambac* court, has yet to fully consider the substantive issues that advisory CIP raises. This will be the first case that attempts to fulfill that very long overdue task.

[TRADUCTION] Il existe un privilège que l’on peut appeler privilège « d’intérêt commun ». Il s’agit d’un privilège qui vise à faciliter un litige anticipé à l’égard duquel plusieurs personnes partagent un intérêt commun. Il arrive souvent dans un litige qu’un demandeur ou un défendeur ait à ses côtés d’autres personnes, qui partagent le même intérêt que lui et qui ont consulté des avocats sur les mêmes points que lui, mais que ces autres personnes n’aient pas été nommées parties à l’action [...]

Dans tous ces cas, je crois que les tribunaux devraient, à des fins de communication préalable, traiter toutes les personnes intéressées comme si elles étaient des partenaires dans un seul cabinet ou des services d’une seule compagnie. Chacune peut se prévaloir du privilège en vue du litige. Chacune peut recueillir des renseignements que son conseiller juridique ou celui d’une autre partie peut utiliser. [Non souligné dans l’original.]

[125] D’après ce que je comprends de l’argument des défendeurs, ils soutiennent que lord Denning a déclaré que le privilège d’intérêt commun pouvait s’appliquer à des scénarios mettant en cause plusieurs clients et plusieurs avocats. Cependant, je suis d’avis que les commentaires formulés par lord Denning ressemblent à ceux énoncés dans l’arrêt *Chahoon*, traitant « effectivement » toutes les personnes comme si elles étaient des partenaires dans un seul cabinet. En outre, les commentaires ont été formulés dans une situation où le privilège visait à « faciliter un litige anticipé ».

[126] En conclusion, il est vrai que le grand nombre de causes citées par les défendeurs confirme simplement que le volet applicable aux avocats alliés du privilège d’intérêt commun est arrivé au Canada sous le couvert de sa similarité avec le secret professionnel conjoint dans un contexte de litige. La décision de principe rendue par notre Cour visait aussi une situation factuelle mettant en cause le secret professionnel conjoint, tandis que ni la Cour d’appel fédérale, ni la Cour suprême du Canada, ni aucune autre cour, y compris la cour qui a tranché l’arrêt *Ambac*, n’a encore examiné pleinement les questions de fond que soulève le privilège d’intérêt commun consultatif. La présente affaire sera donc la première qui tente d’accomplir une tâche qui aurait dû être réalisée il y a bien longtemps.

(f) *Chahoon Continues to be erroneously relied upon in Advisory CIP Cases*

[127] *Chahoon* continues to be recognized and applied as the foundation for the exception to waiver acting to terminate SCP where clients share a common interest. For, example, the respondents have noted from the recent decision of *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, 230 F.R.D. 398 (D. Maryland 2005) (*Neuberger*) that CIP originated in the *Chahoon* criminal law case when charges were laid against co-accused. I find that its argument confirms the confused adoption of advisory CIP, via both criminal law and JCP references. I cite the respondents' submission to the Court's first Direction, at paragraph 2.4:

2.4 CIP originated in cases where criminal charges were laid against two or more accused persons, each of whom retained a lawyer, who then collaborated with each other in defending their individual clients. See *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, [(2005), 230 F.R.D. 398 (US Dt. Ct.)] where the Court said

The joint defense or common interest doctrine has its origins in the criminal law, where multiple defendants, each having separate counsel, share information to effect a united defense. [Obviously referring to *Chahoon*] The doctrine has, however, been extended to civil matters. *Id.* at 248-249; *Duplan Corp. v. Deering Milliken* (“The ‘common interest’ arrangement permits the disclosure of a privileged communication without waiving the privilege, provided the parties have ‘an identical legal interest with respect to the subject matter of the communication.’”) [Emphasis added.]

[128] At paragraph 2.5 of their submissions, based on the decision in *Neuberger*, the respondents argue that “[i]t is highly unlikely that either Wigmore or the Court

f) *L'arrêt Chahoon continue d'être invoqué à tort dans des affaires de privilège d'intérêt commun consultatif*

[127] L'arrêt *Chahoon* continue d'être reconnu et appliqué comme fondement de l'exception à la renonciation servant à mettre fin au secret professionnel de l'avocat lorsque les clients partagent un intérêt commun. Par exemple, les défendeurs ont fait remarquer que dans la décision récente *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, 230 F.R.D. 398 (D. Maryland 2005) (*Neuberger*), le privilège d'intérêt commun tirait son origine de la cause de droit pénal de l'arrêt *Chahoon* où des accusations ont été portées contre des coaccusés. Je conclus que cet argument confirme l'adoption confuse du privilège d'intérêt commun consultatif, par l'entremise de références à des causes de droit pénal et portant sur le secret professionnel conjoint. Je cite l'observation présentée par les défendeurs en réponse à la première directive de la Cour, au paragraphe 2.4 :

[TRADUCTION] 2.4 Le privilège d'intérêt commun tire son origine des affaires où des accusations criminelles ont été portées contre au moins deux personnes, chacune ayant retenu les services d'un avocat et ces avocats ayant collaboré pour défendre leur client respectif. Voir *Neuberger Berman Real Estate Income Fund, Inc. v. Lola Brown Trust No. 1B2*, [(2005), 230 F.R.D. 398 (US Dt. Ct.)] où la Cour s'est exprimée ainsi :

Le principe de la défense conjointe ou de l'intérêt commun provient du droit pénal où de nombreux défendeurs, chacun ayant retenu les services d'un avocat distinct, s'échangent de l'information pour mettre en place une défense commune. [Faisant de toute évidence référence à l'arrêt *Chahoon*] Le principe a cependant été élargi aux affaires civiles. *Ibid* aux paragraphes 248 et 249; *Duplan Corp. v. Deering Milliken* ([TRADUCTION] « L'entente d'“intérêt commun” permet la divulgation d'une communication privilégiée sans avoir à renoncer au privilège, à condition que les parties aient un “intérêt juridique identique à l'égard de l'objet de la communication” ».) [Non souligné dans l'original.]

[128] Au paragraphe 2.5 de leurs observations, se fondant sur la décision *Neuberger*, les défendeurs soutiennent qu'[TRADUCTION] « il est très improbable que

in *Duplan* meant to overturn or discard CIP’s historical foundation”. However, the respondents first undercut their own argument, when at paragraph 2.7 of these submissions, they acknowledge that *Duplan* was a case “involving multiple legal entities in the same corporate group or community retaining the same law firm”, i.e. therefore, applying *Chahoon*, a criminal CIP case, to a JCP situation. This is a good example of the confusion reigning referred to by Professor Giesel involving CIP and JCP, but this time operating in the opposite direction—where the respondents rely on a (litigation) CIP case to confirm a transactional JCP decision, although the latter is a long-recognized constituent of American SCP law since 1854 in *Rice*.

[129] More importantly, it appears from research conducted after the responses to the Court’s specific direction requesting submissions on the point, that Wigmore did indeed consider the *Chahoon* decision and rejected it as apparently “unsound” (John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Vol. IV (Boston: Little, Brown, and company, 1923), at § 2328, footnote 2. See also John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Vol. V (Boston: Little, Brown and company, 1923), at § 2328, footnote 3):

1871, *Chahoon v. Com.*, 21 Gratt. Va. 822,835 (C.J.S. and R.S., being jointly indicted for conspiracy, met for consultation with counsel; each had a counsel, but C.’s was absent; L. was counsel for R.S.; at the trial, R.S. having testified to a statement of C. at the meeting, C. called L. to testify to C.’s statement; but L. claimed the privilege; held, that L. could not testify without a waiver by

Wigmore, ou la Cour dans la décision *Duplan*, ait eu l’intention d’infirmier ou de rejeter le fondement historique du privilège d’intérêt commun ». Cependant, les défendeurs ont d’abord miné leur propre argument en reconnaissant au paragraphe 2.7 de leurs observations que l’arrêt *Duplan* était une affaire [TRADUCTION] « touchant plusieurs personnes morales du même groupe de sociétés ou de la même communauté d’affaires retenant les services du même cabinet d’avocats » et qui appliquait donc la décision *Chahoon*, une affaire de privilège d’intérêt commun en matière pénale, à un contexte de secret professionnel conjoint. Il s’agit d’un bon exemple de la confusion qui règne entre le privilège d’intérêt commun et le secret professionnel conjoint dont la professeure Giesel a fait mention, mais cette fois-ci, dans le sens opposé. Les défendeurs se fondent sur une affaire relative au privilège d’intérêt commun (relatif au litige) pour confirmer une décision en matière de secret professionnel conjoint dans un contexte transactionnel, même si ce dernier est reconnu depuis longtemps comme un élément du droit américain du secret professionnel de l’avocat depuis l’affaire *Rice* en 1854.

[129] Plus important encore, il semble, d’après les recherches effectuées à la suite des réponses à la directive précise de la Cour qui demandait des observations sur ce point, que Wigmore a effectivement examiné la décision *Chahoon* et l’a rejetée, car elle était apparemment [TRADUCTION] « illogique » (John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2^e éd. vol. IV (Boston : Little, Brown, and company, 1923), au paragraphe 2328, note en bas de page 2. Voir aussi John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2^e éd. vol. V (Boston : Little, Brown, and company, 1923), au paragraphe 2328, note en bas de page 3) :

[TRADUCTION] 1871, *Chahoon v. Com.*, 21 Gratt. Va. 822,835 (C.J.S. et R.S., étant conjointement accusés de complot, se sont réunis afin de consulter un avocat. Chacun avait son propre avocat, mais celui de C. était absent. L. était l’avocat de R.S. Au procès, comme R.S. avait fait état d’une déclaration de C. lors de cette réunion, C. a appelé L. à témoigner quant à cette déclaration,

all three, J.S. having in fact made no waiver; this seems unsound”). [Emphasis added.]

[130] Wigmore recognized that *Chahoon* was not consistent with JCP/SCP principles. The jurisprudence that relies on *Chahoon* and that has accepted advisory CIP has not considered Wigmorean principles. The *Ambac* decision is the exception. Having had the benefit of Professor Giesel’s treatise on CIP, the Majority in *Ambac* was aware that CIP was not—to use its terminology—“co-extensive”, i.e. compatible, with Wigmorean SCP. However, as explained below, the majority in *Ambac* was caught in its own jurisprudential conundrum: it wanted to maintain a distinction between litigation and advisory CIP, while Professor Giesel’s arguments attempt to delegitimize both. As a result, nearly all of Professor Giesel’s conclusions are consigned to the trash bin. Ultimately the majority adopts the *ad hoc* rationale that CIP is a reasonable exemption to waive in the litigation field, but not in non-litigation circumstances.

[131] The Court respectfully concludes that this is the correct result, but on the wrong underlying principle, which should have been that advisory CIP is incompatible with SCP doctrine. The fundamental underlying problem the Court has with *Ambac* is the Court’s failure to distinguish between litigation privilege and SCP. If this distinction had been recognized, advisory CIP should have been rejected because it was irreconcilable with SCP doctrine, thereby leaving litigation CIP unaffected by the decision.

mais L. a invoqué le privilège. Il a été jugé que L. ne pouvait pas témoigner sans que les trois parties renoncent au privilège. J.S. n’ayant pas renoncé au privilège, cela semble illogique ».) [Non souligné dans l’original.]

[130] Wigmore a reconnu que la décision *Chahoon* n’était pas conforme aux principes du secret professionnel conjoint et du privilège d’intérêt commun. La jurisprudence qui se fonde sur la décision *Chahoon* et qui a accepté le privilège d’intérêt commun consultatif ne tenait pas compte des principes de Wigmore. La seule exception est l’arrêt *Ambac*. Ayant bénéficié du traité de la professeure Giesel sur le privilège d’intérêt commun, les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* savaient que le privilège n’avait pas, pour reprendre leur terminologie, la « même étendue », c’est-à-dire qu’il n’était pas compatible avec les principes du secret professionnel de l’avocat de Wigmore. Cependant, comme je l’ai expliqué ci-dessous, les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* étaient pris dans leur propre énigme jurisprudentielle : ils voulaient maintenir une distinction entre le privilège d’intérêt commun consultatif et celui relatif au litige, tandis que les arguments de la professeure Giesel tentaient de discréditer les deux. Par conséquent, presque toutes les conclusions de la professeure Giesel sont mises à la poubelle. En fin de compte, les juges majoritaires adoptent le raisonnement particulier selon lequel le privilège d’intérêt commun est une exception raisonnable à la renonciation en matière de litige, mais ne l’est pas en matière non litigieuse.

[131] La Cour conclut en toute déférence qu’ils ont raison, mais qu’ils se fondent sur le mauvais principe sous-jacent, qui aurait dû être que le privilège d’intérêt commun consultatif est incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat. D’après notre Cour, le problème sous-jacent fondamental de l’arrêt *Ambac* est que la Cour n’a pas établi de distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat. Si cette distinction avait été reconnue, le privilège d’intérêt commun consultatif aurait dû être rejeté parce qu’il était incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat, et la décision n’aurait pas d’incidence sur le privilège d’intérêt commun relatif au litige.

[132] Returning to Professor Wigmore's conclusion that *Chahoon* was "unsound", one must not lose sight of the fact that when Wigmore published his treatise, *Chahoon* was the only reported case of a claim of allied lawyers disclosing privileged information and not waiving their privileges. He could not foresee that the case would foster a new widely applied privilege, nor the confusion that has reigned in doing so. There would be no thought of distinguishing between litigation and SCP privilege, nor any of the arguments that follow below to demonstrate that he was correct in finding that advisory CIP is an unsound privilege doctrine. Nevertheless, Wigmore concluded at the time that, what is now recognized as advisory CIP, was incompatible with SCP, with which conclusion this Court is in entire agreement.

(g) *Jurisprudence Supporting Advisory CIP is Not Determinative of its Legitimacy*

[133] The respondents have argued that because of the very extensive authority supporting advisory CIP, the Court is required to apply these precedents that are so firmly and undeniably established to now be beyond question. I agree that there appears to be an overwhelming acceptance of advisory CIP in the common law world, except in 13 states of the United States of America. It would appear that the privilege has become a common-place element of SCP today, with the debate focused on delimiting and applying its parameters, as was argued by the applicant in this case.

[134] The Court nevertheless concludes that the jurisprudence supporting advisory CIP was established under a cloak of confusion with common interests in JCP and litigation privilege and with very little analysis of the factors and considerations relating to the legitimacy of advisory CIP.

[132] Si l'on revient à la conclusion du professeur Wigmore selon laquelle la décision *Chahoon* était [TRADUCTION] « illogique », il ne faut pas perdre de vue le fait que lorsque Wigmore a publié son traité, la décision *Chahoon* était le seul cas signalé où des avocats alliés avaient divulgué des renseignements privilégiés sans avoir renoncé à leurs privilèges. Il ne pouvait pas prévoir que cette affaire favoriserait un nouveau privilège qui s'appliquerait largement, ni que cela entraînerait de la confusion. Personne n'avait pensé à établir une distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat et aucun des arguments qui suivent n'avait été soulevé pour démontrer qu'il avait raison de juger que le privilège d'intérêt commun consultatif constituait un principe mal fondé en matière de privilège. Néanmoins, Wigmore a conclu à ce moment-là que ce que l'on reconnaît aujourd'hui comme le privilège d'intérêt commun consultatif était incompatible avec le secret professionnel de l'avocat, et notre Cour est entièrement en accord avec cette conclusion.

(g) *La jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas décisive quant à sa légitimité*

[133] Les défendeurs ont soutenu qu'en raison de la jurisprudence très abondante à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif, la Cour est tenue d'appliquer ces précédents qui sont maintenant si indéniablement établis qu'ils ne font plus aucun doute. Je conviens qu'il semble y avoir une acceptation générale du privilège d'intérêt commun consultatif dans la common law, sauf dans 13 États des États-Unis. Il semblerait que le privilège soit devenu un élément commun du secret professionnel de l'avocat aujourd'hui et que le débat vise principalement à délimiter et à appliquer les paramètres, comme l'a soutenu le demandeur en l'espèce.

[134] La Cour conclut néanmoins que la jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun consultatif a été établie sous un voile de confusion avec les intérêts communs du secret professionnel conjoint et du privilège relatif au litige, et que très peu d'analyses ont été effectuées des facteurs et considérations concernant la légitimité du privilège d'intérêt commun consultatif.

[135] To a certain extent the Court also recognizes that the widespread adoption of a rule like advisory CIP may be assisted by an innate tendency of other decision makers not to confront apparent troublesome issues once the doctrine enters mainstream jurisprudence, in this case back in the 1970-80 period. This is best explained by the reasoning of Nobel Peace Prize recipient, Daniel Kahneman, in his book *Thinking Fast and Slow* (Toronto: Anchor Canada, 2013). He described a situation he faced in overturning a postulate of “utility theory” that had “stood the test of time” for over 300 years. His comments at pages 276 and 277 are relevant to the Court’s point of view:

The mystery is how a conception of the utility of outcomes that is vulnerable to such obvious counter examples survived for so long. I can explain it only by a weakness of the scholarly mind that I have often observed in myself. I call it theory-induced blindness: once you have accepted a theory and used it as a tool in your thinking, it is extraordinarily difficult to notice its flaws. If you come upon an observation that does not seem to fit the model, you assume that there must be a perfectly good explanation that you are somehow missing. You give the theory the benefit of the doubt, trusting the community of experts who have accepted it. [Thereafter the author refers to questionable points in utility theory that would stand out] As the psychologist Daniel Gilbert observed, disbelieving is hard work, and System 2 [a deliberate and effortful form of thinking, p13], is easily tired.

[136] In this case, the Court learned of Professor Giesel’s “controversial” article. From her analysis, it was learned that she was the first jurist to undertake the “deliberate and effortful” thinking, revealing that CIP was incompatible with SCP doctrine, and that its costs significantly outweigh its benefits. It provided the impetus for this decision.

[135] Dans une certaine mesure, la Cour reconnaît également que l’adoption répandue d’une règle comme le privilège d’intérêt commun consultatif puisse être accompagnée d’une tendance innée des autres décideurs à ne pas se pencher sur des questions qui semblent problématiques une fois que le principe est intégré à la jurisprudence générale, qui en l’espèce, remonte aux années 1970-1980. Le lauréat du prix Nobel de la paix, Daniel Kahneman, l’explique très bien dans son ouvrage intitulé *Thinking Fast and Slow* (Toronto : Anchor Canada, 2013). Il y décrit une situation où il a dû infirmer une [TRADUCTION] « théorie de l’utilité » qui [TRADUCTION] « a résisté à l’épreuve du temps » pendant plus de 300 ans. Ses commentaires aux pages 276 et 277 sont pertinents en ce qui concerne le point de vue de la Cour :

[TRADUCTION] Le mystère réside dans la façon dont une conception de l’utilité des résultats qui est vulnérable à des contre-exemples si évidents a pu survivre aussi longtemps. Je ne peux l’expliquer que par une faiblesse des intellectuels que j’ai souvent observée moi-même. C’est ce que j’appelle l’aveuglement entraîné par la théorie : une fois que l’on a accepté une théorie et qu’on l’a utilisée comme outil de réflexion, il est extrêmement difficile d’en voir les failles. Si l’on tombe sur une observation qui ne semble pas correspondre au modèle, on présume qu’il doit y avoir une explication parfaitement logique que l’on ne voit simplement pas. On accorde le bénéfice du doute à la théorie et on fait confiance à la communauté d’experts qui l’a acceptée. [L’auteur parle ensuite d’éléments douteux de la théorie de l’utilité qui ressortiraient du lot] [...] Comme le psychologue Daniel Gilbert l’a observé, il est difficile de cesser de croire, et le Système 2 [une forme de réflexion délibérée et volontaire, p. 13] se fatigue vite.

[136] En l’espèce, la Cour a appris de l’article « controversé » de la professeure Giesel. Son analyse a révélé qu’elle était la première juriste à entreprendre une réflexion « délibérée et volontaire » qui a montré que le privilège d’intérêt commun était incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat et que ses coûts l’emportaient considérablement sur ses avantages. Cette analyse a servi de fondement à la présente décision.

- (3) Advisory CIP as an Exception to Waiver is Irreconcilable with and Eviscerates SCP Doctrine of any Meaning

[137] Having come to recognize that CIP does not appear to be compatible with the rationale of SCP, it appears that the American jurisprudence has adopted a second line of reasoning to rationalize it. I refer here to the concept of CIP being an exception or defence to waiver of SCP and therefore, not having to be reconcilable with SCP doctrine. To fully consider the respondents' argument however, two concepts must be well understood: the doctrine of SCP and the doctrine of waiver of SCP.

[138] The doctrine underlying SCP is not controversial. SCP is a class privilege, not a case-by-case privilege, which means that any communications between a client and his or her lawyer relating to the provision of legal services that are made in confidence are *prima facie* protected. Conversely, confidential relationships not protected by a class privilege may nevertheless be protected on a case-by-case basis. Privilege will apply on a case-by-case basis where Wigmore's following four criteria test is satisfied:

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than*

- 3) Le privilège d'intérêt commun consultatif en tant qu'exception à la renonciation est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat et l'en dépouille de toute signification

[137] Ayant reconnu que le privilège d'intérêt commun ne semble pas être compatible avec la raison d'être du secret professionnel de l'avocat, il semble que la jurisprudence américaine ait adopté une deuxième ligne de pensée pour le justifier. Je parle ici du concept du privilège d'intérêt commun en tant qu'exception ou moyen de défense à la renonciation au secret professionnel de l'avocat et donc, selon lequel le principe n'a pas besoin d'être compatible avec la théorie. Pour pouvoir examiner l'argument des défendeurs dans son ensemble, il faut toutefois bien comprendre deux concepts : le principe du secret professionnel de l'avocat et celui de la renonciation au secret professionnel de l'avocat.

[138] Le principe qui sous-tend le secret professionnel de l'avocat n'est pas controversé. Le secret professionnel de l'avocat est un privilège générique et non un privilège reconnu au cas par cas, ce qui veut dire que toute communication entre un client et son avocat concernant la prestation de services juridiques sous le couvert de la confidentialité est, à première vue, protégée. En revanche, les relations confidentielles qui ne sont pas protégées par un privilège générique peuvent quand même être protégées au cas par cas. Un privilège s'appliquera au cas par cas lorsque les quatre critères suivants de Wigmore sont remplis :

[TRADUCTION]

1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

2) Le caractère *confidentiel doit être un élément essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

3) Les *rapports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus *assidûment*.

4) Le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être plus

the benefit thereby gained for the correct disposal of litigation. [Emphasis in original; footnote omitted.]

(Wigmore, John Henry, *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little Brown & Co., 1961 § 2285 (Wigmore)).

[139] While the above factors do not need to be proven to establish that a solicitor-client communication is privileged, Professor Wigmore rightly points out that they are nevertheless the foundation of established class privileges (Wigmore, § 2285):

Only if these four conditions are present should a privilege be recognized. That they are present in most of the recognized privileges is plain enough; and the absence of one or more of them serves to explain why certain privileges have failed to obtain the recognition sometimes demanded for them. In the privilege for communications between attorney and client, for example, all four are present.... [Emphasis added.]

[140] The first Wigmore criterion explains the reason why confidentiality alone is insufficient to attract SCP. It is the intention to maintain confidentiality of the communication that is important. As stated in Wigmore, “the communication must originate in a *confidence* that they will not be disclosed” [emphasis in original].

[141] The second Wigmore criterion that the “element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties” (emphasis added) is an important pillar of the SCP doctrine. The Supreme Court of Canada in *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445 (*McClure*), at paragraph 33 explains the necessity of privilege for the solicitor-client relationship as follows:

.... Free and candid communication between the lawyer and client protects the legal rights of the citizen. It is essential for the lawyer to know all of the facts of the client’s position. The existence of a fundamental right to

considérable que l’avantage à retirer d’une juste décision. [Italiques dans l’original; notes de bas de pages omises.]

(Wigmore, John Henry, *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little Brown & Co., 1961, au paragraphe 2285 (Wigmore)).

[139] Bien qu’il ne soit pas nécessaire de prouver les facteurs susmentionnés pour démontrer qu’une communication entre un client et son avocat est privilégiée, le professeur Wigmore souligne à juste titre qu’ils représentent néanmoins le fondement des privilèges génériques établis (Wigmore, au paragraphe 2285) :

[TRADUCTION] Ce n’est que si ces quatre conditions sont présentes qu’un privilège sera reconnu. Leur présence dans la plupart des privilèges reconnus est assez évidente; et l’absence de l’une ou plusieurs d’entre elles sert à expliquer pourquoi certains privilèges n’ont pas obtenu la reconnaissance parfois exigée pour elles. Dans le privilège applicable aux communications entre un avocat et son client, par exemple, les quatre conditions sont présentes [...] [Non souligné dans l’original.]

[140] Le premier critère de Wigmore explique la raison pour laquelle la confidentialité à elle seule n’est pas suffisante pour entraîner le secret professionnel de l’avocat. C’est l’intention de protéger la confidentialité de la communication qui est importante. Comme on l’affirme dans Wigmore, [TRADUCTION] « les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées » [italique dans l’original].

[141] Le deuxième critère de Wigmore selon lequel [TRADUCTION] « le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties » (non souligné dans l’original) est un pilier important du principe du secret professionnel de l’avocat. Dans l’arrêt *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 (*McClure*), au paragraphe 33, la Cour suprême du Canada explique ainsi la nécessité du privilège pour préserver la relation avocat-client :

[...] La communication libre et franche entre l’avocat et son client protège les droits que la common law reconnaît au citoyen. Il est essentiel qu’un avocat soit au courant de tous les faits qui ont trait à la situation de

privilege between the two encourages disclosure within the confines of the relationship. The danger in eroding solicitor-client privilege is the potential to stifle communication between the lawyer and client. The need to protect the privilege determines its immunity to attack.

[142] In the context of SCP, the third Wigmore criterion is also satisfied. As was reiterated in *McClure*, at paragraph 31:

The *prima facie* protection for solicitor-client communications is based on the fact that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication (see: *Geffen v. Goodman Estate*, *supra*, and *Solosky v. The Queen*, *supra*). [Emphasis added.]

[143] The fourth Wigmore criterion illustrates the tension that exists between the speculative benefit of SCP encouraging fuller disclosure of information between a lawyer and his or her client weighed against the obvious costs to the administration of justice. As Wigmore succinctly states, “the privilege remains an exception to the general duty to disclose. Its benefits are all indirect and speculative; its obstruction is plain and concrete. ... It is worth preserving for the sake of a general policy, but it is nonetheless an obstacle to the investigation of the truth” (at § 2291).

[144] Wigmore’s fourth criterion supports the rationale that SCP must be interpreted restrictively so as to limit the privilege because the benefit of encouraging disclosure is of such a speculative nature. Incidentally, the respondents contend that this rule no longer applies in Canada based on recent constitutional law cases, something I consider and reject in the following section.

[145] The underlying Wigmore rationale for SCP and the principle that it should be interpreted restrictively

son client. L’existence d’un droit fondamental au secret professionnel de l’avocat encourage la divulgation dans les limites des rapports que l’avocat a avec son client. L’affaiblissement du secret professionnel de l’avocat peut contribuer à restreindre la communication entre un avocat et son client. L’immunité de ce privilège contre toute attaque s’explique par la nécessité de le préserver.

[142] Dans le contexte du secret professionnel de l’avocat, le troisième critère de Wigmore est aussi rempli. Comme il a été réitéré dans l’arrêt *McClure*, au paragraphe 31 :

La protection à première vue des communications entre l’avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l’avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée (voir : *Geffen c. Succession Goodman* et *Solosky c. La Reine*, précités). [Non souligné dans l’original.]

[143] Le quatrième critère de Wigmore illustre la tension qui existe entre l’avantage spéculatif du secret professionnel de l’avocat qui favorise une divulgation plus complète de renseignements entre un avocat et son client et les coûts évidents pour l’administration de la justice. Comme Wigmore l’indique : [TRADUCTION] « le privilège demeure une exception à l’obligation générale de divulgation. Ses avantages sont tous indirects et spéculatifs; son obstruction est évidente et concrète [...] Il vaut la peine de le préserver pour le bien d’une politique générale, mais il représente néanmoins un obstacle à la recherche de la vérité » (au paragraphe 2291).

[144] Le quatrième critère de Wigmore appuie la justification selon laquelle le secret professionnel de l’avocat doit être interprété de façon restrictive afin de limiter le privilège, car l’avantage de favoriser la divulgation revêt une nature très spéculative. Incidemment, les défendeurs prétendent que cette règle ne s’applique plus au Canada selon les affaires récentes de droit constitutionnel, un argument que j’ai examiné et que je rejette dans la section suivante.

[145] La justification sous-jacente de Wigmore pour le secret professionnel de l’avocat et le principe voulant

are also logically related to, and further define, the purpose of confidentiality within the SCP doctrine. Its purpose is to limit the scope of the privilege, as described by Professor Giesel, at pages 499 and 500 of her article:

.... The rationale of the confidentiality requirement is that if a client does not care about the confidential nature of a communication, the client will readily disclose all necessary information to the lawyer without the encouragement of the privilege. So, the confidentiality requirement ensures that the privilege applies only where it is needed as an encouragement. [Footnote omitted.]

[146] The above passage refers to what is known as waiving SCP. As SCP belongs only to the client, it can only be waived by the client. Waiver of privilege is ordinarily established where it is shown that the client: (1) knew of the existence of the privilege; and (2) voluntarily evinced an intention to waive that privilege (*S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762 (B.C.S.C.), at paragraph 6). For example, there will be a waiver of SCP where a client explicitly or implicitly discloses a confidential solicitor-client communication to a party outside of the solicitor-client relationship. The doctrine of waiver of SCP is inextricably linked to all the Wigmore factors, but most commonly rationalized by the first two. For when a client discloses confidential solicitor-clients communications, these communications are no longer confidential. *Ergo*, the disclosure of a communication protected by SCP indicates that its confidentiality is no longer essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

[147] When a client receives or discloses a privileged communication to or from a third party or that third party's lawyer, that disclosure is not a communication between a client and that client's lawyer. This type of disclosure does nothing to enhance the relationship between the clients and their respective lawyers and

qu'il doive être interprété de façon restrictive sont très logiquement liés à l'objectif de la confidentialité dans le principe du secret professionnel de l'avocat et le définissent. L'objectif est de limiter la portée du privilège, comme le décrit la professeure Giesel aux pages 499 et 500 de son article :

[TRADUCTION] [...] La raison d'être de l'obligation de confidentialité est que si un client ne se soucie pas de la nature confidentielle d'une communication, il divulguera facilement tous les renseignements dont l'avocat a besoin sans y être encouragé par le privilège. Par conséquent, l'obligation de confidentialité s'assure que le privilège s'applique seulement lorsqu'il est nécessaire en tant qu'encouragement. [Notes en bas de pages omises.]

[146] Le passage qui précède porte sur ce que l'on appelle la renonciation au secret professionnel de l'avocat. Comme le privilège du secret professionnel de l'avocat n'appartient qu'au client, seul le client peut y renoncer. La renonciation au secret est normalement établie lorsqu'on a prouvé que le client : 1) connaissait l'existence du privilège; 2) a indiqué délibérément son intention d'y renoncer (*S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762 (C. supr. C.-B.), au paragraphe 6). Par exemple, il y aura renonciation au secret professionnel de l'avocat lorsqu'un client divulgue explicitement ou implicitement une communication confidentielle entre lui et son avocat à une partie en dehors de la relation avocat-client. Le principe de la renonciation au secret professionnel de l'avocat est intrinsèquement lié à tous les facteurs de Wigmore, mais est plus souvent justifié par les deux premiers, car, lorsqu'un client divulgue des communications confidentielles entre lui et son avocat, ces communications ne sont plus confidentielles. Par conséquent, la divulgation d'une communication protégée par le secret professionnel de l'avocat indique que sa confidentialité n'est plus essentielle au maintien complet et satisfaisant de la relation entre les parties.

[147] Lorsqu'un client reçoit une communication privilégiée d'un tiers ou la divulgue à un tiers ou à l'avocat de ce tiers, cette divulgation ne constitue pas une communication entre un client et son avocat. Ce type de divulgation ne favorise en rien la relation entre les clients et leur avocat respectif et n'est pas essentielle

is not essential to the relationship. Wigmore's second criterion that the "element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties" [emphasis in original] has no application when the benefit arises from the external disclosure of other parties, and the legal advice is that of other lawyers.

[148] The respondents suggest that even though there is disclosure of confidential information protected by SCP, CIP somehow acts as a defence or as an exception to the application of the doctrine of waiver. Although the respondents submit that the CIP exception to waiver is "grounded in SCP", they provide no rationale supported by jurisprudence to demonstrate any relationship between advisory CIP and SCP. When one thinks about it, CIP as a defence to waiver has to be a standalone invention, because it operates outside and contrary to the rationale of SCP. That explains why the respondents eventually contended that "it not need be and is not supported by the same rationale as SCP".

[149] The Court acknowledges that the respondents' argument is supported by both Canadian and American jurisprudence. Reference has already been made to the *Ambac* decision where CIP was considered an "exception" to waiver. Similarly, CIP was stated to be a "defence" to an allegation of waiver of privilege in *Trillium Motor World v. General Motors*, 2014 ONSC 4894 (CanLII), 20 C.B.R. (6th) 332 (*Trillium*), at paragraph 14: "Common interest [privilege] is not a separate class of privilege. Rather it operates to protect privilege from waiver."

[150] However, it is the Court's view that the consequences of modifying the rules on waiver have not been fully thought through. The Court finds that advisory

à la relation. Le deuxième critère de Wigmore selon lequel [TRADUCTION] « le caractère *confidentiel doit être un élément essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties » [italiques dans l'original] ne s'applique pas lorsque l'avantage provient d'une divulgation externe d'autres parties et que l'avis juridique est celui d'autres avocats.

[148] Les défendeurs font valoir que même s'il y a divulgation de renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat, le privilège d'intérêt commun agit en quelque sorte comme une exception ou un moyen de défense contre l'application du principe de la renonciation. Même si les défendeurs soutiennent que l'exception du privilège d'intérêt commun [TRADUCTION] « tire son origine du secret professionnel de l'avocat », ils n'ont fourni aucun motif étayé par la jurisprudence permettant de démontrer une relation entre le privilège d'intérêt commun consultatif et le secret professionnel de l'avocat. Lorsqu'on y pense, le privilège d'intérêt commun à titre de moyen de défense contre la renonciation doit être une invention distincte, car il s'applique à l'extérieur et à l'encontre du fondement du secret professionnel de l'avocat. Cela explique pourquoi les défendeurs ont en fin de compte prétendu qu'il [TRADUCTION] « n'est pas nécessaire et n'est pas justifié par la même raison d'être que le secret professionnel de l'avocat ».

[149] Notre Cour reconnaît que la thèse des défendeurs est appuyée par la jurisprudence canadienne et américaine. Il a déjà été fait mention de l'arrêt *Ambac*, où le privilège d'intérêt commun a été considéré comme une « exception » à la renonciation. De même, il a été déclaré que le privilège d'intérêt commun constituait un « moyen de défense » à une allégation de renonciation au privilège dans la décision *Trillium Motor World v. General Motors*, 2014 ONSC 4894 (CanLII), 20 C.B.R. (6th) 332 (*Trillium*), au paragraphe 14 : [TRADUCTION] « le [privilège] d'intérêt commun n'est pas un privilège générique distinct. Il sert plutôt à protéger le privilège contre une renonciation ».

[150] Cependant, la Cour est d'avis que les conséquences de la modification des règles relatives à la renonciation n'ont pas été suffisamment examinées. La

CIP as an exception or defence to waiver of SCP is irreconcilable with and eviscerates the SCP doctrine of any meaning.

[151] Considering the Wigmore requirements together logically establishes that SCP is founded on an interlocking package of prerequisites. Every piece of the doctrine fits with the rest. It is like a doctrinal house of cards, none of which are individually controversial, while each leans on the other for support.

[152] The first card is the relationship between the client and his or her lawyer. Confidentiality of the communication between them is the foundation of the relationship and the benefit to the administration of justice that the privilege creates. The second card is the benefit arising from encouraging the client to disclose confidential information to his or her lawyer which is considered essential to the relationship and thereby, to the administration of justice. This benefit, however, is speculative and tenuous compared to the obvious and direct obstruction it causes to the administration of justice. The third card is that the privilege must therefore, be interpreted restrictively within the scope of its principles. Confidentiality as the fourth card thereby, plays the role of limiting the scope of the privilege, and thus, determines the purpose of waiver. As the last card, its function is to terminate the privilege when the confidential communication is disclosed to a third party.

[153] Pull out the waiver card and allow disclosure of confidential information based on a claim that the client has a common interest with another client represented by another lawyer, and down comes the house of SCP cards. When the information disclosed is to or from someone other than the client, the confidentiality of the information is not essential to maintaining the relationship. There is no added benefit to encouraging full and frank disclosure from the client to his or her lawyer and, therefore, to the administration of justice. The restrictive interpretation rule applying to SCP is

Cour estime que le privilège d'intérêt commun consultatif à titre d'exception ou de moyen de défense contre la renonciation au secret professionnel de l'avocat est incompatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat et l'en dépouille de toute signification.

[151] Si l'on tient compte des conditions de Wigmore dans leur ensemble, elles établissent logiquement que le secret professionnel de l'avocat est fondé sur un ensemble de conditions préalables interdépendantes. Chaque élément du principe est compatible avec les autres. On peut comparer le principe à un château de cartes où aucune n'est controversée individuellement, et où chacune s'appuie sur l'autre.

[152] La première carte est la relation entre le client et son avocat. La confidentialité des communications entre eux est la base de la relation et le privilège emporte des effets bénéfiques pour l'administration de la justice. La deuxième carte est l'avantage qui découle de l'incitation au client à divulguer des renseignements confidentiels à son avocat, ce qui est considéré comme essentiel à la relation et, par voie de conséquence, à l'administration de la justice. Cet avantage, toutefois, est spéculatif et ténu comparativement à l'obstruction évidente et directe qu'il cause à l'administration de la justice. La troisième carte concerne le privilège qui doit par conséquent être interprété de façon restrictive, conformément à la portée de ses principes. La confidentialité, qui constitue la quatrième carte, a pour rôle de limiter la portée du privilège et donc, de déterminer le but de la renonciation. La dernière carte a pour fonction de mettre fin au privilège lorsque la communication confidentielle est divulguée à un tiers.

[153] Si l'on retire la carte de la renonciation et que l'on permet la divulgation de renseignements confidentiels au motif que le client partage un intérêt commun avec un autre client représenté par un autre avocat, le château de cartes du secret professionnel de l'avocat s'écroule. Lorsque les renseignements sont divulgués à quelqu'un qui n'est pas le client ou par quelqu'un qui n'est pas le client, la confidentialité de ces renseignements n'est pas essentielle au maintien de la relation. Il n'y a aucun avantage ajouté à inciter le client ou son avocat à divulguer les renseignements en toute transparence et dans

obviously overridden because the scope of the privilege has been greatly increased beyond the original communication that was protected. The role of confidentiality in limiting the scope of the privilege no longer applies and the cost to the administration of justice by the obstruction of relevant evidence created “by the free flow” of additional information between all the allied parties is increased in a future truth-seeking legal process. This results in unrequited unfairness to the opposing party who is denied additional relevant evidence that may affect the outcome of the legal process.

[154] In conclusion, advisory CIP as a defence to waiver fails to address the fact that its application guts SCP of any purpose or meaning in relation to the exchanged confidential communications. This result occurs because the components and the logic of SCP are interconnected and interdependent. Striking down the waiver principle empties the privilege of all of its function and doctrinal rationale. To think otherwise is similar to removing some essential body part without expecting the person to suffer dire consequences as a result.

[155] Additionally, although SCP doctrine has been eviscerated by CIP, courts advocating its acceptance have not attempted to provide any sustainable rationale to support CIP or even to consider its costs. Apart from the majority in *Ambac*, the consideration in the case law of the negative impact of advisory CIP has been like the refrain in the song *Home on the Range*, “where seldom is heard a discouraging word”.

[156] From the Court’s perspective, it would appear that in recognizing advisory CIP, an existing speculative

leur intégralité et, par conséquent, aucun avantage pour l’administration de la justice. On ne tient évidemment pas compte de la règle de l’interprétation restrictive qui s’applique au secret professionnel de l’avocat, car la portée du privilège a été considérablement élargie au-delà de la communication originale qui était protégée. Le rôle de la confidentialité dans la limitation de la portée du privilège ne s’applique plus et le coût pour l’administration de la justice qu’entraîne l’obstruction des éléments de preuve pertinents créée par le « libre échange » de renseignements additionnels entre toutes les parties alliées est accru dans un processus judiciaire futur de recherche de la vérité. Cela entraîne une injustice non voulue pour la partie opposée qui se voit refuser des éléments de preuve additionnels qui auraient pu avoir une incidence sur l’issue du processus judiciaire.

[154] En conclusion, le privilège d’intérêt commun consultatif comme moyen de défense à la renonciation n’aborde pas le fait que son application dépouille le secret professionnel de l’avocat de tout objet ou de toute signification à l’égard des communications confidentielles échangées. Il en est ainsi parce que les composantes et la logique du secret professionnel de l’avocat sont interdépendantes et liées les unes aux autres. L’annulation du principe de renonciation dépouille le privilège de toutes ses fonctions et de son fondement doctrinal. Penser autrement reviendrait à retirer certaines parties du corps essentielles et s’attendre à ce que la personne n’en subisse aucune conséquence grave.

[155] Par ailleurs, même si le principe du secret professionnel de l’avocat a été dépouillé de son sens par le privilège d’intérêt commun, les tribunaux en faveur de son acceptation n’ont pas tenté de fournir une justification valable pour appuyer le privilège et n’en ont même pas examiné les coûts. À l’exception des juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac*, l’examen de l’incidence négative du privilège d’intérêt commun consultatif dans la jurisprudence ressemble au refrain de la chanson *Home on the Range* : [TRADUCTION] « on entend rarement un mot de découragement ».

[156] Du point de vue de la Cour, il semblerait qu’en reconnaissant le privilège d’intérêt commun consultatif,

benefit to the administration of justice has been leveraged and turned into an expanded benefit for two or more parties in future litigation, at a cost to the opposing party, contrary to the requirements that underpin the rationale for SCP. This is so, particularly with regard to the requirement that SCP be restrictively limited to its principles to prevent undue obstruction to justice and unfairness to opposing parties in future litigation.

(4) SCP Must Be Construed Narrowly

[157] In this doctrinal analysis, there is one further point that the Court feels compelled to answer from the respondents' submissions. It is that SCP should be construed narrowly. In particular, the respondents argue that "privilege" should no longer be construed narrowly. Instead, they submit that "Privilege is not to be construed narrowly" as "[i]n 2016, Canadian law is 180 degrees the opposite".

[158] The respondents rely on numerous cases and statements of commentators in an attempt to support their submission: Adam M. Dodek, *Solicitor-Client Privilege* (Toronto: LexisNexis, 2014), at page 253, note 379 and accompanying text ("privilege as substantive right of quasi-constitutional status"); *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209 (*Lavallee*), at paragraph 24 cited in *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paragraph 38 ("all information protected by the solicitor-client privilege is out of reach for the state") [emphasis in original]; and *McClure*, at paragraph 35 cited in *Lavallee*, at paragraph 36 ("solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance"). In particular the respondents quote the Ontario Superior Court's constitutional law decision in *Kaymar*

un avantage spéculatif existant pour l'administration de la justice a été soulevé et transformé en avantage élargi pour au moins deux parties dans un litige ultérieur, à un coût pour la partie opposée, contrairement aux exigences qui sous-tendent la raison d'être du secret professionnel de l'avocat. Il en est ainsi particulièrement en ce qui concerne l'exigence voulant que le secret professionnel de l'avocat soit rigoureusement limité à ses principes afin d'éviter une entrave indue à la justice et une iniquité pour les parties opposées dans un litige ultérieur.

4) Le secret professionnel de l'avocat doit être interprété de manière stricte

[157] Dans la présente analyse du principe, notre Cour se voit dans l'obligation de répondre à un autre point soulevé dans les observations des défendeurs. Il s'agit de l'argument selon lequel le secret professionnel de l'avocat devrait recevoir une interprétation stricte. Plus précisément, les défendeurs soutiennent que le « privilège » ne devrait plus être interprété de façon étroite. Ils font plutôt valoir que [TRADUCTION] « le privilège ne doit pas recevoir une interprétation stricte », car « en 2016, le droit canadien a fait volte-face ».

[158] Les défendeurs se fondent sur de nombreuses affaires et déclarations de commentateurs dans le but d'étayer leur prétention : Adam M. Dodek, *Solicitor-Client Privilege* (Toronto : LexisNexis, 2014), à la page 253, note en bas de page 379 et le texte qui l'accompagne ([TRADUCTION] « le privilège à titre de droit substantif de nature quasi constitutionnelle »); *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209 (*Lavallee*), au paragraphe 24, cité dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, au paragraphe 38 (« l'État ne peut avoir accès aux renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ») [souligné dans l'original]; et *McClure*, au paragraphe 35, cité dans l'arrêt *Lavallee*, au paragraphe 36 (« le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public

Rehabilitation v. Champlain CCAC, 2013 ONSC 1754 (CanLII), at paragraph 45:

The law of privilege in Canada has undergone a radical transformation over the past 30 years or so. For one thing solicitor client privilege has evolved from a rule of evidence to become a substantive legal right with quasi constitutional status. As privileges go, it is a class privilege which is virtually sacrosanct and will not yield lightly. As long as the communication is given in confidence and is information necessary to obtain legal advice it will be protected subject to very narrow exceptions. It is the very essence of the privilege that it protects potentially prejudicial information. Thus, if the privilege is properly claimed and it has not been implicitly waived by the party claiming the privilege it will be a rare case in the context of a civil action where it will not be upheld. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[159] The Court does not accept the respondents' submission that the rule of construction, that SCP be interpreted restrictively within its limits, has been affected by these decisions. The cases cited express the principle that, in Canada, SCP "if properly claimed" is not to be undermined by laws enacted by legislatures. A privilege that is properly claimed is one that is within its proper limits, meaning that the privilege claimed must comply with the doctrinal principles underlying SCP. Nowhere do the cases suggest that SCP is not to be interpreted restrictively.

[160] Despite how others may have described the issue, in this case I find the issue to be whether SCP extends to CIP. If the respondents can bring CIP in relation to commercial transactions within the tenets of SCP, including by their argument that it is a defence to waiver of SCP, they will succeed on the case without any reliance on claims that CIP is founded on the quasi-

et demeurer pertinent »). Plus précisément, les défendeurs citent la décision en matière constitutionnelle rendue par la Cour supérieure de l'Ontario dans *Kaymar Rehabilitation v. Champlain CCAC*, 2013 ONSC 1754 (CanLII), au paragraphe 45 :

[TRADUCTION] Au Canada, le droit du privilège a subi une transformation radicale depuis les quelque 30 dernières années. D'un côté, le privilège du secret professionnel de l'avocat a évolué et est passé d'une règle de preuve à un droit substantiel de nature quasi constitutionnelle. Parmi les privilèges qui existent, il s'agit d'un privilège générique presque sacro-saint qui ne cédera pas facilement. Tant que la communication se fait sous le couvert de la confidentialité et que l'information est nécessaire pour obtenir un avis juridique, elle sera protégée, sous réserve de quelques exceptions très strictes. L'essence même du privilège est de protéger les renseignements qui pourraient être préjudiciables. Par conséquent, si le privilège est adéquatement invoqué et qu'il n'y a pas eu de renonciation implicite de la part de la partie qui le revendique, il est très rare dans le contexte d'une action civile qu'il ne soit pas maintenu. [Non souligné dans l'original; notes en bas de pages omises.]

[159] Notre Cour ne retient pas la prétention des défendeurs selon laquelle ces décisions ont eu une incidence sur la règle d'interprétation, soit que le secret professionnel de l'avocat doit être interprété restrictivement à l'intérieur de ses limites. Les décisions citées expriment le principe voulant qu'au Canada, « si le secret professionnel de l'avocat est revendiqué adéquatement », il ne puisse être ébranlé par des lois adoptées par le législateur. Un privilège adéquatement revendiqué est celui qui respecte ses propres limites, ce qui veut dire que le privilège revendiqué doit être conforme aux principes doctrinaux sur lesquels se fonde le secret professionnel de l'avocat. Nulle part ces décisions ne laissent entendre que le secret professionnel de l'avocat ne doit pas être interprété restrictivement.

[160] Malgré la façon dont d'autres peuvent avoir décrit la question, en l'espèce, je conclus que la question est celle de savoir si le secret professionnel de l'avocat s'étend au privilège d'intérêt commun. Si les défendeurs peuvent établir un lien entre le privilège d'intérêt commun et les opérations commerciales en respectant les limites du secret professionnel de l'avocat, notamment

constitutional status of SCP. However, I disagree that the case law cited would support a liberal construction of SCP to expand its scope beyond what can properly be claimed.

[161] The respondents' submission flies in the face of the rationale of SCP supporting its restrictive construction: if the benefit of the privilege is speculative, while its obstruction to justice is clear and direct, it could not be otherwise than that the privilege must be restrictively construed consistently with the logic of its principles. The correctness of these principles that represent the balancing of factors related to the administration of justice does not change due to any constitutional imperative.

[162] The Court would be very surprised if the Canadian position on the restrictive construction of SCP were to differ from that in the United States as described by Professor Giesel, at pages 501 and 502 and footnote 106 of her article:

The courts' acceptance of the absolute protection of the privilege along with codification by some jurisdictions indicates a collective conclusion that the privilege not only creates benefits but the benefits also exceed any cost of its application. Yet, in applying the privilege in individual cases, courts continue to concern themselves with the damage to the truth-finding mission of the judicial system. Courts often repeat a refrain that the privilege must be "strictly confined within the narrowest possible limits consistent with the logic of its principle".¹⁰⁶ Any desire to apply the privilege narrowly always must be considered in light of the counterweight of the general acceptance of the privilege. The United States District Court for the District of New Jersey recently addressed this tension in *Louisiana Municipal Police Employees Retirement System v. Sealed Air Corp.*:

en avançant qu'il s'agit d'un moyen de défense à la renonciation, ils auront gain de cause sans avoir à prétendre que le privilège d'intérêt commun est fondé sur la nature quasi constitutionnelle du secret professionnel de l'avocat. Cependant, je ne suis pas d'avis que la jurisprudence citée appuierait une interprétation libérale du secret professionnel de l'avocat de manière à étendre sa portée au-delà de ce que l'on peut adéquatement revendiquer.

[161] La prétention des défendeurs va à l'encontre de la raison d'être du secret professionnel de l'avocat qui appuie son interprétation restrictive : si l'avantage du privilège est spéculatif, bien que son entrave à la justice soit claire et directe, on ne peut faire autrement que d'interpréter le privilège de manière restrictive conformément à la logique de ses principes. La justesse de ces principes qui représentent l'équilibre des facteurs liés à l'administration de la justice ne change pas en raison d'un impératif constitutionnel.

[162] La Cour serait très surprise si la position canadienne concernant l'interprétation restrictive du secret professionnel de l'avocat différait de celle des États-Unis, comme le décrit la professeure Giesel aux pages 501 et 502 et à la note en bas de page 106 de son article :

[TRADUCTION] L'acceptation par les tribunaux de la protection absolue du privilège ainsi que de sa codification par quelques administrations indique une conclusion collective selon laquelle le privilège n'entraîne pas seulement des avantages, mais les avantages dépassent aussi les coûts de son application. Et pourtant, lorsqu'ils appliquent le privilège dans des cas individuels, les tribunaux continuent de se préoccuper du préjudice pour la mission de recherche de vérité du système judiciaire. Les tribunaux répètent souvent un refrain selon lequel le privilège doit être confiné de manière « stricte à l'intérieur des limites les plus étroites possible, en conformité avec la logique de son principe ».¹⁰⁶ Toute volonté d'appliquer le privilège étroitement doit toujours être examinée à la lumière du contrepois de l'acceptation générale du privilège. La Cour de district du New Jersey aux États-Unis a récemment abordé cette tension dans la décision *Louisiana Municipal Police Employees Retirement System v. Sealed Air Corp.* :

While it is true that the attorney–client privilege is narrowly construed because it “obstructs the truth-finding process,” the privilege is not “disfavored.” Courts should be cautious in their application of the privilege mindful that “it protects only those disclosures necessary to obtain informed legal advice which might not have been made absent the privilege.”....

...

[Footnote 106:] *In re Grand Jury Proceedings*, 604 F.2d 798, 802–03 (3d Cir. 1979); *see also Clarke v. Am. Commerce Nat’l Bank*, 974 F.2d 127, 129 (9th Cir. 1992) (“Because the attorney–client privilege has the effect of withholding relevant information from the factfinder, it is applied only when necessary to achieve its limited purpose of encouraging full and frank disclosure by the client to his or her attorney.”); *Harrisburg Auth. v. CIT Capital USA, Inc.*, 716 F. Supp. 2d 380, 387 (M.D. Pa. 2010) (“It is well established that evidentiary privileges ... are generally disfavored and should be narrowly construed.’ The attorney client privilege is one such evidentiary privilege.” (quoting *Pa. Dep’t of Transp. v. Taylor*, 841 A.2d 108, 118 (Pa. 2004) (Nigro, J., dissenting))); *Sieger v. Zak*, 874 N.Y.S.2d 535, 537 (App. Div. 2009) (holding that the privilege “constitutes an obstacle to the truth-finding process,” and it therefore “must be narrowly construed, and its application must be consistent with the purposes underlying the immunity” (citations and internal quotation marks omitted)). [Emphasis added; footnotes omitted.]

[163] Obviously, when speaking to “those disclosures necessary to obtain informed legal advice” (*Louisiana Municipal Police Employee Retirement System v. Sealed Air Corp.*, 253 F.R.D. 300 (D. New Jersey 2008), at page 305), the District of New Jersey was referring to legal advice of the client’s lawyer. These remarks would not extend to an allied lawyer with whom the client has no legally recognized relationship, nor information from the other client that is incorporated into the other lawyer’s legal advice. That is because communications from an external source are not essential to maintain the relationship.

Bien qu’il soit vrai que le privilège du secret professionnel de l’avocat est interprété de manière étroite parce qu’il « obstrue le processus de recherche de vérité », le privilège n’est pas « mal vu ». Les tribunaux devraient être prudents lorsqu’ils appliquent le privilège et garder en tête qu’« il protège seulement les communications nécessaires pour obtenir un avis juridique éclairé qui n’aurait peut-être pas été donné en l’absence du privilège » [...]

[...]

[Note en bas de page 106 :] Dans la décision *Re Grand Jury Proceedings*, 604 F.2d 798, 802–03 (3d Cir. 1979); voir aussi *Clarke v. Am. Commerce Nat’l Bank*, 974 F.2d 127, 129 (9th Cir. 1992) (« Comme le privilège du secret professionnel de l’avocat a pour effet de cacher des renseignements pertinents à l’enquêteur, il est appliqué seulement lorsque cela est nécessaire pour inciter le client à dévoiler en toute transparence des renseignements à son avocat »); *Harrisburg Auth. v. CIT Capital USA, Inc.*, 716 F. Supp. 2d 380, 387 (M.D. Pa. 2010) (« “Il est bien établi que les privilèges relatifs à la preuve [...] sont généralement mal vus et devraient être interprétés de manière étroite.” Le privilège du secret professionnel de l’avocat est l’un de ceux-là. » (citant *Pa. Dep’t of Transp. v. Taylor*, 841 A.2d 108, 118 (Pa. 2004) (le juge Nigro, dissident))); *Sieger v. Zak*, 874 N.Y.S.2d 535, 537 (App. Div. 2009) (concluant que le privilège constitue un « obstacle au processus de recherche de la vérité » et qu’il doit donc être « interprété de manière étroite, son application devant être conforme aux objectifs qui sous-tendent l’immunité » (citations et guillemets internes omis)). [Non souligné dans l’original, notes en bas de pages omises.]

[163] Évidemment, lorsqu’elle parle des [TRADUCTION] « divulgations nécessaires pour obtenir un avis juridique éclairé » (*Louisiana Municipal Police v. Sealed Air Corp.*, 253 F.R.D. 300 (D. New Jersey 2008), à la page 305), la Cour de district du New Jersey faisait référence à l’avis juridique de l’avocat du client. Ces remarques ne s’étendraient pas à l’avocat allié avec qui le client n’a pas de relation légalement reconnue ni à l’information provenant de l’autre client qui est intégrée dans l’avis juridique de l’autre avocat, car les communications provenant d’une source externe ne sont pas essentielles au maintien de la relation.

(5) Emerging Rationales for CIP Have No Basis

(a) *Expectation Interest*

[164] The respondents rely upon two other rationales to support CIP. They cite jurisprudence in support of the proposition that CIP applies “where parties share a legal opinion that is in aid of the completion of a transaction; where there is an expectation that that opinion will be kept in confidence; and where completion of a transaction is of benefit to all parties”. I have already noted that the *Pitney Bowes* decision made reference to expectations as a ground to support CIP where “[t]he parties would expect that the opinions would remain confidential as against outsiders” (at paragraph 18). Being a joint client relationship however, confidentiality would be expected by SCP doctrine, not that of advisory CIP.

[165] There is no mention in the cases that purport to rely upon an expectation interest to support CIP of how such a principle would mesh with the underlying rationale of SCP. Having considered that issue, the Court can find no basis to introduce what appears to be an administrative law, or form of contract estoppel principle into the discussion of CIP or SCP.

[166] It is not realistic even to posit a mistaken expectation from the parties that the information will remain confidential. The legal conclusion must be in any event that there cannot be an expectation that the privilege will remain upon disclosure to third parties, when privilege law does not permit it. Expectations must operate within the law; they cannot override it.

[167] But even the mistaken expectation is difficult to accept. The competent lawyer would have started by advising the client not to share their communications

5) Les justifications émergentes du privilège d'intérêt commun n'ont aucun fondement

a) *Attentes*

[164] Les défendeurs se fondent sur deux autres justifications pour appuyer le privilège d'intérêt commun. Ils citent la jurisprudence à l'appui de la proposition voulant que le privilège d'intérêt commun s'applique [TRADUCTION] « là où les parties partagent un avis juridique qui vise à favoriser la réalisation d'une opération; lorsqu'il existe une attente que cet avis sera tenu confidentiel; et lorsque la réalisation d'une opération bénéficie à l'ensemble des parties ». J'ai déjà noté que la décision *Pitney Bowes* faisait mention d'attentes à titre de motif pour appuyer le privilège d'intérêt commun lorsque « [l]es parties s'attendraient à ce que les avis juridiques ne seront pas connus des gens de l'extérieur » (au paragraphe 18). Par contre, comme il s'agit d'une relation de clients conjoints, l'attente de confidentialité viendrait du principe du secret professionnel de l'avocat et non du privilège d'intérêt commun consultatif.

[165] Les décisions qui prétendent s'appuyer sur une attente pour étayer le privilège d'intérêt commun ne précisent pas la façon dont un tel principe s'accorderait avec la raison d'être sous-jacente du secret professionnel de l'avocat. Ayant examiné cette question, notre Cour ne voit aucune raison d'intégrer ce qui semble être du droit administratif ou une forme de principe de préclusion contractuelle dans l'examen du privilège d'intérêt commun ou du secret professionnel de l'avocat.

[166] Il est irréaliste de même poser l'hypothèse voulant que les parties aient une attente erronée selon laquelle l'information restera confidentielle. La conclusion juridique doit être, dans tous les cas, que l'on ne peut s'attendre à ce que le privilège continue d'exister en cas de divulgation à des tiers alors que le droit du privilège ne le permet pas. Les attentes doivent respecter les limites du droit; elles ne peuvent pas l'emporter sur ce dernier.

[167] Même l'attente erronée est difficile à accepter. Un avocat compétent aurait commencé par informer son client de ne pas divulguer leurs communications à

with non-family or other related entities or else the privilege would be lost. When the opening instruction is not to share their confidences with third parties, why would the client think it could be shared with other clients or lawyers without the same result? The only basis the client could have to think the privilege remained after being told not to share their communication with third parties would be on the advice of the lawyer. If this is the case then this obviously begs the question as to the source of the expectation.

[168] In addition, one would assume that the expectation interest would have to be “reasonable”, as judged by the objective, disinterested, but informed reasonable person. The foundation of knowledge needed to understand how privilege law works would have to come from the lawyer. It is no answer to argue that a legal issue as to the extent of the privilege in terms of disclosure is to be answered on a layperson’s wrong understanding of the law.

[169] It is difficult to imagine that a reasonable person who is informed of the applicable principles of privilege law could possess such an expectation interest arising in the CIP context. A reasonable, well-informed observer would have the understanding that the privilege operates based on maintaining the relationship to support the administration of justice and that the advantage the client obtains is to some other party’s disadvantage, if ever sued on matters relevant to the advice provided.

[170] The bottom line is that a so-called legitimate expectation in the circumstances of advisory CIP cannot override the law and is neither “expected” when told that disclosure terminates the privilege, nor “legitimate” because even if expected, to hold such a view would be unreasonable. Accordingly, the Court sees no basis for the recognition of a legitimate expectation interest supporting advisory CIP in either theory or practice and rejects the submission.

des personnes ne faisant pas partie de sa famille ou à d’autres entités connexes, car cela mettrait fin au privilège. Lorsque la première instruction est de ne pas divulguer de renseignements confidentiels à des tiers, pourquoi le client penserait-il qu’il pourrait les divulguer à d’autres clients ou d’autres avocats avec des résultats différents? La seule raison pour laquelle le client aurait pu penser que le privilège existerait toujours après qu’on lui ait dit de ne pas divulguer les communications à des tiers serait que cela lui a été conseillé par son avocat. Le cas échéant, cela nous amène évidemment à poser la question de la source de l’attente.

[168] En outre, on pourrait supposer que l’attente devrait être « raisonnable », selon une personne raisonnable objective et désintéressée, mais éclairée. Le fondement des connaissances nécessaires pour comprendre comment le droit du privilège fonctionne devrait provenir de l’avocat. Ce n’est pas raisonnable de soutenir qu’il faut répondre à une question juridique relative à la portée du privilège concernant la divulgation d’après la compréhension erronée du droit d’un non-juriste.

[169] Il est difficile d’imaginer qu’une personne raisonnable qui est informée des principes applicables du droit du privilège pourrait avoir une telle attente dans le contexte du privilège d’intérêt commun. Un observateur raisonnable et bien informé comprendrait que le privilège existe en fonction du maintien de la relation pour soutenir l’administration de la justice et que l’avantage qu’en retire le client est en quelque sorte un désavantage pour l’autre partie si jamais une poursuite est intentée relativement à des questions visées dans l’avis juridique fourni.

[170] L’essentiel est que ladite attente légitime dans les circonstances du privilège d’intérêt commun consultatif ne peut pas l’emporter sur le droit, et qu’il ne peut y avoir d’« attente » lorsque l’on est informé qu’une divulgation met fin au privilège et qu’elle ne peut être « légitime » parce qu’il serait déraisonnable de penser ainsi même s’il y avait une attente. Par conséquent, la Cour ne voit aucune raison de reconnaître une attente légitime pour appuyer le privilège d’intérêt commun

(b) *Selective Waiver*

[171] As an additional argument supporting advisory CIP, the respondents raise the doctrine of “selective waiver” to protect their memo. Their submission is concisely restated at paragraph 2.37 of their response to the Court’s second direction, as follows:

2.37 As noted in our prior submissions, various textbook writers (and the Court in *Pinder v. Sproule* (2003), 333 A.R. 132 (Alta. Q.B.)) now believe that the doctrine of CIP is outdated and what a court should really focus on is the doctrine of “selective waiver”, that is, that a party may choose to waive SCP in favour of one party without being held to have waived it against the world.

[172] The same thing has happened with respect to the new theory of selective waiver as occurred with the proposed rationales that “CIP is a defence to waiver” or is supported by an “expectation interest”. When not required to adhere in any fashion to the doctrinal foundation of SCP, new theories will continue to spring up to expand the scope of reasons intended to deny the court access to relevant evidence, particularly when these theories appear to completely ignore the obstruction to the administration of justice they cause. Selective waiver can no more be reconciled with the rationale of SCP than CIP, and makes even less sense as it strays completely from any connection with the principle of confidentiality at the heart of SCP. It too violates its fundamental precepts and is equally unfair to someone harmed by the results of the protected communications, but does so without any reference to any aspect of the rationale underlying SCP.

consultatif, en théorie comme en pratique, et rejette donc cette thèse.

b) *Renonciation sélective*

[171] À titre d’argument supplémentaire à l’appui du privilège d’intérêt commun consultatif, les défendeurs soulèvent le principe de la « renonciation sélective » pour protéger leur note de service. Leur prétention est résumée au paragraphe 2.37 de leur réponse à la deuxième directive de la Cour :

[TRADUCTION] 2.37 Comme nous l’avons mentionné dans nos observations précédentes, divers auteurs d’ouvrages (ainsi que la Cour dans l’arrêt *Pinder v. Sproule* (2003), 333 A.R. 132 (cour d’appel de l’Alberta)) sont maintenant d’avis que le principe du privilège d’intérêt commun est dépassé et que les tribunaux devraient plutôt se concentrer sur le principe de la « renonciation sélective », en d’autres termes, qu’une partie peut choisir de renoncer au secret professionnel de l’avocat en faveur d’une partie sans avoir à y renoncer en faveur du reste du monde.

[172] Il est arrivé la même chose à la nouvelle théorie de la renonciation sélective qu’aux justifications proposées selon lesquelles « le privilège d’intérêt commun est un moyen de défense à la renonciation » ou est fondé sur une « attente ». Si elles ne sont aucunement tenues de respecter le fondement doctrinal du secret professionnel de l’avocat, les nouvelles théories continueront d’élargir la portée des motifs visant à refuser aux tribunaux l’accès à des éléments de preuve pertinents, particulièrement lorsque ces théories semblent ignorer complètement l’obstruction qu’elles causent à l’administration de la justice. La renonciation sélective ne peut pas plus être réconciliée avec la raison d’être du secret professionnel de l’avocat qu’avec le privilège d’intérêt commun et est encore moins logique parce qu’elle s’éloigne complètement de tout lien avec le principe de la confidentialité qui est au cœur du secret professionnel de l’avocat. Elle va également à l’encontre de ses préceptes fondamentaux et est également injuste pour la personne qui subit un préjudice en raison de la divulgation des communications protégées, mais ne fait aucune mention des aspects de la raison d’être qui sous-tend le secret professionnel de l’avocat.

[173] In the Court’s view, to resort to such legal theorems to justify transactional CIP being a “defence to waiver”, being supported by an “expectation interest”, or the unbounded concept of “selective waiver” demonstrates the degree of *ad-hoc* reasoning that has been employed to expand the scope of the obstruction to justice and unfairness to prejudiced litigants once courts abandon the doctrine and principles of SCP.

D. Maintaining Litigation CIP while Rejecting Advisory CIP

(1) Introduction

[174] In this section, the Court explains why it respectfully disagree with Professor Giesel’s conclusion rejecting litigation CIP, while also disagreeing with the majority in *Ambac* as to its reasons why advisory CIP should be upheld. In both cases, the Court’s disagreement is based on what it concludes to be a failure to recognize that litigation CIP relies on litigation privilege, which provides a different rationale than that of advisory SCP. The distinction between the two underlying doctrinal rationales permits CIP to be an acceptable doctrine in litigation-related matters, but not in legal advisory circumstances, such as for commercial transactions.

[175] On the same premise, the Court also respectfully disagrees with the dissent in *Ambac* that opines that because SCP doctrine makes no distinction between litigation and other areas of law in its application, advisory CIP should be similarly accepted as is litigation CIP. The dissent similarly fails to recognize the fundamental difference between litigation and advisory privilege. Once the distinction is recognized, it follows that the application of CIP in litigation matters has no bearing on its application in an advisory situation.

[173] Selon la Cour, le fait de recourir à de telles conceptions juridiques pour justifier l’utilisation du privilège d’intérêt commun transactionnel à titre de « moyen de défense à la renonciation » en s’appuyant sur une « attente », ou de recourir au concept illimité de la « renonciation sélective » démontre le degré de raisonnement *ad hoc* qui a été employé pour élargir la portée de l’entrave à la justice et l’iniquité pour les plaideurs ayant subi un préjudice lorsque les tribunaux abandonnent la théorie et les principes du secret professionnel de l’avocat.

D. Conserver le privilège d’intérêt commun relatif au litige tout en rejetant le privilège d’intérêt commun consultatif

1) Introduction

[174] Dans cette section, la Cour explique les motifs pour lesquels elle ne peut, en toute déférence, souscrire à la conclusion de la professeure Giesel de rejeter le privilège d’intérêt commun relatif au litige ni aux motifs prononcés par les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* justifiant le maintien du privilège d’intérêt commun consultatif. Dans les deux cas, le désaccord de la Cour repose sur ce qu’elle qualifie de défaut de reconnaître que le privilège d’intérêt commun relatif au litige repose sur le privilège relatif au litige, qui a une raison d’être différente de celle du secret professionnel de l’avocat relatif aux consultations. La distinction entre les deux fondements théoriques sous-jacents permet au privilège d’intérêt commun d’être un principe acceptable dans le cadre de litiges, mais pas dans les cas de consultation juridique, notamment pour les opérations commerciales.

[175] Se fondant sur la même prémisse, la Cour ne peut également être d’accord avec les juges dissidents dans l’arrêt *Ambac* qui sont d’avis que puisque le principe du secret professionnel de l’avocat n’établit pas de distinction entre les litiges et les autres domaines du droit dans son application, le privilège d’intérêt commun consultatif devrait être accepté au même titre que le privilège d’intérêt commun relatif au litige. Les juges dissidents ne reconnaissent pas non plus la différence fondamentale entre le privilège relatif au litige et le privilège relatif

[176] The outcome of the distinction between the two forms of privilege is that litigation CIP is reasonably “coextensive”, or “consistent” in layman’s language, with litigation privilege. Conversely, advisory CIP is not reconcilable with SCP doctrine. Therefore, advisory CIP should logically and reasonably be rejected on this basis. Moreover, this conclusion is sufficient to reject advisory CIP, without the requirement to demonstrate that the costs of the privilege outweigh its alleged benefits. This conclusion flows from the rationale of SCP doctrine.

- (2) Should the Court consider whether CIP be confined to the litigation context?

[177] In response to the second direction from the Court providing the parties with the Giesel article and the *Ambac* decision that confined CIP to the litigation context, the respondents argue that because the parties were in agreement that there was no valid basis for the Court to consider the issue of confining CIP to the litigation context, the Court must limit its decision to “the issues as framed in the proceedings” (*Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3 (*Lipson*), at paragraphs 43 and 44):

My colleague Rothstein J. agrees that the impugned transactions fall afoul of the *Income Tax Act* but would nevertheless refer the reassessment back to the Minister on the ground that the Minister ought to have relied on the specific anti-avoidance rule in s. 74.5(11) *ITA* instead of the GAAR. In my respectful view, this approach is not open to the Court in this case. Both parties have contended from the outset and reasserted in this Court that s. 74.5(11) *ITA*, on which Rothstein J. rests his conclusion, does not apply on the facts of this case.

aux consultations. Une fois cette distinction reconnue, il s’ensuit que l’application du privilège d’intérêt commun dans des litiges n’a aucune incidence sur son application dans les situations de consultation.

[176] Cette distinction entre les deux formes de privilège fait en sorte que le privilège d’intérêt commun relatif au litige « correspond » raisonnablement au privilège relatif au litige ou y est « conforme », pour utiliser la terminologie d’un non-juriste. En revanche, le privilège d’intérêt commun consultatif est incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat. Par conséquent, le privilège d’intérêt commun consultatif devrait logiquement et raisonnablement être rejeté pour ces raisons. De plus, cette conclusion suffit à rejeter le privilège d’intérêt commun consultatif sans qu’il soit nécessaire de démontrer que les coûts du privilège dépassent les avantages allégués. Elle découle de la raison d’être du principe du secret professionnel de l’avocat.

- 2) La Cour devrait-elle évaluer si le privilège d’intérêt commun devrait être limité aux litiges?

[177] En réponse à la deuxième directive de la Cour dans le cadre de laquelle les parties ont reçu l’article de la professeure Giesel et l’arrêt *Ambac* qui confinaient le privilège d’intérêt commun aux litiges, les défendeurs soutiennent qu’étant donné que les parties s’entendaient sur le fait qu’il n’y avait aucun fondement valide justifiant que la Cour examine la question de la limitation du privilège d’intérêt commun aux litiges, celle-ci doit restreindre sa décision aux « questions en litige selon leur formulation dans les actes de procédure » (*Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3 (*Lipson*), aux paragraphes 43 et 44) :

Mon collègue le juge Rothstein reconnaît que les opérations litigieuses vont à l’encontre de la *LIR*. Il est néanmoins d’avis de renvoyer la nouvelle cotisation au ministre au motif que ce dernier aurait dû s’appuyer sur la règle anti-évitement particulière prévue au par. 74.5(11) de la *LIR* au lieu de la *RGAÉ*. À mon humble avis, une telle avenue ne s’offre pas à notre Cour en l’espèce. Les deux parties soutiennent depuis le début que le par. 74.5(11) de la *LIR*, sur lequel le juge Rothstein fonde sa conclusion, ne s’applique pas eu égard aux faits, et elles l’ont confirmé devant notre Cour.

Although I agree with Rothstein J. that this Court is not bound to adopt, on a question of law, an interpretation on which the parties agree, it is quite another matter to settle their dispute on a basis of a construction and an application of the statute expressly disavowed by all parties throughout the proceedings. Our decision must turn on the issues as framed in the proceedings and litigated in the courts below and on appeal to this Court. The issue in these appeals was whether the GAAR applies to the impugned transactions. [Emphasis added.]

[178] I disagree with the respondents' submission, as the circumstances herein are highly distinguishable from those in *Lipson*. First, this is not a situation where the issue was "disavowed by all parties throughout the proceedings" [at paragraph 44] and only raised before the Supreme Court. The proceedings were not even terminated before the Court brought the *Ambac* decision to the parties' attention. This was done because the *ratio* and the discussions in *Ambac* are highly relevant and useful for this Court, and any court that might hear this matter should it be appealed.

[179] In terms of procedural fairness, the parties have been provided with the decision for the purpose of seeking their comments. It has no impact on the factual foundation of this case, relating only to the legal issues arising therefrom. The Court is master of its legal domain and to a certain extent has a duty to explore all the relevant legal issues of a case in order to provide a fulsome decision to the parties and a proper foundation for consideration on appeal, as long as it does so fairly. Accordingly, the Court rejects the respondents' submission that a court may not consider, and apply if necessary, all issues of legal interest arising out of the *Ambac* decision.

[180] It is difficult to sort out many of the principles relating to SCP where advisory CIP has been accepted without considering its application in the litigation

Je conviens avec le juge Rothstein que lorsqu'elle est saisie d'une question de droit, notre Cour n'est pas tenue d'acquiescer à une interprétation sur laquelle s'entendent les parties, mais c'est tout autre chose que de statuer sur le différend qui les oppose en s'appuyant sur une interprétation et une application législatives qu'elles ont toutes deux expressément rejetées au fil des différentes instances. Nous devons trancher les questions en litige selon leur formulation dans les actes de procédure et lors des débats devant les tribunaux inférieurs et en appel devant notre Cour. La question en litige dans le cadre des présents pourvois est celle de savoir si la RGAÉ s'applique aux opérations en cause. [Non souligné dans l'original.]

[178] Je ne suis pas en accord avec la prétention des défendeurs, car les circonstances en l'espèce sont très différentes de celles dans l'arrêt *Lipson*. Premièrement, il ne s'agit pas d'une situation où la question a été rejetée par toutes les parties « au fil des différentes instances » [au paragraphe 44] et où elle a été soulevée uniquement devant la Cour suprême. Les instances n'étaient même pas terminées avant que notre Cour porte l'arrêt *Ambac* à l'attention des parties. L'arrêt *Ambac* a été soulevé parce que le *ratio decidendi* et les discussions qu'elle contient sont très pertinents et utiles pour notre Cour et pour tout tribunal susceptible d'instruire cette affaire si elle est portée en appel.

[179] En ce qui concerne l'équité procédurale, la décision a été communiquée aux parties en vue de recueillir leurs commentaires. Cela n'a aucune incidence sur le fondement factuel de la présente affaire, portant uniquement sur les questions juridiques qui en découlent. La Cour est maître de son terrain du droit et, dans une certaine mesure, a l'obligation d'explorer toutes les questions juridiques pertinentes d'une affaire afin de rendre une décision complète aux parties et d'offrir un fondement approprié dont il pourra être tenu compte en appel, tant qu'elle le fait de façon juste. En conséquence, la Cour rejette la thèse des défendeurs selon laquelle un tribunal ne peut pas examiner, ni appliquer au besoin, toutes les questions d'intérêt juridique découlant de l'arrêt *Ambac*.

[180] Il est difficile de démêler bon nombre des principes liés au secret professionnel de l'avocat lorsque le privilège d'intérêt commun consultatif a été accepté

context as opposed to an advisory context. To a certain extent the Court is required to consider the dissent's contention in *Ambac* that SCP makes no distinction between litigation and non-litigation related matters, and therefore, that CIP is a defence to waiver, which tends to support the respondents' position.

[181] It is evident from the Supreme Court decision of *Blank* and how litigation confidentiality operates in the adversarial context, that litigation privilege law is strikingly different from that of SCP to the point that it is irrelevant to any issue relating to the legitimacy of advisory CIP. SCP doctrine appears to have been developed entirely with advisory circumstances in mind and thus, with little regard to the confidentiality requirements in the litigation context. Consideration of the comparative situation of the two practice areas of SCP is therefore useful to understand why advisory CIP stands alone as a doctrine, related only to SCP law, and that rejecting it does not entail rejecting litigation CIP.

(3) The Rationale and Purposes of Litigation Privilege and Advisory SCP are Fundamentally Different

[182] As explained by the Supreme Court of Canada in *Blank*, at paragraph 7, litigation privilege and SCP are “distinct conceptual animals and not ... two branches of the same tree”. While the *ratio* of *Blank* relates to whether litigation privilege is permanent or expires at the conclusion of litigation, its averments on the distinctions between litigation privilege and SCP inform the conclusions this Court reaches concerning the legitimacy of litigation CIP versus that of advisory SCP. Paragraphs 6–8 of *Blank* are first cited in this regard:

sans que soit examinée son application dans le contexte des litiges plutôt que dans un contexte de consultation. Dans une certaine mesure, la Cour est tenue d'examiner le point de vue des juges dissidents dans l'arrêt *Ambac* selon lequel le secret professionnel de l'avocat n'établit pas de distinction entre les affaires contentieuses et celles qui ne le sont pas et par conséquent, que le privilège d'intérêt commun est un moyen de défense à la renonciation, ce qui tend à soutenir la thèse des défendeurs.

[181] Il ressort clairement de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Blank* et de la façon dont la confidentialité des litiges s'applique dans le contexte accusatoire que le droit du privilège relatif au litige est remarquablement différent de celui du secret professionnel de l'avocat, au point qu'il est inutile dans le cadre de toute question relative à la légitimité du privilège d'intérêt commun consultatif. Le principe du secret professionnel de l'avocat semble avoir été développé entièrement sur le fondement de circonstances consultatives et par conséquent, peu d'attention a été accordée aux exigences en matière de confidentialité dans les litiges. Un examen de la situation comparative des deux secteurs de pratique du secret professionnel de l'avocat est donc utile afin de comprendre pourquoi le privilège d'intérêt commun consultatif constitue un principe indépendant, lié seulement au droit du secret professionnel de l'avocat, et comprendre que son rejet n'entraîne pas le rejet du privilège d'intérêt commun relatif au litige.

3) La raison d'être et les objectifs du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat relatif aux consultations sont fondamentalement différents

[182] Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blank*, au paragraphe 7, le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat sont des « concepts distincts, et non [...] deux composantes d'un même concept ». Bien que le *ratio decidendi* de l'arrêt *Blank* porte sur la question de savoir si le privilège relatif au litige est permanent ou expire à la fin du litige, ses allégations sur les distinctions entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat orientent les conclusions que notre Cour tire concernant la légitimité

du privilège d'intérêt commun relatif au litige par rapport au secret professionnel de l'avocat relatif aux consultations. Les paragraphes 6 à 8 de l'arrêt *Blank* sont les premiers cités à cet égard :

The Minister contends that the solicitor-client privilege has two “branches”, one concerned with confidential communications between lawyers and their clients, the other relating to information and materials gathered or created in the litigation context. The first of these branches, as already indicated, is generally characterized as the “legal advice privilege”; the second, as the “litigation privilege”.

Bearing in mind their different scope, purpose and rationale, it would be preferable, in my view, to recognize that we are dealing here with distinct conceptual animals and not with two branches of the same tree. Accordingly, I shall refer in these reasons to the solicitor-client privilege as if it includes only the legal advice privilege, and shall indeed use the two phrases — solicitor-client privilege and legal advice privilege — synonymously and interchangeably, except where otherwise indicated.

As a matter of substance and not mere terminology, the distinction between litigation privilege and the solicitor-client privilege is decisive in this case. The former, unlike the latter, is of temporary duration. It expires with the litigation of which it was born. Characterizing litigation privilege as a “branch” of the solicitor-client privilege, as the Minister would, does not envelop it in a shared cloak of permanency. [Emphasis added.]

[183] The Supreme Court describes, at paragraphs 24–28, the policy rationale for each privilege in respect of the legal consequences flowing from the two forms of privilege:

Thus, the Court explained in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, and has since then reiterated, that the solicitor-client privilege has over the years evolved from a rule of evidence to a rule of substantive law. And the Court has consistently emphasized the breadth and primacy of the solicitor-client privilege: see, for example, *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada*

Le ministre soutient que le secret professionnel de l'avocat comporte deux « composantes » : l'une touchant les communications confidentielles échangées entre les avocats et leurs clients, l'autre, les renseignements et documents recueillis ou créés dans le contexte du litige. Comme je l'ai déjà indiqué, la première de ces composantes est généralement désignée comme le « privilège de la consultation juridique » et, la seconde, comme le « privilège relatif au litige ».

Compte tenu de leur portée, de leur objet et de leur fondement différents, j'estime qu'il serait préférable de reconnaître qu'il s'agit en l'occurrence de concepts distincts, et non de deux composantes d'un même concept. Par conséquent, dans les présents motifs, j'utiliserai l'expression « secret professionnel de l'avocat » comme s'entendant exclusivement du privilège de la consultation juridique et, à moins d'indication contraire, j'emploierai les deux expressions — secret professionnel de l'avocat et privilège de la consultation juridique — comme des synonymes interchangeables.

S'agissant d'une question de fond, et non de simple terminologie, la différence entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat est déterminante en l'espèce. Le premier, contrairement au second, est temporaire. Il prend fin en même temps que le litige qui lui a donné lieu. Qualifier le privilège relatif au litige de « composante » du secret professionnel de l'avocat, comme le voudrait le ministre, n'a pas pour effet de lui conférer le même caractère permanent. [Non souligné dans l'original.]

[183] La Cour suprême décrit, aux paragraphes 24 à 28, les considérations de principe de chaque privilège à l'égard des conséquences juridiques découlant des deux formes de privilège :

Ainsi, la Cour a expliqué dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, et a réitéré depuis, que le secret professionnel de l'avocat a d'abord été une règle de preuve qui s'est transformée au fil des ans en une règle de fond. En outre, la Cour n'a pas cessé d'insister sur l'étendue et la primauté du secret professionnel de l'avocat. Voir par exemple : *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14;

(Attorney General), [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; and *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31. In an oft-quoted passage, Major J., speaking for the Court, stated in *McClure* that “solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance” (para. 35).

It is evident from the text and the context of these decisions, however, that they relate only to the legal advice privilege, or solicitor-client privilege properly so called, and not to the litigation privilege as well.

Much has been said in these cases, and others, regarding the origin and rationale of the solicitor-client privilege. The solicitor-client privilege has been firmly entrenched for centuries. It recognizes that the justice system depends for its vitality on full, free and frank communication between those who need legal advice and those who are best able to provide it. Society has entrusted to lawyers the task of advancing their clients’ cases with the skill and expertise available only to those who are trained in the law. They alone can discharge these duties effectively, but only if those who depend on them for counsel may consult with them in confidence. The resulting confidential relationship between solicitor and client is a necessary and essential condition of the effective administration of justice.

Litigation privilege, on the other hand, is not directed at, still less, restricted to, communications between solicitor and client. It contemplates, as well, communications between a solicitor and third parties or, in the case of an unrepresented litigant, between the litigant and third parties. Its object is to ensure the efficacy of the adversarial process and not to promote the solicitor-client relationship. And to achieve this purpose, parties to litigation, represented or not, must be left to prepare their contending positions in private, without adversarial interference and without fear of premature disclosure.

R. J. Sharpe (now Sharpe J.A.) has explained particularly well the differences between litigation privilege and solicitor-client privilege:

It is crucially important to distinguish litigation privilege from solicitor-client privilege. There are, I suggest, at least three important differences between the two. First, solicitor-client privilege applies only to

Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général), [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; et *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31. Dans un extrait souvent cité de l’arrêt *McClure*, le juge Major, s’exprimant au nom de la Cour, a dit que « le secret professionnel de l’avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (par. 35).

Toutefois, il ressort clairement du texte et du contexte de ces décisions qu’elles ne portent que sur le privilège de la consultation juridique, ou sur le secret professionnel de l’avocat proprement dit, et non sur le privilège relatif au litige.

Ces décisions, parmi d’autres, traitent abondamment de l’origine et du fondement du secret professionnel de l’avocat, fermement établi depuis des siècles. Il reconnaît que la force du système de justice dépend d’une communication complète, libre et franche entre ceux qui ont besoin de conseils juridiques et ceux qui sont les plus aptes à les fournir. La société a confié aux avocats la tâche de défendre les intérêts de leurs clients avec la compétence et l’expertise propres à ceux qui ont une formation en droit. Ils sont les seuls à pouvoir s’acquitter efficacement de cette tâche, mais seulement dans la mesure où ceux qui comptent sur leurs conseils ont la possibilité de les consulter en toute confiance. Le rapport de confiance qui s’établit alors entre l’avocat et son client est une condition nécessaire et essentielle à l’administration efficace de la justice.

Par ailleurs, le privilège relatif au litige n’a pas pour cible, et encore moins pour cible unique, les communications entre un avocat et son client. Il touche aussi les communications entre un avocat et des tiers, ou dans le cas d’une partie non représentée, entre celle-ci et des tiers. Il a pour objet d’assurer l’efficacité du processus contradictoire et non de favoriser la relation entre l’avocat et son client. Or, pour atteindre cet objectif, les parties au litige, représentées ou non, doivent avoir la possibilité de préparer leurs arguments en privé, sans ingérence de la partie adverse et sans crainte d’une communication prématurée.

R. J. Sharpe (maintenant juge de la Cour d’appel) a particulièrement bien expliqué les différences entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat :

[TRADUCTION] Il est crucial de faire la distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat. Au moins trois différences importantes, à mon sens, existent entre les deux.

confidential communications between the client and his solicitor. Litigation privilege, on the other hand, applies to communications of a non-confidential nature between the solicitor and third parties and even includes material of a non-communicative nature. Secondly, solicitor-client privilege exists any time a client seeks legal advice from his solicitor whether or not litigation is involved. Litigation privilege, on the other hand, applies only in the context of litigation itself. Thirdly, and most important, the rationale for solicitor-client privilege is very different from that which underlies litigation privilege. This difference merits close attention. The interest which underlies the protection accorded communications between a client and a solicitor from disclosure is the interest of all citizens to have full and ready access to legal advice. If an individual cannot confide in a solicitor knowing that what is said will not be revealed, it will be difficult, if not impossible, for that individual to obtain proper candid legal advice.

Litigation privilege, on the other hand, is geared directly to the process of litigation. Its purpose is not explained adequately by the protection afforded lawyer-client communications deemed necessary to allow clients to obtain legal advice, the interest protected by solicitor-client privilege. Its purpose is more particularly related to the needs of the adversarial trial process. Litigation privilege is based upon the need for a protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate. In other words, litigation privilege aims to facilitate a process (namely, the adversary process), while solicitor-client privilege aims to protect a relationship (namely, the confidential relationship between a lawyer and a client).

(“Claiming Privilege in the Discovery Process”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, at pp. 164-65) [Emphasis added.]

[184] The principal conclusion this Court draws from *Blank* is that although the case law regarding CIP does not make a distinction between litigation privilege and SCP, there are nonetheless fundamental differences in the rationales underlying the two forms of privilege. One is to protect the adversarial process, the other to protect the solicitor-client relationship. SCP is all

Premièrement, le secret professionnel de l’avocat ne s’applique qu’aux communications confidentielles entre le client et son avocat. Le privilège relatif au litige, en revanche, s’applique aux communications à caractère non confidentiel entre l’avocat et des tiers et englobe même des documents qui ne sont pas de la nature d’une communication. Deuxièmement, le secret professionnel de l’avocat existe chaque fois qu’un client consulte son avocat, que ce soit à propos d’un litige ou non. Le privilège relatif au litige, en revanche, ne s’applique que dans le contexte du litige lui-même. Troisièmement, et c’est ce qui importe le plus, le fondement du secret professionnel de l’avocat est très différent de celui du privilège relatif au litige. Cette différence mérite qu’on s’y arrête. L’intérêt qui sous-tend la protection contre la divulgation accordée aux communications entre un client et son avocat est l’intérêt de tous les citoyens dans la possibilité de consulter sans réserve et facilement un avocat. Si une personne ne peut pas faire de confidences à un avocat en sachant que ce qu’elle lui confie ne sera pas révélé, il lui sera difficile, voire impossible, d’obtenir en toute franchise des conseils juridiques judiciaires.

Le privilège relatif au litige, en revanche, est adapté directement au processus du litige. Son but ne s’explique pas valablement par la nécessité de protéger les communications entre un avocat et son client pour permettre au client d’obtenir des conseils juridiques, soit l’intérêt que protège le secret professionnel de l’avocat. Son objet se rattache plus particulièrement aux besoins du processus du procès contradictoire. Le privilège relatif au litige est basé sur le besoin d’une zone protégée destinée à faciliter, pour l’avocat, l’enquête et la préparation du dossier en vue de l’instruction contradictoire. Autrement dit, le privilège relatif au litige vise à faciliter un processus (le processus contradictoire), tandis que le secret professionnel de l’avocat vise à protéger une relation (la relation de confiance entre un avocat et son client).

(« Claiming Privilege in the Discovery Process », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, p. 164-165) [Non souligné dans l’original.]

[184] La conclusion principale que tire la Cour de l’arrêt *Blank* est que même si la jurisprudence relative au privilège d’intérêt commun n’établit pas de distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat, il existe néanmoins des différences fondamentales dans le fondement de ces deux formes de privilège. L’un a pour but de protéger le processus accusatoire,

about the relationship. These differences legitimize the grounds for accepting litigation CIP to expand the scope of the privilege as a strategic adversarial consideration in the litigation context by providing an exception to waiver, a rationale that does not apply to advisory CIP.

[185] This distinction between what is described here as litigation and advisory CIP has also been recognized in Hubbard et al., *The Law of Privilege in Canada*, Vol. 2 (Toronto: Thomson Reuters, 2006) (loose-leaf revision 36: November 2016), at §12.240 (Hubbard et al.), when commenting on the decision in *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)*, 2009 ABQB 348 (CanLII), 484 A.R. 34 (*Canmore Mountain Villas*). They explain that litigation CIP and the CIP exception to waiver of SCP are often confused, but are two different concepts:

The decision of the court in *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)*, underscored the potential confusion that can arise between common interest privilege and the common interest exception to privilege. The context of the case was the commencement of proceedings against a number of parties, arising from an alleged deal concluded among the plaintiff, the Province and the Town of Canmore. The Province claimed common interest privilege over documents relating to communication between the Town and the Province about the proposed deal to transfer land from the Province to the Town. Both representatives of the Town and Province had sought legal advice on this issue and referenced the work product of counsel. The court held:

The common interest privilege is not dependent on an interest shared by the parties in ongoing or anticipated litigation. Common interest privilege has broader application than that. It is not dependent upon the parties being engaged in an adversarial system and sharing a common interest. This notion was rejected by Lowry, J. in *Fraser Milner Casgrain, LLP and Minister of National Revenue*, [2002] 11 W.W.R. 682

l'autre de protéger la relation avocat-client. Le secret professionnel de l'avocat ne vise que cette relation. Ces différences rendent légitimes les motifs justifiant l'acceptation du fait que le privilège d'intérêt commun relatif au litige étend la portée du privilège à titre de considération accusatoire stratégique dans le contexte du litige, en offrant une exception à la renonciation, à un fondement qui ne s'applique pas au privilège d'intérêt commun consultatif.

[185] La distinction entre ce qui est décrit en l'espèce comme le privilège d'intérêt commun consultatif et celui relatif au litige a aussi été reconnue dans l'ouvrage Hubbard et al., *The Law of Privilege in Canada*, vol. 2 (Toronto : Thomson Reuters, 2006) (feuille mobile 36 : novembre 2016), au paragraphe 12.240 (Hubbard et autres), où les auteurs ont commenté la décision rendue dans *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)*, 2009 ABQB 348 (CanLII), 484 A.R. 34 (*Canmore Mountain Villas*). Ils y expliquent que le privilège d'intérêt commun relatif au litige et le privilège d'intérêt commun qui constitue une exception à la renonciation au secret professionnel de l'avocat sont souvent confondus, mais sont deux concepts différents :

[TRADUCTION] La décision de la Cour dans *Canmore Mountain Villas Inc. v. Alberta (Minister of Seniors and Community Supports)* soulignait la confusion possible pouvant survenir entre le privilège d'intérêt commun et l'exception d'intérêt commun au privilège. Le contexte de l'affaire était une poursuite intentée contre un certain nombre de parties à la suite d'un marché allégué conclu entre la plaignante, la province et la ville de Canmore. La province revendiquait un privilège d'intérêt commun à l'égard de documents se rapportant à des communications entre la ville et la province concernant le marché proposé de céder des terrains de la province à la ville. Les deux représentants de la ville et de la province avaient demandé un avis juridique sur cette question et avaient fait référence au produit du travail de l'avocat. La Cour a conclu :

Le privilège d'intérêt commun ne dépend pas d'un intérêt que partagent les deux parties à l'égard d'un litige en cours ou anticipé. Le privilège d'intérêt commun a une application plus générale. Il n'exige pas que les parties soient engagées dans un système accusatoire et partagent un intérêt commun. Cette notion a été rejetée par le juge Lowry dans l'arrêt *Fraser Milner Casgrain, LLP and Minister of National Revenue*,

(B.C. Supreme Court). At para. 13 and 14, the following is found:

“The respondent maintains that common interest privilege can only arise where there is a common interest in actual or anticipated litigation. The promotion of the adversary system is, it says, the only justifiable rationale.” “I cannot accept that to be so. To my mind, the economic and social values inherent in fostering commercial transactions merit the recognition of a privilege that is not waived when documents prepared by professional advisers, for the purpose of giving legal advice, are exchanged in the course of negotiations. Those engaged in commercial transactions must be free to exchange privileged information without fear of jeopardizing the confidence that is critical to obtaining legal advice.”

The court found that common interest privilege applied because communications were clearly directed to completing the transaction between the Town and the Province and the representatives confidentially discussed the transfer and took positions based on legal advice sought and given that would protect their respective interests.

This description by the court sounds closer to the common interest exception to solicitor-client privilege, even though the protection was claimed in the context of litigation and was called common interest privilege. This demonstrates the confusion between the two concepts that can sometimes result. [Footnotes omitted.]

[186] In addition, the Court is of the view that in *Canmore Mountain Villas*, the Minister properly pleaded the distinction between litigation CIP and adversary CIP based on the different underlying rationales. Having been rejected, it is assumed that the Minister chose not to advance the same argument in this Court, no doubt because *Pitney Bowes* relied on the same rationale to reject the submission—i.e. that the economic and social values inherent in fostering commercial transactions supports advisory CIP. The Court disagrees that this rationale can support advisory CIP.

[2002] 11 W.W.R. 682 (Cour suprême de la C.-B.), s’exprimant ainsi aux paragraphes 13 et 14 :

« L’intimé soutient que le privilège d’intérêt commun ne peut survenir que lorsqu’il existe un intérêt commun à l’égard d’un litige existant ou anticipé. La promotion du système accusatoire est, nous dit-on, le seul fondement justifiable. » « Je ne peux pas accepter qu’il en soit ainsi. J’estime que les valeurs économiques et sociales inhérentes à la promotion des opérations commerciales justifient la reconnaissance d’un privilège auquel on n’a pas renoncé lorsque des documents préparés par des conseillers professionnels, dans le but de fournir un avis juridique, sont échangés dans le cadre de négociations. Les parties qui effectuent les opérations commerciales doivent être libres d’échanger des renseignements privilégiés sans craindre de mettre en péril la confiance qui est essentielle à l’obtention d’un avis juridique. »

La Cour a conclu que le privilège d’intérêt commun s’appliquait parce que les communications visaient clairement à réaliser l’opération entre la ville et la province, et que les représentants avaient discuté de la cession en toute confidentialité et avaient pris position en fonction de l’avis juridique demandé et fourni qui protégerait leurs intérêts respectifs.

Cette description donnée par la Cour semble plus près de l’exception d’intérêt commun au privilège du secret professionnel de l’avocat, même si la protection a été revendiquée dans le contexte d’un litige et qu’on lui a donné le nom de privilège d’intérêt commun. Cela démontre la confusion que cela peut parfois entraîner entre les deux concepts. [Notes en bas de pages omises.]

[186] Par ailleurs, la Cour est d’avis que dans la décision *Canmore Mountain Villas*, le ministre a adéquatement fait valoir la distinction entre le privilège d’intérêt commun lié aux litiges et le privilège d’intérêt commun lié aux consultations en se basant sur des fondements différents. Cet argument ayant été rejeté, on suppose que le ministre a choisi de ne pas le présenter de nouveau devant la Cour, sans doute parce que dans la décision *Pitney Bowes*, le juge s’était appuyé sur le même fondement pour rejeter la prétention, c.-à-d. que les valeurs économiques et sociales inhérentes à la promotion des opérations commerciales justifient la reconnaissance du privilège d’intérêt commun consultatif. Notre Cour n’est pas d’accord que ce raisonnement peut appuyer le privilège d’intérêt commun consultatif.

[187] The primary purpose of the confidentiality provided by litigation privilege, which is only temporary, is to protect litigation strategies in the adversarial process. Due to the strategic nature of the adversarial legal process, litigation cannot be conducted without maintaining the confidentiality of solicitor-client and other communications necessary to the adversarial process of litigation. It is very important, therefore, to stress that confidentiality is intrinsic and essential to litigation strategy which is a fundamental component of the adversarial system. Were it otherwise, it would be tantamount to showing your cards in a poker game.

[188] It is also notable that with regard to litigation privilege, in contradistinction to the rationale of SCP, the lawyer does not always want “full and frank” disclosure from the client—often just the opposite. Too fulsome disclosure could result in limiting the lawyer’s ability to represent the client. For example, criminal lawyers in particular, will normally discourage unknown admissions against interest by the client. If the admissions are revealed, this could hinder the lawyer’s ability to introduce evidence or make submissions contradicting the statements without being concerned about participating in a fraud on the court. I think it may be generally stated that litigation lawyers are satisfied with knowing everything they can obtain from their clients that can be ethically employed to assist them succeed in the legal proceeding.

[189] On the other hand, in terms of encouraging disclosure from the client and the self-interest in the desire to succeed in the litigation, it would only be in the rarest of situations that the client needed confidentiality to provide the litigation lawyer with every bit of helpful information that could be thought of. The confidentiality of the communications would likely have little effect in encouraging information that otherwise would not be forthcoming, if of assistance in the litigation.

[187] L’objectif principal de la confidentialité qu’offre le privilège relatif au litige, qui n’est que temporaire, est de protéger les stratégies de litige dans le cadre du processus accusatoire. Étant donné la nature stratégique du processus juridique accusatoire, le litige ne peut être conduit sans préserver la confidentialité des communications entre l’avocat et son client et les autres communications qui sont nécessaires au processus accusatoire des litiges. Il est donc très important de souligner que la confidentialité est intrinsèque et essentielle à la stratégie du litige, qui est une composante fondamentale du système accusatoire. S’il en était autrement, cela reviendrait à montrer vos cartes au poker.

[188] Il y a également lieu de mentionner qu’en ce qui concerne le privilège relatif au litige, contrairement au fondement du secret professionnel de l’avocat, l’avocat ne veut pas toujours une divulgation « complète et franche » de la part de son client; il veut parfois le contraire. Une divulgation trop complète pourrait limiter la capacité de l’avocat à représenter le client. Par exemple, les avocats au criminel notamment n’encourageront pas en général leur client à faire des aveux contre leur intérêt. Si ces aveux sont révélés, cela pourrait nuire à la capacité de l’avocat de présenter des éléments de preuve ou des prétentions qui contredisent les déclarations sans craindre de participer à une fraude contre la Cour. Je crois que l’on peut dire en général que les avocats plaidants se contentent d’obtenir auprès de leurs clients tous les renseignements qui peuvent être utilisés de manière éthique pour les aider à avoir gain de cause.

[189] Par ailleurs, en ce qui concerne le fait d’inciter le client à divulguer des renseignements et son intérêt à vouloir obtenir gain de cause, ce ne serait que dans les cas les plus rares que le client aurait besoin de protéger la confidentialité de ses aveux pour fournir à l’avocat plaidant tout renseignement utile auquel il pourrait penser. La confidentialité des communications favoriserait probablement peu la divulgation de renseignements qui autrement n’auraient pas été divulgués s’ils peuvent être utiles au litige.

(4) Communications in Anticipation of Litigation Are Distinct from Those that Anticipate Creating Litigation

[190] Many of the cases where the litigation and advisory CIP distinction arises concern discussions around “anticipated litigation”. There is no difference between litigation-related circumstances when litigation has started and when seen to be reasonably anticipated or pending. The foundation is the same: it is all about protecting the strategic nature of the communications in accordance with the adversarial rules that govern the legal process. Litigation privilege is based upon the need for a protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate.

[191] Despite the fact that anticipated litigation is not a circumstance that officially supports advisory CIP, it nevertheless appears to be the only situation where it can be said to enable transactions. This follows from the fact that the privilege only serves any purpose when applied once litigation commences from the transaction that was the subject matter of the privilege. Indeed, it is the Court’s view that the principal *raison d’être* of legal advisory CIP is in the anticipation of creating litigation because of the nature of the transaction that the privilege really protects, i.e. transactions of questionable legality. This issue will be taken up in detail below when considering the necessity of advisory CIP in enabling transactions.

[192] This conclusion is confirmed by remarks of respondents’ counsel from the frank discussions at the hearing when he stated as follows:

When Abacus said we would buy your shares for such and such a price, that assumes certain tax consequences will follow and that’s [what] they can base their price on. If you don’t get the tax consequence the prices are the wrong price. The value that they’re offering is assuming a certain tax result, so you have to have tax lawyers go

4) Les communications en prévision d’un litige sont distinctes de celles dont on prévoit qu’elles susciteront un litige

[190] Bon nombre des cas où la distinction entre le privilège d’intérêt commun consultatif et celui relatif aux consultations est soulevée concernent des discussions entourant un « litige anticipé ». Il n’y a aucune différence entre les circonstances liées au litige lorsque le litige a été engagé et lorsqu’il semble être raisonnablement anticipé ou en cours. Le fondement est le même : le but est de protéger la nature stratégique des communications conformément au principe de la contradiction qui régit le processus judiciaire. Le privilège relatif au litige est basé sur le besoin d’une zone protégée destinée à faciliter, pour l’avocat, l’enquête et la préparation du dossier en vue de l’instruction contradictoire.

[191] Malgré le fait que le litige anticipé ne soit pas une circonstance qui justifie officiellement le privilège d’intérêt commun consultatif, il semble néanmoins être la seule situation où l’on peut dire qu’il facilite les opérations. Cela découle du fait que le privilège n’atteint son but que lorsqu’il est appliqué suite à l’introduction d’un litige à l’égard de l’opération qui faisait l’objet du privilège. En effet, notre Cour est d’avis que la principale raison d’être du privilège d’intérêt commun consultatif se trouve dans la perspective de susciter un litige en raison de la nature de l’opération que le privilège protège réellement; c.-à-d. les opérations dont la légalité est douteuse. Cette question sera abordée en détail ci-après lorsqu’il sera question de la nécessité du privilège d’intérêt commun consultatif pour réaliser des opérations.

[192] Cette conclusion est confirmée par les remarques que l’avocat des défendeurs a faites dans le cadre des discussions franches tenues à l’audience, où il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Lorsqu’Abacus a dit que nous achetions nos actions à tel ou tel prix, cela tenait compte de certaines conséquences fiscales sur lesquelles ils pouvaient établir leur prix. Sans les conséquences fiscales, les prix ne sont pas les bons. La valeur qu’ils offrent tient compte d’un certain résultat fiscal. Des avocats

through the transaction to make sure you're getting that result. That's what the memo does.

The Memo, if I could put it this way, is essentially a roadmap saying we did step one, and here are the tax consequences. We are going to do step one in three days and here's what we think the tax consequences will be. We're going to do step two, here are the tax consequences. It's a roadmap to the CRA to go in and to look at it and say are we going to challenge this tax analysis or not – do we agree with this analysis or not. It's a roadmap to the CRA to come in and to tell them every way to challenge the tax result of the transaction. [Emphasis added.]

[193] The principal points of difference where litigation is contemplated in the two forms of CIP are those of timing and purpose. Litigation privilege initially arises only after the occurrence of facts that give rise to an anticipation of litigation. The lawyers' communications and other work are to serve a strategic purpose of better outcomes in the litigation in accordance with the dictates of the adversarial regime and in the interests of the client. Common interest communications with fellow lawyers representing other clients are for the same strategic purpose of succeeding in the litigation. CIP and litigation privilege therefore, share the same rationales and purposes.

[194] In contradistinction to litigation privileges, advisory CIP occurs before the facts that will give rise to the litigation have occurred. Its supposed purpose is to promote transactions by confidentiality, but the real advantage of CIP occurs when it is applied at trial. In other words, the real purpose of advisory CIP in enabling transactions occurs when the parties anticipate litigation occurring as a result of the transaction that they are negotiating, such as described by respondents' counsel above. This purpose is purely strategic, to keep the evidence of their privileged communications out of the anticipated trial so as to improve their chance of success.

fiscalistes doivent donc examiner l'opération afin de s'assurer que l'on obtient ce résultat. C'est à ça que sert la note de service.

La note de service, si je puis dire, est essentiellement une feuille de route indiquant que nous avons franchi la première étape et en voici les conséquences fiscales. Nous réaliserons la première étape en trois jours et voici ce que nous prévoyons comme conséquences fiscales. À la deuxième étape, voici les conséquences fiscales. Il s'agit d'une feuille de route qui permet à l'ARC de vérifier si elle a l'intention de contester cette analyse fiscale ou non ou de se demander si elle est d'accord avec cette analyse ou non. Cette feuille de route pour l'ARC lui permet d'intervenir et de l'informer de toutes les façons de contester les conséquences fiscales de l'opération. [Non souligné dans l'original.]

[193] Les principaux points de différence des deux formes de privilège d'intérêt commun lorsqu'un litige est envisagé visent le choix du moment et l'objectif. Le privilège relatif au litige ne prend naissance qu'après les faits qui donnent lieu à un litige prévu. Les communications des avocats et les autres documents ont pour objectif stratégique d'obtenir de meilleurs résultats durant le litige, conformément aux impératifs du régime contradictoire et aux intérêts du client. Les communications d'intérêt commun avec d'autres avocats qui représentent d'autres clients ont le même objectif stratégique d'obtenir gain de cause. Par conséquent, le privilège d'intérêt commun et le privilège relatif au litige partagent la même motivation et le même objectif.

[194] Contrairement au privilège relatif au litige, le privilège d'intérêt commun consultatif naît avant les faits qui donneront lieu au litige. Son objectif présumé est de favoriser des opérations en assurant leur confidentialité, mais l'avantage réel est obtenu lorsque le privilège est appliqué lors d'un procès. Autrement dit, l'objectif réel du privilège d'intérêt commun consultatif en permettant des opérations se réalise lorsque les parties anticipent un litige à la suite de l'opération qu'elles sont en train de négocier, comme l'a décrit l'avocat des défendeurs précédemment. Cet objectif est purement stratégique, soit d'exclure la preuve de leurs communications privilégiées du procès prévu afin d'améliorer leurs chances de succès.

[195] This purpose is incompatible with SCP doctrine. It is to encourage disclosure to encourage compliance, which includes preventing litigation. It is not to encourage transactions that anticipate creating litigation, and thereafter afford a strategic advantage to the allied parties by keeping relevant evidence about how the transactions was negotiated out of the trial.

[196] Having made this point, I respectfully disagree with the dissent in *Ambac* when it claims that “[n]o rational basis exists to recognize the expectations for maintaining confidences in the former [litigation CIP] but not the latter [advisory CIP]”. The comment, in its context, is as follows (*Ambac*, at page 637):

.... However, the majority fails to identify any distinction between coparties or persons who reasonably anticipate litigation, and parties committed to the completion of a merger. Both are incentivized to cooperate in order to secure a mutually beneficial outcome — one a successful litigation outcome, the other a successful commercial outcome. No rational basis exists to recognize the expectations for maintaining confidences in the former but not the latter. [Emphasis added.]

[197] The rationale of litigation privilege, which extends to the anticipation of litigation, serves the purpose of upholding the strategic adversarial trial process, while the rationale of litigation CIP serves that same purpose. If one wishes to see them both as outcome-based given the nature of litigation, that is fine. SCP however, serves the purpose of maintaining the solicitor-client relationship, while the dissent in *Ambac* argues that advisory CIP upholds the successful outcome of negotiating contracts. There is no rational basis in SCP doctrine that pertains to any outcome from the lawyer-client relationship that it upholds. SCP doctrine is about maintaining the solicitor-client relationship. There is no similarity

[195] Cet objectif est incompatible avec le principe du secret professionnel de l’avocat. Il vise à promouvoir la divulgation pour favoriser la conformité, et notamment prévenir un litige. Il ne vise pas à promouvoir des opérations pour lesquelles on prévoit qu’elles susciteront un litige, et ainsi accorder un avantage stratégique aux parties alliées en empêchant la divulgation d’éléments de preuve pertinents sur la façon dont les opérations ont été négociées lors du procès.

[196] Ayant expliqué ce point, je ne puis être d’accord avec les juges dissidents dans l’arrêt *Ambac* lorsqu’ils prétendent [TRADUCTION] « qu’il n’existe aucun fondement rationnel pour reconnaître les attentes en ce qui trait à la préservation des renseignements confidentiels dans la première situation (privilège d’intérêt commun relatif au litige), mais pas dans la deuxième (privilège d’intérêt commun consultatif) ». Leur commentaire se lit ainsi, dans ce contexte (*Ambac*, à la page 637) :

[TRADUCTION] [...] Cependant, les juges majoritaires n’établissent pas de distinction entre les coparties ou les personnes qui prévoient raisonnablement un litige et les parties qui s’engagent à réaliser une fusion. Elles sont toutes encouragées à coopérer afin d’obtenir un résultat mutuellement avantageux : pour les premières, un gain de cause devant les tribunaux, pour les autres, une issue commerciale satisfaisante. Il n’y a aucun fondement rationnel pour reconnaître les attentes en ce qui a trait à la préservation des renseignements confidentiels dans la première situation, mais pas dans la deuxième. [Non souligné dans l’original.]

[197] Le fondement du privilège relatif au litige, qui s’étend au litige prévu, vise à confirmer le processus judiciaire contradictoire stratégique, et le fondement du privilège d’intérêt commun relatif au litige poursuit le même objectif. Si l’on souhaite les voir comme des privilèges fondés sur des résultats en raison de la nature des litiges, qu’il en soit ainsi. Toutefois, le secret professionnel de l’avocat a pour objectif de maintenir la relation avocat-client, alors que les juges dissidents dans l’arrêt *Ambac* soutiennent que le privilège d’intérêt commun consultatif confirme l’issue satisfaisante de la négociation de contrats. Aucun fondement rationnel dans le principe du secret professionnel de l’avocat ne

whatsoever in the rational basis of SCP and that of advisory CIP based on outcomes. At best, an outcome of successful transactions would be a case-by-case argument that bears no relation to the rational basis of SCP.

(5) The Different Rationales of Litigation Privilege and SCP Result in Different Rationales for Whether to Recognize a CIP

[198] Unlike advisory communications, the benefits of litigation privilege to the administration of justice are neither indirect nor speculative. They are certain and direct, thereby reinforcing the adversarial process upon which our legal system is founded. This places the benefits of litigation privilege on the same scale, i.e. direct and necessary (as opposed to indirect and speculative for the disclosure benefit of SCP), as the privilege's cost by the obstruction to the production of evidence that may be relevant to the matter. In such circumstances, it is possible to assess in real time whether the benefits approximate or surpass the costs to the obstruction to justice caused by the privilege. For litigation CIP, the strategic benefits surpass the strategic loss of evidence to the other party. In part, this is because the benefits and costs are reciprocal to each party, as they may be said to be set off against each other as they apply equally to all the parties in litigation. Both sides require confidentiality in order to be able to strategize and participate effectively in the adversarial regime.

[199] The rationale and doctrine of litigation privilege ultimately favours shared confidential communications

vis l'issue de la relation avocat-client qu'il confirme. Le principe du secret professionnel de l'avocat porte sur le maintien de la relation avocat-client. Il n'y a absolument aucune similitude entre le fondement rationnel du secret professionnel de l'avocat et celui du privilège d'intérêt commun consultatif en fonction des résultats. Au mieux, un résultat d'opérations réussies serait un argument au cas par cas qui n'a aucun lien avec le fondement rationnel du secret professionnel de l'avocat.

5) Les différents fondements du privilège relatif au litige et du secret professionnel de l'avocat entraînent des fondements différents pour déterminer s'il y a lieu de reconnaître un privilège d'intérêt commun

[198] Contrairement aux communications faites dans le cadre de consultations, les avantages du privilège relatif au litige pour l'administration de la justice ne sont ni indirects ni spéculatifs. Ils sont plutôt certains et directs, et renforcent le processus accusatoire sur lequel notre système juridique est fondé. Cela place les avantages du privilège relatif au litige au même niveau, c.-à-d. directs et nécessaires (plutôt qu'indirects et spéculatifs comme l'est l'avantage relatif à la divulgation dans le cas du secret professionnel de l'avocat), que le coût du privilège découlant de l'obstruction à la production d'éléments de preuve qui pourraient être pertinents. Dans de telles circonstances, il est possible d'évaluer en temps réel si les avantages sont équivalents aux coûts de l'entrave à la justice provoquée par le privilège ou s'ils les dépassent. Pour ce qui est du privilège d'intérêt commun relatif au litige, les avantages stratégiques dépassent la perte stratégique d'éléments de preuve pour l'autre partie. Cela s'explique en partie parce que les avantages et les coûts sont réciproques pour chaque partie, car on peut dire qu'ils peuvent se compenser puisqu'ils s'appliquent également à toutes les parties au litige. Les deux côtés ont besoin de confidentialité pour pouvoir établir une stratégie et participer efficacement au régime contradictoire.

[199] Le fondement et le principe du privilège relatif au litige favorisent en fin de compte le partage de

with parties of a common strategic interest because it is seen as enhancing the strategic adversarial process as a whole.

[200] I believe this to be the implicit reasoning in *Ambac* and truly underlies the exemption it allowed for the disclosure of litigation confidences where a common legal interest exists, without terminating the privilege. For example, what the majority reasons describe as the basis for “the exception” to waiver in litigation CIP is the necessary strategical role it plays in promoting the adversarial regime (at page 628):

As an exception to the general rule that communications made in the presence of or to a third party are not protected by the attorney-client privilege, our current formulation of the common interest doctrine is limited to situations where the benefit and the necessity of shared communications are at their highest, and the potential for misuse is minimal. Disclosure is privileged between codefendants, coplaintiffs or persons who reasonably anticipate that they will become colitigants, because such disclosures are deemed necessary to mount a common claim or defense, at a time when parties are most likely to expect discovery requests and their legal interests are sufficiently aligned that “the counsel of each [i]s in effect the counsel of all” (*Chahoon*, 62 Va at 841-842). When two or more parties are engaged in or reasonably anticipate litigation in which they share a common legal interest, the threat of mandatory disclosure may chill the parties’ exchange of privileged information and therefore thwart any desire to coordinate legal strategy. In that situation, the common interest doctrine promotes candor that may otherwise have been inhibited. [Emphasis added.]

(6) Revisiting *Ambac* and Professor Giesel’s Article

[201] I reiterate my conclusion that the dissent’s reasons in *Ambac* are not sustainable when disagreeing

communications confidentielles avec des parties ayant un intérêt stratégique commun parce que cela renforce le processus accusatoire stratégique dans son ensemble.

[200] Je crois qu’il s’agit là du raisonnement implicite dans l’arrêt *Ambac* et qui sous-tend réellement l’exception qui a été accordée concernant la divulgation de renseignements confidentiels se rapportant au litige lorsqu’il existe un intérêt juridique commun, sans mettre fin au privilège. Par exemple, ce que les motifs des juges majoritaires décrivent comme le fondement de l’« exception » à la renonciation dans le cadre du privilège d’intérêt commun relatif au litige est le rôle stratégique nécessaire qu’il joue dans la promotion du régime contradictoire (à la page 628) :

[TRADUCTION] À titre d’exception à la règle générale selon laquelle les communications échangées en présence d’un tiers ou faites à un tiers ne sont pas protégées par le privilège du secret professionnel de l’avocat, notre formulation actuelle du principe de l’intérêt commun se limite aux situations où l’avantage et la nécessité des communications partagées sont au plus haut niveau, et la possibilité de mauvais usage est minime. Une communication est privilégiée entre les codéfendeurs, les codemandeurs ou les personnes qui prévoient raisonnablement devenir des coparties à un litige parce qu’une telle communication est jugée nécessaire à la création d’une réclamation ou d’une défense commune à un moment où les parties sont le plus susceptibles de s’attendre à des demandes de communication préalable et à ce que leurs intérêts juridiques soient suffisamment harmonisés pour que « l’avocat de l’un soit en fait l’avocat de tous » (*Chahoon*, 62 Va, aux paragraphes 841 et 842). Lorsqu’au moins deux parties participent à un litige ou prévoient raisonnablement un litige dans lequel elles partagent un intérêt commun, la menace de communication obligatoire peut refroidir l’échange de renseignements privilégiés entre elles et ainsi entraver toute volonté de coordonner une stratégie juridique. Dans cette situation, le principe de l’intérêt commun favorise la candeur qui aurait autrement pu être inhibée. [Non souligné dans l’original.]

6) Réexamen de l’arrêt *Ambac* et de l’article de la professeure Giesel

[201] Je réitère ma conclusion selon laquelle les motifs des juges dissidents dans l’arrêt *Ambac* ne sont pas

with the majority reasons upholding litigation CIP because “[s]uch requirement does not derive from the common law roots of the attorney-client privilege, which lacks any litigation requirement” (*Ambac*, at page 636). As the Supreme Court has found in *Blank*, at paragraph 7, litigation and solicitor-client privileges are “distinct conceptual animals and not ... two branches of the same tree”. The distinction between the acceptance of litigation CIP and rejection of advisory CIP should comply with the underlying distinctions in their privilege rationales as was argued in *Canmore Mountain Villas*. In my view, it is upon this basis that the majority should have upheld litigation CIP and rejected advisory CIP.

[202] Another area of divergence that this Court has with both the majority and the dissent’s reasons in *Ambac* concerns the statement that SCP is “deemed essential to effective representation” (emphasis added). For example, the majority states as follows (*Ambac*, at page 623):

.... The oldest among the common law evidentiary privileges, the attorney-client privilege “fosters the open dialogue between lawyer and client that is deemed essential to effective representation” (*Spectrum Sys. Intl. Corp. v Chemical Bank*, 78 NY2d 371, 377 [1991]). [Emphasis added.]

[203] As the Supreme Court in *Blank* underscores in adopting Justice Sharpe’s statement on privilege, it is essential that SCP foster the solicitor-client relationship. This reflects Wigmore’s Second Criterion that the “element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties” [emphasis in original] (*Wigmore*, at § 2285). The distinction between it being essential to maintain the solicitor-client relationship, as opposed

adéquats lorsqu’il s’agit de rejeter les motifs exprimés par les juges majoritaires qui confirment le privilège d’intérêt commun relatif au litige parce qu’[TRADUCTION] « une telle exigence ne provient pas des racines de la common law du privilège du secret professionnel de l’avocat, qui ne comporte aucune exigence en matière de litige » (*Ambac*, à la page 636). Comme l’a jugé la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Blank*, au paragraphe 7, le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l’avocat sont des « concepts distincts, et non [...] deux composantes d’un même concept ». La distinction entre l’acceptation du privilège d’intérêt commun relatif au litige et le rejet du privilège d’intérêt commun consultatif devrait être conforme aux distinctions sous-jacentes de leurs raisons d’être, comme cela a été soutenu dans la décision *Canmore Mountain Villas*. À mon avis, c’est sur ce fondement que les juges majoritaires auraient dû confirmer le privilège d’intérêt commun relatif au litige et rejeter le privilège d’intérêt commun consultatif.

[202] Un autre point sur lequel notre Cour n’est pas d’accord avec les juges majoritaires et les juges dissidents dans l’arrêt *Ambac* concerne la déclaration portant que le secret professionnel de l’avocat est [TRADUCTION] « considéré comme étant essentiel à une représentation efficace » (non souligné dans l’original). Par exemple, les juges majoritaires indiquent ce qui suit (*Ambac*, à la page 623) :

[TRADUCTION] [...] Le plus vieux des privilèges relatifs à la preuve en common law, soit le privilège du secret professionnel de l’avocat, « favorise un dialogue ouvert entre l’avocat et son client qui est considéré comme étant essentiel à une représentation efficace » (*Spectrum Sys. Intl. Corp. v Chemical Bank*, 78 NY2d 371, 377 [1991]). [Non souligné dans l’original.]

[203] Comme la Cour suprême le souligne dans l’arrêt *Blank* en adoptant la déclaration du juge Sharpe sur le privilège, il est essentiel que le secret professionnel de l’avocat favorise la relation entre l’avocat et son client. Cela reflète le deuxième critère de Wigmore selon lequel [TRADUCTION] « le caractère *confidentiel doit être un élément essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties » [italiques dans l’original] (*Wigmore*, au paragraphe 2285). La distinction

to essential to effective representation, seems minor at first blush. However, the point made by Professor Giesel is that it is only communications between the client and the lawyer that can be said to be essential to maintaining the relationship. Moreover, effective representation may result from various circumstances. No benefit to maintaining the relationship arises from the external legal advice of third parties, whether or not it leads to more effective representation. This point is taken up later when discussing the alleged benefits of advisory CIP.

[204] The Court's comments concerning the application of Professor Giesel's conclusions have already been voiced. While her excellent article appears to have provided the basis for reconsideration by the courts of advisory CIP, supported by a cost benefit analysis, her thesis does not apply to litigation CIP. If it does, then it must be on another basis than litigation CIP being essential to maintaining the lawyer client relationship by encouraging disclosure by the client.

[205] Accordingly, the Court concludes that the correct ground for rejecting advisory CIP is that it is not co-extensive and reconcilable with SCP requirements. This being the case, by the ordinary tenets of privilege law, there should be no need to proceed with a cost-benefit analysis of advisory CIP. The disclosure of confidential information either is compatible with SCP doctrine, or not. If not, the matter stops right there. Despite this conclusion, the remainder of these reasons carry out a cost benefit analysis of advisory CIP, given the precedents of Professor Giesel and the *Ambac* decision.

entre le fait que l'élément doit être un élément essentiel au maintien de la relation avocat-client par opposition à un élément essentiel à une représentation efficace semble mineure à première vue. Cependant, le point soulevé par la professeure Giesel est que ce ne sont que les communications entre le client et son avocat qui peuvent être considérées comme étant un élément essentiel au maintien de la relation. De plus, une représentation efficace peut découler de diverses circonstances. La prestation d'un avis juridique externe d'un tiers n'a aucun avantage pour le maintien de la relation, que cet avis mène à une représentation plus efficace ou pas. Ce point est repris plus tard lorsqu'il est question des avantages allégués du privilège d'intérêt commun consultatif.

[204] Les commentaires de la Cour concernant l'application des conclusions de la professeure Giesel ont déjà été exprimés. Bien que son excellent article semble avoir servi de fondement au réexamen par les tribunaux du privilège d'intérêt commun consultatif, avec l'appui d'une analyse coûts-avantages, sa thèse ne s'applique pas au privilège d'intérêt commun relatif au litige. Dans le cas contraire, alors elle doit se baser sur un autre fondement que le fait que le privilège d'intérêt commun relatif au litige est un élément essentiel au maintien de la relation avocat-client en favorisant la divulgation par le client.

[205] Par conséquent, notre Cour conclut que le motif correct sur lequel se fonder pour rejeter le privilège d'intérêt commun consultatif est qu'il ne correspond pas aux exigences du secret professionnel de l'avocat et qu'il est incompatible avec ce dernier. Cela étant, d'après les limites ordinaires du droit du privilège, il ne devrait pas être nécessaire d'effectuer une analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun consultatif. La divulgation de renseignements confidentiels est soit compatible avec le principe du secret professionnel de l'avocat, soit elle ne l'est pas. Si elle ne l'est pas, la question s'arrête ici. Malgré cette conclusion, la suite des présents motifs comporte une analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun consultatif étant donné les précédents que sont l'article de la professeure Giesel et l'arrêt *Ambac*.

VI. A Cost/Benefit Analysis of CIPA. *Cost Benefit Analysis Cannot be Applied to Graft Advisory CIP onto the Class Privilege of SCP*

[206] SCP as a class privilege is generic in application across the entire spectrum of legal advice. Its rationale is expressed in generic terms based upon a speculative scenario that persons claiming the privilege are never required to prove, because it cannot be proved, i.e. that confidentiality encourages disclosure. SCP provides an assumed speculative benefit to the administration of justice based on a possibility that fuller disclosure will result from the confidentiality of the communications resulting in better compliance with the law and better representation. Accordingly, there is no cost-benefit analysis in the application of SCP theory, because it is not possible to conduct one. All that is required to obtain the privilege is that the communications were made for the purpose of obtaining and providing lawful legal advice. But, it is for this reason that no cost benefit analysis can be applied to support CIP, unless on a case-by-case methodology. It is not logical or acceptable to create an exception to SCP doctrine using principles that do not apply to SCP itself.

[207] Moreover, under SCP the client is not required to demonstrate that confidentiality provides a benefit, because it is presumed to do so, as confidentiality is essential to the maintenance of the relationship. For that reason, a claim of advisory CIP cannot rely on the same speculative presumption. CIP communications, though confidential, are not essential to maintain the relationship. That is why CIP either adheres to the principles of SCP as a class privilege, or is otherwise invalid.

VI. Analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun consultatifA. *L'analyse coûts-avantages ne peut pas être appliquée pour greffer le privilège d'intérêt commun consultatif au privilège générique du secret professionnel de l'avocat*

[206] Le privilège du secret professionnel de l'avocat est générique et s'applique à l'ensemble du spectre des avis juridiques. Sa raison d'être est exprimée en termes génériques en fonction d'un scénario spéculatif selon lequel les personnes qui revendiquent le privilège ne sont jamais tenues de le prouver parce qu'il ne peut être prouvé, c.-à-d. que la confidentialité incite à la divulgation. Le secret professionnel de l'avocat offre un avantage spéculatif présumé pour l'administration de la justice en fonction d'une possibilité qu'une divulgation complète découle de la confidentialité des communications, ce qui donnera lieu à une meilleure conformité au droit et à une meilleure représentation. Par conséquent, l'application de la théorie du secret professionnel de l'avocat n'entraîne aucune analyse coûts-avantages parce qu'il est impossible d'en réaliser une. Pour se prévaloir du privilège, il faut simplement que les communications soient faites dans le but d'obtenir et de fournir des conseils juridiques licites. Par contre, c'est pour cette raison qu'aucune analyse coûts-avantages ne peut s'appliquer pour étayer le privilège d'intérêt commun, à moins que cela ne soit en fonction d'une méthode individuelle. Il n'est ni logique ni acceptable de créer une exception au principe du secret professionnel de l'avocat à l'aide des principes qui ne s'appliquent pas au secret professionnel de l'avocat lui-même.

[207] En outre, conformément au secret professionnel de l'avocat, le client n'est pas tenu de démontrer que la confidentialité offre un avantage; elle est présumée le faire parce qu'elle constitue un élément essentiel au maintien de la relation. Pour ce motif, une revendication du privilège d'intérêt commun consultatif ne peut être fondée sur la même présomption spéculative. Les communications assujetties au privilège d'intérêt commun, bien qu'elles soient confidentielles, ne sont pas essentielles au maintien de la relation. C'est pourquoi le privilège d'intérêt commun doit respecter les principes

[208] This may explain why no cost benefit analysis is to be found in the jurisprudence supporting CIP. It would also explain why advisory CIP has only been supported by policy factors relevant to a case-by-case analysis that focus on a subset of significant and legally challenging commercial transactions that better lend themselves to policy submissions.

[209] In summary, CIP is being promoted using a cost-benefit analysis which is foreign and incompatible with SCP principles and how it is rationalized. The methodology is akin to a case-by-case approach. Moreover, when the factors in the analysis are benefits, either said to be to the administration of justice or enhancing economic and social values, the standard of proof is speculative. Such a speculative measure can only be rationalized when the benefit is essential to the maintenance of the relationship. It is the Court's view that such methodologies are tantamount to grafting a case-by-case analysis to a class privilege, while relying on a speculative measure that is insufficient to support advisory CIP.

B. The Benefits of CIP to the Administration of Justice

[210] Given the Court's understanding that any analysis related to SCP should be limited to factors affecting the administration of justice, or the legal system, the analysis of advisory CIP in this section will be confined to such factors. Accepting that external policy factors, in particular that of enabling commercial transactions are cited throughout the jurisprudence, the analysis of such factors will be carried out in the next section. The one exception relates to advisory CIP undermining the administration of justice when said to enable transactions that anticipate litigation. This is a cost to the administration of justice, as well as a detrimental policy factor that relates to transactional CIP.

du secret professionnel de l'avocat en tant que privilège générique, ou sinon il sera invalide.

[208] Cela pourrait expliquer pourquoi la jurisprudence à l'appui du privilège d'intérêt commun ne comporte aucune analyse coûts-avantages. Cela expliquerait aussi pourquoi le privilège d'intérêt commun consultatif n'a été étayé que de considérations de principe pertinentes à une analyse au cas par cas, qui met l'accent sur un sous-ensemble d'opérations commerciales importantes et juridiquement difficiles se prêtant mieux à des arguments de principe.

[209] En résumé, on fait la promotion du privilège d'intérêt commun à l'aide d'une analyse coûts-avantages qui est étrangère aux principes du secret professionnel de l'avocat, incompatible avec ceux-ci ainsi qu'avec la façon dont il est justifié. La méthode est semblable à une approche au cas par cas. De plus, lorsque les facteurs de l'analyse sont des avantages, soit pour l'administration de la justice, soit pour renforcer les valeurs économiques et sociales, la norme de preuve est spéculative. Une telle mesure spéculative ne peut être justifiée que lorsque l'avantage est essentiel au maintien de la relation. Selon la Cour, ces méthodes reviennent à greffer une analyse au cas par cas à un privilège générique, tout en se fondant sur une mesure spéculative qui est insuffisante pour étayer le privilège d'intérêt commun consultatif.

B. Les avantages du privilège d'intérêt commun pour l'administration de la justice

[210] Étant donné que, d'après ce que la Cour comprend, toute analyse liée au secret professionnel de l'avocat devrait se limiter aux considérations ayant des répercussions sur l'administration de la justice, ou le système juridique, l'analyse du privilège d'intérêt commun consultatif dans la présente section se limitera à ces considérations. Reconnaisant le fait que des considérations de principe externes, notamment celle de la réalisation des opérations commerciales, sont citées dans toute la jurisprudence, l'analyse de ces considérations sera effectuée dans la prochaine section. La seule exception concerne le privilège d'intérêt commun consultatif nuisant à l'administration de la justice lorsqu'il permettrait des opérations pour lesquelles un litige est anticipé. Il

s'agit d'un coût pour l'administration de la justice, ainsi que d'une considération de principe préjudiciable relative au privilège d'intérêt commun transactionnel.

(1) The benefits to the administration of justice described in *Ambac*

1) Les avantages pour l'administration de la justice décrits dans l'arrêt *Ambac*

[211] In its reasons the dissent decision in *Ambac* referred to the generally widespread acceptance of CIP in a non-litigation context. Furthermore, the dissent challenged the majority's distinction between litigation and advisory CIP on the basis that no such distinction exists in SCP. The dissent opinion also described several benefits of advisory CIP that are relevant to the administration of justice. Principally, these relate to the encouragement of high quality disclosure to provide more effective representation leading to more compliant behaviour. The reasons also refer to avoiding disputes between allied clients concerning the completed commercial transaction and creating an expectation of privacy, on which latter subject, no more will be said.

[211] Dans l'arrêt *Ambac*, les juges dissidents ont fait mention, dans leurs motifs, de l'acceptation généralisée du privilège d'intérêt commun dans un contexte non litigieux. En outre, ils ont contesté la distinction établie par les juges majoritaires entre le privilège d'intérêt commun consultatif et celui relatif au litige pour le motif que cette distinction n'existe pas dans le secret professionnel de l'avocat. Les juges dissidents ont également décrit plusieurs avantages du privilège d'intérêt commun consultatif qui sont pertinents pour l'administration de la justice. Principalement, ces avantages visent la promotion d'une divulgation de grande qualité afin de fournir une représentation plus efficace menant à un comportement plus conforme. Dans leurs motifs, les juges parlent aussi d'éviter les conflits entre des clients alliés concernant l'opération commerciale réalisée et de créer une attente en matière de protection de leur vie privée, mais rien de plus ne sera dit sur ce dernier sujet.

[212] Reference to these benefits may be seen from the following passages taken from the *Ambac* dissent's reasons (at pages 633, 636, [637] and 641):

[212] Les passages suivants des motifs dissidents de l'arrêt *Ambac* (aux pages 633, 636, [637] et 641) font mention de ces avantages :

.... Given that the attorney-client privilege has no litigation requirement and the reality that clients often seek legal advice specifically to comply with legal and regulatory mandates and avoid litigation or liability, the privilege should apply to private client-attorney communications exchanged during the course of a transformative business enterprise, in which the parties commit to collaboration and exchange of client information to obtain legal advice aimed at compliance with transaction-related statutory and regulatory mandates.

[TRADUCTION] [...] Comme le privilège du secret professionnel de l'avocat ne comporte aucune exigence en matière de litige et comme, en réalité, les clients demandent souvent des avis juridiques spécialement pour se conformer à des mandats juridiques et réglementaires et éviter un litige ou une responsabilité, le privilège devrait s'appliquer aux communications privées entre l'avocat et son client, échangées lors d'une entreprise de transformation dans laquelle les parties s'engagent à collaborer et à échanger des renseignements sur le client afin d'obtenir un avis juridique visant à se conformer aux mandats législatifs et réglementaires applicables aux opérations.

...

[...]

The legal demands of a highly-regulated financial business environment affect the management of information

Les exigences juridiques d'un environnement commercial financier hautement réglementé ont une incidence sur

shared between client and attorney where separately represented parties work collaboratively towards a mutual goal of transforming existing business entities and relationships. Confidences shared with attorneys under an appropriate common law privilege may further compliance with legal mandates.

...

.... This application of the [common-interest] privilege functions as a narrowly crafted exception to third-party waivers in the merger context, and is justified because signatories to a pre-merger agreement are bound with a common interest in completion of the merger. In such case, the privilege would maximize the quality of disclosure necessary for accurate and competent representation leading to compliance with regulatory and legal mandates. In other words, the privilege encourages parties committed to a merger to disclose confidential information to avoid submission of incomplete or noncompliant documents.

...

The attorney-client privilege is a long-standing exception to the general rule promoting discovery as part of the truth-finding process, and one tolerated because it serves the individual and societal goals of furthering the proper administration of justice by encouraging the free flow of information essential to legal representation. It has never been limited to client communications involving pending or anticipated litigation. Even so, the privilege is deemed waived where a client shares information with a third party, under circumstances that reflect the client's disinterest in the continued protection of the confidences. However, where parties to a merger seek to comply with legal requirements and agree to treat as confidential any exchanges of information made for purposes of seeking legal and regulatory advice to complete the merger, the parties cannot be assumed to have vitiated the private nature of the information, or to harbor an unreasonable expectation of privacy in these exchanges. [Emphasis added.]

la gestion de l'information échangée entre le client et son avocat lorsque des parties représentées séparément travaillent ensemble à l'atteinte d'un objectif mutuel qui est de transformer des entités et des relations commerciales existantes. Les renseignements confidentiels divulgués aux avocats en application d'un privilège approprié de la common law peuvent favoriser la conformité aux mandats juridiques.

[...]

[...] Cette application du privilège [d'intérêt commun] agit comme une exception strictement élaborée à la renonciation par des tiers dans un contexte de fusion, et est justifiée parce que les signataires d'une entente préalable à la fusion sont liés par un intérêt commun à l'égard de la réalisation de celle-ci. Dans un tel cas, le privilège maximiserait la qualité de la divulgation nécessaire pour assurer une représentation exacte et compétente menant à la conformité aux mandats réglementaires et juridiques. Autrement dit, le privilège incite les parties qui se sont engagées à réaliser la fusion à divulguer des renseignements confidentiels pour éviter de présenter des documents incomplets ou non conformes.

[...]

Le privilège du secret professionnel de l'avocat est une exception de longue date à la règle générale qui favorise la communication préalable dans le cadre du processus de recherche de vérité, et est toléré parce qu'il permet d'atteindre les objectifs individuels et sociétaux qui sont de favoriser la bonne administration de la justice en encourageant le libre échange de renseignements essentiels à une représentation juridique. Il n'a jamais été limité aux communications avec les clients concernant un litige en cours ou anticipé. Et même si c'était le cas, on considère qu'il y a eu renonciation au privilège lorsqu'un client communique de l'information à un tiers, dans des circonstances qui reflètent le désintérêt du client à l'égard du maintien de la protection des renseignements confidentiels. Toutefois, lorsque les parties à une fusion veulent se conformer à des exigences juridiques et conviennent de traiter comme étant confidentiels tous les échanges de renseignements faits dans le but d'obtenir un avis juridique et réglementaire visant à réaliser la fusion, on ne peut pas présumer que les parties ont vicié la nature privée des renseignements, ni qu'elles avaient une attente déraisonnable en matière de protection de leur vie privée à l'égard de ces échanges. [Non souligné dans l'original.]

- (2) Encouraging quality disclosure for more effective representation leading to more compliant behaviour

[213] It is acknowledged that legal advice is not confined to telling the client the law, but also includes advice “as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context” (*Slansky*, at paragraph 77). However, the two tasks (stating the law, and advising how to arrange affairs to do so) must be separated somewhat for the purpose of analysing the alleged benefits of CIP.

[214] Explaining the law to a client to ensure better compliance with the law has always been the duty of the lawyer owed his or her own client alone, and not someone else’s lawyer. Indeed, lawyers of allied clients are not in a solicitor-client relationship with other parties sharing a common interest and will refrain from placing themselves in a position where their advice can be relied upon by someone who is not their client. Besides, a client should not need more than her own competent law firm to advise whether the transaction in its final form, and at each step as the transaction is discussed, is compliant with the law. This remark applies for all sides of the transaction. Advisory CIP therefore provides little benefit in ensuring the client’s affairs are compliant.

[215] The Court highlights the significance of a conclusion that CIP does not contribute to a client’s compliance with the law. Compliance is truly the crux of the benefit to the administration of justice from SCP. In the dissent’s reasons cited above, it is the primary factor mentioned on numerous occasions as supporting advisory CIP.

[216] The main benefit from confidentiality in working with allied lawyers is the possible encouragement of the exchange of information and advice for planning

- 2) Encourager une divulgation de qualité pour assurer une représentation plus efficace menant à un comportement plus conforme

[213] Il est reconnu que la consultation juridique inclut non seulement le fait d’expliquer le droit à un client, mais également la prestation de conseils « sur les mesures raisonnables et prudentes à prendre dans le contexte juridique en cause » (*Slansky*, au paragraphe 77). Cependant, les deux tâches (expliquer le droit et offrir des conseils sur la façon de mener ses affaires pour s’y conformer) doivent être en quelque sorte séparées aux fins d’analyser les avantages allégués du privilège d’intérêt commun.

[214] Expliquer le droit à un client pour assurer une meilleure conformité à la loi a toujours été une obligation de l’avocat envers son client seulement et non envers l’avocat de quelqu’un d’autre. En effet, les avocats de clients alliés ne sont pas dans une relation avocat-client avec les autres parties qui partagent un intérêt commun et s’abstiendront de se placer dans une position où leurs conseils peuvent servir à quelqu’un qui n’est pas leur client. En outre, un client ne devrait pas avoir besoin d’un autre cabinet d’avocats que le sien pour lui dire si l’opération, dans sa forme finale et à toutes les étapes faisant l’objet de discussion, respecte la loi. Cette remarque s’applique à toutes les parties de l’opération. Le privilège d’intérêt commun consultatif ne permet donc pas tellement de s’assurer que les affaires du client sont conformes.

[215] La Cour souligne l’importance de conclure que le privilège d’intérêt commun ne contribue pas au respect par le client de la loi. La conformité est réellement au cœur de l’avantage pour l’administration de la justice provenant du secret professionnel de l’avocat. Dans les motifs dissidents cités précédemment, il s’agit du premier critère mentionné à de nombreuses occasions comme appuyant le privilège d’intérêt commun consultatif.

[216] Le principal avantage de la confidentialité lorsque l’on travaille avec des avocats alliés est l’incitation possible à l’échange de renseignements et d’avis à des

purposes. This would allow the parties to coordinate the arrangement of their affairs to maximize their returns in compliance with the law. Again, this is in line with what the dissent in *Ambac* states. That is also the situation in this matter.

[217] There is no doubt that this result provides a benefit to the clients and therefore is considered to provide for more effective lawyering. The issue however, is the benefit to the administration of justice that accrues from this process. More precisely, why is there a need for the confidentiality of the exchanged advisory CIP information so as to benefit the administration of justice?

[218] For the confidentiality of communications to benefit the administration of justice, it must be essential to the solicitor-client relationship. This requirement is not met by information and advice obtained from a third party, such as in a CIP relationship. These communications are not essential to maintain the relationship, which will be maintained without CIP. The relationship is maintained by the confidentiality of the communications, not by disclosing it and obtaining information back from a third party.

[219] Concern has already been noted about the statement relating to the beneficial effect of SCP “encouraging the free flow of information essential to legal representation” (emphasis added) (*Ambac*, at page 641). This statement was cited throughout the *Ambac* decision, mostly by the dissent, but also by the majority. This understates, or at least misplaces what is essential to the administration of justice for the purposes of this debate, and therefore, the issue at hand. The free flow of information must be essential to the solicitor-client relationship, not to legal representation in order to sufficiently benefit the administration of justice to justify the privilege. The free flow of information can only be essential to the relationship if the confidential communications are between the client and lawyer and not some third party or her lawyer.

fins de planification. Cela permettrait aux parties de coordonner la gestion de leurs affaires pour maximiser leurs retombées conformément à la loi. Là encore, cela est conforme aux motifs dissidents dans l’arrêt *Ambac*. Il s’agit également de la situation qui se présente en l’espèce.

[217] Il ne fait aucun doute que ce résultat offre un avantage aux clients et donc, qu’il est considéré comme offrant un exercice du droit plus efficace. La question porte toutefois sur l’avantage pour l’administration de la justice qui découle de ce processus. Plus précisément, pourquoi est-il nécessaire d’assurer la confidentialité des renseignements échangés en vertu du privilège d’intérêt commun consultatif de manière à servir l’administration de la justice?

[218] Pour que la confidentialité des communications serve l’administration de la justice, ces communications doivent être essentielles à la relation avocat-client. Les renseignements et les conseils obtenus d’un tiers ne satisfont pas à cette exigence, comme c’est le cas d’une relation visée par le privilège d’intérêt commun. Ces communications ne sont pas essentielles au maintien de la relation, qui sera maintenue même sans le privilège d’intérêt commun. La relation est maintenue par la confidentialité des communications, et non par la divulgation de celles-ci et l’obtention de renseignements d’un tiers en échange.

[219] Des préoccupations ont déjà été soulevées concernant la déclaration liée à l’effet bénéfique du secret professionnel de l’avocat qui [TRADUCTION] « encourage le libre échange de renseignements essentiels à une représentation juridique » (non souligné dans l’original) (*Ambac*, à la page 641). Cette déclaration a été citée dans tout au long de l’arrêt *Ambac*, principalement par les juges dissidents, mais aussi par les juges majoritaires. Elle sous-estime, ou du moins sous-évalue, ce qui est essentiel à l’administration de la justice aux fins du présent débat et par voie de conséquence, la question examinée. Le libre échange de renseignements doit être essentiel à la relation avocat-client et non à la représentation juridique pour servir suffisamment l’administration de la justice et justifier le privilège. Il ne peut être essentiel à la relation que si les communications confidentielles sont

[220] As noted in *Blank*, SCP concerns enabling and protecting the client lawyer relationship. CIP does nothing to protect and enable the relationship. CIP is about possibly and indirectly enhancing the relationship by obtaining external information and working with other parties to achieve better outcomes. This may result in a happy client. But so too would obtaining information from any source external to the relationship that will provide for more effective lawyering.

[221] This point becomes evident when one realizes that the advocates of CIP are attempting to rely on the same indirect speculative benefit that encourages full and frank disclosure used to rationalize SCP. They use the same speculative threshold of a possibility to support the presumed free flow of information created by advisory CIP. However, the benefits of CIP from confidentiality amongst the allied members, including those cited in *Ambac*, are similarly speculative, despite the certain and obvious way they are stated in the dissent's reasons. The benefits cannot be demonstrated, particularly not across the generic field of advisory CIP. In fact the speculative nature of the benefit is used by the majority to argue that confidentiality is not necessary. CIP's alleged benefits of encouraging free flowing disclosure that would not otherwise be forthcoming without the privilege are just as speculative as those of SCP.

[222] A speculative benefit from SCP is not the same as a speculative benefit from CIP. The exchange of information in CIP circumstances is not essential to the solicitor-client relationship. The confidentiality must be essential for the maintenance of the relationship. This is what makes SCP confidentiality essential to the

échangées entre le client et son avocat et non avec un tiers ou son avocat.

[220] Comme il est mentionné dans l'arrêt *Blank*, le secret professionnel de l'avocat vise à maintenir et à protéger la relation entre l'avocat et son client. Le privilège d'intérêt commun ne fait rien pour protéger et maintenir cette relation. Il vise à renforcer possiblement et indirectement la relation en obtenant des renseignements externes et en travaillant avec d'autres parties pour obtenir de meilleurs résultats. Cela peut faire plaisir à un client. Toutefois, il en serait de même si on obtenait des renseignements de toute autre source externe à la relation qui favoriserait un exercice du droit plus efficace.

[221] Ce point devient évident lorsque l'on se rend compte que les défenseurs du privilège d'intérêt commun tentent de se fonder sur le même avantage indirect et spéculatif qui incite une divulgation complète et franche et qui est utilisé pour justifier le secret professionnel de l'avocat. Ils utilisent le même seuil spéculatif d'une possibilité pour appuyer le présumé libre échange de renseignements créé par le privilège d'intérêt commun consultatif. Cependant, les avantages du privilège d'intérêt commun découlant de la confidentialité entre les membres alliés, y compris ceux cités dans l'arrêt *Ambac*, sont également spéculatifs, malgré la façon certaine et évidente dont ils sont énoncés dans les motifs des juges dissidents. Les avantages ne peuvent pas être démontrés, particulièrement pas dans le domaine générique du privilège d'intérêt commun consultatif. En fait, la nature spéculative de l'avantage est utilisée par les juges majoritaires pour faire valoir que la confidentialité n'est pas nécessaire. Les avantages allégués du privilège d'intérêt commun qui consistent à favoriser un libre échange des renseignements qui n'aurait autrement pas lieu sans le privilège sont tout aussi spéculatifs que ceux du secret professionnel de l'avocat.

[222] Un avantage spéculatif du secret professionnel de l'avocat n'est pas le même qu'un avantage spéculatif du privilège d'intérêt commun. L'échange de renseignements dans des circonstances visées par le privilège d'intérêt commun n'est pas essentiel à la relation avocat-client. La confidentialité doit être essentielle au

administration of justice. Without confidential solicitor-client relationships, the administration of justice cannot function. That is how essential it is. That is why SCP is treated in a near absolute fashion by our courts as noted by the respondents.

[223] Moreover, the reason the benefit must be at the level of essential from the confidentiality of common interest communication is to outweigh the direct, certain and obvious cost to the administration of justice that denies its introduction at trial. But the speculative benefit provided by CIP, because it is not essential to the relationship, cannot outweigh the costs to the administration of justice. Courts are not prepared to fetter their truth-seeking legal process, unless it is clearly demonstrated that it is essential to do so. Only something as essential as the need for confidentiality in maintaining the solicitor-client relationship—without which the administration of justice cannot function—will do. The administration of justice has and will function quite nicely without advisory CIP.

[224] It also follows from the foregoing analysis that the benefit arising from CIP must be seen as largely personal to the client and obtained in consideration for a result that undermines (cost greater than the benefit) the administration of justice. The client personally benefits by trading up confidential information essential to the relationship in return for a non-essential speculative personal benefit that is to the detriment of the administration of justice because of its disproportionately greater cost to the truth-seeking legal processes.

(3) CIP Assists in Avoiding Litigation and Liability

[225] The reference in the dissent's reasons in *Ambac* to the benefit of avoiding litigation and liability by the

maintien de la relation. C'est ce qui rend la confidentialité du secret professionnel de l'avocat essentielle à l'administration de la justice. Sans relation confidentielle entre l'avocat et son client, l'administration de la justice ne peut produire ses effets. Voilà à quel point elle est essentielle. C'est pour cette raison que les tribunaux traitent le secret professionnel de l'avocat comme un privilège presque absolu, comme l'ont indiqué les défendeurs.

[223] En outre, la raison pour laquelle l'avantage doit être aussi essentiel que la confidentialité des communications faisant l'objet d'un intérêt commun est qu'il doit dépasser le coût direct, certain et évident pour l'administration de la justice qui refuse leur présentation au procès. Par contre, comme l'avantage spéculatif du privilège d'intérêt commun n'est pas essentiel à la relation, il ne peut pas dépasser les coûts pour l'administration de la justice. Les tribunaux ne sont pas prêts à entraver leur processus juridique de recherche de vérité, à moins qu'il soit clairement démontré qu'il est essentiel de le faire. Seulement quelque chose d'aussi essentiel que le besoin de confidentialité pour maintenir la relation avocat-client — sans laquelle l'administration de la justice ne peut produire ses effets — peut justifier une telle mesure. L'administration de la justice se fait et continuera de se faire très bien sans le privilège d'intérêt commun consultatif.

[224] Il s'ensuit également de l'analyse précédente que l'avantage provenant du privilège d'intérêt commun doit être considéré comme étant largement personnel pour le client et obtenu en échange d'un résultat qui nuit à l'administration de la justice (coût supérieur à l'avantage). Le client profite personnellement de la communication de renseignements confidentiels essentiels à la relation en échange d'un avantage personnel spéculatif non essentiel au détriment de l'administration de la justice en raison de ses coûts excessivement plus importants pour les processus juridiques de recherche de vérité.

3) Le privilège d'intérêt commun aide à éviter un litige et une responsabilité

[225] Lorsque les juges dissidents dans l'arrêt *Ambac* renvoient à l'avantage d'éviter un litige et une responsabilité

exchange of information between parties is intended to refer to reducing the risks of litigation between the allied clients. It is important however, not to confuse those measures that will avoid litigation between the parties with the fact that advisory CIP may encourage the free flow of information across the table for the purpose of achieving the deal. The Court agrees with the statement in *Pitney Bowes* that “[t]he sharing of legal opinions will ensure that each party has an appreciation of the legal position of the others and negotiations can proceed in an informed and open way” [emphasis added] (at paragraph 20). It is exact that more information will avoid misunderstandings. But CIP will do little to avoid litigation with an allied party when there are concerns about abusing exchanged information, or gaining an advantage in the negotiations. These would be the more likely scenarios to give rise to litigation between the parties.

[226] Professor Giesel opined on this subject at page 540 of her article. She did so after pointing out how the lawyers would never owe a duty of loyalty towards the other clients in an allied arrangement in reference to the American Bar Association Formal Opinion 95-395 [ABA Comm. on Ethics and Prof’l Responsibility], as follows:

At all times in the allied lawyer situation, such an attorney focuses on maximizing the ultimate outcome for his or her separate client. One can say that the attorney is acting in the best interest of all members of the joint effort, but such an attorney, at any particular point in the joint effort, is always evaluating the situation to determine whether the joint effort is in the best interest of his or her own client. When the better course is for the individual member to exit the joint effort, the lawyer will so counsel his or her client. So even in the midst of the joint effort, a lawyer for any one member of the joint effort has one eye clearly focused on the individual interests of the attorney’s separate client.

2. ABA Formal Opinion 95-395: No Attorney-Client Relationship

par l’échange de renseignements entre les parties dans leurs motifs, ils parlent de la réduction des risques de litige entre les clients alliés. Il est toutefois important de ne pas confondre les mesures qui permettront d’éviter un litige entre les parties avec le fait que le privilège d’intérêt commun consultatif peut favoriser le libre échange de renseignements en vue de réaliser l’opération. Notre Cour souscrit à la déclaration formulée dans la décision *Pitney Bowes* selon laquelle « [l]a communication des avis juridiques garantit que chaque partie comprend la position juridique des autres et que les négoiations peuvent se dérouler ouvertement et en connaissance de cause » [non souligné dans l’original] (au paragraphe 20). Il est vrai que le fait de fournir plus de renseignements permettra d’éviter une mauvaise compréhension. Par contre, le privilège d’intérêt commun ne contribue guère à éviter un litige avec une partie alliée lorsqu’il existe des préoccupations concernant l’abus des renseignements échangés ou l’obtention d’un avantage dans les négociations. Il s’agit des scénarios les plus susceptibles de donner lieu à un litige entre les parties.

[226] La professeure Giesel s’est exprimée sur ce sujet à la page 540 de son article. Elle l’a d’ailleurs fait après avoir souligné comment les avocats n’auront jamais un devoir de loyauté envers d’autres clients dans le cadre d’une entente entre parties alliées, faisant référence à l’avis officiel 95-395 de l’Association du Barreau américain [ABA Comm. on Ethics and Prof’l Responsibility] :

[TRADUCTION] En tout temps dans une situation où des avocats se sont alliés, l’avocat s’efforce de maximiser le résultat final pour son client distinct. On peut dire que l’avocat agit dans l’intérêt de tous les membres de l’entreprise conjointe, mais celui-ci, en tout temps durant l’entreprise conjointe, évalue toujours la situation afin de déterminer si cette entreprise est dans l’intérêt de son propre client. Lorsqu’il est préférable pour un membre de ne plus participer à l’entreprise conjointe, l’avocat lui conseillera de se retirer. Donc, même en plein cœur de l’entreprise conjointe, l’avocat de n’importe quel membre de cette dernière se concentre sur les intérêts individuels de son propre client.

2. Avis officiel 95-395 de l’ABA : Aucune relation avocat-client

In ABA Formal Opinion 95-395, the American Bar Association's Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility considered the nature of the relationship of an attorney and members of a joint defense consortium, an allied lawyer setting. While speculating that an attorney in an allied lawyer situation may owe members of the group fiduciary duties, the Opinion does not view the other members of the group as clients of the lawyer. Consistent with recognizing the absence of an attorney-client relationship, the Opinion clearly states that the lawyer owes no ethical duties to the members of the group other than the lawyer's separate client. [Footnotes omitted.]

[227] It is difficult to imagine any client or her lawyer relying upon the exchange of information under the umbrella of CIP, without some considerable reservation. It would not provide much comfort that other allied clients appear to have been forthcoming to the extent of avoiding litigation when one does not know what was held back, or whether the allied client was misrepresenting some important aspect of the negotiation. The traditional *caveat emptor* procedures of due diligence and similar strategies still apply if clients wish to protect disclosed confidential communications and avoid litigation or liability concerning other parties involved in a commercial negotiation.

[228] Moreover, if the parties wish to ensure full disclosure, such as might avoid future litigation between them, this could be achieved by retaining a single lawyer to represent all the parties. The lawyer would be subject to a duty of loyalty to ensure the full and equal sharing of key information underlying the common interest, such that there would truly be a fulsome disclosure to head off future internecine disputes. Otherwise, the reality is that all of the lawyers representing the different clients in an allied client situation have a first duty to represent the interests of their own client, over those of the other clients.

[229] The Court is of the view that the exaggeration of CIP's role in avoiding litigation between the parties has been exacerbated by its confusion in jurisprudence with

Dans l'avis officiel 95-395 de l'ABA, le comité permanent sur l'éthique et la responsabilité professionnelle de l'Association du Barreau américain a examiné la nature de la relation entre l'avocat et les membres d'un consortium de défense commune dans une situation où des avocats se sont alliés. Bien qu'il soit supposé que dans une situation où des avocats se sont alliés, l'avocat puisse avoir des obligations de représentant envers les membres du groupe, les autres membres du groupe ne sont pas considérés comme des clients de l'avocat dans l'avis. Conformément à la reconnaissance de l'absence d'une relation avocat-client, l'avis indique clairement que l'avocat n'a aucune obligation éthique envers les membres du groupe, sauf envers son propre client. [Notes en bas de pages omises.]

[227] Il est difficile d'imaginer un client et son avocat se fonder sur l'échange de renseignements sous l'égide du privilège d'intérêt commun sans avoir une réserve considérable. Cela ne serait pas d'un grand réconfort de savoir que d'autres clients alliés semblent avoir divulgué des renseignements afin d'éviter un litige lorsqu'on ne sait pas ce qui a été gardé confidentiel ou si le client allié a mal représenté certains aspects importants de la négociation. Les procédures traditionnelles *caveat emptor* de diligence raisonnable et les stratégies similaires s'appliquent toujours si les clients souhaitent protéger des communications confidentielles divulguées et éviter un litige ou une responsabilité concernant d'autres parties à une négociation commerciale.

[228] De plus, si les parties souhaitent assurer une divulgation complète de sorte à éviter un litige futur entre elles, cela peut se faire en retenant les services d'un seul avocat pour représenter toutes les parties. L'avocat aurait un devoir de loyauté et serait tenu d'assurer une communication complète et équitable des renseignements clés qui sous-tendent l'intérêt commun, de sorte qu'il y aurait une divulgation réellement complète pour éloigner de futurs conflits internes. Sinon, la réalité est que tous les avocats représentant les différents clients dans une situation où les avocats se sont alliés ont d'abord l'obligation de représenter les intérêts de leur propre client avant ceux des autres.

[229] La Cour est d'avis que l'exagération du rôle du privilège d'intérêt commun pour éviter un litige entre les parties a été exacerbée par sa confusion avec le

JCP. CIP has been credited with the benefit of minimizing litigation between the parties, when that is more a result that JCP has delivered.

[230] There exist other means to limit litigation between negotiating parties who exchange confidential information, such as by a non-disclosure agreements (NDA). These are common-place in commercial law and will be upheld by the courts. The courts will also accept most other reasonable requests to protect confidential commercial information during litigation. Similarly, concerns about the risks of future litigation due to a party not obtaining full or accurate information during negotiations is usually provided for by appropriately drafted due diligence agreements. In addition, there are various legal protections against most forms of misrepresentation available under the common law and statutes.

(4) Systemic Benefits of CIP

[231] Although not referred to in *Ambac*, Professor Giesel considers arguments that have been advanced elsewhere suggesting that there are systemic benefits resulting from CIP. She concludes that such benefits are highly speculative, as seen from this passage at page 548:

While it is possible that applying the privilege to the allied lawyer setting creates efficiencies in representation, it is also very possible that recognition of the privilege in this setting does no such thing. When parties join together in a common effort but with separate lawyers, it is true that the attorneys can divide up the needed work on the matter; not every client must pay to have its separate attorney complete every step. But work on a legal matter is not finite. More lawyers may mean that more work is done. The lawyers may not divide the work. Even if work is divided, each lawyer must remain wary and cautious, and must take on a monitoring function regarding the work done by lawyers for the other members of the joint endeavor. One cannot say that each client pays less or that each lawyer bills fewer hours in an allied lawyer context

secret professionnel conjoint dans la jurisprudence. Le privilège d'intérêt commun s'est vu attribuer l'avantage de minimiser un litige entre les parties alors qu'il s'agit bien plus d'une conséquence du secret professionnel conjoint.

[230] Il existe d'autres moyens de limiter les litiges entre les parties qui négocient et qui échangent des renseignements confidentiels, notamment la signature d'une entente de confidentialité. Ce type d'entente est habituel en droit commercial et sera confirmé par les tribunaux. Les tribunaux accepteront également la plupart des autres demandes raisonnables visant à protéger des renseignements commerciaux confidentiels durant un litige. De même, des préoccupations concernant les risques de litige futur découlant du fait qu'une partie n'a pas obtenu de renseignements complets ou exacts durant les négociations sont habituellement réglées par la préparation d'ententes de diligence raisonnable rédigées adéquatement. En outre, il existe diverses protections juridiques contre la plupart des formes de fausses déclarations en vertu de la common law et des lois.

4) Avantages systémiques du privilège d'intérêt commun

[231] Bien qu'il n'en soit pas question dans l'arrêt *Ambac*, la professeure Giesel examine des arguments qui ont été avancés ailleurs selon lesquels le privilège d'intérêt commun entraîne des avantages systémiques. Elle conclut que de tels avantages sont très spéculatifs, comme il ressort de ce passage à la page 548 :

[TRADUCTION] Bien qu'il soit possible que l'application du privilège à une situation où des avocats se sont alliés crée des gains d'efficacité en matière de représentation, il est également fort possible que la reconnaissance du privilège dans ce type de situation n'entraîne aucun gain. Lorsque des parties s'unissent dans un effort commun, mais ont des avocats différents, il est vrai que les avocats peuvent se diviser le travail à faire; ce ne sont pas tous les clients qui doivent payer pour que leur avocat effectue tout le travail. Par contre, le travail relatif à une question juridique n'est pas limitatif. Le fait qu'il y ait plus d'avocats peut signifier que plus de travail sera accompli. Les avocats ne se diviseront peut-être pas le travail. Et même si le travail était divisé, chaque avocat doit demeurer prudent et méfiant et doit assumer une fonction

than when parties and counsel act separately. [Footnote omitted.]

[232] The Court's view is that the more lawyers are involved, the more costs will likely increase. It is simply a factor of communication paths between lawyers that increase exponentially by the number of lawyers participating in these communications, all of which has to be paid for by the clients. It is also the Court's experience that more lawyers at trial tends to increase the costs of the process with little apparent benefit, as it does for the clients.

C. Costs of CIP to the Administration of Justice

(1) An Expansion of the Quantity of Privileged Communications

[233] Prior to the relatively recent growth CIP, the client-to-client or lawyer-to-lawyer communications between negotiating parties were not subject to a claim of SCP (as opposed to litigation or settlement privilege that rests on different foundations). If clients negotiated transactions with the help of lawyers, their communications with their own lawyers were privileged, but third party communications, including those with other lawyers, were not kept out of court proceedings. What this meant was that negotiations concerning the resulting transactions were transparent in future litigation processes. The courts knew not only what the commercial transactions were, but also how they came into being and how the parties understood they were intended to operate. Contrast that with this matter, where all the Minister has to work with is the multiple transactions themselves.

de surveillance à l'égard du travail effectué par les avocats des autres membres de l'entreprise conjointe. On ne peut pas dire que chaque client paye moins ou que chaque avocat facture moins d'heures lorsque des avocats se sont alliés que lorsque les parties et les avocats agissent séparément. [Note en bas de page omise.]

[232] La Cour est d'avis que plus il y a d'avocats, plus les coûts sont susceptibles d'augmenter. Ce n'est qu'une simple question de voies de communication entre les avocats qui augmentent de façon exponentielle selon le nombre d'avocats qui participent aux communications, et que les clients devront payer. De plus, selon l'expérience de notre Cour, plus il y a d'avocats au procès, plus les coûts du processus augmentent et moins il y a d'avantages apparents, comme c'est le cas pour les clients.

C. Les coûts du privilège d'intérêt commun pour l'administration de la justice

1) Une augmentation du nombre de communications privilégiées

[233] Avant la croissance relativement récente du privilège d'intérêt commun, les communications de client à client ou d'avocat à avocat entre les parties qui négocient n'étaient pas assujetties au secret professionnel de l'avocat (par opposition au privilège relatif au litige ou relatif aux règlements qui repose sur des bases différentes). Si les clients négociaient des opérations avec l'aide d'avocats, leurs communications avec leurs propres avocats étaient privilégiées, mais les communications avec des tiers, y compris celles avec d'autres avocats, n'étaient pas protégées contre une divulgation devant les tribunaux. Cela veut dire que les négociations relatives aux opérations qui en découlaient étaient transparentes dans les procédures judiciaires ultérieures. Les tribunaux savaient non seulement quelles étaient les opérations commerciales, mais savaient aussi comment elles avaient été conclues et comment les parties comprenaient leur éventuel déroulement. Par comparaison, en l'espèce, tout ce que le ministre avait à sa disposition était les nombreuses opérations elles-mêmes.

[234] Moreover, access to this relevant evidence is disappearing quickly. Reference has already been made to Professor Giesel's comments that there has been "a broad expansion of the character of communications not presentable to the truth-finder and a substantial increase in the quantity of communications not subject to disclosure and not available to the truth-finder" (at page 544). She backs up this claim with data. She has quantitatively demonstrated that there has been a marked increase in the development of a privilege that barely existed before the 1980s, to one that is now commonplace and expanding in the United States and Canada.

[235] There is no rationale that would confine CIP to commercial transactions, despite intimations to the opposite effect by the dissenting judges in *Ambac* who focus on significant transformative transactions that allegedly require CIP to be concluded. Its principles will apply whenever parties find some common legal interest they wish to pursue where the parties share an interest in concluding the transaction. Advisory CIP is only now beginning to come of age. As was noted by the majority in *Ambac*, "one treatise has observed that the common interest exception in these jurisdictions 'is spreading like crabgrass to areas the drafters of the Rejected Rule could have hardly imagined' (Wright & Graham § 5493 [2015 Supp])" (at page 632). This is to be expected, given the generally inventive spirit of lawyers. Once thoroughly ensconced in privilege law, it appears likely that when lawyers communicate on any subject where their clients are seeking some common goal, the privilege will be raised by connecting it to a legal interest.

[236] The Ontario Superior Court in the matter of *Trillium*, at paragraph 14, where the Court adopted the Master's conclusion that the CIP exception is "so fact driven, there can be no hard and fast rule as to when it will or will not arise". *Trillium* demonstrates that the

[234] Par ailleurs, l'accès à ces éléments de preuve pertinents disparaît rapidement. J'ai déjà fait mention des commentaires de la professeure Giesel selon lesquels il y a eu [TRADUCTION] « une grande expansion du caractère des communications qui ne peuvent être présentées au chercheur de vérité et une augmentation importante du nombre de communications non assujetties à la divulgation et non disponibles au chercheur de vérité » (à la page 544). Elle étaye cette affirmation de données. Elle a démontré quantitativement qu'il y avait eu une augmentation marquée dans la transformation d'un privilège qui existait à peine avant les années 1980 à un privilège qui est maintenant commun et qui se répand aux États-Unis et au Canada.

[235] Aucune justification ne confinerait le privilège d'intérêt commun aux opérations commerciales, malgré les allusions à l'effet opposé par les juges dissidents dans l'arrêt *Ambac*, qui mettent l'accent sur les opérations transformatives importantes nécessitant prétendument un privilège d'intérêt commun pour se conclure. Ses principes s'appliqueront chaque fois que les parties trouvent un quelconque intérêt juridique commun qu'elles souhaitent poursuivre lorsqu'elles partagent un intérêt à conclure l'opération. Le privilège d'intérêt commun consultatif ne fait que commencer à atteindre la maturité. Comme l'ont mentionné les juges majoritaires dans l'arrêt *Ambac*, [TRADUCTION] « l'un des traités a observé que l'exception de l'intérêt commun dans ces administrations "se répand comme de la mauvaise herbe jusqu'à des zones que les rédacteurs de la règle rejetée n'auraient même pas pu imaginer" (Wright & Graham, au paragraphe 5493 [2015 Supp]) » (à la page 632). Il fallait s'y attendre étant donné l'esprit généralement innovateur des avocats. Une fois bien établi dans le droit du privilège, il semble probable que lorsque les avocats communiquent sur un sujet à l'égard duquel leurs clients ont un objectif commun, le privilège sera soulevé en le mettant en relation avec un intérêt juridique.

[236] Dans la décision *Trillium* de la Cour supérieure de l'Ontario, au paragraphe 14, la Cour a adopté la conclusion de la protonotaire selon laquelle l'exception du privilège d'intérêt commun est [TRADUCTION] « tellement tributaire des faits qu'il ne peut y avoir de

new privilege can be expected to have wide application in Canada and pose challenging decisions for the courts as they assess the application of CIP to different fact situations.

[237] It should not be forgotten that the respondents allege that the benefit of CIP is to generate the “free flow of information” to enable the formation of commercial transactions. By their own admission therefore, one can anticipate a substantial increase in the scope of privileged information protected by CIP.

[238] Nor can any comfort be drawn from the fact that only legal communications will be privileged. As in this matter, the excluded evidence would describe how the commercial transactions were negotiated. While not yet raised in this case, given the decision to limit the application of the memo, it could of course include the communications of other professionals or persons retained by the lawyers to assist them and in rendering their legal advice, such as the accountants “crunching the numbers”. Most of the cases in the area appear to be highly complex, as in merger discussions or large commercial sale transactions involving thousands of documents on which privilege is claimed. There are other privilege claims pending in this matter. If CIP is upheld as a legitimate doctrine of SCP, other documentation will likely be the subject of a similar claim of privilege.

(2) CIP Denies the Courts Important Relevant Substantive Evidence

[239] The evidence of communications between the parties is often essential to finding facts concerning the commercial transaction, particularly when motivations and intentions are at issue. In a world where

règle absolue sur le moment où elle surviendra” ». La décision *Trillium* démontre que l’on peut s’attendre à ce que le nouveau privilège ait une vaste application au Canada et entraîne des décisions difficiles pour les tribunaux qui devront évaluer l’application du privilège d’intérêt commun dans différentes situations factuelles.

[237] Il ne faut pas oublier que les défendeurs allèguent que l’avantage du privilège d’intérêt commun est de donner lieu à un « libre échange de renseignements » afin de permettre la réalisation d’opérations commerciales. Par conséquent, de leur propre aveu, on peut anticiper une augmentation substantielle de la portée des renseignements privilégiés protégés par le privilège d’intérêt commun.

[238] De plus, on ne peut pas tirer de réconfort du fait que seulement les communications juridiques seront privilégiées. Comme en l’espèce, la preuve exclue décrirait la façon dont les opérations commerciales ont été négociées. Bien qu’elle n’ait pas encore été soulevée en l’espèce, étant donné la décision de limiter l’application de la note de service, elle pourrait évidemment inclure les communications d’autres professionnels ou d’autres personnes dont les avocats ont retenu les services pour les aider et pour fournir leurs conseils juridiques, comme les comptables qui [TRADUCTION] « effectuent quelques calculs ». La plupart des décisions en la matière semblent être très complexes, comme dans les discussions relatives à une fusion ou les importantes opérations de vente commerciales visant des milliers de documents à l’égard desquels un privilège est revendiqué. D’autres privilèges sont revendiqués en l’espèce. Si le privilège d’intérêt commun est confirmé comme étant un principe légitime du secret professionnel de l’avocat, d’autres documents feront probablement l’objet d’une prétention similaire au privilège.

2) Le privilège d’intérêt commun refuse aux tribunaux l’accès à des éléments de preuve de fond importants et pertinents

[239] La preuve des communications échangées entre les parties est souvent essentielle à la recherche de faits concernant l’opération commerciale, particulièrement lorsque les motivations et les intentions sont en litige.

understanding what a transaction between the parties truly intended to achieve and where the spirit of the law and Parliament's intent are often more important than the deeds or words describing them, the courts require access to the relevant evidence about the transaction that the parties communicated to each other. How the commercial transaction was concluded is important, relevant, and substantive evidence that could have a determinative impact on the outcome of any challenge to the transaction. This is precisely the Court's principal problem with this case in denying the trial court highly probative evidence about how the transactions were concluded.

[240] The extent of the impact of the denial of important, relevant and substantive evidence to the courts is underscored by the different results attained by applying litigation CIP and advisory CIP. When advisory CIP is applied at trial, the court is denied the exchanged solicitor-client communications and all the associated information that travels with it in relation to the subject matter of the dispute. This distinguishes the cost of advisory CIP to the administration of justice in comparison with that arising from the disclosure of communications protected by litigation privilege. Much of its content relates to the conduct and strategy in the adversarial process, which by rules of litigation the parties are entitled to keep confidential and vanishes after trial.

[241] The Court recognizes that a denial of relevant evidence at trial is also the essence of SCP. But the situation regarding CIP is dissimilar. SCP privilege is essential to the maintenance of the solicitor-client relationship. CIP communications may enable the formation of the contract and provide benefit to the client, but that does not make them essential for the purposes of the administration of justice. Also, one client cannot create a transaction that is the subject matter of the litigation that adversely affects a third party. The fact that the third

Dans un monde où l'on comprend ce qu'était réellement l'objectif de l'opération entre les parties et où l'esprit du droit et l'intention du législateur sont souvent plus importants que les actes de vente ou les mots qui les décrivent, les tribunaux doivent avoir accès aux éléments de preuve pertinents relatifs à l'opération que les parties se sont communiqués. La façon dont l'opération commerciale a été réalisée est importante, pertinente et constitue une preuve de fond qui pourrait avoir un impact décisif sur l'issue de toute contestation de la transaction. Il s'agit précisément du principal problème de la Cour en l'espèce lorsqu'elle refuse au tribunal de première instance une preuve d'une très grande valeur probante sur la façon dont les opérations ont été effectuées.

[240] L'ampleur de l'incidence du refus d'accorder aux tribunaux un accès à des éléments de preuve importants, pertinents et de fond est soulignée par les différents résultats obtenus en appliquant le privilège d'intérêt commun relatif au litige et le privilège d'intérêt commun consultatif. Lorsque le privilège d'intérêt commun consultatif est appliqué au procès, le tribunal n'a pas accès aux communications échangées entre l'avocat et son client ni aux renseignements connexes qui sont échangés dans le cadre de celles-ci en lien avec l'objet du litige. Cela établit une distinction entre le coût du privilège d'intérêt commun consultatif pour l'administration de la justice en comparaison avec celui qui découle de la divulgation des communications protégées par le privilège relatif au litige. La majeure partie de son contenu porte sur la conduite et la stratégie du processus accusatoire que, selon les règles qui régissent les litiges, les parties sont tenues de garder confidentiel et qui disparaît après le procès.

[241] La Cour reconnaît que le refus d'accorder un accès à une preuve pertinente au procès est aussi au cœur du secret professionnel de l'avocat. Par contre, la situation en ce qui concerne le privilège d'intérêt commun est différente. Le privilège du secret professionnel de l'avocat est essentiel au maintien de la relation avocat-client. Les communications visées par le privilège d'intérêt commun peuvent donner lieu à la formation du contrat et offrir un avantage au client, mais cela ne les rend pas essentielles à l'administration de la justice. De

party is the State representing the collective interests of society does not change the situation. The risk of a serious injustice to the party alleging prejudice from the transaction concluded under the confidentiality of advisory CIP is obvious when courts are denied relevant evidence on substantive aspects of the transaction that are not protected by SCP.

[242] In conclusion, the courts should not delude themselves into thinking that allied lawyer privilege is a minor change in the world of SCP. It has already been demonstrated that it represents a veritable sea of change with an exponential expansion in the number and type of situations seen in the past two or three decades. This comes at a significant cost through the loss of highly probative evidence with no discernable benefit to the administration of justice.

(3) Advisory CIP Provides a Privilege Not Available to Most Users of Advisory Legal Services

[243] The benefits of SCP are available to all users of legal advisory services. This is not the case for the users of advisory CIP who protect their shared legal communications relating to a common interest. They have the advantage of regular SCP, as well as the additional benefits of advisory CIP. This benefit is not available to other clients who do not conclude commercial transactions, or require other collaborative advisory advice in relation to a common legal interest.

[244] Advisory CIP thus favours a very small subset of the wide population of SCP users. This places the clients benefiting from advisory CIP in an advantageous

plus, un client ne peut pas réaliser une opération qui fait l'objet d'un litige qui porte atteinte à un tiers. Le fait que le tiers soit l'État, représentant les intérêts collectifs de la société, ne change rien à la situation. Le risque d'une grave injustice pour la partie qui allègue un préjudice découlant de l'opération conclue sous le couvert de la confidentialité du privilège d'intérêt commun consultatif est évident lorsque les tribunaux se voient refuser l'accès à une preuve pertinente sur des aspects de fond de l'opération qui ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat.

[242] En conclusion, les tribunaux ne devraient pas se leurrer en pensant que le privilège relatif aux avocats alliés est une modification mineure du secret professionnel de l'avocat. Il a déjà été démontré qu'il représente une véritable vague de changement faisant augmenter de façon exponentielle le nombre et le type de situations que l'on a vues au cours des deux ou trois dernières décennies. Cela entraîne un coût important en raison de la perte de preuve d'une très grande valeur probante, sans apporter d'avantage tangible pour l'administration de la justice.

3) Le privilège d'intérêt commun consultatif offre un privilège qui n'est pas disponible pour la plupart des personnes qui ont recours à des services de consultation juridique

[243] Tous ceux qui ont recours à des services de consultation juridique peuvent invoquer le secret professionnel de l'avocat. Ce n'est toutefois pas le cas pour les utilisateurs du privilège d'intérêt commun consultatif qui protègent les communications juridiques qu'ils ont échangées relativement à un intérêt commun. Ils bénéficient du secret professionnel de l'avocat habituel, ainsi que des avantages supplémentaires du privilège d'intérêt commun consultatif. Les autres clients qui ne réalisent pas d'opération commerciale ou qui ont besoin d'autres conseils consultatifs concernant un intérêt juridique commun ne peuvent invoquer ce privilège.

[244] Le privilège d'intérêt commun consultatif favorise donc un très petit sous-ensemble d'une large population de ceux qui invoquent le secret professionnel

position relative to other users of advisory legal services. In other words, this result is in conflict with the generic nature and equal access of all legal users of SCP. Particularly, it does not seem fair that one small subset of SCP users should have an advantage at trial because their particular circumstances allow them to benefit from a form of privilege not available to the overwhelming majority of advisory legal services users who will be disadvantaged by the privilege. There appears to be no rationale based on the administration of justice explaining why the courts should provide a small subset of the total population of SCP users with an additional privilege in litigation that is not available to other SCP users.

[245] This result simply fortifies the Court's conclusion that exceptions to SCP doctrine cannot be made based upon the circumstances relating to how the legal advice is used, shared, or the outcome it produces. To do so places CIP users in an unfair advantageous position at trial. It enables them to use the shared legal advice to participate in secret conduct that prejudices other SCP users of legal advisory services who do not enjoy any reciprocal or similar privilege advantage.

(4) Potential for Abuse of CIP

[246] In *Ambac*, the majority acknowledged that there was no evidence of actual abuse in the case before it, or in jurisdictions that have done away with a litigation requirement. It nevertheless concluded that the potential for abuse is sufficient to be considered a factor to deny CIP in the non-litigation environment.

de l'avocat. Cela place les clients qui bénéficient du privilège d'intérêt commun consultatif dans une position avantageuse par rapport aux autres clients de services de consultation juridique. Autrement dit, cela entraîne un conflit avec la nature générique et l'accès équitable pour tous les clients de services juridiques du secret professionnel de l'avocat. Plus précisément, il semble injuste qu'un petit sous-ensemble de ceux qui invoquent le secret professionnel de l'avocat ait un avantage au procès parce que leurs circonstances particulières leur permettent de bénéficier d'une forme de privilège qui n'est pas ouverte à la grande majorité des utilisateurs de services de consultation juridique qui seront désavantagés par le privilège. Il ne semble pas y avoir de justification fondée sur l'administration de la justice expliquant pourquoi les tribunaux devraient offrir à un petit sous-ensemble de la population de ceux qui invoquent le secret professionnel de l'avocat, dans un litige, un privilège additionnel qui n'est pas ouvert aux autres clients qui font valoir le secret professionnel de l'avocat.

[245] Cette constatation renforce simplement la conclusion de la Cour selon laquelle les exceptions au principe du secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être établies en fonction des circonstances relatives à la façon dont l'avis juridique est utilisé ou communiqué ou relatives à l'issue qu'il entraîne. Agir ainsi a pour effet de placer ceux qui invoquent le privilège d'intérêt commun dans une position injustement avantageuse au procès. Cela leur permet d'utiliser l'avis juridique commun pour participer à une conduite secrète qui porte atteinte à d'autres clients qui invoquent le secret professionnel de l'avocat ayant recours à des services de consultation juridique qui ne bénéficient pas d'un avantage réciproque ou semblable.

4) Possibilité d'abus du privilège d'intérêt commun

[246] Dans l'arrêt *Ambac*, les juges majoritaires ont reconnu qu'il n'y avait aucune preuve d'un véritable abus dans l'affaire dont ils étaient saisis ni dans les administrations qui avaient supprimé l'exigence relative au litige. Ils ont néanmoins conclu que la possibilité d'abus suffisait pour être considérée comme un

[247] Its reasoning was twofold. First, it concluded that the difficulty in defining “common legal interests” outside the context of litigation could result in the loss of evidence of a wide range of communications between parties who assert common legal interests, but who really have only non-legal or exclusively business interests to protect, i.e. over claiming. This conclusion was supported by reference to an article by James M. Fischer, “The Attorney-Client Privilege Meets the Common Interest Arrangement: Protecting Confidences While Exchanging Information for Mutual Gain” (1997), 16 *Rev. Litig.* 631, at page 642. Furthermore, Professor Giesel makes the same point by providing examples at pages 551–553 of her article to support her conclusion that “[t]he common interest requirement is simply too malleable on a case by case basis to provide any certainty with regard to its application” (Giesel, at page 553).

[248] Second, the majority referenced what I would describe as a high-pressure and high self-interest argument with respect to lawyers’ role in limiting abuse. It quoted one commentator who had observed that “[t]he greatest push to expand the common interest privilege comes from corporate attorneys representing multiple clients, often in an antitrust context,” and that it is in precisely this context “that the potential for abuse is greatest” (Edna S. Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 5th ed. (American Bar Association, 2007) (Epstein), at page 277, cited in *Ambac*, at page 630).

[249] The dissent disagreed with these opinions, noting that they were speculative and that no reason had been offered as to why any abuse of the privilege cannot be addressed through the legal system’s existing methods for preventing and sanctioning it.

facteur justifiant le rejet du privilège d’intérêt commun dans un contexte non litigieux.

[247] Leur raisonnement comprenait deux volets. D’abord, les juges ont conclu que la difficulté de définir les « intérêts juridiques communs » à l’extérieur du contexte d’un litige pourrait entraîner la perte de preuve issue d’une grande variété de communications entre les parties qui ont allégué des intérêts juridiques communs, mais qui n’ont réellement que des intérêts non juridiques ou exclusivement commerciaux à protéger (revendication en trop). Cette conclusion était appuyée d’une référence à un article de James M. Fischer, « The Attorney-Client Privilege Meets the Common Interest Arrangement : Protecting Confidences While Exchanging Information for Mutual Gain » (1997), 16 *Rev. Litig.* 631, à la page 642. Par ailleurs, la professeure Giesel avance le même point en fournissant des exemples aux pages 551 à 553 de son article pour étayer sa conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « l’exigence relative à l’intérêt commun est simplement trop malléable au cas par cas pour offrir une certitude concernant son application » (Giesel, à la page 553).

[248] Ensuite, les juges majoritaires ont fait mention de ce que je décrirais comme un argument d’intérêt personnel à forte pression concernant le rôle des avocats dans la limitation de l’abus. Ils ont cité un commentateur qui avait observé que [TRADUCTION] « la plus grande pression visant l’élargissement du privilège d’intérêt commun provient des conseillers juridiques qui représentent plusieurs clients, souvent dans un contexte d’antitrust » et c’est précisément dans ce contexte [TRADUCTION] « que la possibilité d’abus est la plus élevée » (Edna S. Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 5^e éd. (Association du Barreau américain, 2007) (Epstein), à la page 277, cité dans l’arrêt *Ambac*, à la page 630).

[249] Les juges dissidents n’étaient pas d’accord avec ces opinions, notant qu’elles étaient spéculatives et qu’aucun motif n’avait été fourni quant à la raison pour laquelle un abus du privilège ne peut être réglé à l’aide des méthodes existantes du système judiciaire visant à le prévenir et à le sanctionner.

[250] It is difficult in some respects to disagree with the dissent's position as it is difficult to prove abuse in respect of a generalized situation without venturing too far into speculation. However, much of SCP theory is founded on presumptions bearing little supporting evidence, while the potential of abuse is the kind of issue that can actually be considered based on reasonable inferences of self-interested human behaviour. There is some foundation for inferences of abuse, such that I am in agreement with the majority reasons in *Ambac* that there is greater scope for abuse occurring when applying CIP than were the privilege to be rejected.

[251] First, in relation to those potential abuses said to arise when claiming the privilege, evidence from years of shared experience of judges and litigators would confirm that over-claiming is already a not-uncommon practice in the field of traditional SCP. It occurs on the premise that when in doubt "there is no harm in trying", while there is little in the way of meaningful deterrence.

[252] Moreover, it is a practice that often is successful because it is not challenged for various reasons, including time, cost and strategic concerns. When challenged, it may result in a significant reduction in the number of documents on which privilege is claimed, usually after the motion is launched, but before it is heard, thus mitigating the costs deterrent.

[253] The potential for abusive claims is compounded for CIP by the fact that the privilege raises challenging issues of mixed fact and law, such as in the area of complex commercial transactions. The parties and the courts face the issue of both defining the common interest and all the terms governing it, along with sorting out legal from business communications exchanged by multiple parties and their clients. Just reading some of the decisions such as *Duplan* and *Bank Brussels Lambert* will

[250] Il est difficile à certains égards de ne pas souscrire à la position des juges dissidents, car il est difficile de prouver l'abus à l'égard d'une situation généralisée sans s'aventurer trop loin dans la spéculation. Cependant, la majeure partie de la théorie du secret professionnel de l'avocat est fondée sur des présomptions étayées de peu d'éléments de preuve, tandis que l'abus possible est le genre de question qui peut en réalité être examinée en s'appuyant sur des inférences raisonnables de comportement humain intéressé. Il existe un certain fondement pour conclure à un abus, de sorte que je souscris aux motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Ambac* selon lesquels il y a une plus grande possibilité d'abus lorsque l'on applique le privilège d'intérêt commun que lorsque le privilège est rejeté.

[251] Premièrement, en ce qui concerne les abus possibles qui surviendraient lorsque l'on revendique le privilège, la preuve découlant des nombreuses années d'expérience des juges et des avocats plaidants confirmerait que le fait de revendiquer trop de privilèges n'est déjà pas une pratique inhabituelle dans le domaine du secret professionnel de l'avocat traditionnel. Un abus survient selon l'hypothèse voulant qu'en cas de doute, « il n'y a pas de mal à essayer » alors qu'il y a peu de moyens pour assurer une dissuasion efficace.

[252] De plus, il s'agit d'une pratique qui réussit souvent parce qu'elle n'est pas contestée pour diverses raisons, notamment le temps, les coûts et les préoccupations stratégiques. Lorsqu'elle est contestée, cela peut entraîner une réduction considérable du nombre de documents à l'égard desquels le privilège est revendiqué, habituellement après le dépôt de la requête, mais avant qu'elle ne soit instruite, ce qui atténue l'effet dissuasif des coûts.

[253] La possibilité de revendications abusives dans le cas du privilège d'intérêt commun est compensée par le fait que le privilège soulève des questions difficiles mixtes de fait et de droit, comme dans le domaine des opérations commerciales complexes. Les parties et les tribunaux doivent définir l'intérêt commun et toutes les conditions qui le régissent, en plus de démêler les communications juridiques des communications d'affaires échangées par de nombreuses parties et leurs clients.

demonstrate the complexity and fine distinctions that apply to advisory CIP.

[254] These types of situations portend much more complex motions and appeals than the garden-variety type where traditional SCP claims are advanced. If nothing else, these issues entail considerable extra legal costs to the parties, while adding to the burden of the courts.

[255] It is for these reasons that the Court respectfully disagrees with the dissent's view that courts are fully equipped to take on the challenge posed by CIP, although they have no choice but to deal with them. This task is more complex than what the dissent in *Ambac* described as "separat[ing] privileged communications from non-privileged" (at page 639). SCP is a generally bright-line, relatively straight-forward legal rule that facilitates its application and consideration. CIP poses decisional challenges that do not exist in SCP.

[256] Because of the uncertainty and complexity of issues involving CIP, the privilege also provides a procedural avenue for abuse by allied client defendants in fighting off challenges to their transaction. Generally anything that adds to the procedural complexity of the matter can be used as a "many-cuts" type of strategy by well-endowed litigants to delay and increase the costs of litigation to the most ardent plaintiffs. Where significant commercial results are in play, litigation may take on a "no holds barred" approach, where the small points are often litigated into the appeal courts. This could favour defendants over plaintiffs in achieving better settlements on the wearing down strategy.

Une simple lecture de certaines décisions comme *Duplan* et *Bank Brussels Lambert* démontrera la complexité et les distinctions subtiles qui s'appliquent au privilège d'intérêt commun consultatif.

[254] Ces types de situations présagent des requêtes et des appels bien plus complexes que le type de situations habituelles où le privilège traditionnel du secret professionnel de l'avocat est revendiqué. À tout le moins, ces questions donnent lieu à des frais judiciaires supplémentaires considérables pour les parties, tout en alourdissant la charge des tribunaux.

[255] Pour ces motifs, la Cour ne peut, en toute déférence, souscrire à l'avis des juges dissidents selon lequel les tribunaux sont bien outillés pour affronter le défi que représente le privilège d'intérêt commun, même s'ils n'ont pas d'autre choix que de s'y atteler. Cette tâche est plus complexe que ce que les juges dissidents ont décrit dans l'arrêt *Ambac* comme le fait de [TRADUCTION] « séparer les communications privilégiées de celles qui ne le sont pas » (à la page 639). Le secret professionnel de l'avocat est une règle de droit généralement très nette et relativement simple qui facilite son application et son examen. Le privilège d'intérêt commun soulève des défis au niveau décisionnel qui n'existent pas avec le privilège du secret professionnel de l'avocat.

[256] Étant donné l'incertitude et la complexité des questions portant sur le privilège d'intérêt commun, ce dernier offre également une voie procédurale vers l'abus par les défendeurs alliés qui luttent contre des contestations de leur opération. Généralement, tout ce qui ajoute à la complexité procédurale de l'affaire peut être utilisé comme type de stratégie à « nombreuses coupures » par les plaideurs bien nantis afin de retarder les procédures et d'accroître les coûts du litige pour les demandeurs les plus ardents. Lorsque des résultats commerciaux importants sont en jeu, une approche « sans limites » peut être adoptée dans le cadre du litige, où les points mineurs sont souvent abordés devant les tribunaux d'appel. Cela peut favoriser les défendeurs par rapport aux demandeurs pour l'atteinte de meilleurs règlements quant à la stratégie d'usure.

[257] With respect to “client pressure” abuse, the majority in *Ambac* is correct when it intimates that there are client pressures in the area of “mega-transactions” where these issues appear to most often arise in advisory CIP cases, such as the merger and acquisition situations referred to by the majority.

[258] It is a reasonable inference that commercial law lawyers, in an environment of significant high-value transactions, may face requests from powerful strong-willed business clients to employ the privilege where not entirely appropriate. This is compounded by the fact that providing a cloak of secrecy over negotiation communications is invaluable to the practice of commercial law as an advantage to have lawyers lead on the negotiation of CIP based transactions by cloaking much of the negotiations, as was the situation in this matter.

[259] Consequently, the pressures on law firms who claim to be able to keep commercial negotiations secret, or who are facing clients who may be pushing the envelope on CIP claims raise a serious potential for abuse. If refusing to comply with the client requests means that the client is unhappy, or may lead to the work going off to one the client’s other law firms, or the firm next door, the pressure to accommodate may be extremely high.

[260] Even in a situation where there is less pressure from the client, as noted, the fact is that most legal opinions involve a range of possible outcomes such that a lawyer can reasonably opine that the courts will have to decide whether the privilege applies. When one opinion is favoured by the client, it may be accommodated, even if not as solid as a more conservative claim of privilege than otherwise would be recommended by the lawyer.

[257] En ce qui concerne l’abus par la « pression des clients », les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* ont raison de suggérer que des pressions sont exercées par les clients en matière de « méga-transactions », où ces questions semblent le plus souvent survenir dans des affaires relatives au privilège d’intérêt commun consultatif, comme les situations de fusion et d’acquisition auxquelles renvoient les juges majoritaires.

[258] Il est raisonnable d’inférer que les avocats exerçant en droit commercial, dans un contexte d’opérations importantes à valeur élevée, peuvent faire face à des demandes provenant de clients commerciaux puissants et déterminés qui veulent recourir au privilège lorsque cela n’est pas entièrement approprié. À cela s’ajoute le fait que de couvrir les communications de négociation d’un voile de secret se révèle d’une très grande valeur pour la pratique du droit commercial à titre d’avantage permettant aux avocats de diriger la négociation d’opérations fondées sur le privilège d’intérêt commun en masquant la majeure partie des négociations, comme c’était le cas en l’espèce.

[259] En conséquence, les pressions exercées sur les cabinets d’avocats qui se disent capables de garder les négociations commerciales secrètes ou qui ont des clients qui repoussent peut-être les limites du privilège d’intérêt commun soulèvent un sérieux risque d’abus. Si refuser de se conformer aux demandes des clients signifie que le client est mécontent, ou que le travail sera donné à un autre cabinet d’avocats du client ou à un cabinet concurrent, la pression peut être extrêmement élevée de répondre à leurs demandes.

[260] Même dans une situation où il y a moins de pression de la part du client, comme il a été indiqué, le fait est que la plupart des avis juridiques comportent toute une gamme de résultats possibles, de sorte qu’un avocat peut raisonnablement penser que les tribunaux devront décider si le privilège s’applique. Lorsque le client préfère un avis plutôt qu’un autre, il est possible de répondre à sa demande, même si cela n’est pas aussi solide qu’une prétention au privilège plus conservatrice qui serait autrement recommandée par l’avocat.

[261] It is in this context that transparency remains the optimal solution to ensuring that abuse is minimized in the negotiation of commercial transactions. It is generally accepted that transparency, brought to any kind of situation where there is a potential for abuse, is an appropriate response to assist in deterring the misconduct, where no other form of deterrence exists, or is effective.

[262] In conclusion, it is likely that CIP, by its complexity and its limits on the transparency of commercial transaction negotiations, in addition to the environment that this privilege often operates in, would present an augmented potential for abuse occurring in its application and thereby an additional cost to the administration of justice beyond that occurring from ordinary use of SCP.

- (5) Advisory CIP is a Cost to the Administration of Justice By Enabling Commercial Transactions that Anticipate Litigation

[263] The Court has already touched on the fact that advisory CIP enables transactions that anticipate litigation with the conclusion that this undermines the administration of justice. While a subject matter that relates to the cost-benefit analysis of CIP based on the factors of the administration of justice, it could be considered under in this part. I nevertheless conclude that it is better reviewed as an external policy factor in the section that follows.

D. *External Social Policies*

[264] The Court is required to consider the respondents' argument according to which the "economic and social values inherent in fostering commercial transactions" merit the recognition of a CIP (*Fraser Milner Casgrain* [*Milner et al. v. The Minister of National Revenue*, 2002 BCSC 1344, [2002] 1 W.W.R. 682], cited in *Pitney Bowes*, at paragraph 17). They claim that the values inherent in enabling commercial transactions have been recognized extensively in Canadian

[261] C'est dans ce contexte que la transparence demeure la solution optimale pour veiller à ce qu'il y ait le moins d'abus possible lors de la négociation d'opérations commerciales. Il est généralement accepté que la transparence, dans n'importe quel type de situation où il y a une possibilité d'abus, est une réponse appropriée qui aide à dissuader les parties à adopter une mauvaise conduite lorsqu'il n'existe aucune autre forme de dissuasion ou que celle-ci n'est pas efficace.

[262] En conclusion, il est probable que le privilège d'intérêt commun, de par sa complexité et ses limites quant à la transparence des négociations d'opérations commerciales, en plus du contexte où ce privilège existe, présenterait un risque accru d'abus dans son application et donc des coûts supplémentaires pour l'administration de la justice qui dépassent ceux découlant habituellement du secret professionnel de l'avocat.

- 5) Le privilège d'intérêt commun consultatif entraîne un coût pour l'administration de la justice en permettant des opérations commerciales pour lesquelles un litige est anticipé

[263] La Cour a déjà abordé le fait que le privilège d'intérêt commun consultatif permet des opérations pour lesquelles on prévoit un litige et a conclu que cela nuisait à l'administration de la justice. Bien qu'il s'agisse d'un sujet qui porte sur l'analyse coûts-avantages du privilège d'intérêt commun en fonction des critères de l'administration de la justice, il pourrait être examiné dans la présente section. Je conclus néanmoins qu'il est préférable de l'examiner à titre de considération de principe externe dans la section qui suit.

D. *Principes sociaux externes*

[264] Notre Cour est tenue de prendre en considération la thèse des défendeurs selon laquelle « les valeurs économiques et sociales inhérentes à la promotion des transactions commerciales » justifie la reconnaissance d'un privilège d'intérêt commun (*Fraser Milner Casgrain* [*Milner et al. v. The Minister of National Revenue*, 2002 BCSC 1344, [2002] 1 W.W.R. 682], cité dans la décision *Pitney Bowes*, au paragraphe 17). Ils font valoir que les valeurs inhérentes à la réalisation des

and other common law jurisdictions to support advisory CIP.

[265] The issues considered under this section include: (1) whether external social policies are relevant to the issue of CIP; (2) the standard of proof required to establish a beneficial social policy supporting CIP; (3) whether the evidence said to establish that CIP is necessary to foster commercial transactions is speculative; (4) whether CIP undermines the administration of justice because it mostly enables commercial transactions that anticipate litigation; and (5) whether the type of commercial transactions enabled by CIP provide value or challenges to society.

(1) Policy Factors are Irrelevant to CIP

[266] There appears to be no decision in which a court has questioned whether economic and social policies are relevant to issues of SCP and advisory CIP. In the Court's view, such external policy factors, i.e. that do not pertain to the administration of justice, are irrelevant for the following reasons.

[267] First, SCP is founded exclusively on factors that relate to the administration of justice. The narrow benefit of SCP pertains to the privilege supporting the solicitor-client relationship as an essential constituent of the administration of justice. The countervailing cost of the privilege is similarly narrowly expressed in terms of the obstruction the privilege causes the administration of justice by preventing the introduction of relevant evidence at trial.

[268] Second, by the distinction that SCP is a class privilege, its requirements are limited to establishing legally related lawful communications between the client and

opérations commerciales sont reconnues largement dans les administrations canadiennes et d'autres administrations de common law pour appuyer le privilège d'intérêt commun consultatif.

[265] Les questions examinées dans cette section sont les suivantes : 1) Les principes sociaux externes sont-ils pertinents à la question du privilège d'intérêt commun? 2) Quelle est la norme de preuve requise pour établir un principe social avantageux à l'appui du privilège d'intérêt commun? 3) La preuve qui établirait que le privilège d'intérêt commun est nécessaire à la promotion des opérations commerciales est-elle spéculative? 4) Le privilège d'intérêt commun nuit-il à l'administration de la justice parce qu'il permet principalement des opérations commerciales pour lesquelles on prévoit un litige? 5) Les opérations commerciales rendues possibles par le privilège d'intérêt commun offrent-elles une valeur ou entraînent-elles des difficultés pour la société?

1) Les considérations de principe ne sont pas pertinentes au privilège d'intérêt commun

[266] Il semble n'y avoir aucune décision dans laquelle un tribunal s'est demandé si les principes économiques et sociaux étaient pertinents au secret professionnel de l'avocat et au privilège d'intérêt commun consultatif. Selon la Cour, ces considérations de principe externes, c.-à-d. qui ne concernent pas l'administration de la justice, ne sont pas pertinentes pour les raisons qui suivent.

[267] Premièrement, le secret professionnel de l'avocat est fondé exclusivement sur des considérations qui se rapportent à l'administration de la justice. L'avantage restreint du secret professionnel de l'avocat concerne le privilège à l'appui de la relation avocat-client comme un élément essentiel de l'administration de la justice. Le coût du privilège qui fait contreponds est lui aussi exprimé de façon restreinte relativement à l'entrave que le privilège cause à l'administration de la justice en empêchant la présentation d'éléments de preuve pertinents au procès.

[268] Deuxièmement, étant donné la distinction portant que le secret professionnel de l'avocat est un privilège générique, ses exigences se limitent à établir que le

lawyer for the privilege to be *prima facie* acknowledged. There is no scope for the introduction of other considerations with respect to issues such as the termination of waiver of a SCP. If other factors not related to the administration of justice are brought to bear, the courts require the privilege to be established on a case-by-case basis, where external policy factors may be relevant, but are judged against a different standard and set of factors.

[269] Third, because SCP is a class privilege its application is generic across the field of legal advice. There is no scope within its four corners to make exceptions based upon the purpose, use, or outcome of its application, unless raising a particular concern with respect to the administration of justice. External economic and social policies would not fall into that category.

[270] Fourth, a social policy analysis of SCP could create an unresolvable conflict with an analysis based upon the factors relevant to the administration of justice. Obviously, if policy factors are relevant, so too would be those relating to the administration of justice. If the weighing of the latter factors established that the costs of advisory CIP were greater than the benefits, then the issue would become whether policy factors should outweigh those of the administration of justice. This would present an untenable result for SCP policy, and would not be countenanced for all of three obstacles to such an analysis described above.

[271] Accordingly, the Court concludes that policy factors are irrelevant to any aspect of SCP, including whether to recognize advisory CIP as a legitimate constituent of its doctrine. It follows therefore, the conclusions stated in the “plethora of case law” that cite economic and social values as a foundation for the

client et son avocat ont échangé des communications licites sur le plan juridique pour que le privilège soit reconnu à première vue. Il n’est pas possible de présenter d’autres considérations concernant des questions comme la cessation de la renonciation au secret professionnel de l’avocat. Si d’autres considérations ne se rapportant pas à l’administration de la justice sont portées à l’attention des tribunaux, ceux-ci demandent que le privilège soit établi au cas par cas lorsque des considérations de principe externes peuvent être pertinentes, mais sont évaluées par rapport à une norme différente et un ensemble de considérations différent.

[269] Troisièmement, puisque le secret professionnel de l’avocat est un privilège générique, il est appliqué de manière générique dans le domaine de la consultation juridique. Il n’y a aucune possibilité de faire des exceptions en fonction de l’objectif, de l’utilisation ou des résultats de son application, à moins de soulever une préoccupation particulière concernant l’administration de la justice. Les principes économiques et sociaux externes ne relèvent pas de cette catégorie.

[270] Quatrièmement, une analyse des principes sociaux du secret professionnel de l’avocat entraînerait un conflit insurmontable avec une analyse fondée sur les considérations pertinentes pour l’administration de la justice. De toute évidence, si des considérations de principe sont pertinentes, il en serait de même pour celles liées à l’administration de la justice. Si l’appréciation de ces considérations démontrait que les coûts du privilège d’intérêt commun consultatif sont supérieurs aux avantages, alors la question deviendrait celle de savoir si les considérations de principe devraient l’emporter sur celles liées à l’administration de la justice. Cela donnerait lieu à un résultat indéfendable pour le principe du secret professionnel de l’avocat et ne serait pas approuvé pour les trois obstacles à une telle analyse décrits précédemment.

[271] Par conséquent, la Cour conclut que les considérations de principe ne sont pas pertinentes à l’égard des aspects du secret professionnel de l’avocat, ni pour déterminer s’il y a lieu de reconnaître le privilège d’intérêt commun consultatif comme un élément légitime de son principe. Il s’ensuit donc que les conclusions énoncées

recognition of advisory CIP are based on an irrelevant consideration.

- (2) The social policy benefits of CIP must be proven on a balance of probabilities

[272] As noted by Wigmore, the benefit to the administration of justice of SCP need only be indirect and speculative. Should the same standard apply to the alleged benefits of CIP, or should it be on the higher standard of a likelihood or probability? Three points seem relevant to this debate.

[273] First, as mentioned, this is not a discussion about CIP's benefits to the administration of justice, a subject matter about which the courts are inherently knowledgeable as it relates to the fundamental principles within their domain. Most external social policies are another kettle of fish in the sense that courts need evidence, preferably direct, but at least of a strong inferential foundation, to establish as a fact that there is some benefit to society relating to external social economic policies and that the confidentiality of exchanged legal advice on matters of common interest plays a role in promoting these benefits.

[274] Second, although the standard of proof of the benefit under SCP doctrine is only that of a possibility, or speculation, it is rationalized on the basis that the confidentiality of these communications is considered essential to the maintenance of the solicitor-client relationship. Issues pertaining to economic and social values share no similarity with those of SCP, besides which advisory CIP is not founded upon the maintenance of a solicitor-client relationship. The standard of proof of the benefit of the economic or social values pertaining to advisory CIP should not therefore, be so low as that of a possibility.

dans la « jurisprudence abondante » qui cite des valeurs économiques et sociales comme fondement de la reconnaissance du privilège d'intérêt commun consultatif sont fondées sur une considération non pertinente.

- 2) Les avantages sociaux du privilège d'intérêt commun doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités

[272] Comme l'a noté Wigmore, l'avantage du secret professionnel de l'avocat pour l'administration de la justice doit seulement être indirect et spéculatif. La même norme devrait-elle s'appliquer aux avantages allégués du privilège d'intérêt commun ou devrait-on appliquer une norme plus élevée de probabilité? Trois points semblent pertinents dans le cadre de ce débat.

[273] Premièrement, comme il a été mentionné, il ne s'agit pas d'un examen des avantages du privilège d'intérêt commun pour l'administration de la justice, un sujet que les tribunaux connaissent très bien puisqu'il porte sur les principes fondamentaux de leur domaine. La situation est toute autre s'agissant de la plupart des principes sociaux externes, en ce sens que les tribunaux ont besoin de preuve, de préférence directe, mais ayant au moins un fondement factuel solide, pour prouver qu'il existe quelques avantages pour la société en ce qui concerne les principes économiques et sociaux externes et que la confidentialité des avis juridiques échangés sur des questions d'intérêt commun joue un rôle dans la promotion de ces avantages.

[274] Deuxièmement, bien qu'en vertu du principe du secret professionnel de l'avocat, la norme de preuve de l'avantage n'en soit une que de possibilité, ou de spéculation, cette norme est justifiée au motif que la confidentialité de ces communications est jugée essentielle au maintien de la relation avocat-client. Les questions touchant les valeurs économiques et sociales n'ont aucune similitude avec celles du secret professionnel de l'avocat, en comparaison avec lequel le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas fondé sur le maintien d'une relation avocat-client. La norme de preuve de l'avantage des valeurs économiques ou sociales se rapportant au privilège d'intérêt commun consultatif ne devrait donc pas être aussi faible que celle de la possibilité.

[275] Third, insofar as the respondents are relying upon an external social policy, I see no reason why the principle in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263 (*Gruenke*), at pages 289–291, setting out a rigorous standard of proof for the establishment of new categories of privileged communications based on external social policies, should not apply. This principle requires the demonstration of an external social policy of such unequivocal importance that it demands protection (*Gruenke*, at page 296):

The categories of privileged communications are, however, very limited — highly probative and reliable evidence is not excluded from scrutiny without compelling reasons. In Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), the authors remark at p. 157:

The extension of the doctrine of privilege consequentially obstructs the truth-finding process, and, accordingly, the law has been reluctant to proliferate the areas of privilege unless an external social policy is demonstrated to be of such unequivocal importance that it demands protection. [Emphasis added.]

[276] Accordingly, the Court concludes that the respondents must prove as a probability or likelihood that the confidentiality of the CIP communications is necessary to enable commercial transactions, as well as that commercial transactions said to be enabled by CIP are of unequivocal importance to society.

- (3) The evidence supporting that CIP is necessary to foster commercial transactions is speculative at best

[277] The majority in *Ambac* relied upon the absence of necessity to reject the alleged benefit of CIP. The judges concluded that because “no evidence has been presented here that privileged communication-sharing outside the context of litigation is necessary to achieve those objectives”, they were not sustainable (at page 628). The majority found no evidence that mergers, licensing

[275] Troisièmement, dans la mesure où les défendeurs se fondent sur un principe social externe, je ne vois aucune raison pour que le principe établi dans l’arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263 (*Gruenke*), aux pages 289 à 291, établissant une norme de preuve rigoureuse pour la création de nouvelles catégories de communications privilégiées en fonction de principes sociaux externes, ne devrait pas s’appliquer. Ce principe requiert que l’on démontre qu’un principe social externe est d’une telle importance non équivoque qu’il exige une protection (*Gruenke*, à la page 296) :

Les catégories de communications privilégiées sont, toutefois, très limitées — des éléments de preuve très probants et fiables ne sont pas exclus sans raisons valables. Dans Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), les auteurs font remarquer, à la p. 157, que :

[TRADUCTION] L’application de la théorie du privilège fait par conséquent obstacle au processus de recherche de la vérité et, en conséquence, le droit a hésité à multiplier les domaines de privilège à moins qu’on ne démontre qu’un principe social externe est d’une telle importance non équivoque qu’il exige une protection. [Non souligné dans l’original.]

[276] Par conséquent, la Cour conclut que les défendeurs doivent prouver, à titre de probabilité ou de vraisemblance, que la confidentialité des communications visées par le privilège d’intérêt commun est nécessaire pour permettre des opérations commerciales, et que ces opérations commerciales qui auraient été facilitées par le privilège sont d’une importance non équivoque pour la société.

- 3) La preuve à l’appui de la thèse selon laquelle le privilège d’intérêt commun est nécessaire pour favoriser les opérations commerciales est, au mieux, spéculative

[277] Les juges majoritaires dans l’arrêt *Ambac* se sont fondés sur l’absence de nécessité pour rejeter l’avantage allégué du privilège d’intérêt commun. Ils ont conclu que parce qu’[TRADUCTION] « aucune preuve n’a été présentée pour démontrer que l’échange de communications privilégiées en dehors du contexte de litige est nécessaire pour atteindre ces objectifs », ils n’étaient

agreements and other complex commercial transactions were not occurring in New York or that there was evidence that corporate clients had ceased complying with the law because of the absence of CIP. This conclusion also appears to be empirically sustained by the innumerable commercial transactions concluded over the last century involving common interests of clients before advisory CIP came into vogue.

[278] The respondents dispute the majority reasoning that these issues are matters of “evidence” in the socio-economic sense in which the majority uses the term and that it is not necessary to provide evidence that confining CIP to the litigation context would have a detrimental effect on commercial transactions. The Court repeats its view that socio-economic conclusions relating to a policy issue, if relevant at all, require evidence to be established as a fact.

[279] Despite the respondent’s views on the lack of necessity for evidence, they argue that the Court should rely upon the affidavits filed by Messrs. Donor and Kirby, which state that not applying CIP would inhibit the progress of their transaction. Mr. Kirby deposed that if he had known that a third party such as the CRA could obtain the memorandum or other material that was discussed during the course of the transaction, then it would have been impossible to complete the transaction. He was not cross-examined on this statement.

[280] Little weight may be attributed to these affidavits. The validity of CIP is not to be determined by the specific situations that come before the Court, as this would be an even further narrowing the field of SCP application. To accept this approach to the application of CIP would truly make it case to case, but taken down to the level of the specific case before the court.

pas atteignables (à la page 628). Les juges majoritaires n’ont pas trouvé de preuve démontrant qu’aucune fusion, ni aucun contrat de licence, ni aucune autre opération commerciale complexe n’était réalisé à New York, ou démontrant que les sociétés clientes avaient cessé de se conformer au droit en raison de l’absence d’un privilège d’intérêt commun. Cette conclusion semble également être empiriquement étayée par les nombreuses opérations commerciales conclues durant le dernier siècle et mettant en jeu des intérêts communs de clients avant que le privilège d’intérêt commun consultatif devienne à la mode.

[278] Les défendeurs contestent le raisonnement des juges majoritaires selon lequel ces questions sont des questions de « preuve » dans le sens socio-économique où les juges majoritaires utilisent ce terme, et prétendent qu’il n’est pas nécessaire de fournir une preuve que le fait de restreindre le privilège d’intérêt commun au contexte de litige aurait un effet préjudiciable sur les opérations commerciales. La Cour réitère son avis selon lequel les conclusions socio-économiques se rapportant à une question de principe, si elles sont le moins pertinentes, doivent être démontrées par une preuve.

[279] Malgré l’avis des défendeurs sur l’absence d’une nécessité de présenter une preuve, ils soutiennent que notre Cour devrait se fonder sur les affidavits déposés par M. Donor et M. Kirby, qui indiquent que de ne pas appliquer le privilège d’intérêt commun nuirait à l’avancement de leur opération. M. Kirby a indiqué que s’il avait su qu’un tiers comme l’ARC pouvait obtenir la note de service ou d’autres documents qui ont été examinés durant l’opération, il aurait alors été impossible de réaliser celle-ci. Il n’a pas été contre-interrogé à l’égard de cette affirmation.

[280] Peu de poids peut être accordé à ces affidavits. La validité du privilège d’intérêt commun ne doit pas être déterminée par les situations précises qui sont présentées à la Cour, car cela réduirait encore davantage le champ d’application du secret professionnel de l’avocat. Le fait d’accepter cette approche de l’application du privilège d’intérêt commun le rendrait réellement un privilège au

[281] Moreover, it would not have been necessary or possible to cross-examine the deponents on this evidence, inasmuch as the respondents would not have disclosed the memorandum or pointed out which parts of it would be of such significance to prevent a transaction which would generate significant tax savings.

[282] The parties were requested in the Court's second direction to provide any empirical data or evidence that would support the contention that CIP has the effect of encouraging the formation of commercial contracts. None was furnished.

[283] Counsel were also asked whether the conclusion that not applying CIP would inhibit the progress of the formation of commercial contracts was a conclusion on which the Court could take judicial notice. The respondents did not attempt to persuade the Court that the fact that the absence of CIP would discourage the formation of commercial transactions was of such notorious knowledge that it could be taken as a matter of established fact.

[284] As far as the Court is able to determine, the conclusion that CIP promotes the formation of commercial contracts in the jurisprudence cited in support of this proposition, represents the unsupported opinions of judges. As a practical matter, it does occur that judges' factual conclusions are accepted as a form of common-knowledge-inference based on human conduct without any requirement for substantiation. But with respect, the unsupported opinions of judges are an insufficient foundation for a significant new legal doctrine such as expanding SCP to include CIP. Similarly, the opinions of judges would not meet the requirement of establishing as a fact that CIP encourages parties to form contracts that would not occur absent the privilege.

cas par cas, mais le ramènerait au niveau de l'affaire précise dont est saisi le tribunal.

[281] En outre, il n'aurait pas été nécessaire ou possible de contre-interroger les déposants au sujet de cette preuve, car les défendeurs n'auraient pas divulgué la note de service ou indiqué quelles parties de celle-ci seraient suffisamment importantes pour empêcher la réalisation d'une opération qui entraînerait des économies d'impôt considérables.

[282] Dans sa deuxième directive, la Cour a demandé aux parties de fournir des données empiriques ou des éléments de preuve à l'appui de l'affirmation selon laquelle le privilège d'intérêt commun a pour effet d'inciter la formation de contrats commerciaux. Notre Cour n'a rien reçu.

[283] On a également demandé aux avocats si la conclusion selon laquelle le fait de ne pas appliquer le privilège d'intérêt commun nuirait à l'avancement de la formation de contrats commerciaux était une conclusion que notre Cour pouvait tenir pour fait notoire. Les défendeurs n'ont pas tenté de convaincre notre Cour que le fait que l'absence d'un privilège d'intérêt commun dissuaderait la réalisation d'opérations commerciales était si reconnu qu'il pouvait être considéré comme un fait établi.

[284] Dans la mesure où notre Cour est capable de le déterminer, la conclusion selon laquelle le privilège d'intérêt commun facilite la formation de contrats commerciaux dans la jurisprudence citée à l'appui de cette proposition représente les opinions non fondées des juges. En pratique, il arrive que les conclusions factuelles des juges soient acceptées à titre d'inférences de notoriété publique fondées sur un comportement humain sans qu'il soit nécessaire de fournir une justification. Toutefois, à mon humble avis, les opinions non fondées des juges constituent un fondement suffisant pour établir un nouveau principe juridique important comme celui d'élargir le secret professionnel de l'avocat en vue d'inclure le privilège d'intérêt commun. De même, les opinions des juges ne satisferaient pas à l'exigence voulant qu'il faille démontrer que le privilège d'intérêt commun

(4) Advisory CIP Undermines the Administration of Justice by Enabling Commercial Transactions that Anticipate Litigation

[285] In this section, the Court outlines its reasoning that advisory CIP undermines the administration of justice, because it mostly enables transactions that anticipate creating litigation. This point was adverted to earlier when conducting the cost-benefit analysis of CIP's impact on the administration of justice as measured against the factors in SCP doctrine. It is more appropriate to consider the topic as a policy factor. The issue did not fit well with an analysis based strictly on CIP's relation to SCP factors. As well, the downside effects of contracts anticipating creating litigation only arise when challenging the policy argument that CIP is necessary to foster commercial transactions. Nevertheless, the issue straddles both forms of cost benefit analysis, such that the remarks that follow are relevant to a cost benefit analysis based on the administration of justice, and should be considered under that heading as well.

[286] The majority in *Ambac* concluded that advisory CIP was not necessary to enable commercial transactions except for those that anticipated litigation. In doing so, the majority quoted the following passage from Melanie B. Leslie, "The Costs of Confidentiality and the Purpose of Privilege" (2000), 1 *Wis. L. Rev.* 31, at page 68 (cited in *Ambac*, at page 629):

.... "when parties share attorney-client communication for planning purposes outside of the specter of anticipated litigation, such as when parties cooperate to strengthen or obtain patent protection ... it is more likely

incite les parties à passer des contrats qui n'auraient pas été conclus en l'absence de ce privilège.

4) Le privilège d'intérêt commun consultatif nuit à l'administration de la justice en permettant des opérations commerciales pour lesquelles on prévoit un litige

[285] Dans la présente section, notre Cour fait valoir son raisonnement selon lequel le privilège d'intérêt commun consultatif nuit à l'administration de la justice parce qu'il permet principalement des opérations pour lesquelles on prévoit la formation d'un litige. Ce point a été mentionné précédemment dans le cadre de l'analyse coûts-avantages de l'incidence du privilège d'intérêt commun sur l'administration de la justice par rapport aux critères établis dans le principe du secret professionnel de l'avocat. Il est plus approprié d'examiner ce sujet comme une considération de principe. La question ne se prêtait pas bien à une analyse basée strictement sur la relation entre le privilège d'intérêt commun et les critères du secret professionnel de l'avocat. De plus, les effets négatifs des contrats présageant la formation de litiges ne surviennent que lorsque l'on conteste l'argument de principe selon lequel le privilège d'intérêt commun est nécessaire à la promotion des opérations commerciales. Néanmoins, la question chevauche les deux formes d'analyse coûts-avantages, de sorte que les remarques qui suivent sont pertinentes dans une analyse coûts-avantages reposant sur l'administration de la justice et devraient être prises en compte dans cette section également.

[286] Dans l'arrêt *Ambac*, les juges majoritaires ont conclu que le privilège d'intérêt commun consultatif n'était pas nécessaire pour permettre des opérations commerciales, sauf celles qui prévoyaient un litige. En ce faisant, les juges majoritaires ont cité le passage suivant de Melanie B. Leslie, « The Costs of Confidentiality and the Purpose of Privilege » (2000), 1 *Wis. L. Rev.* 31, à la page 68 (cité dans l'arrêt *Ambac*, à la page 629) :

[TRADUCTION] [...] « lorsque les parties s'échangent des communications qui ont eu lieu entre un avocat et son client à des fins de planification en dehors du spectre d'un litige prévu, de sorte que lorsque les parties coopèrent

that [they] would have shared information even absent the privilege”....

[287] This conclusion is logical and, moreover, describes a result that undermines the administration of justice. This conclusion is based on a number of contributing factors. First, the critical issue in these cases is whether confidentiality is necessary to generate more disclosure and advice than would be forthcoming without the privilege, thereby facilitating the negotiations leading to the transaction. Second, transactions where the parties act cooperatively require the free flow of information in order to coordinate the arrangement of their affairs; but this requirement exists regardless of any privilege. Third, CIP is only activated during trial when a party claims to be prejudiced in some manner that entails challenging the deal SCP is said to have enabled. It is at this time that the privilege plays its role to prevent disclosure of relevant communications concerning how the transaction was enabled.

[288] If the transaction raises no issues of its lawfulness, and projects reasonable economic returns, this should be incentive enough to encourage the sufficient exchange of information for the deal to close. Even for transactions where litigation is anticipated, but the returns are significant, a risk analysis may support proceeding with the deal despite the headwinds of litigation. By deduction, CIP most often would serve the purpose of fostering those commercial transactions where it is anticipated that the deal is at high risk of generating litigation and the legal discussions, if disclosed, may prejudice the litigation. Otherwise, CIP is not necessary.

[289] If advisory CIP mostly enables commercial transactions that anticipate litigation, then it undermines the

pour renforcer ou obtenir une protection par brevet [...] il est plus probable qu’[elles] auraient partagé des renseignements même en l’absence du privilège » [...]

[287] Cette conclusion est logique et, par ailleurs, décrit une issue qui nuit à l’administration de la justice. Elle est fondée sur plusieurs facteurs contributifs. Premièrement, la question essentielle dans ces affaires est celle de savoir si la confidentialité est nécessaire pour qu’un plus grand nombre de documents et d’avis soient communiqués que ce qui aurait au départ été communiqué sans le privilège, facilitant ainsi les négociations menant à l’opération. Deuxièmement, les opérations où les parties agissent en coopération nécessitent un libre échange de renseignements afin de coordonner la gestion de leurs affaires, mais cette exigence existe indépendamment du privilège. Troisièmement, le privilège d’intérêt commun ne prend naissance qu’au cours du procès, lorsqu’une partie prétend subir un préjudice quelconque qui l’oblige à contester le marché qui aurait été facilité par le secret professionnel de l’avocat. C’est à ce moment-là que le privilège joue son rôle d’empêcher la divulgation de communications pertinentes concernant la façon dont l’opération a été réalisée.

[288] Si l’opération ne soulève aucune question quant à sa légalité et qu’elle prévoit des retombées économiques raisonnables, cela devrait constituer un incitatif suffisant pour favoriser l’échange de suffisamment de renseignements pour conclure le marché. Même pour les opérations pour lesquelles un litige est prévu, mais dont les retombées sont importantes, une analyse des risques peut jouer en faveur de la conclusion du marché, malgré la menace d’un litige. Par déduction, le privilège d’intérêt commun a la plupart du temps comme objectif de faciliter des opérations commerciales pour lesquelles on prévoit que le marché risque fortement de donner lieu à un litige et pour lesquelles les discussions juridiques, si elles sont divulguées, peuvent nuire à ce litige. Dans les autres cas, le privilège d’intérêt commun n’est pas nécessaire.

[289] Si le privilège d’intérêt commun consultatif permet principalement les opérations commerciales pour

administration of justice. First, CIP promotes litigation by the nature of the high risk transaction that it enables that would not have been concluded, but for the privilege. High litigation risk transactions are more likely to result in litigation. Second, and simultaneously to enabling high litigation risk transactions, CIP protects the very communications that might demonstrate the unlawfulness of the transaction it enabled. In other words, CIP is enabling high-risk litigation that creates an economic profit for the clients, while helping fend off any future challenge to how the profits were earned by keeping out evidence that would expose the legal deficiencies of the deal.

[290] Finally, in respect of encouraging compliance with the law, as CIP is only relevant where litigation is anticipated and where CIP offers the allied parties a strategic advantage, CIP would tend to foster less compliance with the law. It does so by assisting allied parties succeed in a potentially losing case by relying on the privilege to conceal the deficiencies of the transaction. Such may be the situation in this matter, if CIP is held to be a valid component of SCP law.

- (5) Many commercial transactions said to be enabled by CIP provide no value but contribute to the challenges facing societies

[291] It is not disputed that society benefits from some commercial transactions. This is implicitly recognized as members of society enjoy the fruit of many of these transactions in nearly everything they do and how they live in modern society. As pointed out though, only commercial transactions that anticipate litigation or require the privilege to enable the transaction need CIP, making this issue irrelevant to most commercial transactions that are concluded. In addition, the positive

lesquelles on prévoit un litige, il nuit alors à l'administration de la justice. D'abord, le privilège d'intérêt commun favorise le litige en raison de la nature de l'opération à haut risque qu'il facilite et qui n'aurait pas été conclue en l'absence du privilège. Les opérations pour lesquelles les risques de litige sont très élevés sont plus susceptibles de donner lieu à un litige. Ensuite, en plus de faciliter des opérations dont les risques de litige sont élevés, le privilège d'intérêt commun protège les communications qui peuvent démontrer l'illégalité de l'opération qu'il facilite. Autrement dit, le privilège d'intérêt commun facilite les litiges à haut risque qui entraînent un profit économique pour les clients, tout en aidant à défier toute contestation future concernant la façon dont les profits ont été obtenus en gardant hors de portée les éléments de preuve qui exposeraient les lacunes juridiques du marché.

[290] Enfin, pour ce qui est d'encourager le respect de la loi, étant donné que le privilège d'intérêt commun n'est pertinent que lorsqu'un litige est prévu et que lorsqu'il offre aux parties alliées un avantage stratégique, il aurait tendance à favoriser moins de respect de la loi. Il le fait d'ailleurs en aidant les parties alliées à avoir gain de cause dans une affaire possiblement perdue d'avance en se fondant sur le privilège pour cacher les lacunes de l'opération. Il pourrait en être ainsi en l'espèce, s'il est jugé que le privilège d'intérêt commun est un élément valide du droit du secret professionnel de l'avocat.

- 5) De nombreuses opérations commerciales qui auraient été facilitées par le privilège d'intérêt commun n'offrent aucune valeur, mais contribuent aux difficultés auxquelles la société fait face

[291] Il n'est pas contesté que la société tire profit de certaines opérations commerciales. Cela est implicitement reconnu, car les membres de la société profitent du fruit de bon nombre de ces opérations dans presque tout ce qu'ils font et dans leur façon de vivre dans une société moderne. Comme il a été souligné, par contre, seules les opérations commerciales qui prévoient un litige ou qui nécessitent le privilège pour faciliter l'opération ont besoin du privilège d'intérêt commun, ce qui rend cette

views on the economic and social interests that are said to be inherent in CIP, would diminish if it is recognized that the nature of many of the transactions provide no, or questionable economic or social benefit to society.

[292] The CRA believes that the transactions the parties and their corporate entities arranged under the cloak of legal secrecy so as to avoid paying significant taxes are abusive. Abusive tax avoidance schemes are a significant category of transactions that greatly benefit from CIP, yet do not provide any meaningful economic or social benefit to society.

[293] “Transformative” commercial transactions involving mergers and acquisitions of corporations or their assets also raise highly controversial issues about their societal benefits. The Court can take judicial notice of the fact that the horizontal or vertical concentration of production and services are thought by economists to harmfully augment monopolistic and oligarchical economic structures contributing to other socially harmful interests.

[294] CIP will also enable commercial transactions that are of questionable legality given the purposes they are put to. Examples abound. They may involve placing wealth off shore, or estate planning of wealthy persons, or multinational corporations shifting their costs to high-tax countries and their profits to low-tax countries. The transactions require the employment of lawyers in several countries or legal jurisdictions who excel at navigating the complexity and opacity of their legal world or of international treaties and arcane points of law that abound there. The schemes may resort to shell corporations, offshore trusts, and other legal constructs such as bankruptcies or cross-border protections that require secrecy of their advisory communications in order to be concluded. Like this matter, there is little or no economic reality to these transactions, nor any benefit to society. Each time there are exchanges of

question non pertinente pour la plupart des opérations commerciales qui sont conclues. Par ailleurs, les opinions positives concernant les intérêts économiques et sociaux qui seraient inhérents au privilège d'intérêt commun diminueraient s'il était reconnu que la nature de bon nombre des opérations n'offre aucun avantage économique ou social à la société, ou que cet avantage est douteux.

[292] L'ARC estime que les opérations que les parties et leurs sociétés ont organisées sous le couvert du secret professionnel de manière à éviter de payer des impôts considérables sont abusives. Les stratagèmes abusifs d'évitement fiscal sont une catégorie importante d'opérations qui profitent grandement du privilège d'intérêt commun, mais qui n'offrent pas d'avantage économique ou social important à la société.

[293] Les opérations commerciales « transformatives » mettant en cause des fusions et des acquisitions de sociétés ou de leurs actifs soulèvent également des questions très controversées concernant leurs avantages pour la société. Notre Cour peut tenir pour fait notoire que la concentration horizontale ou verticale des produits et des services, selon les économistes, fait augmenter dangereusement les structures économiques monopolistiques et oligarchiques qui contribuent à d'autres intérêts néfastes pour la société.

[294] Le privilège d'intérêt commun facilitera aussi les opérations commerciales dont la légalité est douteuse étant donné l'objectif qu'elles visent à atteindre. Les exemples sont nombreux. Il peut s'agir de placements à l'étranger, de la planification successorale de gens fortunés ou de l'imputation, par des sociétés multinationales, de leurs coûts dans les pays où le taux d'imposition est élevé et de leurs profits dans les pays où le taux est faible. Dans plusieurs pays ou administrations juridiques, la réalisation d'opérations nécessite de retenir les services d'avocats qui savent naviguer dans la complexité et l'opacité de leur monde juridique ou des traités internationaux et des points de droit obscurs qui y sont fréquents. Ces stratagèmes peuvent avoir recours à des sociétés fictives, à des fiducies résidentes à l'étranger et à d'autres concepts juridiques comme la faillite ou la protection transfrontalière qui requièrent

legal advice between the lawyers there will be cause to find a common legal interest of concluding the transaction with the result that the legal advisory communications and all of the accompanying expert and related evidence will be privileged.

[295] The scope of what may be included as a beneficial commercial transaction is simply too broad to serve any judgmental purpose on policy. There are many areas where the commercial transactions relying on the protections of advisory CIP serve little or no benefit, or even could be said to be harmful in the outcomes they exact on society. The point is that commercial transactions import whatever societal value the parties negotiating them bring to the table.

[296] The Court's view is that there is no reasonable sustainable policy ground to support the type of transaction that can only be negotiated if granted an advantage at a trial of hiding the transactions negotiations when its lawfulness is challenged. If the transaction needs an upper hand in the adversarial arena to be concluded, it more than likely provides no benefit, or turns out to be detrimental to society's interests. This is in addition to being unfair to the litigant in court who seeks redress for the prejudice wrought by the transaction.

[297] In summary, the Court concludes that there is little or no reliable evidence that advisory CIP is supported by the economic and social values of the commercial transactions it is said to foster. Most commercial transactions would be concluded without the requirement of CIP based on traditional profit motives that have always motivated their formation. Those that do require the privilege are transactions that present a high risk of anticipated litigation, where the application of CIP undermines the administration of justice in the area of commercial transactions, tending towards less

la confidentialité de leurs consultations juridiques afin d'être conclus. Comme en l'espèce, il y a peu ou pas de réalité économique à ces opérations, et aucun avantage pour la société. Chaque fois que des avis juridiques sont échangés entre les avocats, il y aura une raison de trouver un intérêt juridique commun à conclure l'opération, de sorte que les communications portant sur des consultations juridiques et toute la preuve d'expert et les éléments de preuve connexes présentés à l'appui seront privilégiées.

[295] La portée de ce qui pourrait être considéré comme une opération commerciale avantageuse est simplement trop vaste pour pouvoir porter un jugement sur un principe. Il existe de nombreux domaines où les opérations commerciales fondées sur les protections du privilège d'intérêt commun consultatif n'ont que peu ou pas d'avantages, et où l'on pourrait même dire que leurs conséquences sont néfastes pour la société. Le fait est que les opérations commerciales importent toutes les valeurs sociétales que les parties qui les négocient amènent à la table.

[296] La Cour est d'avis qu'aucune raison de principes valable raisonnable n'étaye les opérations qui ne peuvent être négociées que s'il est avantageux au procès de cacher le contenu des négociations lorsque leur légalité est contestée. Si l'opération a besoin d'avoir le dessus dans le système accusatoire pour être conclue, il est plus que probable qu'elle n'offre aucun avantage ou qu'elle porte préjudice aux intérêts de la société. En outre, elle est injuste pour le plaideur qui demande à la Cour une réparation pour le préjudice causé par l'opération.

[297] En résumé, notre Cour conclut qu'il y a peu ou pas d'éléments de preuve fiables démontrant que le privilège d'intérêt commun consultatif est étayé par les valeurs économiques et sociales des opérations commerciales qu'il favoriserait. La plupart des opérations commerciales seraient conclues sans qu'il soit nécessaire de recourir au privilège d'intérêt commun en fonction de la traditionnelle quête de gain qui a toujours motivé leur réalisation. Les opérations qui ont besoin du privilège sont celles qui présentent un risque élevé de litige prévu, où l'application du privilège d'intérêt commun

compliance with the law. Many of the cases described in the jurisprudence where a CIP is advanced involve commercial transactions of no, or even detrimental value to society. In any event, the only evidence on the effect of CIP, apart from the opinions of judges, demonstrates that the absence of a CIP has had no impact on the conclusion of commercial transactions or any failure to comply with the law.

VII. Conclusion

[298] Advisory CIP is not a valid constituent form of SCP and therefore has no application to the facts of this case for the following reasons:

1. Advisory CIP was incorrectly accepted in both the United States and Canada based upon a misapprehension that it was supported by similar rationales and purposes said to support JCP and litigation privilege, when they bear no relation to advisory CIP.

2. JCP is a valid form of SCP, while CIP is not.

3. Litigation CIP is compatible with litigation privilege based on a shared adversarial purpose. However, litigation privilege is distinct from SCP. The primary function of SCP is to maintain the solicitor-client relationship without which the administration of justice cannot function. It is not rationalized as serving any adversarial purpose. For that reason neither litigation privilege nor litigation CIP shares any functional compatibility with advisory CIP.

nuit à l'administration de la justice dans le domaine des opérations commerciales, entraînant un moindre respect de la loi. Bon nombre des cas décrits dans la jurisprudence où le privilège d'intérêt commun est invoqué mettent en cause des opérations commerciales qui n'ont aucune valeur pour la société, ou même qui lui portent préjudice. Quoi qu'il en soit, la seule preuve sur l'effet du privilège d'intérêt commun, outre l'avis des juges, démontre que l'absence d'un privilège d'intérêt commun n'a eu aucune incidence sur la conclusion d'opérations commerciales ou sur le non-respect de la loi.

VII. Conclusion

[298] Le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas un élément valide du secret professionnel de l'avocat et ne s'applique donc pas aux faits de l'espèce pour les motifs suivants :

1. Le privilège d'intérêt commun consultatif a été accepté à tort aux États-Unis et au Canada en raison d'une mauvaise compréhension selon laquelle il était étayé par des justifications et des objectifs similaires à ceux qui appuient le secret professionnel conjoint et le privilège relatif au litige, alors qu'ils n'ont aucun lien avec le privilège d'intérêt commun consultatif.

2. Le secret professionnel conjoint est une forme valide du secret professionnel de l'avocat, contrairement au privilège d'intérêt commun.

3. Le privilège d'intérêt commun relatif au litige est compatible avec le privilège relatif au litige parce qu'ils partagent le même objectif accusatoire. Cependant, le privilège relatif au litige est distinct du secret professionnel de l'avocat. La principale fonction du secret professionnel de l'avocat consiste à maintenir la relation entre l'avocat et son client sans laquelle l'administration de la justice ne peut produire ses effets. Il ne peut se justifier comme servant quelque intérêt contradictoire. Pour ce motif, ni le privilège relatif au litige ni le privilège d'intérêt commun relatif au litige ne sont compatibles, sur le plan fonctionnel, avec le privilège d'intérêt commun consultatif.

4. Not only does advisory CIP not conform to the fundamental tenets of SCP, it is incompatible with them. Indeed, its application guts SCP of its purpose and function. The *ad hoc* rationales said to justify advisory CIP, such as it being an exception or defence to waiver, a form of selective waiver, or supported by an expectation of confidentiality, must be rejected because they eviscerate SCP of its purpose and function.

5. Advisory CIP provides no benefit to the administration of justice in either enhancing compliance or maintaining the solicitor-client relationship, while significantly adding to its costs. Advisory CIP significantly expands the quantity of relevant evidence that is denied to the courts. It is not available to most users of advisory legal services and unfairly disadvantages them at trial. Furthermore, it provides an increased potential for abuse, while undermining the administration of justice by predominantly enabling transactions that anticipate creating litigation.

6. External policy factors relating to the use of SCP, such as advisory CIP providing economic and social benefits to society by fostering commercial transactions are incompatible with SCP, which is limited to factors affecting the administration of justice.

7. Resort to external policies represents an attempted case-by-case justification of a SCP which is incompatible with the class of SCP. Advisory CIP as a case-by-case justification of privilege requires the demonstration on a balance of probabilities to be of such unequivocal importance to society that it demands protection.

4. Non seulement le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas conforme aux principes fondamentaux du secret professionnel de l'avocat, mais il est également incompatible avec ces derniers. En effet, son application dépouille le secret professionnel de l'avocat de son objectif et de sa fonction. Les raisons particulières qui justifieraient le privilège d'intérêt commun consultatif, notamment le fait qu'il s'agit d'une exception ou un moyen de défense à la renonciation, une forme de renonciation sélective ou qu'il s'appuie sur une attente de confidentialité, doivent être rejetées parce qu'elles dépouillent le secret professionnel de l'avocat de son objectif et de sa fonction.

5. Le privilège d'intérêt commun consultatif n'apporte aucun avantage pour l'administration de la justice; il ne favorise pas le respect des lois et ne maintient pas la relation avocat-client, mais il accroît considérablement les coûts. Le privilège d'intérêt commun consultatif fait augmenter considérablement le nombre d'éléments de preuve pertinents auxquels les tribunaux n'ont pas accès. Il n'est pas disponible pour la plupart des personnes qui ont recours à des services de consultation juridique et les désavantage injustement au procès. De plus, il entraîne un risque accru d'abus, tout en minant l'administration de la justice en permettant surtout la conclusion d'opérations pour lesquelles on prévoit qu'elles susciteront un litige.

6. Des considérations de principe externes liées à l'utilisation du secret professionnel de l'avocat, comme le privilège d'intérêt commun consultatif qui offre des avantages économiques et sociaux à la société en favorisant des opérations commerciales, sont incompatibles avec le secret professionnel de l'avocat, qui se limite aux considérations ayant une incidence sur l'administration de la justice.

7. Le recours à des principes externes représente une tentative de justification au cas par cas d'un privilège du secret professionnel de l'avocat qui est incompatible avec le privilège générique du secret professionnel de l'avocat. Le privilège d'intérêt commun consultatif à titre de justification au cas par cas du privilège requiert que

8. The claimed policy benefit of advisory CIP of enabling commercial transactions is entirely speculative, and more likely represents a cost to society by the fact that advisory CIP mostly enables transactions that anticipate litigation which undermine the administration of justice, or are otherwise of no, or harmful value to society.

9. The prior jurisprudence of the Federal Court of Canada, namely the *Pitney Bowes* decision, is not binding on this Court. *Pitney Bowes* is distinguishable as it was a matter involving joint client representation, not allied lawyer CIP. The Court in *Pitney Bowes* also applied unsound jurisprudence from other Canadian and American courts that relied on the false external policy factor of advisory CIP fostering commercial transactions and unsupportable expectations of confidentiality.

[299] Accordingly, the application is allowed. The respondents are required to produce the Abacus memo pursuant to subsection 231.2(1) of the ITA.

[300] No costs are awarded. The Court rejects the applicant's submissions that the memo was business advice, concluding instead that advisory CIP is not a legitimate or acceptable application of solicitor-client privilege.

l'on démontre, selon la prépondérance des probabilités, qu'il est d'une telle importance non équivoque pour la société qu'il exige une protection.

8. L'avantage de principe allégué du privilège d'intérêt commun consultatif, soit de favoriser la conclusion d'opérations commerciales, est entièrement spéculatif et représente probablement plus un coût pour la société vu le fait que le privilège d'intérêt commun consultatif permet principalement des opérations pour lesquelles on prévoit un litige, ce qui mine l'administration de la justice, ou des opérations qui n'ont aucune valeur ou qui portent préjudice à la société.

9. La jurisprudence antérieure de la Cour fédérale du Canada, notamment la décision *Pitney Bowes*, ne lie pas notre Cour. Il faut établir une distinction avec la décision *Pitney Bowes*, car il s'agissait d'une affaire portant sur une représentation de clients conjoints et non sur un privilège d'intérêt commun où des avocats s'étaient alliés. Dans la décision *Pitney Bowes*, la Cour a également appliqué une jurisprudence mal fondée d'autres tribunaux canadiens et américains qui s'appuyait sur une considération de principe externe erronée selon laquelle le privilège d'intérêt commun consultatif favorise les opérations commerciales et une attente de confidentialité insoutenable.

[299] Par conséquent, la demande est accueillie. Les défendeurs sont tenus de présenter la note de service Abacus conformément au paragraphe 231.2(1) de la LIR.

[300] Aucuns dépens ne sont accordés. La Cour rejette les observations du demandeur selon lesquelles la note de service constituait un conseil commercial, concluant plutôt que le privilège d'intérêt commun consultatif n'est pas une application légitime ou acceptable du privilège du secret professionnel de l'avocat.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application is allowed. The respondents are required to produce the Abacus memo pursuant to subsection 231.2(1) of the ITA. No costs are awarded.

ANNEX

Requirement to provide documents or information

231.2 (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act (including the collection of any amount payable under this Act by any person), of a listed international agreement or, for greater certainty, of a tax treaty with another country, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

Unnamed persons

(2) The Minister shall not impose on any person (in this section referred to as a "third party") a requirement under subsection 231.2(1) to provide information or any document relating to one or more unnamed persons unless the Minister first obtains the authorization of a judge under subsection 231.2(3).

Judicial authorization

(3) A judge of the Federal Court may, on application by the Minister and subject to any conditions that the judge considers appropriate, authorize the Minister to impose on a third party a requirement under subsection (1) relating to an unnamed person or more than one unnamed person (in this section referred to as the "group") if the judge is satisfied by information on oath that

JUGEMENT

LA COUR accueille la présente demande. Les défendeurs sont tenus de présenter la note de service Abacus conformément au paragraphe 231.2(1) de la LIR. Aucuns dépens ne sont accordés.

ANNEXE

Production de documents ou fourniture de renseignements

231.2 (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application ou l'exécution de la présente loi (y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la présente loi), d'un accord international désigné ou d'un traité fiscal conclu avec un autre pays, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

Personnes non désignées nommément

(2) Le ministre ne peut exiger de quiconque — appelé « tiers » au présent article — la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, sans y être au préalable autorisé par un juge en vertu du paragraphe (3).

Autorisation judiciaire

(3) Sur requête du ministre, un juge de la Cour fédérale peut, aux conditions qu'il estime indiquées, autoriser le ministre à exiger d'un tiers la fourniture de renseignements ou la production de documents prévus au paragraphe (1) concernant une personne non désignée nommément ou plus d'une personne non désignée nommément — appelée « groupe » au présent article —, s'il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

(a) the person or group is ascertainable; and

(b) the requirement is made to verify compliance by the person or persons in the group with any duty or obligation under this Act.

(c) and (d) [Repealed, 1996, c. 21, s. 58(1)]

(4) to (6) [Repealed, 2013, c. 33, s. 21]

...

Compliance order

231.7 (1) On summary application by the Minister, a judge may, notwithstanding subsection 238(2), order a person to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister under section 231.1 or 231.2 if the judge is satisfied that

(a) the person was required under section 231.1 or 231.2 to provide the access, assistance, information or document and did not do so; and

(b) in the case of information or a document, the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1)).

Notice required

(2) An application under subsection (1) must not be heard before the end of five clear days from the day the notice of application is served on the person against whom the order is sought.

Judge may impose conditions

(3) A judge making an order under subsection (1) may impose any conditions in respect of the order that the judge considers appropriate.

Contempt of court

(4) If a person fails or refuses to comply with an order, a judge may find the person in contempt of court and the person is subject to the processes and the punishments of the court to which the judge is appointed.

a) cette personne ou ce groupe est identifiable;

b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi;

c) et d) [Abrogés, 1996, ch. 21, art. 58(1)]

(4) à (6) [Abrogés, 2013, ch. 33, art. 21]

[...]

Ordonnance

231.7 (1) Sur demande sommaire du ministre, un juge peut, malgré le paragraphe 238(2), ordonner à une personne de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents que le ministre cherche à obtenir en vertu des articles 231.1 ou 231.2 s'il est convaincu de ce qui suit :

a) la personne n'a pas fourni l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents bien qu'elle en soit tenue par les articles 231.1 ou 231.2;

b) s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard.

Avis

(2) La demande n'est entendue qu'une fois écoulés cinq jours francs après signification d'un avis de la demande à la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance est demandée.

Conditions

(3) Le juge peut imposer, à l'égard de l'ordonnance, les conditions qu'il estime indiquées.

Outrage

(4) Quiconque refuse ou fait défaut de se conformer à une ordonnance peut être reconnu coupable d'outrage au tribunal; il est alors sujet aux procédures et sanctions du tribunal l'ayant ainsi reconnu coupable.

Appeal

(5) An order by a judge under subsection (1) may be appealed to a court having appellate jurisdiction over decisions of the court to which the judge is appointed. An appeal does not suspend the execution of the order unless it is so ordered by a judge of the court to which the appeal is made.

Appel

(5) L'ordonnance visée au paragraphe (1) est susceptible d'appel devant le tribunal ayant compétence pour entendre les appels des décisions du tribunal ayant rendu l'ordonnance. Toutefois, l'appel n'a pas pour effet de suspendre l'exécution de l'ordonnance, sauf ordonnance contraire d'un juge du tribunal saisi de l'appel.

T-462-16
2017 FC 84

T-462-16
2017 CF 84

Daniel Turp (*Applicant*)

Daniel Turp (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Foreign Affairs (*Respondent*)

Le ministre des Affaires étrangères (*défendeur*)

INDEXED AS: TURP v. CANADA (FOREIGN AFFAIRS)

RÉPERTORIÉ : TURP c. CANADA (AFFAIRES ÉTRANGÈRES)

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Montréal, December 19 and 20, 2016; Ottawa, January 24, 2017.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 19 et 20 décembre 2016; Ottawa, 24 janvier 2017.

Foreign Trade — Judicial review of decision by Minister of Foreign Affairs (Minister) approving issuance of permits for export of light armoured vehicles (LAVs) to Kingdom of Saudi Arabia (Saudi Arabia) — LAVs subject to export control under Export and Import Permits Act (EIPA) — Approval based on absence of: governmental objections, human rights violations, evidence of use of Canadian equipment against civilians — Applicant submitting, inter alia, decision to issue permits: running counter to objectives of EIPA, Geneva Conventions Act (GCA); not complying with Geneva Conventions of 1949, Common Article 1 (Article 1); not guided by fundamental rights concerns — Whether Minister committing reviewable error in issuing permits — Minister's discretion exercised in good faith on basis of relevant considerations — EIPA not containing any export prohibitions — Neither United Nations Security Council nor Parliament of Canada adopting any resolution against Saudi Arabia — Export of military vehicles to Saudi Arabia therefore permitted — No connection between Saudi Arabia's alleged human rights violations, use of exported goods — Minister's discretion not fettered by export guidelines — Not subject under EIPA, s. 7 to express or implied limitation other than duty to exercise discretion in good faith — Minister considering factors relevant to statutory purpose — Parliament recognizing spirit of Article 1 in enacting EIPA, s. 7(1.01) — Article 1 not applying herein — Role of Court not to pass moral judgment on Minister's decision — Application dismissed.

Commerce extérieur — Contrôle judiciaire d'une décision du ministre des Affaires étrangères (le ministre) approuvant l'octroi de licences d'exportation pour des véhicules blindés légers (VBL) vers le Royaume d'Arabie saoudite (Arabie saoudite) — Les VBL sont des marchandises soumises à un contrôle d'exportation en vertu de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation (LLEI) — L'approbation était fondée sur l'absence d'objections de la part du gouvernement, de violation des droits humains et de preuve d'utilisation d'équipement canadien contre des civils — Le demandeur a fait valoir, entre autres, que l'octroi des licences d'exportation va à l'encontre des objectifs de la LLEI et de la Loi sur les conventions de Genève (LCG), ne respecte pas l'article premier commun des Conventions de Genève de 1949 et n'a pas été guidée par des considérations liées aux droits fondamentaux — Il s'agissait de savoir si le ministre a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en octroyant les licences — L'exercice du pouvoir discrétionnaire par le ministre s'est fait de bonne foi en fonction des considérations pertinentes — La LLEI ne contient aucune interdiction d'exportation — Aucune résolution n'a été prise envers l'Arabie saoudite, que ce soit par le Conseil de sécurité des Nations Unies, ou le Parlement canadien — L'exportation de véhicules militaires à destination de l'Arabie saoudite était permise — Il n'y avait aucun lien entre les violations des droits de l'homme dont on accuse l'Arabie saoudite et l'usage des biens exportés — L'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre n'est pas limité par les directives en matière d'exportation — Le pouvoir discrétionnaire du ministre en vertu de l'art. 7 de la LLEI ne prévoit aucune limite expresse ou implicite, autre que le devoir d'être exercé de bonne foi — Le ministre s'est fondé sur des facteurs qui ne sont pas des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi — Le Parlement a reconnu l'esprit de l'article premier des Conventions en édictant l'art. 7(1.01) de la LLEI — L'article premier ne trouvait pas application en l'espèce — Le rôle de la Cour n'est pas de jeter un regard moral sur la décision du ministre — Demande rejetée.

International Law — Geneva Conventions, 1949 — Minister of Foreign Affairs (Minister) approving issuance of permits for export of light armoured vehicles (LAVs) to Kingdom of Saudi Arabia (Saudi Arabia) — Applicant submitting, inter alia, decision to issue permits not complying with Geneva Conventions of 1949, Common Article 1 — Article 1 not applying herein as Canada not involved in conflict — Extending scope of Article 1 to states that are not parties to an armed conflict would prevent export of military equipment without there being any evidence of a substantial risk that such equipment will be used to commit violation of international humanitarian law.

This was an application for judicial review of a decision by the Minister of Foreign Affairs (Minister) approving the issuance of permits for the export of light armoured vehicles (LAVs) to the Kingdom of Saudi Arabia (Saudi Arabia).

The LAVs, produced in Ontario, are goods subject to export control under the *Export and Import Permits Act* (EIPA). The Minister's approval was based on a memorandum indicating that none of the branches of government consulted had raised any objection to the issuance of the permits, that there was no connection between the LAVs and human rights violations in Saudi Arabia, and that there was no evidence that Canadian equipment, including LAVs, had been used against civilian populations as a result of Saudi Arabia's involvement in the conflict in Yemen.

The applicant submitted, *inter alia*, that the issuance of the permits to export LAVs to Saudi Arabia runs counter to the objectives of the EIPA and the *Geneva Conventions Act* (GCA); the Minister was required to ensure compliance with the GCA, including Common Article 1 of the Geneva Conventions of 1949 (Article 1) that requires Canada to ensure respect for the Conventions and their additional protocols in all circumstances; the Minister's decision was flawed because it was guided by considerations other than respect for fundamental rights and international humanitarian law, and the Minister applied the wrong test in dismissing the fundamental rights concerns.

The main issue was whether the Minister committed a reviewable error in issuing the permits to export LAVs to Saudi Arabia.

Held, the application should be dismissed.

Droit international — Conventions de Genève de 1949 — Le ministre des Affaires étrangères (le ministre) a approuvé l'octroi de licences d'exportation pour des véhicules blindés légers (VBL) vers le Royaume d'Arabie saoudite (Arabie saoudite) — Le demandeur a fait valoir, entre autres, que la décision d'octroyer des licences ne respecte pas l'article premier commun des Conventions de Genève de 1949 — Comme le Canada n'était pas impliqué dans le conflit, l'article premier ne trouvait pas application — Étendre la portée de l'article premier aux États qui ne sont pas parties à un conflit armé empêcherait l'exportation d'équipements militaires sans qu'il existe la preuve d'un risque substantiel que de tels équipements soient utilisés pour commettre une violation du droit international humanitaire.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du ministre des Affaires étrangères (le ministre) approuvant l'octroi de licences d'exportation pour des véhicules blindés légers (VBL) vers le Royaume d'Arabie saoudite (Arabie saoudite).

Les VBL, produits en Ontario, sont des marchandises soumises à un contrôle d'exportation en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* (LLEI). Le ministre a approuvé l'octroi des licences sur la base d'un memorandum qui soulignait qu'aucune des branches du gouvernement consultées n'avait soulevé d'objection à l'octroi des licences, qu'il n'existait aucun lien entre les VBL et la violation des droits humains en Arabie saoudite, et qu'il n'existait aucune preuve que de l'équipement canadien, dont des VBL, ait été utilisé en ciblant la population civile par suite de l'implication de l'Arabie saoudite dans les hostilités au Yémen.

Le demandeur a prétendu, entre autres, que l'octroi des licences d'exportation des VBL vers l'Arabie saoudite allait à l'encontre des objectifs de la LLEI et de la *Loi sur les conventions de Genève* (LCG); que le ministre devait par ailleurs s'assurer du respect de la LCG, y compris l'article premier commun des Conventions de Genève de 1949 (article premier) qui oblige le Canada à faire respecter les Conventions et leurs protocoles additionnels en toutes circonstances; que la décision du ministre était viciée, car elle a été guidée par des considérations autres que le respect des droits fondamentaux et du droit international humanitaire; et que le critère utilisé par le ministre pour rejeter les préoccupations relatives aux droits fondamentaux n'était pas le bon.

Il s'agissait principalement de savoir si le ministre a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en octroyant des licences d'exportation pour des VBL vers l'Arabie saoudite.

Jugement : la demande doit être rejetée.

The Minister's discretion was exercised in good faith on the basis of the relevant considerations. The Minister remains free to issue an export permit if he concludes that it is in Canada's interest to do so, considering the relevant factors. Neither the EIPA nor its supplement, the *Export Controls Handbook*, contains any export prohibitions. It is open to Parliament to adopt such measures under the *Special Economic Measures Act*. Neither the United Nations Security Council nor the Parliament of Canada has adopted any resolution against Saudi Arabia. The export of military vehicles to Saudi Arabia was therefore permitted under the scheme of the EIPA. It is for the Minister to assess whether there is a reasonable risk that the goods might be used against the civilian population. For there to be a reasonable risk, there must at least be some connection between Saudi Arabia's alleged human rights violations and the use of the exported goods. Moreover, existing guidelines that provide for strict controls over the export of goods such as LAVs, are not binding. The Minister should not fetter the exercise of his discretion by treating these informal guidelines as if they were mandatory requirements. Incorporating an obligation not to issue an export permit in the circumstances of this case would fetter the Minister's ability to act or not to act, although the Minister's discretion under section 7 of the EIPA is subject to no express or implied limitation other than the duty to exercise his discretion in good faith, in accordance with the principles of natural justice and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose. In reaching his decision, the Minister considered Canada's national and international security interests as well as its economic and trade interests, factors that are neither irrelevant nor extraneous to the statutory purpose.

As for Canada's international obligations, Parliament recognized the spirit of Article 1 in enacting subsection 7(1.01) of the EIPA, which identifies the factors to be taken into account in deciding whether to issue permits. Contrary to the applicant's claim, the Minister considered the conflict in Yemen. The applicant's further argument, i.e. that the Minister's decision violates Article 1 of the Conventions, was also rejected. Article 1 does not apply herein. Canada is not involved in the conflict in Yemen, which is a non-international armed conflict. Extending the scope of Article 1 to states that are not parties to an armed conflict would prevent the export of military equipment without there being any evidence of a substantial risk that such equipment will be used to commit a violation of international humanitarian law. In the present case, the history of exports of LAVs to Saudi Arabia does not support such a conclusion. The role of the Court was not to pass moral judgment on the Minister's decision to issue the export permits but only to make sure of the legality of such a decision. The Minister

L'exercice du pouvoir discrétionnaire par le ministre s'est fait de bonne foi en fonction des considérations pertinentes. Le ministre reste libre d'accorder une licence d'exportation s'il conclut qu'il est dans l'intérêt du Canada de le faire en considérant les facteurs pertinents. Ni la LLEI ni son supplément, le *Manuel des contrôles à l'exportation*, ne contient d'interdiction d'exportation. Il est loisible pour le Parlement d'adopter de telles mesures par la *Loi sur les mesures économiques spéciales*. Aucune résolution n'a été prise envers l'Arabie saoudite, que ce soit par le Conseil de sécurité des Nations Unies, ou le Parlement canadien. Le régime de la LLEI permettait donc l'exportation de véhicules militaires à destination de l'Arabie saoudite. L'appréciation du risque raisonnable que le matériel soit utilisé contre la population civile appartient au ministre. Pour qu'il existe un risque raisonnable, il doit au minimum y avoir quelque lien entre les violations des droits de l'homme dont on accuse l'Arabie saoudite et l'usage des biens exportés. De plus, les lignes directrices en vigueur qui prévoient un contrôle étroit de l'exportation de marchandises comme les VBL, n'ont pas force de loi. Lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire, le ministre ne peut pas voir dans ces directives informelles des exigences absolues qui en limitent l'exercice. L'incorporation d'une obligation de ne pas délivrer de licence d'exportation dans les circonstances du présent dossier limiterait cette opportunité d'agir ou de ne pas agir, alors que le pouvoir discrétionnaire du ministre sous l'article 7 de la LLEI ne prévoit aucune limite expresse ou implicite, autre que le devoir d'être exercé de bonne foi, conformément aux principes de justice naturelle et en tenant compte des considérations pertinentes. Lorsqu'il a tiré sa conclusion, le ministre s'est fondé sur les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et internationale ainsi que sur ses intérêts commerciaux et économiques, facteurs qui ne sont pas des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi.

Quant aux obligations internationales du Canada, le Parlement a reconnu l'esprit de l'article premier des Conventions en édictant le paragraphe 7(1.01) de la LLEI, qui prévoit les facteurs à considérer pour l'octroi de licences. Contrairement à la prétention du demandeur, le ministre a considéré le conflit au Yémen. Le moyen additionnel du demandeur, soit que la décision du ministre enfreint l'article premier des Conventions, a également été rejeté. L'article premier ne trouve pas application en l'espèce. Le Canada n'est pas impliqué dans le conflit au Yémen, qui constitue un conflit armé non international. Étendre la portée de l'article premier aux États qui ne sont pas parties à un conflit armé empêcherait l'exportation d'équipements militaires sans qu'il existe la preuve d'un risque substantiel que de tels équipements soient utilisés pour commettre une violation du droit international humanitaire. En l'espèce, l'historique d'exportations des VBL en Arabie saoudite ne supporte pas une telle conclusion. Le rôle de la Cour n'est pas de jeter un

considered all the relevant factors, and it was not open to the Court to set aside his decision.

regard moral sur la décision du ministre d'émettre les licences d'exportation, mais uniquement de s'assurer de la légalité d'une telle décision. Le ministre a tenu compte des facteurs pertinents et il n'était pas loisible à la Cour de casser la décision.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19, ss. 3, 5, 7.
- Export Control List*, SOR/89-202, art. 2(a).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
- Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, s. 2.
- Special Economic Measures Act*, S.C. 1992, c. 17.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Agreement on Government Procurement*, Annex 4 of the *Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed at Marrakesh, 15 April 1994.
- Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949*, Art. 1, 2, 3, being Sch. I of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.
- Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949*, Art. 1, 2, 3, being Sch. II of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.
- Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949*, Art. 1, 2, 3, being Sch. IV of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.
- Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, Art. 1, 2, 3, being Sch. III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.

CASES CITED

APPLIED:

- Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Canada (Attorney*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée*, DORS/89-202, art. 2a).
- Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, art. 2.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
- Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 3, 5, 7.
- Loi sur les mesures économiques spéciales*, L.C. 1992, ch. 17.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Accord sur les marchés publics*, Annexe 4 de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, le 15 avril 1994.
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, art. 1, 2, 3, constituant l'annexe II de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3.
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, art. 1, 2, 3, constituant l'annexe I de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3.
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, art. 1, 2, 3, constituant l'annexe IV de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3.
- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, art. 1, 2, 3, constituant l'annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Canada*

General) v. *Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559.

CONSIDERED:

League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Odynsky, 2010 FCA 307, *sub nom. League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, [2012] 2 F.C.R. 312; *Maple Lodge Farms v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125; *Sinnappu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 791, (1997), 42 C.R.R. (2d) 143 (T.D.).

REFERRED TO:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *UL Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1720, 1999 CanLII 11667 (Sup. Ct.); *Reference Re Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, Minimum Wages Act and Limitation of Hour of Work Act*, [1937] 1 D.L.R. 673, [1937] A.C. 326 (P.C.); *Baker Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, 2002 FCA 158, [2003] 1 F.C. 49; *Pfizer Inc. v. Canada*, [1999] 4 F.C. 441, 1999 CanLII 8291 (T.D.); *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)* (2006), 277 D.L.R. (4th) 527, 2006 CanLII 40222 (Ont. C.A.); *Rousseau Metal Inc. v. Canada*, [1987] F.C.J. No. 40 (C.A.) (QL); *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44.

AUTHORS CITED

Brehm, Maya, “The Arms Trade and States’ Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law” (2007), 12 J. Conflict & Sec. L. 359.

(Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Odynsky, 2010 CAF 307, *sub nom. Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, [2012] 2 R.C.F. 312; *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Sinnappu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 791 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *UL Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1720, 1999 CanLII 11667 (C.S.); *Reference Re Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, Minimum Wages Act and Limitation of Hour of Work Act*, [1937] 1 D.L.R. 673, [1937] A.C. 326 (P.C.); *Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, 2002 CAF 158, [2003] 1 C.F. 49; *Pfizer Inc. c. Canada*, [1999] 4 C.F. 441, 1999 CanLII 8291 (1^{re} inst.); *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)* (2006), 277 D.L.R. (4th) 527, 2006 CanLII 40222 (C.A. Ont.); *Rousseau Metal Inc. c. Canada*, [1987] A.C.F. n° 40 (C.A.) (QL); *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44.

DOCTRINE CITÉE

Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada. *Guide des contrôles à l'exportation du Canada*, décembre 2013.

- David, Éric. *Principes de droit des conflits armés*, 3rd ed. Bruxelles: Bruylant, 2002.
- Emanuelli, Claude. *International Humanitarian Law*, Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais, 2009.
- Foreign Affairs, Trade and Development Canada. *A Guide to Canada's Export Controls*, December 2013.
- Foreign Affairs, Trade and Development Canada. *Export Controls Handbook*, Minister of Foreign Affairs, revised June 2015.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, 6th ed. Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais, 2010.
- International Committee of the Red Cross. *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2016.
- Kindred, Hugh *et al.* *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 8th ed., Toronto: Emond Montgomery Publications, 2014.
- Parlett, Kate. *The Individual in the International Legal System. Continuity and Change in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- United Nations. Security Council. Panel of Experts on Yemen established pursuant to Security Council resolution 2140 (2014). *Final Report of the Panel of Experts on Yemen established pursuant to Security Council Resolution 2140 (2014)*, 2016, UN Doc. S/2016/73.
- Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada. *Manuel des contrôles à l'exportation*, Ministère des Affaires étrangères, révisé en juin 2015.
- Brehm, Maya, "The Arms Trade and States' Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law" (2007), 12 J. Conflict & Sec. L. 359.
- Comité international de la Croix-Rouge. *Commentaire de la Première convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2016).
- David, Éric. *Principes de droit des conflits armés*, 3^e éd. Bruxelles : Bruylant, 2002.
- Emanuelli, Claude. *International Humanitarian Law*, Cowansville, Qc : Éditions Yvon Blais, 2009.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, 6^e éd. Cowansville, Qc : Éditions Yvon Blais, 2010.
- Kindred, Hugh *et al.* *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 8^e éd., Toronto : Emond Montgomery Publications, 2014.
- Nations Unies. Conseil de sécurité. Groupe d'experts sur le Yémen créé en application de la résolution 2140 (2014). *Rapport final du Groupe d'experts sur le Yémen créé en application de la résolution 2140 (2014)*, 2016, Doc. NU S/2016/73.
- Parlett, Kate. *The Individual in the International Legal System. Continuity and Change in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2010.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Minister of Foreign Affairs approving the issuance of permits for the export of light armoured vehicles to the Kingdom of Saudi Arabia. Application dismissed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du ministre des Affaires étrangères approuvant l'octroi de licences d'exportation pour des véhicules blindés légers vers le Royaume d'Arabie saoudite. Demande rejetée.

APPEARANCES

André Lespérance and *Anne-Julie Asselin* for applicant.
Bernard Letarte, *Vincent Veilleux* and *Ludovic Sirois* for respondent.

ONT COMPARU

André Lespérance et *Anne-Julie Asselin* pour le demandeur.
Bernard Letarte, *Vincent Veilleux* et *Ludovic Sirois* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Trudel Johnston & Lespérance, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Trudel Johnston & Lespérance, Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by

Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par

TREMBLAY-LAMER J.:

I. Nature of the matter

[1] This is an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, of a decision by the Minister of Foreign Affairs (the Minister) approving the issuance of permits for the export of light armoured vehicles (LAVs) to the Kingdom of Saudi Arabia (Saudi Arabia).

II. Facts

[2] General Dynamics Land Systems Canada (GDLS-C), a company based in London, Ontario, specializes in the production of military vehicles. GDLS-C is a division of General Dynamics Corporation, an American company, and it mainly produces LAVs used by the Canadian Armed Forces and exported to several countries, including Saudi Arabia.

[3] Saudi Arabia started using LAVs manufactured by GDLS-C in the 1990s, following the invasion of Kuwait by Iraq, as part of its rearmament program to counter the threat then represented by Iraq and Iran.

[4] At the time and until very recently, the contracts of sale were negotiated between Saudi Arabia and the United States and granted to GDLS-C by the Canadian Commercial Corporation (CCC), which is responsible for managing American military contracts in Canada. Between 1993 and 2015, almost two thousand nine hundred (2 900) LAVs were exported to Saudi Arabia.

[5] In 2014, with the agreement of the United States, Saudi Arabia decided to negotiate directly with the CCC to procure LAVs, and it signed the contract that led to the export permits at issue in this case.

[6] Because LAVs are goods subject to export control under the *Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19 (EIPA), it was necessary to obtain an export

LA JUGE TREMBLAY-LAMER :

I. Nature de l'affaire

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, d'une décision du ministre des Affaires étrangères (le ministre) approuvant l'octroi de licences d'exportation pour des véhicules blindés légers (VBL) vers le Royaume d'Arabie saoudite (Arabie saoudite).

II. Faits

[2] La compagnie General Dynamics Land Systems Canada (GDLS-C), basée à London (Ontario), se spécialise dans la production de véhicules militaires. GDLS-C est une division de General Dynamics Corporation, une compagnie américaine, et produit principalement des VBL qui sont utilisés par les Forces armées canadiennes et exportés dans plusieurs pays, dont l'Arabie saoudite.

[3] L'Arabie saoudite a commencé à utiliser les VBL produits par GDLS-C dans les années 1990 suite à l'invasion du Koweït par l'Irak dans le cadre de son programme de réarmement pour contrer la menace alors représentée par l'Irak et l'Iran.

[4] À l'époque et jusqu'à tout récemment, les contrats de vente étaient négociés entre l'Arabie saoudite et les États-Unis, et accordés à GDLS-C par la Corporation commerciale canadienne (CCC), chargée de la gestion des contrats militaires américains au Canada. Entre 1993 et 2015, près de deux mille neuf cents (2 900) VBL ont été exportés vers l'Arabie saoudite.

[5] En 2014, avec l'accord des États-Unis, l'Arabie saoudite a décidé de négocier directement avec CCC pour se procurer des VBL et a signé le contrat à l'origine des licences d'exportation en cause dans la présente affaire.

[6] Comme les VBL sont des marchandises soumises à un contrôle d'exportation en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985),

permit before shipping the goods to Saudi Arabia. An application was therefore submitted to the Minister for this purpose.

[7] On April 8, 2016, the Minister approved the application for export permits in connection with the contract for the production of LAVs by GDLS-C.

III. Decision

[8] In approving the issuance of the export permits sought, the Minister relied on a memorandum prepared by officials in his own department following consultations and expert assessments done internally and with other departments, including the Department of National Defence and Innovation, Science and Economic Development Canada.

[9] The memorandum noted that none of the branches of government consulted had raised any objection to the issuance of the permits. Saudi Arabia was considered a key partner for Canada and an important ally in the fight against terrorism in the Middle East. The export of the goods in question fell within the purview of Canadian foreign policy and objectives in the region. Moreover, the GDLS-C contract was key to ensuring a strong and viable defence industry in Canada and represented thousands of jobs in Ontario.

[10] The memorandum also noted that Canada still had concerns about Saudi Arabia's human rights record. However, the determining factor regarding military exports and human rights was whether the goods were likely to be used to commit human rights violations or whether there existed a reasonable risk that they could be used against the civilian population. To the best of the Department's knowledge, there was no connection between the LAVs and human rights violations in Saudi Arabia. Furthermore, no incident of that nature had been reported since the exports began in the 1990s.

[11] The memorandum also indicated that a UN expert report on the situation in Yemen had concluded that all

ch. E-19 (LLEI), l'obtention d'une licence d'exportation était nécessaire afin de procéder au transfert des marchandises vers l'Arabie saoudite. Une demande a donc été présentée au ministre à cette fin.

[7] Le 8 avril 2016, le ministre a approuvé la demande de licences d'exportation reliées au contrat pour la production de VBL par GDLS-C.

III. Décision

[8] Le ministre a approuvé l'octroi des licences d'exportation recherchées sur la base d'un memorandum préparé par ses fonctionnaires suite à des consultations et des expertises à l'interne et avec d'autres ministères, dont le ministère de la Défense et Innovation, Sciences et Développement économique Canada.

[9] Le memorandum soulignait qu'aucune des branches du gouvernement consultées n'avait soulevé d'objection à l'octroi des licences. L'Arabie saoudite était considérée comme un partenaire-clé du Canada et un allié important dans la lutte contre le terrorisme au Moyen-Orient. L'exportation des marchandises proposées s'inscrivait dans le cadre de la politique étrangère et des objectifs du Canada dans la région. Par ailleurs, le contrat de GDLS-C était un élément-clé pour assurer une industrie de la défense forte et viable au Canada et représentait des milliers d'emplois en Ontario.

[10] On notait également que le Canada demeurait préoccupé par le bilan de l'Arabie saoudite en matière de droits humains. Cependant, le facteur déterminant en matière d'exportations militaires et de droits humains était de savoir si les marchandises se prêtaient à la violation des droits humains ou s'il existait un risque raisonnable qu'elles soient utilisées contre la population civile. Au meilleur de la connaissance du ministère, il n'existait aucun lien entre les VBL et la violation des droits humains en Arabie saoudite. Par ailleurs, aucun incident de ce genre n'avait été rapporté depuis le début des exportations dans les années 1990.

[11] Le memorandum indiquait également qu'un rapport d'experts de l'ONU sur la situation au Yémen

parties to the conflict in Yemen had violated international humanitarian law, in particular by targeted airstrikes against the civilian population. However, there was no evidence that Canadian equipment, including LAVs, had been used for that purpose.

[12] The Department was therefore unanimous in recommending to the Minister that the export permits be issued.

IV. Issues

1. What is the applicable standard of review?
2. Does the applicant have the necessary public interest standing?
3. Did the Minister commit a reviewable error in issuing the permits to export LAVs to Saudi Arabia?

V. Relevant provisions

[13] The relevant provisions are sections 3, 5 and 7 of the EIPA and paragraph 2(a) of the *Export Control List*, SOR/89-202 (the List). These provisions are reproduced as an annex hereto.

VI. Positions of the parties

A. *The applicant*

[14] The applicant submits that the issuance of the permits to export LAVs to Saudi Arabia runs counter to the objectives of the EIPA and the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3 (the GCA), since both Parliament and the Government wanted to ensure that Canadian arms would not be exported to countries that could use them against their own population or against civilians in an armed conflict. The policies and guidelines adopted by the Government in connection with the EIPA call for the exercise of rigorous control over military exports to countries engaged in hostilities or that commit

avait conclu que tous les acteurs impliqués dans le conflit au Yémen avaient enfreint le droit international humanitaire, notamment en ciblant la population civile au cours de frappes aériennes. Cependant, il n'existait aucune preuve que de l'équipement canadien, dont des VBL, ait été utilisé à cette fin.

[12] Le ministère recommandait donc de façon unanime au ministre d'octroyer les licences d'exportation.

IV. Questions en litige

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le demandeur possède-t-il la qualité nécessaire pour agir dans l'intérêt public?
3. Le ministre a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en octroyant des licences d'exportation pour des VBL vers l'Arabie saoudite?

V. Dispositions pertinentes

[13] Les dispositions pertinentes sont les articles 3, 5 et 7 de la LLEI et l'alinéa 2a) de la *Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée*, DORS/89-202 (la Liste). Ces dispositions sont reproduites en annexe.

VI. Position des parties

A. *Le demandeur*

[14] Le demandeur prétend que l'octroi des licences d'exportation des VBL vers l'Arabie saoudite va à l'encontre des objectifs de la LLEI et de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3 (la LCG), puisqu'autant le législateur que le gouvernement voulaient s'assurer que des armes canadiennes ne seraient pas exportées vers des pays qui risqueraient de les utiliser contre leur population ou contre des civils dans le cadre d'un conflit armé. Les politiques et les lignes directrices adoptées par le gouvernement en lien avec la LLEI prévoient l'exercice d'un contrôle rigoureux sur

human rights violations. Before making his decision, the Minister was therefore required to assess the risk that the arms for which an export permit was sought would be used to commit human rights violations or to create instability or national or international conflicts.

[15] The Minister was also required to ensure compliance with the GCA, whereby Parliament incorporated into Canadian law the four Geneva Conventions of 1949 (the Conventions). Common Article 1 of the Conventions requires Canada to ensure respect for the Conventions and their additional protocols in all circumstances. The evidence establishes that there exists a reasonable risk that LAVs exported to Saudi Arabia would be used in a manner that would threaten the safety of Shiite minorities and jeopardize the peace, safety or stability of the Arabian Peninsula. In addition, Saudi Arabia is directly involved in the hostilities in Yemen through a coalition that it leads. The Minister has therefore ignored the principles that should have guided his discretion under the EIPA and acted in violation of the GCA.

[16] The applicant also submits that the administrative process leading up to the Minister's decision was flawed because that decision was guided by considerations other than respect for fundamental rights and international humanitarian law. The Minister failed to consider critical facts before making his decision. Furthermore, the Minister had already made his decision before looking at the file, or he felt compelled to make that decision. His mind was closed to any other possibilities.

[17] Moreover, the Minister applied the wrong test in dismissing the fundamental rights concerns. All that is required is a reasonable risk that the arms will be used in a prohibited manner, there does not have to be evidence demonstrating that the arms have been so used. Saudi Arabia's past and present conduct were sufficient to establish that risk.

les exportations militaires vers des pays engagés dans des hostilités ou qui violent les droits de la personne. Avant de prendre sa décision, le ministre avait donc l'obligation d'évaluer le risque que les armes pour lesquelles une licence d'exportation était recherchée soient utilisées pour commettre des violations des droits de la personne ou pour engendrer de l'instabilité ou des conflits nationaux ou internationaux.

[15] Le ministre devait par ailleurs s'assurer du respect de la LCG par laquelle le législateur a incorporé en droit canadien les quatre Conventions de Genève de 1949 (les Conventions). Le premier article commun des Conventions oblige le Canada à faire respecter les Conventions et leurs protocoles additionnels en toutes circonstances. La preuve établit qu'il existe un risque raisonnable que des VBL exportés en Arabie saoudite soient utilisés de manière à nuire à la sécurité des minorités chiïtes et à nuire à la paix, à la sécurité ou à la stabilité de la péninsule arabique. Par ailleurs, l'Arabie saoudite est directement impliquée dans les hostilités au Yémen par le biais d'une coalition qu'elle dirige. Le ministre a donc passé outre les principes devant guider sa discrétion suivant la LLEI et a agi en contravention de la LCG.

[16] Le demandeur soutient également que le processus administratif menant à la décision du ministre était vicié, car sa décision a été guidée par des considérations autres que le respect des droits fondamentaux et du droit international humanitaire. Le ministre a omis de considérer des éléments factuels cruciaux avant de prendre sa décision. Par ailleurs, le ministre avait déjà pris sa décision avant de prendre connaissance du dossier ou il s'est senti contraint de prendre cette décision. Son esprit était fermé à toute autre possibilité.

[17] De plus, le critère utilisé par le ministre pour rejeter les préoccupations relatives aux droits fondamentaux n'est pas le bon. Il suffit qu'il existe un risque raisonnable que les armes soient utilisées de façon prohibée et non pas qu'il existe une preuve démontrant que les armes ont été utilisées de telle façon. La conduite passée et actuelle de l'Arabie saoudite suffisait à établir ce risque.

B. The respondent

[18] The respondent submits that the Minister's sole obligation was to take into account all the relevant factors having regard to the existing legislative framework, its purpose and the circumstances of the case. Nothing indicates that he failed to consider these factors.

[19] The purpose of the scheme under the EIPA is to enable the federal government to regulate and control the export and import of certain goods and technology according to Canada's economic and political interests. Existing guidelines and policies provide for strict controls over the export of goods such as LAVs, but contain no prohibitions. Furthermore, administrative instruments recognize the economic importance of Canada's defence industry. It was therefore entirely appropriate in the circumstances to take into account political and economic factors in addition to the human rights considerations. Moreover, if the Minister had taken irrelevant factors into consideration, they would have to have formed the primary basis for his decision in order to warrant this Court's intervention.

[20] Furthermore, it is for the Minister to assess the risk that the LAVs might be used against the civilian population and to determine the basis upon which that assessment will be made. He was authorized to make his decision on the basis of the recommendations of the officials in his department, whose expertise in relation to the application of the EIPA has moreover been recognized by this Court.

[21] The respondent notes that common Article 1 has not been incorporated into Canadian law and that, even if it had been, the applicant lacks the necessary standing to raise the issue of its violation, as this article is binding only on states and does not confer any rights on individuals. Further, section 2 of the GCA does not constitute an implementation of the Conventions as a whole, since parliamentary approval is not tantamount to incorporation. Indeed, the debates preceding the adoption of the GCA show that Parliament did not intend to implement the Conventions as a whole. It is therefore

B. Le défendeur

[18] Le défendeur soutient que la seule obligation du ministre était de tenir compte de l'ensemble des facteurs pertinents eu égard au cadre législatif en place, à son objet et aux circonstances de l'affaire. Rien ne démontre qu'il a fait défaut de se pencher sur ces facteurs.

[19] Le régime de la LLEI a pour objet de permettre au gouvernement fédéral de réglementer et de contrôler l'exportation et l'importation de certaines marchandises et technologies en fonction des intérêts du Canada en matière économique et politique. Les lignes directrices et les politiques en vigueur prévoient un contrôle étroit de l'exportation de marchandises comme les VBL, mais aucune interdiction. Ces instruments administratifs reconnaissent par ailleurs l'importance au plan économique de l'industrie canadienne de la défense. Il était donc tout à fait approprié dans les circonstances de tenir compte de facteurs politiques et économiques, en plus des considérations relatives au respect des droits de la personne. Si, par ailleurs, le ministre avait pris en considération des facteurs non pertinents, il faudrait que ces facteurs constituent le fondement principal de la décision pour justifier l'intervention de la Cour.

[20] De plus, il appartient au ministre d'évaluer le risque que les VBL soient utilisés contre la population civile et de décider sur quelle base il ferait cette évaluation. Il était habilité à rendre sa décision sur la base des recommandations des fonctionnaires de son ministère, dont l'expertise a d'ailleurs été reconnue par cette Cour dans le contexte de l'application de la LLEI.

[21] Le défendeur note que le premier article commun n'a pas été incorporé en droit canadien et que, même s'il l'était, le demandeur n'a pas l'intérêt nécessaire pour soulever la question de son entrave, puisque cet article n'engage que les États et ne confère aucun droit aux particuliers. Par ailleurs, l'article 2 de la LCG ne constitue pas une mise en œuvre des Conventions dans leur ensemble, puisque l'approbation législative n'équivaut pas à une incorporation. Les débats précédant l'adoption de la LCG démontrent d'ailleurs que le Parlement n'avait pas l'intention de mettre en œuvre

incorrect to maintain that the GCA was violated in the present case, as Article 1 of the Conventions is not part of Canadian law. The respondent nevertheless notes that the Minister's decision is consistent with the values expressed in the Conventions.

[22] Should the Court decide nonetheless to rule on this issue, the respondent submits that the Minister's decision does not violate Article 1. There is no evidence that the State Parties to the Conventions subscribe to the interpretation of this provision put forward by the applicant's expert, and state practice does not support it. Moreover, the evidence regarding the potential violation of international humanitarian law by Saudi Arabia in Yemen is inconclusive and the Court cannot accept that premise as a fact. Furthermore, Article 1 applies solely in the context of international armed conflicts; the conflict in Yemen does not fit that description, and Canada has no involvement in it whatsoever. Finally, even if Article 1 were applicable, Canada may choose the measures that are appropriate to ensure compliance with the Conventions, as the provision does not require that specific measures be taken in response to violations of international humanitarian law.

VII. Analysis

1. *What is the applicable standard of review?*

[23] The appropriate standard of review is reasonableness. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 51, the Supreme Court of Canada stated that "questions of fact, discretion and policy as well as questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues generally attract a standard of reasonableness". This Court will only intervene if the Minister's decision is not justified, transparent or intelligible, or if it does not fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law (*Dunsmuir*, at paragraph 47).

[24] To determine whether the Minister's decision falls within the range of possible outcomes, the Court

l'ensemble des Conventions. Il est donc erroné de soutenir que la LCG a été enfreinte en l'espèce, puisque l'article premier des Conventions ne fait pas partie du droit canadien. Le défendeur souligne néanmoins que la décision du ministre est compatible avec les valeurs exprimées dans les Conventions.

[22] Si la Cour décidait toutefois de se prononcer, le défendeur soutient que la décision du ministre n'enfreint pas l'article premier. Il n'existe aucune preuve que les États parties aux Conventions concourent à l'interprétation que l'expert du demandeur fait de cet article et la pratique des États ne va pas dans ce sens. De plus, la preuve est incertaine quant à la possible violation du droit international humanitaire par l'Arabie saoudite au Yémen et la Cour ne peut accepter cette prémisse comme un fait. L'article premier s'applique également seulement dans le cadre d'un conflit armé international; le conflit au Yémen n'en est pas un et le Canada n'y est pas impliqué de quelque façon. Finalement, même si l'article premier s'applique, le Canada a le choix des mesures appropriées afin de faire respecter les Conventions, car la disposition n'impose pas la prise de mesures spécifiques face à des violations du droit international humanitaire.

VII. Analyse

1. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[23] La norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable. Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 51, la Cour suprême du Canada a statué « qu'en présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés, la norme de la raisonabilité s'applique généralement ». Cette cour n'interviendra que si la décision du ministre n'est pas justifiée, transparente, ou intelligible, ou si elle n'appartient pas aux issues possibles et acceptables au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[24] Pour déterminer si la décision du ministre appartient aux issues possibles, la Cour doit définir l'étendue

must define the scope and limits of the Minister's discretion in light of the specific context in which the decision was made, that is, the legislative and regulatory framework and its associated policies (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 (*Catalyst Paper Corp.*), at paragraph 18; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraph 22; see also *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364, at paragraph 44). As the Supreme Court confirmed more recently [at paragraph 18] in *Catalyst Paper Corp.*:

The answer lies in *Dunsmuir's* recognition that reasonableness must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors. It is an essentially contextual inquiry (*Dunsmuir*, at para. 64). As stated in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59, *per* Binnie J., “[r]easonableness is a single standard that takes its colour from the context.” The fundamental question is the scope of decision-making power conferred on the decision-maker by the governing legislation. The scope of a body's decision-making power is determined by the type of case at hand.

[25] In this case, the contextual analysis must take into account the economic and trade objectives of the EIPA, Canada's national and international security interests and the Minister's expertise with regard to international relations, as well as considerations relating to human rights.

2. *Does the applicant have the necessary public interest standing?*

[26] The applicant is asking this Court to grant him public interest standing in the context of this judicial review. The respondent is not opposed to this request, but submits that it is not open to the applicant to raise issues of procedural fairness, as the impugned decision involves government policies.

et les limites du pouvoir discrétionnaire du ministre en considérant le contexte particulier dans lequel la décision a été prise, soit le cadre législatif et réglementaire et ses politiques associées (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 (*Catalyst Paper Corp.*), au paragraphe 18; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, au paragraphe 22; voir également *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, au paragraphe 44). La Cour suprême confirme plus récemment dans l'arrêt *Catalyst Paper Corp.* [au paragraphe 18] que :

[...] *Dunsmuir* reconnaît que le caractère raisonnable de la décision s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents. Il s'agit essentiellement d'une analyse contextuelle (*Dunsmuir*, par. 64). Comme l'a dit le juge Binnie dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59, « [l]a raisonabilité constitue une norme unique qui s'adapte au contexte. » La question fondamentale est de savoir quelle est la portée du pouvoir décisionnel que la loi a conféré au décideur. La portée du pouvoir décisionnel d'un organisme est déterminée par le type de situation en question.

[25] En l'espèce, l'analyse contextuelle devra tenir compte des objectifs de la LLEI en matière économique et commerciale, des intérêts nationaux et internationaux du Canada touchant la sécurité et de l'expertise du ministre en ce qui a trait aux relations internationales, en plus des considérations liées aux droits de la personne.

2. *Le demandeur possède-t-il la qualité nécessaire pour agir dans l'intérêt public?*

[26] Le demandeur demande à la Cour de lui reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public dans le cadre du présent contrôle judiciaire. Le défendeur ne s'oppose pas à cette requête, mais prétend que le demandeur ne peut pas soulever des questions d'équité procédurale, puisque que la décision contestée concerne des politiques gouvernementales.

[27] In deciding whether to grant public interest standing to an applicant, courts must consider three factors:

1. whether there is a serious justiciable issue raised;
2. whether the plaintiff has a real stake or a genuine interest in it; and
3. whether, in all the circumstances, the proposed suit is a reasonable and effective way to bring the issue before the courts.

(*Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524, at paragraph 37.)

[28] In all cases, the principles applicable to the granting of public interest standing should be given a liberal and generous interpretation by the courts (*Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236).

[29] I am of the view that the question of the issuance of export permits for controlled goods is sufficiently important from the public's perspective to meet the first criterion. As for the second criterion, the applicant is a professor of constitutional and international law for whom the principles of the rule of law, respect for fundamental rights and international humanitarian law are of particular concern. Among other things, through several interventions before the courts, he has shown himself to be an engaged citizen with a genuine interest in issues involving fundamental rights around the world. I also find that this judicial review is a reasonable and effective way to bring the issue before the Court. Aside from the administrative avenues that have already been exhausted, there exists no other way to bring such a challenge before the Court. No other party has a higher interest than the applicant when it comes to challenging the approval of export permits by the Minister, with the possible exception of a Canadian living in Saudi Arabia or Yemen.

[27] Pour reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public à un demandeur, les tribunaux doivent considérer trois facteurs :

1. une question justiciable sérieuse est-elle soulevée?
2. le demandeur a-t-il un intérêt réel ou véritable dans l'issue de cette question?
3. compte tenu de toutes les circonstances, la poursuite proposée constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux?

(*Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, au paragraphe 37.)

[28] Dans tous les cas, les principes applicables à la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public doivent être interprétés de manière souple et libérale par les tribunaux (*Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236).

[29] Je suis d'avis que la question de l'octroi de permis d'exportation pour des marchandises contrôlées est suffisamment importante de la perspective du public pour rencontrer le premier critère. Quant au second critère, le demandeur est un professeur de droit constitutionnel et international se souciant particulièrement des principes de primauté du droit, du respect des droits fondamentaux et du droit international humanitaire. Entre autres, par plusieurs interventions devant les tribunaux, il a démontré qu'il était un citoyen engagé et qu'il détenait un intérêt véritable dans les enjeux touchant les droits fondamentaux dans le monde. Je constate également que le présent contrôle judiciaire est une manière raisonnable et efficace de soumettre la question en litige à la Cour. Outre des voies administratives déjà épuisées, il n'existe aucune autre façon de saisir la Cour d'une contestation de cette nature. Aucune autre partie n'a d'intérêt supérieur au demandeur afin de contester l'approbation des licences d'exportation par le ministre, sauf possiblement un Canadien vivant en Arabie saoudite ou au Yémen.

[30] In light of the above, I find it appropriate to grant public interest standing to the applicant with respect to the issue of the reasonableness of the Minister's decision to issue the export permits.

[31] As to the issues raised by the applicant regarding procedural errors and the Minister's closed mind, they fall within the realm of procedural fairness, and it is not open to a public interest litigant to rely on such arguments in this context. The impugned decision is based on federal government interests and policies in various fields. In *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Odynsky*, 2010 FCA 307, *sub nom. League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, [2012] 2 F.C.R. 312, at paragraph 95, the Federal Court of Appeal held as follows:

... At common law, the Governor in Council is not subject to procedural fairness obligations where it is deciding matters with significant policy content that affect a wide range of constituencies: On the other hand, there may be some scope for the imposition of procedural fairness obligations where the rights and privileges of an individual or a relatively discrete group of individuals are being directly affected on the basis of provisions that impose objective standards and criteria [Citations omitted.]

[32] In the circumstances, only the rights and interests of GDLS-C were directly affected by the process for issuing export permits for the LAVs manufactured by the company. It is not open to the applicant, who is not directly affected by the decision, to raise these arguments. Therefore, this Court will rule only on the reasonableness of the impugned decision.

3. *Did the Minister commit a reviewable error in issuing permits to export LAVs to Saudi Arabia?*

(i) The legal and regulatory framework

[33] As mentioned above, LAVs are subject to export controls under the regime provided for in the EIPA and

[30] À la lumière de ce qui précède, je conclus donc que la qualité d'agir dans l'intérêt public peut être reconnue au demandeur en ce qui a trait à la question du caractère raisonnable de la décision du ministre d'octroyer les licences d'exportation.

[31] Quant aux questions soulevées par le demandeur concernant le vice de procédure et l'esprit fermé du ministre, elles relèvent du domaine de l'équité procédurale, de sorte qu'un demandeur agissant dans l'intérêt public ne peut se prévaloir de ce type d'arguments dans le présent contexte. La décision contestée est fondée sur les politiques et les intérêts du gouvernement fédéral en diverses matières. Dans l'arrêt *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Odynsky*, 2010 CAF 307, *sub nom. Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, [2012] 2 R.C.F. 312, au paragraphe 95, la Cour d'appel fédérale a statué que :

[...] Selon la common law, le gouverneur en conseil n'est pas visé par l'obligation d'équité procédurale lorsqu'il est appelé à se prononcer sur des questions faisant appel à d'importantes considérations de politique générale affectant un vaste éventail d'intérêts : [...]. Cela dit, il se peut que l'on puisse imposer une obligation d'équité procédurale lorsque les dispositions fixant des normes et des critères objectifs touchent directement les droits et privilèges d'une personne ou d'un groupe de personnes relativement restreint [...] [Références omises.]

[32] Dans les circonstances, seuls les droits et les intérêts de GDLS-C étaient directement touchés lors du processus d'octroi de licences d'exportation pour les VBL produits par la compagnie. Le demandeur, n'étant pas directement touché par la décision, ne peut pas avancer ces arguments. La Cour se prononcera donc uniquement sur le caractère raisonnable de la décision contestée.

3. *Le ministre a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en octroyant des licences d'exportation pour des VBL vers l'Arabie saoudite?*

i) Le cadre juridique et réglementaire

[33] Comme il a été mentionné précédemment, les VBL font l'objet d'un contrôle à l'exportation en raison

its regulations. Sections 3 and 5 of the EIPA clearly indicate that the Governor in Council may establish a list of goods, the export of which it is necessary to control on account of Canada's national interests. LAVs are goods covered by paragraph 2(a) of the List and described in paragraph 2-6.a of *A Guide to Canada's Export Controls* (Foreign Affairs, Trade and Development Canada, December 2013).

[34] The Minister may issue export permits for such goods under section 7 of the EIPA. Subsection 7(1.01) identifies the factors to be taken into account in deciding whether to issue such permits:

Export permits

7

Security considerations

(1.01) In deciding whether to issue a permit under subsection (1), the Minister may, in addition to any other matter that the Minister may consider, have regard to whether the goods or technology specified in an application for a permit may be used for a purpose prejudicial to

(a) the safety or interests of the State by being used to do anything referred to in paragraphs 3(1)(a) to (n) of the *Security of Information Act*; or

(b) peace, security or stability in any region of the world or within any country.

[35] The legislation is supplemented by one main administrative tool, the *Export Controls Handbook* (Foreign Affairs, Trade and Development Canada, revised June 2015) (the Handbook). The Handbook describes as follows the factors to consider before issuing an export permit (section F.5):

With respect to military goods and technology, Canadian export control policy has, for many years, been restrictive. Under present policy guidelines set out by Cabinet in 1986, Canada closely controls the export of military items to:

du régime prévu à la LLEI et de ses règlements. Les articles 3 et 5 de la LLEI indiquent clairement que le gouverneur en conseil peut dresser une liste de marchandises dont il est nécessaire de contrôler l'exportation en raison des intérêts nationaux du Canada. Les VBL sont des marchandises visées au paragraphe 2a) de la Liste et décrites à l'alinéa 2-6.a du *Guide des contrôles à l'exportation du Canada* (Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, décembre 2013).

[34] Le ministre peut délivrer des licences d'exportation pour ce type de marchandises en vertu de l'article 7 de la LLEI. Le paragraphe 7(1.01) prévoit les facteurs à considérer pour l'octroi de telles licences :

Licences d'exportation

7 [...]

Prise en considération de certains facteurs

(1.01) Pour décider s'il délivre la licence, le ministre peut prendre en considération, notamment, le fait que les marchandises ou les technologies mentionnées dans la demande peuvent être utilisées dans le dessein :

a) de nuire à la sécurité ou aux intérêts de l'État par l'utilisation qui peut en être faite pour accomplir l'une ou l'autre des actions visées aux alinéas 3(1)a) à n) de la *Loi sur la protection de l'information*;

b) de nuire à la paix, à la sécurité ou à la stabilité dans n'importe quelle région du monde ou à l'intérieur des frontières de n'importe quel pays.

[35] La loi est complétée par un principal outil administratif, soit le *Manuel des contrôles à l'exportation* (Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, révisé en juin 2015) (le Manuel). Quant aux facteurs à considérer avant l'octroi d'une licence d'exportation, le Manuel énonce [à la section F.5] :

En ce qui a trait aux produits et aux technologies militaires, la politique canadienne des contrôles à l'exportation est restrictive depuis longtemps. En vertu des lignes directrices actuelles établies par le Cabinet en 1986, le Canada contrôle étroitement l'exportation de produits militaires vers les pays :

- countries which pose a threat to Canada and its allies;
 - countries involved in or under imminent threat of hostilities;
 - countries under United Nations Security Council sanctions; or
 - countries whose governments have a persistent record of serious violations of the human rights of their citizens, unless it can be demonstrated that there is no reasonable risk that the goods might be used against the civilian population.
- qui constituent une menace pour le Canada et ses alliés;
 - qui participent à des hostilités ou qui sont sous la menace d'hostilités;
 - qui sont frappés d'une sanction du Conseil de sécurité des Nations Unies;
 - dont les gouvernements commettent constamment de graves violations des droits de la personne contre leurs citoyens, à moins que l'on ne puisse prouver que les produits ne risquent pas d'être utilisés contre la population civile.

(ii) The Minister's discretion within the EIPA framework

ii) La discrétion du ministre dans le cadre de la LLEI

[36] A plain reading of the language chosen in the EIPA to frame the Minister's powers indicates that the Minister has broad discretion in issuing export permits for controlled goods. Subsection 7(1) of the EIPA states in this regard:

[36] À la simple lecture du langage choisi dans la LLEI pour encadrer les pouvoirs du ministre, on constate que ce dernier bénéficie d'une large discrétion dans l'octroi de licences d'exportation pour des marchandises contrôlées. En effet, le paragraphe 7(1) de la LLEI précise :

Export permits

Licences d'exportation

7 (1) Subject to subsection (2), the Minister may issue to any resident of Canada applying therefor a permit to export or transfer goods or technology included in an Export Control List or to export or transfer goods or technology to a country included in an Area Control List, in such quantity and of such quality, by such persons, to such places or persons and subject to such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulations.

7 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre peut délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande une licence autorisant, sous réserve des conditions prévues dans la licence ou les règlements, notamment quant à la quantité, à la qualité, aux personnes et aux endroits visés, l'exportation ou le transfert des marchandises ou des technologies inscrites sur la liste des marchandises d'exportation contrôlée ou destinées à un pays inscrit sur la liste des pays visés.

[37] These factors guide the Minister. It is for him to decide how to assess them and how much weight to give to each, as long as he exercises his power in accordance with the object and in the spirit of the EIPA (*Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at paragraph 58).

[37] Ces facteurs guident le ministre. Leur évaluation ainsi que le poids à accorder à chaque facteur lui revient dans la mesure où il exerce son pouvoir selon la finalité et dans l'esprit de la LLEI (*Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, au paragraphe 58).

[38] The role of this Court is thus to determine whether the Minister acted within his jurisdiction and exercised his discretion on the basis of proper considerations (*Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136, at paragraph 78). If he considered the relevant factors in conformity with

[38] Le rôle de la Cour consiste ainsi à déterminer si le ministre a agi à l'intérieur des limites de sa compétence et s'il a exercé sa discrétion sur la base de considérations appropriées (*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136, au paragraphe 78). Si ce dernier a tenu compte des facteurs

the constraints imposed by the legislation, the reviewing court must uphold his decision, even if it would have arrived at a different conclusion (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 37 and 38).

[39] The applicant submits that under subsection 7(1.01) of the EIPA and the Handbook, and in light of Canada's international obligations, the Minister is not only obliged to consider the factors set out in subsection 7(1.01) of the EIPA, but must also refuse to issue an export permit if there exists a reasonable risk that the exported goods might be used against the civilian population.

[40] For the reasons that follow, I am of the opinion that the Minister remains free to issue an export permit if he concludes that it is in Canada's interest to do so, considering the relevant factors.

[41] I note to begin with that neither the EIPA nor the Handbook contains any export prohibitions. It is open to Parliament to adopt such measures under the *Special Economic Measures Act*, S.C. 1992, c. 17, following a decision, resolution or recommendation of an international organization of states or association of states of which Canada is a member, or where the Minister is of the opinion that a grave breach of international peace and security by a foreign state has occurred that has resulted or is likely to result in a serious international crisis. However, the evidence indicates that neither the United Nations Security Council nor the Parliament of Canada has adopted any resolution against Saudi Arabia. The export of military vehicles to Saudi Arabia was therefore permitted under the scheme of the EIPA, subject to the abovementioned provisions.

[42] With regard to the factors set out in the Handbook, they were explicitly considered during the consultations leading up to the decision. The Department of Defence noted that Saudi Arabia was "a key Western military ally in the Middle East and supports international efforts to counter ISIS in Iraq and Syria as well as counter instability in Yemen", a conclusion also supported by Global Affairs Canada. Therefore, this is not a

pertinents et respecte les limites imposées par la loi, le tribunal en révision doit confirmer la décision, même s'il serait arrivé à une autre conclusion (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 37 et 38).

[39] Le demandeur avance qu'en raison du paragraphe 7(1.01) de la LLEI et du Manuel, et compte tenu des obligations internationales du Canada, le ministre est non seulement obligé de considérer les facteurs énoncés au paragraphe 7(1.01) de la LLEI, mais se doit de refuser l'octroi d'une licence d'exportation s'il existe un risque raisonnable que le matériel exporté soit utilisé contre la population civile.

[40] Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que le ministre reste libre d'accorder une licence d'exportation s'il conclut qu'il est dans l'intérêt du Canada de le faire en considérant les facteurs pertinents.

[41] Je remarque d'abord que ni la LLEI ni le Manuel ne contient d'interdiction d'exportation. Il est loisible pour le Parlement d'adopter de telles mesures par la *Loi sur les mesures économiques spéciales*, L.C. 1992, ch. 17 suite à une décision, une résolution ou une recommandation d'une organisation internationale d'États ou d'une association d'États dont le Canada est membre ou si le ministre juge qu'une rupture sérieuse de la paix et de la sécurité internationales par un État étranger est susceptible d'entraîner ou a entraîné une grave crise internationale. Cependant, la preuve indique qu'aucune résolution n'a été prise envers l'Arabie saoudite, que ce soit par le Conseil de sécurité des Nations Unies, ou le Parlement canadien. Le régime de la LLEI permettait donc l'exportation de véhicules militaires à destination de l'Arabie saoudite, sous réserves des dispositions citées préalablement.

[42] Quant aux facteurs énoncés dans le Manuel, ils ont été considérés explicitement dans le cadre des consultations ayant mené à la décision. Le ministère de la Défense a noté que l'Arabie saoudite était [TRADUCTION]« un allié militaire important de l'Occident au Moyen Orient qui appuie les efforts internationaux pour combattre l'État islamique en Irak et en Syrie, ainsi que l'instabilité au Yémen », une conclusion également sou-

country that poses a threat to Canada and its allies. The two departments also considered Saudi Arabia's participation in the conflict in Yemen, noting that the final report of the United Nations Panel of Experts on Yemen had concluded that Saudi Arabia and the other parties to the conflict had violated international humanitarian law during the conflict, but that these violations were not connected with the use of LAVs. Their findings are reproduced in the decision:

17. In recent months, airstrikes by the Saudi-led coalition and, to a lesser extent, actions by the Houthi/Saleh forces in Yemen have been criticised by NGOs, including Amnesty International and Human Rights Watch and more recently by the UN due to the high civilian toll. The final UN Panel of Experts on Yemen report released on February 23, 2016, notes that all parties to the ongoing conflict in Yemen, including Saudi Arabia, have violated international humanitarian law, including by intentionally targeting civilians and attacking humanitarian organizations. The report's allegations against Saudi Arabia pertain to the use of aerial bombardment, indiscriminate shelling, and the use of artillery rockets against civilian areas. The Panel also observed that the Coalition has supplied weapons to resistance forces without appropriate measures to ensure accountability. There has been no indication that equipment of Canadian origin, including LAVs, may have been used in acts contrary to international humanitarian law... [Emphasis added.]

[43] Global Affairs Canada also noted that no sanctions had been imposed on Saudi Arabia.

[44] Finally, the decision addressed human rights concerns, as evidenced by the following passage:

15. However, as noted above, Canada has had, and continues to have, concerns with Saudi Arabia's human rights records. A key determinant in assessing export permit applications against human rights concerns is whether the nature of the goods or technology proposed for export lends itself to human rights violations, and whether there is a reasonable risk that the goods might be used against

tenue par Affaires mondiales Canada. Il ne s'agit donc pas d'un pays qui constitue une menace pour le Canada et ses alliés. Ces deux ministères ont aussi souligné la participation de l'Arabie saoudite dans le conflit au Yémen, notant que le rapport final des experts des Nations Unies sur le Yémen avait conclu que l'Arabie saoudite ainsi que les autres parties au conflit avaient violé le droit international humanitaire dans le cadre du conflit, mais que ces violations n'étaient pas liées à l'utilisation de VBL. Leurs conclusions sont reprises dans la décision :

[TRADUCTION] 17. Au cours de derniers mois, des ONG, dont Amnistie Internationale, Human Rights Watch et, plus récemment, l'ONU, ont critiqué les frappes aériennes de la coalition dirigée par l'Arabie saoudite et, dans une moindre mesure, les opérations menées par les forces houthistes / pro-Saleh au Yémen en raison des lourdes pertes civiles. Selon le Rapport final du Groupe d'experts sur le Yémen rendu public le 23 février 2016, toutes les parties du conflit contemporain au Yémen, y compris l'Arabie saoudite, ont violé le droit international humanitaire, notamment en ciblant des civils et en attaquant des organisations humanitaires délibérément. Toujours selon ce rapport, les allégations reprochées à l'Arabie saoudite ont trait à des bombardements aériens et à des tirs à l'aveugle d'obus et de roquettes d'artillerie dans des zones civiles. Le Groupe d'experts a en outre noté que la coalition avait fourni des armes aux forces de résistance sans prendre les mesures voulues pour que des comptes lui soient rendus. Rien ne donne à croire que du matériel – VBL ou autre – de provenance canadienne ait été utilisé dans la perpétration d'actes contrevenant au droit international humanitaire [...] [Mes soulignements.]

[43] Affaires mondiales Canada a de plus constaté qu'aucune sanction n'avait été prise à l'encontre de l'Arabie saoudite.

[44] Finalement, quant aux droits fondamentaux, la décision a traité des préoccupations à cet égard, comme en fait foi le passage suivant :

[TRADUCTION] 15. Toutefois, le respect des droits de la personne par l'Arabie saoudite continue d'inquiéter le Canada. L'un des principaux facteurs dont il faut tenir compte dans l'examen des demandes de licence d'exportation au regard des droits de la personne est, d'une part, la possibilité que les biens ou la technologie qu'on propose d'exporter se prêtent, par leur nature, à la violation

the civilian population. The Department is not aware of any reports linking violations of civil and political rights to the use of the proposed military-purposed exports. Based on the information provided, we do not believe that the proposed exports would be used to violate human rights in Saudi Arabia. Canada has sold thousands of LAVs to Saudi Arabia since the 1990s, and, to the best of the Department's knowledge, there have been no incidents where they have been used in perpetration of human rights violations.... [Emphasis added.]

[45] It is for the Minister, whose expertise in such matters has been recognized by the courts (*Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761 (*Lake*), at paragraph 37), to assess whether there is a reasonable risk that the goods might be used against the civilian population. The fact that there have been no incidents in which LAVs have been used in human rights violations in Saudi Arabia since trade relations between that country and Canada began in the 1990s is significant evidence in the context of this assessment. For there to be a reasonable risk, there must at least be some connection between Saudi Arabia's alleged human rights violations and the use of the exported goods.

[46] Moreover, the guidelines, while useful for informing the exercise of the Minister's discretion and the interpretation of the statutory provisions, are not binding. In *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*), at paragraph 60, the Supreme Court ruled as follows:

The Guidelines did not constitute a fixed and rigid code. Rather, they contained a set of factors, which appeared to be relevant and reasonable, for the evaluation of applications for ministerial relief. The Minister did not have to apply them formulaically, but they guided the exercise of his discretion and assisted in framing a fair administrative process for such applications. As a result, the Guidelines can be of assistance to the Court in understanding the Minister's implied interpretation of the "national interest".

des droits de la personne et, d'autre part, le risque qu'ils soient utilisés contre la population civile. Le Ministère n'a eu vent d'aucun rapport indiquant qu'il y a un lien entre la violation des droits civils et politiques et l'utilisation des exportations à usage militaire proposées. Sur la foi de l'information reçue, nous estimons que les exportations proposées ne seraient pas utilisées pour violer les droits de la personne en Arabie saoudite. Depuis les années 1990, le Canada a vendu des milliers de VBL à l'Arabie saoudite et, pour autant que le Ministère sache, jamais il n'y a eu d'incident où ils auraient été utilisés pour perpétrer des actes contre les droits de la personne [...] [Mes soulignements.]

[45] L'appréciation du risque raisonnable que le matériel soit utilisé contre la population civile appartient au ministre, dont l'expertise en ces matières a été reconnue par les tribunaux (*Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761 (*Lake*), au paragraphe 37). Le fait qu'il n'y ait eu aucun incident impliquant des VBL dans la violation des droits de l'homme en Arabie saoudite depuis le début de la relation commerciale entre ce pays et le Canada dans les années 1990 est un élément de preuve significatif de cette évaluation. Pour qu'il existe un risque raisonnable, il doit au minimum y avoir quelque lien entre les violations des droits de l'homme dont on accuse l'Arabie saoudite et l'usage des biens exportés.

[46] Par ailleurs, les lignes directrices, bien qu'utiles afin de guider l'exercice de la discrétion du ministre ainsi que l'interprétation des dispositions de la loi, n'ont pas force de loi. Dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), au paragraphe 60, la Cour suprême a conclu que :

Le guide opérationnel ne constituait pas un code définitif et rigide. Il contenait plutôt un ensemble de facteurs, apparemment pertinents et raisonnables, relatifs à l'examen des demandes de dispense ministérielle. Le ministre n'était pas tenu de l'appliquer d'une manière rigide, mais il guidait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et l'aidait à élaborer un processus administratif juste applicable aux demandes de dispense. Ainsi, le guide opérationnel peut aider la Cour à bien saisir la façon dont le ministre a implicitement interprété l'« intérêt national ».

[47] The Minister should not fetter the exercise of his discretion by treating these informal guidelines as if they were mandatory requirements (*Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, at paragraph 32). Accepting the applicant's interpretation would be tantamount to incorporating or creating a restriction on the discretion that is not contemplated by the legislative framework of the EIPA, or to recognizing the existence of a non-discretionary power.

[48] In *Maple Lodge Farms v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2 (*Maple Lodge Farms*), at pages 6 and 7, in considering the export and import regime under the provision that was the equivalent of today's section 7 of the EIPA, the Supreme Court stated that guidelines could not fetter the Minister's discretion in such a fashion:

.... The discretion is given by the Statute and the formulation and adoption of general policy guidelines cannot confine it. There is nothing improper or unlawful for the Minister charged with responsibility for the administration of the general scheme provided for in the Act and Regulations to formulate and to state general requirements for the granting of import permits. It will be helpful to applicants for permits to know in general terms what the policy and practice of the Minister will be. To give the guidelines the effect contended for by the appellant would be to elevate ministerial directions to the level of law and fetter the Minister in the exercise of his discretion.

[49] In *Droit administratif*, 6th ed., Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais, 2010, at pages 183 and 184, Patrice Garant writes the following:

[TRANSLATION] The distinction between a discretionary power and a non-discretionary power has to do with the appropriateness of acting or not acting, and taking the most appropriate measure in the circumstances or context. In the first case, the administration decides what is appropriate in light of the public interest.

...

In the second case, its conduct is predetermined in that it is dictated in advance by the statute or regulations.

[47] Lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire, le ministre ne peut pas voir dans ces directives informelles des exigences absolues qui en limitent l'exercice (*Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, au paragraphe 32). Accepter l'interprétation du demandeur équivaudrait à l'incorporation ou à la création d'une restriction au pouvoir discrétionnaire qui n'est pas prévue par le cadre législatif de la LLEI ou encore à la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir lié.

[48] Dans l'arrêt *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2 (*Maple Lodge Farms*), aux pages 6 et 7, alors qu'elle considérait le régime de contrôle à l'exportation et à l'importation sous la disposition de l'époque équivalente à l'article 7 de la LLEI, la Cour suprême a énoncé que des lignes directrices ne pouvaient restreindre le pouvoir discrétionnaire du Ministre de la sorte :

[...] C'est la Loi qui accorde le pouvoir discrétionnaire et la formulation et l'adoption de lignes directrices générales ne peut le restreindre. Il n'y a rien d'illégal ou d'anormal à ce que le Ministre chargé d'appliquer le plan général établi par la Loi et les règlements formule et publie des conditions générales de délivrance de licences d'importation. Il est utile que les demandeurs de licences connaissent les grandes lignes de la politique et de la pratique que le Ministre entend suivre. Donner aux lignes directrices la portée que l'appelante allègue qu'elles ont équivaudrait à attribuer un caractère législatif aux directives ministérielles et entraverait l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Ministre.

[49] Dans *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville, Qc : Éditions Yvon Blais, 2010, aux pages 183 et 184, Patrice Garant, écrit que :

La distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir lié concerne l'opportunité d'agir ou de ne pas agir, et de prendre la mesure la plus appropriée suivant les circonstances ou le contexte. Dans le premier cas, l'Administration est juge de cette opportunité, au regard de l'intérêt public.

[...]

Dans le second cas, sa conduite est déterminée dans le sens qui lui est dicté à l'avance par la loi ou le règlement.

The best definition we can provide of discretionary power is as follows: the ability to act or not to act, or to take the measures that are appropriate in the circumstances on the context, assessing appropriateness of the measures from the standpoint of the public interest. [Citations omitted.]

[50] Incorporating an obligation not to issue an export permit in the circumstances of this case would fetter this ability to act or not to act, although the Minister's discretion under section 7 of the EIPA is subject to no express or implied limitation other than the duty to exercise his discretion in good faith, in accordance with the principles of natural justice and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose (*Maple Lodge Farms*, at pages 7 and 8).

[51] The impugned decision shows that the Minister, in reaching it, took into consideration Canada's national and international security interests as well as its economic and trade interests. These factors are neither irrelevant nor extraneous to the statutory purpose.

[52] As for Canada's international obligations, it should be pointed out that the Supreme Court, in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 70 and 71, held that the values reflected in international law may be considered in determining whether a decision is reasonable.

[53] In my view, Parliament recognized the spirit of Article 1 of the Conventions in enacting subsection 7(1.01) of the EIPA and issuing the Handbook, which invite the Minister to assess human rights factors before authorizing the export of military goods to countries suspected of having violated fundamental rights and international humanitarian law.

[54] Contrary to the applicant's claim, the Minister considered the conflict in Yemen at paragraph 17 of his decision, cited above. The decision refers to comments by the United Nations Panel of Experts on the situation in Yemen and indicates that there was no evidence that

La meilleure définition que nous pouvons donner du pouvoir discrétionnaire serait la suivante : la faculté d'agir ou de ne pas agir, ou de prendre les mesures appropriées suivant les circonstances ou le contexte en jugeant l'opportunité au regard de l'intérêt public. [Références omises.]

[50] L'incorporation d'une obligation de ne pas délivrer de licence d'exportation dans les circonstances du présent dossier limiterait cette opportunité d'agir ou de ne pas agir, alors que le pouvoir discrétionnaire du ministre sous l'article 7 de la LLEI ne prévoit aucune limite expresse ou implicite, autre que le devoir d'être exercé de bonne foi, conformément aux principes de justice naturelle et en tenant compte des considérations pertinentes (*Maple Lodge Farms*, aux pages 7 et 8).

[51] La décision contestée démontre que le ministre s'est fondé sur les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et internationale ainsi que sur ses intérêts commerciaux et économiques afin de la prendre. Ces facteurs ne sont pas des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi.

[52] Quant aux obligations internationales du Canada, il convient de rappeler que la Cour suprême, dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 70 et 71, a conclu que les valeurs exprimées dans le droit international pouvaient être considérées afin de déterminer le caractère raisonnable d'une décision.

[53] À mon avis, le Parlement a reconnu l'esprit de l'article premier des Conventions en édictant le paragraphe 7(1.01) de la LLEI et le Manuel, lesquels invitent le ministre à apprécier les considérations relatives aux droits de la personne avant d'autoriser l'exportation de matériel militaire vers des pays soupçonnés d'entraves aux droits fondamentaux et au droit international humanitaire.

[54] Contrairement à la prétention du demandeur, le ministre a considéré le conflit au Yémen au paragraphe 17 de sa décision, cité précédemment. La décision rapporte les commentaires du panel d'experts des Nations Unies sur la situation au Yémen et indique

Canadian military equipment, including the LAVs, had been used to commit the alleged violations of international humanitarian law. The decision also takes into account media reports of the appearance of military equipment of Canadian origin among the rebel forces, but notes that the Canadian Embassy in Riyadh had concluded that these arms had been captured in the course of military operations and that this type of loss was inevitable in wartime. Whether or not one agrees with the outcome of his analysis, the Minister's conclusions were based on the evidence in the record.

[55] In short, the scope of this Court's judicial review power is limited to making sure that the Minister's discretion was exercised in good faith on the basis of the relevant considerations. In this case, the Court is satisfied that it was so exercised. It therefore cannot intervene, as the Minister's decision constitutes a possible, acceptable outcome that is defensible in respect of the facts and law.

(iii) Canada's international obligations

[56] As a further argument, the applicant submits that the Minister's decision violates Article 1 of the Conventions, which he argues was incorporated into Canadian law through the GCA. The four Geneva Conventions of 1949 and their additional protocols form the basis of international humanitarian law (Claude Emanuelli, *International Humanitarian Law* (Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais, 2009) [Emanuelli], at page 19). Common Article 1 of the Conventions states:

Article 1

The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances.

[57] The respondent submits in the first place that the applicant does not have the standing to raise the violation of Article 1 of the Conventions, even if it has been incorporated into domestic law. If a treaty does not confer any rights on individuals, its incorporation into domestic law does not create any (*UL Canada inc.*

qu'il n'y avait pas de preuves que de l'équipement militaire canadien, dont des VBL, avait été utilisé pour commettre les violations du droit international humanitaire alléguées. La décision tient également compte des rapports des médias sur l'apparition d'équipement militaire de provenance canadienne chez les forces rebelles, mais note que l'ambassade canadienne à Riyad a conclu que ces armes avaient été capturées lors d'opérations militaires et qu'il s'agissait d'un type de perte inévitable en temps de guerre. Que l'on soit d'accord ou non avec le résultat de son analyse, les conclusions du ministre étaient appuyées sur les éléments de preuve au dossier.

[55] En résumé, la portée du contrôle que la Cour peut effectuer se limite à s'assurer que l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'est fait de bonne foi en fonction des considérations pertinentes. Dans le présent dossier, la Cour est satisfaite que cet exercice a été fait. Elle n'est donc pas en mesure d'intervenir, car la décision du ministre constitue une issue possible et acceptable à la lumière des faits et du droit.

iii) Les obligations internationales du Canada

[56] Comme moyen additionnel, le demandeur prétend que la décision du ministre enfreint l'article premier des Conventions, qui aurait été intégré en droit canadien par le biais de la LCG. Les quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels forment la base du droit international humanitaire (Claude Emanuelli, *International Humanitarian Law*, Cowansville, Qc : Éditions Yvon Blais, 2009 [Emanuelli], à la page 19). L'article premier commun des Conventions se lit de la manière suivante :

Article 1

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances.

[57] Le défendeur soutient d'abord que le demandeur n'a pas l'intérêt pour soulever la violation de l'article premier des Conventions, même s'il était incorporé en droit interne. Si un traité ne confère aucun droit aux individus, son incorporation en droit interne n'a pas pour effet d'en créer (*UL Canada inc. c. Québec (Procureur*

c. Québec (Procureur général), [1999] R.J.Q. 1720, 1999 CanLII 11667 (Sup. Ct.), at paragraph 89). I agree with the respondent on this point.

[58] I note that Article 1 of the Conventions confers rights and imposes obligations on the State Parties to the Conventions, but not on individuals. The protection of individuals under the Conventions is instead conferred directly to the State Party, and it is solely the responsibility of the State Party to discharge these obligations under the Conventions (Kate Partlett, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), at page 182).

[59] However, considering the lengthy discussion of the applicability of the GCA and the Conventions in the factums of both parties and at the hearing, the Court is prepared to consider the issue briefly and to make the following comments.

[60] The respondent submits that Article 1 was not incorporated into Canadian law through the GCA. Reception of international law into Canadian law occurs by incorporation or by adoption, depending on the nature of the rules of law in question. Generally, treaty obligations, such as those in the Conventions, must be endorsed by Parliament and expressly integrated into Canadian law in order to have force of law, particularly if respecting these obligations involves a modification of domestic law (*Reference Re Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, Minimum Wages Act and Limitation of Hour of Work Act*, [1937] 1 D.L.R. 673 (P.C.) (*Labour Agreements Reference*)).

[61] Section 2 of the GCA reads as follows:

Conventions approved

2 (1) The Geneva Conventions for the Protection of War Victims, signed at Geneva on August 12, 1949 and set out in Schedules I to IV, are approved.

[62] The respondent emphasizes that legislative approval is not tantamount to incorporation (*Baker Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, 2002 FCA 158,

général), [1999] R.J.Q. 1720, 1999 CanLII 11667 (C.S.), at paragraphe 89). Je suis d'accord avec le défendeur sur ce point.

[58] En effet, je constate que l'article premier des Conventions confère des droits et des obligations aux États parties aux Conventions, mais non pas aux individus. La protection des individus visés par les Conventions est plutôt confiée directement à l'État partie et l'exécution de ces obligations en vertu des Conventions lui revient exclusivement (Kate Partlett, *The Individual in the International Legal System : Continuity and Change in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011, à la page 182).

[59] Cependant, vu le long débat sur la question de l'application de la LCG et les Conventions dans les mémoires des deux parties ainsi qu'à l'audition, la Cour accepte de se pencher brièvement sur la question et de faire les commentaires suivants.

[60] Le défendeur prétend que l'article premier n'a pas été incorporé en droit canadien par le biais de la LCG. L'intégration du droit international en droit canadien se fait par incorporation ou par adoption, selon la nature des règles de droit en jeu. Généralement, les obligations contractées par voie conventionnelle, comme celles des Conventions, doivent recevoir l'aval du Parlement et être expressément intégrées au droit canadien pour avoir force de loi, particulièrement si le respect de la règle de droit international implique une modification du droit interne (*Reference Re Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, Minimum Wages Act and Limitation of Hour of Work Act*, [1937] 1 D.L.R. 673 (P.C.) (*Référence sur les Conventions de travail*)).

[61] L'article 2 de la LCG énonce :

Approbation des conventions

2 (1) Sont approuvées les Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre, signées à Genève le 12 août 1949 et reproduites aux annexes I à IV.

[62] Le défendeur souligne que l'approbation législative ne correspond pas nécessairement à une incorporation (*Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries*

[2003] 1 F.C. 49, at paragraph 25; *Pfizer Inc. v. Canada*, [1999] 4 F.C. 441 (T.D.), at paragraph 37; *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)* (2006), 277 D.L.R. (4th) 527 (Ont. C.A.), at paragraph 25). In the present case, only certain parts of the Conventions were implemented by the GCA. For example, Parliament incorporated the serious offences provisions of the Conventions by making those offences criminal acts in Canada. When Parliament wishes to implement an international convention in its entirety by appending it to an act, it clearly says so. Section 2 of the GCA does not have the effect of giving force of law to Article 1 of the Conventions.

[63] Moreover, I note that according to the doctrine, if the rule does not require a modification of domestic law, international treaty obligations contracted by Canada may be given effect by administrative means. Professor Kindred explains that:

... If existing law grants a minister of the government regulation-making authority of sufficient scope to include the provisions of the treaty, they may be given internal force of law by executive act

Hugh Kindred *et al.*, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 8th ed. (Toronto: Emond Montgomery Publications, 2014), at page 174.

[64] This was the case, for example, when the government was able to implement the *Agreement on Government Procurement* (1994) [Annex 4 of the *Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed at Marrakesh, 15 April 1994] by simply modifying its rules for calls for tender with the Minister's agreement so as to integrate the obligation not to discriminate against foreign products (*Rousseau Metal Inc. v. Canada*, [1987] F.C.J. No. 40 (C.A.) (QL)).

[65] While no ruling is made on this issue because it is not necessary to the outcome of this case, it is possible that Article 1 of the Conventions has been integrated into Canadian law. The resulting obligations are contextual. It was not shown that their incorporation requires a modification to domestic law.

Ltd., 2002 CAF 158, [2003] 1 C.F. 49, au paragraphe 25; *Pfizer Inc. c. Canada*, [1999] 4 C.F. 441 (1^{re} inst.), au paragraphe 37; *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)* (2006), 277 D.L.R. (4th) 527 (C.A. Ont.), au paragraphe 25). En l'espèce, seules certaines parties des Conventions ont été mises en œuvre par la LCG. Par exemple, le Parlement fédéral a incorporé les dispositions des Conventions concernant les infractions graves en faisant de celles-ci des actes criminels au Canada. Lorsque le Parlement désire mettre en œuvre une convention internationale en entier en l'annexant à une loi, il le précise clairement. L'article 2 de la LCG n'a pas eu pour effet de donner force de loi à l'article premier des Conventions.

[63] Je note par ailleurs que si la règle ne nécessite pas une modification du droit interne, la doctrine explique que les obligations internationales conventionnelles contractées par le Canada peuvent être implémentées par voie administrative. Professeur Kindred explique que :

[TRADUCTION] [...] Si la loi courante accorde au ministre du gouvernement l'autorité réglementaire qui inclut les dispositions du traité, il peut avoir été donné une force de droit interne par acte exécutif [...]

Hugh Kindred *et al.*, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 8^e éd., Toronto : Emond Montgomery Publications, 2014, à la page 174.

[64] Ce fut le cas, par exemple, lorsque le gouvernement a pu mettre en œuvre l'*Accord sur les marchés publics* (1994) [Annexe 4 de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, le 15 avril 1994] en modifiant simplement ses règles d'appel d'offres avec l'accord du ministre pour intégrer l'obligation de ne pas discriminer les produits étrangers (*Rousseau Metal Inc. c. Canada*, [1987] A.C.F. n° 40 (C.A.) (QL)).

[65] Sans toutefois statuer sur la question puisque ce n'est pas nécessaire à l'issue du présent litige, il se peut que l'article premier des Conventions ait été intégré au droit canadien. Les obligations qui en découlent sont contextuelles. Il n'a pas été démontré que leur incorporation nécessite une quelconque modification au droit interne.

[66] I also note that the Supreme Court stated the following in *obiter* at paragraph 25 of *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125:

Canada is a signatory of the four *Geneva Conventions* of 1949, which it ratified in 1965 (Can T.S. 1965 No. 20) and has incorporated into Canadian law with the *Geneva Conventions Act*, R.S.C. 1985, c. G-3.... [Emphasis added.]

[67] In any event, the only armed conflict the applicant has referred to is that in Yemen. The conflict in Yemen is not an international armed conflict. It opposes the Houthi rebel forces against those of Yemeni President Hadi, who are supported by a coalition made up of a number of countries in the Arabian Peninsula, including Saudi Arabia. The presence of foreign forces in this context does not transform the conflict into an international armed conflict since it is not a conflict between different states. This distinction is significant because the rules that apply are not the same for an internal conflict.

[68] The applicant's expert witness, Professor David, provides the following explanation:

[TRANSLATION] The distinction [between an international armed conflict and a non-international armed conflict] is essential because the law of armed conflict only applies in its entirety to an international armed conflict. Only certain rules apply to an internal armed conflict.

Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, 3rd ed. (Brussels: Bruylant, 2002), at page 104.

[69] He later states at page 482 that the rules that apply to non-international armed conflicts are limited to Common Article 3 of the Conventions.

[70] Moreover, Canada is an important partner of Saudi Arabia, but is not directly involved in the Yemeni conflict or in any other defence initiatives involving Saudi Arabia. Author Maya Brehm affirms that, since it cannot be presumed that weapons sold legally will be used to obstruct international humanitarian law, the

[66] Je remarque également que la Cour suprême, dans l'arrêt *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125, au paragraphe 25, a énoncé, dans un *obiter*, que :

Le Canada est signataire des quatre *Conventions de Genève* de 1949, qu'il a ratifiées en 1965 (R.T. Can. 1965 n° 20) et intégrées à sa législation par la *Loi sur les Conventions de Genève*, L.R.C. 1985, ch. G-3 [...] [Mon soulignement.]

[67] Quoiqu'il en soit, le seul conflit armé invoqué par le demandeur est celui du Yémen. Le conflit au Yémen n'est pas un conflit armé international. Il oppose les forces rebelles Houthi aux forces du président yéménite Hadi, qui sont soutenues par une coalition formée par plusieurs pays de la péninsule arabique, dont l'Arabie saoudite. La présence de forces étrangères dans ce contexte ne transforme pas la nature du conflit en un conflit armé international, puisqu'il ne s'agit pas d'un conflit opposant différents États les uns contre les autres. Cette distinction est importante puisque les règles qui s'appliquent ne sont pas les mêmes dans un conflit interne.

[68] L'expert du demandeur, le professeur David, explique que :

La distinction [entre un conflit armé international et un conflit armé non international] est essentielle car le droit des conflits armés ne s'applique intégralement que dans l'hypothèse d'un conflit armé international. Seules certaines de ces règles s'applique dans un conflit armé interne.

Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, 3^e éd., Bruxelles : Bruylant, 2002, à la page 104.

[69] Il indique également plus tard à la page 482 que les règles applicables aux conflits armés non internationaux se confinent à l'article 3 commun aux Conventions.

[70] Par ailleurs, le Canada est un partenaire important de l'Arabie saoudite, mais n'est pas directement impliqué dans le conflit au Yémen ou dans d'autres initiatives de défense impliquant l'Arabie saoudite. L'auteure Maya Brehm affirme que, puisqu'on ne peut pas présumer que des armes vendues en toute légalité seront utilisées pour

limits on arms trade that are based on respecting international humanitarian law only apply to states that are already involved in an armed conflict (Maya Brehm, “The Arms Trade and States’ Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law” (2007), 12 J. Conflict & Sec. L. 359, at page 377).

[71] Additionally, although the ICRC [International Committee of the Red Cross] considers that Article 1 applies equally to international armed conflicts and to non-international armed conflicts, Canadian case law has determined that Article 1 does not impose any obligation in the context of non-international armed conflicts. In *Sinnappu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 791, at page 834, this Court [then the Federal Court, Trial Division] held as follows:

... Since Canada has no involvement whatsoever in that dispute [the civil war in Sri Lanka], common Article 1 of the Geneva Conventions, 1949 does not impose upon our country an obligation to ensure that the parties to that conflict respect common Article 3....

[72] Lastly, I also note that no sanction has been imposed on Saudi Arabia in connection with its intervention in Yemen and that the United Nations Panel of Experts recommended that Saudi Arabia continue to play a military role by authorizing the coalition it leads to inspect vessels suspected to be carrying weapons intended for Yemen (Panel of Experts on Yemen, *Final Report of the Panel of Experts on Yemen established pursuant to Security Council Resolution 2140 (2014)*, 2016, UN Doc S/2016/73, at page 50/259).

[73] As Canada is not involved in the conflict in Yemen and it is a non-international armed conflict, in my opinion Article 1 does not apply. Extending the scope of Article 1 to states that are not parties to an armed conflict would prevent the export of military equipment without there being any evidence of a substantial risk that such equipment will be used to commit a violation of international humanitarian law. In the present case, the

entraver le droit international humanitaire, les limites au commerce des armes fondées sur le respect du droit international humanitaire ne s’appliquent qu’aux États déjà impliqués dans un conflit armé (Maya Brehm, « The Arms Trade and States’ Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law » (2007), 12 J. Conflict & Sec. L. 359, à la page 377).

[71] De plus, bien que le CICR [Comité international de la Croix-Rouge] considère que l’article premier s’applique tant aux conflits armés internationaux qu’aux conflits armés non-internationaux, la jurisprudence canadienne a déterminé que l’article premier n’imposait aucune obligation dans le cadre de conflits armés non internationaux. Dans la décision *Sinnappu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1997] 2 C.F. 791, cette cour [auparavant la Cour fédérale, Section de première instance] a d’ailleurs conclu [à la page 834] que :

[...] Étant donné que le Canada ne participe nullement à ce conflit [guerre civile du Sri Lanka], l’article premier des dispositions générales des Conventions de Genève de 1949 n’impose pas à notre pays l’obligation de veiller à ce que les parties au conflit respectent l’article 3 [...]

[72] Finalement, je note aussi qu’aucune sanction n’a été imposée à l’Arabie saoudite en rapport à son intervention au Yémen et que le panel d’experts des Nations Unies a recommandé que l’Arabie saoudite continue de jouer un rôle de nature militaire en chargeant la coalition qu’elle dirige d’inspecter les navires soupçonnés de transporter des armes vers le Yémen (Groupe d’experts sur le Yémen, *Rapport final du Groupe d’experts sur le Yémen créé en application de la résolution 2140 (2014)*, 2016, Doc NU S/2016/73, à la page 50/259).

[73] Comme le Canada n’est pas impliqué dans le conflit au Yémen et que ce dernier constitue un conflit armé non-international, à mon avis l’article premier ne trouve pas application. Étendre la portée de l’article premier aux États qui ne sont pas parties à un conflit armé empêcherait l’exportation d’équipements militaires sans qu’il existe la preuve d’un risque substantiel que de tels équipements soient utilisés pour commettre une

history of exports of LAVs to Saudi Arabia does not support such a conclusion.

[74] Moreover, a declaration by the Court that issuing export permits is contrary to the GCA would not have any practical effect because the Court cannot dictate to the executive the measures to be taken in the event of violations of Article 1 of the Conventions. The experts of both parties recognize that Article 1 of the Conventions does not impose on the State parties in the taking of any specific measure in response to a violation of international humanitarian law by another state (Affidavit of Michael Schmitt, at paragraphs 94–99). This is also the ICRC’s interpretation in its *Commentary on the First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2016*, at paragraphs 146–149 and 164–165. The ICRC clearly states that:

States remain in principle free to choose between different possible measures, as long as those adopted are considered adequate to ensure respect.

ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention, 2016*, at paragraph 165.

[75] The doctrine recognizes that states are often powerless when faced with violations of international humanitarian law (Emanuelli, at page 309). The rules of international humanitarian law, interpreted and applied consistently with the general rules of international law, including the principle of state sovereignty, do not always allow for such situations to be addressed. In this specific context, Canadian case law has recognized that the executive, rather than the courts, has the expertise necessary to make decisions regarding international relations, and the Court cannot intervene except when the exercise of the government’s discretionary powers could violate the rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Canada (Prime Minister) v. Khadr, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paragraph 40)*. The applicant has never claimed that the alleged infringement of Article 1 resulted in a violation of the Charter

violation du droit international humanitaire. En l’espèce, l’historique d’exportations des VBL en Arabie saoudite ne supporte pas une telle conclusion.

[74] Qui plus est, une déclaration de la Cour comme quoi l’octroi des licences d’exportation est contraire à la LCG n’aurait aucun effet pratique puisqu’elle ne peut dicter à l’exécutif les modalités d’action en cas de violation de l’article premier des Conventions. Les experts des deux parties reconnaissent que l’article premier des Conventions n’impose aucune prise de mesure spécifique aux États parties en réponse à une violation du droit international humanitaire par un autre État (affidavit de Michael Schmitt, aux paragraphes 94 à 99). C’est également l’interprétation qu’en fait le CICR, qui en traite dans son *Commentaire de la Première convention de Genève pour l’amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (2016)*, aux paragraphes 146 à 149 et 164, 165. Le CICR indique clairement que :

[TRADUCTION] Les États, en principe, sont libres de choisir entre les différentes mesures possibles, pourvu que celles-ci soient considérées comme étant adéquates pour assurer le respect.

CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève (2016)*, paragraphe 165.

[75] La doctrine reconnaît que les États sont souvent impuissants face à des violations du droit international humanitaire (Emanuelli, à la page 309). Ses règles, interprétées et appliquées de manière consistante avec les règles générales du droit international, dont le principe de la souveraineté des États, ne permettent pas toujours d’adresser de telles situations. Dans ce contexte particulier, la jurisprudence canadienne a reconnu que l’exécutif, plutôt que les tribunaux, possédait l’expertise nécessaire pour prendre les décisions relatives aux relations internationales et que la Cour ne pouvait intervenir que lorsque l’exercice par le gouvernement de ses pouvoirs discrétionnaires pourraient porter atteinte aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés (Canada (Premier ministre) c. Khadr, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, au paragraphe 40)*. Le demandeur n’a jamais prétendu que l’entrave alléguée à l’article

in that case. Canada's obligations under this article fall strictly within the framework of its foreign policy. Even if Article 1 did apply in this case, the Court would not be able to intervene.

VIII. Conclusion

[76] The provisions of the EIPA confer a broad discretionary power on the Minister over the assessment of the relevant factors relating to the granting of export permits for goods on the Export Control List. In the impugned decision, the Minister considered the economic impact of the proposed export, Canada's national and international security interests, Saudi Arabia's human rights record and the conflict in Yemen before granting the export permits, thereby respecting the values underlying the Conventions. The role of the Court is not to pass moral judgment on the Minister's decision to issue the export permits but only to make sure of the legality of such a decision. Of course, his broad discretion would have allowed him to deny the permits. However, the Court is of the opinion that the Minister considered the relevant factors. In such a case, it is not open to the Court to set aside the decision.

[77] For these reasons, the application for judicial review is dismissed without costs.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application for judicial review is dismissed without costs.

ANNEX A: LEGISLATION

Export and Import Permits Act, R.S.C., 1985, c. E-19

Export control list of goods and technology

3 (1) The Governor in Council may establish a list of goods and technology, to be called an Export Control

premier résultait en une violation de la Charte dans le présent dossier. Les obligations du Canada en vertu de cet article s'inscrivent strictement dans le cadre de sa politique étrangère. Même si l'article premier avait trouvé application dans le cadre du présent litige, la Cour n'aurait pas pu intervenir sur ce motif.

VIII. Conclusion

[76] Les dispositions de la LLEI accordent un large pouvoir discrétionnaire au ministre dans l'évaluation des facteurs pertinents liés à l'octroi de licences d'exportation pour des marchandises contrôlées. Dans la décision contestée, le ministre a tenu compte de l'impact économique de l'exportation proposée, les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et internationale, les antécédents de l'Arabie saoudite en matière de droits fondamentaux, ainsi que le conflit au Yémen avant d'octroyer les licences d'exportation, respectant ainsi les valeurs sous-jacentes aux Conventions. Le rôle de la Cour n'est pas de jeter un regard moral sur la décision du ministre d'émettre les licences d'exportation mais uniquement de s'assurer de la légalité d'une telle décision. Bien sûr, la large discrétion dont il dispose lui aurait permis d'en refuser l'émission. Néanmoins, la Cour est d'avis que le ministre a tenu compte des facteurs pertinents. Dans un tel cas, il ne lui est pas loisible de casser la décision.

[77] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée sans dépens.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la demande de contrôle judiciaire est rejetée sans dépens.

ANNEXE A : LÉGISLATION

Loi sur les licences d'exportation et d'importation, L.R.C. (1985), ch. E-19

Liste : exportation contrôlée

3 (1) Le gouverneur en conseil peut dresser une liste des marchandises et des technologies dont, à son avis, il est

List, including therein any article the export or transfer of which the Governor in Council deems it necessary to control for any of the following purposes:

(a) to ensure that arms, ammunition, implements or munitions of war, naval, army or air stores or any articles deemed capable of being converted there into or made useful in the production thereof or otherwise having a strategic nature or value will not be made available to any destination where their use might be detrimental to the security of Canada;

...

(d) to implement an intergovernmental arrangement or commitment;

...

Import control list of goods

5 (1) The Governor in Council may establish a list of goods, to be called an Import Control List, including therein any article the import of which the Governor in Council deems it necessary to control for any of the following purposes:

...

(e) to implement an intergovernmental arrangement or commitment; or

...

Export permits

7 (1) Subject to subsection (2), the Minister may issue to any resident of Canada applying there for a permit to export or transfer goods or technology included in an Export Control List or to export or transfer goods or technology to a country included in an Area Control List, in such quantity and of such quality, by such persons, to such places or persons and subject to such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulations.

Security considerations

(1.01) In deciding whether to issue a permit under subsection (1), the Minister may, in addition to any other matter

nécessaire de contrôler l'exportation ou le transfert à l'une des fins suivantes :

a) s'assurer que des armes, des munitions, du matériel ou des armements de guerre, des approvisionnements navals, des approvisionnements de l'armée ou des approvisionnements de l'aviation, ou des articles jugés susceptibles d'être transformés en l'un de ceux-ci ou de pouvoir servir à leur production ou ayant d'autre part une nature ou valeur stratégiques, ne seront pas rendus disponibles à une destination où leur emploi pourrait être préjudiciable à la sécurité du Canada;

[...]

d) mettre en œuvre un accord ou un engagement intergouvernemental;

[...]

Liste des marchandises d'importation contrôlée

5 (1) Le gouverneur en conseil peut dresser la liste des marchandises d'importation contrôlée comprenant les articles dont, à son avis, il est nécessaire de contrôler l'importation pour l'une des fins suivantes :

[...]

e) mettre en œuvre un accord ou un engagement intergouvernemental;

[...]

Licences d'exportation

7 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre peut délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande une licence autorisant, sous réserve des conditions prévues dans la licence ou les règlements, notamment quant à la quantité, à la qualité, aux personnes et aux endroits visés, l'exportation ou le transfert des marchandises ou des technologies inscrites sur la liste des marchandises d'exportation contrôlée ou destinées à un pays inscrit sur la liste des pays visés.

Prise en considération de certains facteurs

(1.01) Pour décider s'il délivre la licence, le ministre peut prendre en considération, notamment, le fait que les

that the Minister may consider, have regard to whether the goods or technology specified in an application for a permit may be used for a purpose prejudicial to

(a) the safety or interests of the State by being used to do anything referred to in paragraphs 3(1)(a) to (n) of the *Security of Information Act*; or

(b) peace, security or stability in any region of the world or within any country.

Export Control List, SOR/89-202

General

2 The following goods and technology, when intended for export to the destinations specified, are subject to export control for the purposes set out in section 3 of the *Export and Import Permits Act*:

(a) goods and technology referred to in Groups 1, 2, 6, and 7 of the schedule, except for goods and technology set out in items 2-1, 2-2.a. and 2-2.b., 2-3, 2-4.a., 6-1, 6-2, 7-2, 7-3, 7-12 and 7-13 of the Guide, that are intended for export to any destination other than the United States;

...

marchandises ou les technologies mentionnées dans la demande peuvent être utilisées dans le dessein :

a) de nuire à la sécurité ou aux intérêts de l'État par l'utilisation qui peut en être faite pour accomplir l'une ou l'autre des actions visées aux alinéas 3(1)a) à n) de la *Loi sur la protection de l'information*;

b) de nuire à la paix, à la sécurité ou à la stabilité dans n'importe quelle région du monde ou à l'intérieur des frontières de n'importe quel pays.

Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée, DORS/89-202

Dispositions générales

2 Les marchandises et technologies ci-après, lorsqu'elles sont destinées à l'exportation vers les destinations précitées, sont assujetties à un contrôle d'exportation aux fins visées à l'article 3 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* :

a) les marchandises et technologies des groupes 1, 2, 6 et 7 de l'annexe, sauf celles visées à l'article 2-1, aux alinéas 2-2.a. et 2-2.b., à l'article 2-3, à l'alinéa 2-4.a. et aux articles 6-1, 6-2, 7-2, 7-3, 7-12 et 7-13 du Guide, qui sont destinées à l'exportation vers toute destination autre que les États-Unis;

[...]

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

COMPETITION

PRACTICE

Motion by applicant seeking stay of its application for judicial review in within proceeding pending final disposition of motion for summary dismissal brought by HarperCollins Publishers L.L.C., HarperCollins Canada Limited (HarperCollins) before Competition Tribunal — In that motion, HarperCollins requesting, *inter alia*, dismissal of application filed by Commissioner of Competition (Commissioner) against it pursuant to *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 90.1 — Applicant also seeking order requiring Commissioner to produce unredacted versions of all documents disclosed in connection with application; order varying timetable in its application to permit it to file amended or supplemental material — Applicant, in underlying application, seeking to challenge on jurisdictional grounds consent agreements entered into between Commissioner, respondent publishers — Applicant asserting, *inter alia*, that Tribunal's decision in respect of motion for summary dismissal will inform one or more of the key jurisdictional issues raised in its application — Whether interests of justice supporting delay in proceeding — Appropriate to stay hearing of applicant's application in within proceeding for short period of time to allow Tribunal to hear, issue decision in respect of motion for summary dismissal — Requiring both proceedings to proceed simultaneously not effective use of scarce public, judicial resources, not consistent with spirit of *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 3 — Also creating risk that Tribunal, Court would make inconsistent findings — Could be difficult for parties, public to reconcile such differing conclusions — Preferable for Court to have benefit of Tribunal's determinations regarding jurisdictional issues — Potential adverse consequences on Commissioner, public that may be associated with short delay in resolution of issues raised by applicant in its application minor in nature — As to requests for order requiring Commissioner to produce unredacted versions documents, leave to file amended or supplementary material, those requests denied — Motion granted in part.

RAKUTEN KOBO INC. V. CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) (T-219-17, 2017 FC 382, Crampton C.J., order dated April 19, 2017, 26 pp.)

PATENTS

PRACTICE

Motion by defendant seeking to amend its Fresh as Amended Responding Statement of Issues in proceedings herein by adding new non-infringing alternative (NIA) — Underlying proceeding patent infringement action wherein liability determination rendered in favour of plaintiffs — Quantification phase presently being tried — Proposed amendment positing that after expiry of plaintiff AstraZeneca's U.S. patent, defendant could have employed its Canadian-developed formulation in U.S. provided the product came from jurisdiction outside of Canada — Defendant having to establish that it "could have and would have" obtained its approved formulation from non-infringing source for sale into U.S. market for relevant period — Plaintiff's principal concern was that it made its election claiming profits on strength of defendant's pleaded NIA defence — Decision in *Janssen Inc. v. Abbvie Corporation*, 2014 FCA 242 not displacing older authorities which place considerable weight on timing of motion to amend, disruption to legitimate expectations of responding party — Complications arising from defendant's failure to raise present NIA issue in timely way too profound to be remedied by monetary relief — Not incumbent on plaintiff to lead evidence in proof of prejudicial effects of amendments — Court should not infer absence of irreversible prejudice — Court herein having informed

PATENTS—Concluded

appreciation of impact that amendment will have on plaintiff — Defendant’s NIA presenting materially different theory than those already presented — Permitting this amendment would renew fight on entirely different front — Secondary consideration matter of judicial efficiency, management of increasingly scarce judicial resources — Motion dismissed.

ASTRAZENECA CANADA INC. v. APOTEX INC. (T-1409-04, T-1890-11, 2017 FC 378, Barnes J., order dated April 19, 2017, 12 pp.)

PENSIONS

Judicial review of Social Security Tribunal, Appeal Division (AD) decision granting Minister of Employment and Social Development (Minister) leave to appeal from Social Security Tribunal, General Division (GD) decision determining that respondent eligible for disability pension under *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (CPP) — Respondent, health care worker, sustaining injury while assisting patient — GD finding respondent’s disability “severe and prolonged” — AD granting Minister’s request for leave in part — Concluding GD may have made erroneous finding of fact — AD dismissing application for leave to appeal on other two arguments — Applicant seeking order setting aside AD’s decision, with directions to grant Minister’s application for leave to appeal on two refused arguments — Issues whether scope of decision to grant leave subject to judicial review by Court; whether AD’s rejection of two of Minister’s arguments for leave reasonable — Application herein premature — Court not being asked to review decision to grant leave but rather reasons on which it was granted — Minister raising only one of three grounds of appeal under *Department of Employment and Social Development Act*, S.C. 2005, c. 34 (DESDA), s. 58(1), i.e. that GD based its decision on erroneous finding of fact — Minister’s allegations of erroneous findings of fact all falling within ground of appeal under DESDA, s. 58(1)(c) — As such, cannot be said that Minister raising three separate grounds of appeal — Applicant seeking judicial review of AD’s reasons, not its disposition — Issue of whether or not scope of appeal will be limited is a procedural matter falling within expertise of tribunal — However, DESDA s. 58(3) not allowing AD to restrict scope of appeal if leave granted — Applicant having no basis upon which to bring judicial review application prior to completion of appeal proceedings — AD’s determination of other two factual issues raised by Minister reasonable — Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. TSAGBEY (T-1043-16, 2017 FC 356, Mosley J., judgment dated April 11, 2017, 38 pp.)

PRACTICE**PARTIES***Intervention*

Motions for leave to intervene in consolidated proceedings by intervener Attorney General of Alberta pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), r. 110, Tsartlip First Nation (Tsartlip) pursuant to Rules, r. 109 — Applicants in consolidated proceedings seeking to quash certain administrative decisions approving Trans Mountain Expansion Project to expand existing pipeline — Opposing Attorney General of Alberta’s motion for leave to intervene, claiming Alberta failing to satisfy certain prerequisites in rr. 109, 110 — If the applicants’ argument were accepted, attorneys general wishing to intervene would have to satisfy all the prerequisites under rr. 109, 110 while private parties wishing to intervene would have to satisfy only the prerequisites under r. 109 — The Court rejected this argument — R. 110 contemplating special role for Attorneys General in addition to those contemplated under *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57, Rules, r. 109 — Legislative drafter not intending Attorneys General to face more impediments to intervention than private parties — R. 110 having to be interpreted against backdrop of foundational principles, longstanding constitutional arrangements pertaining to Attorneys General — Attorneys General representing Crown, protecting, advancing public interest — Giving Attorneys General broader right to apply to intervene in order to advance public interest consistent with these foundational principles, constitutional arrangements — R. 110(a),(b) not prerequisites to application for leave to intervene under r.110(c) — Similarly, nothing in r. 110 suggesting that Attorneys General must satisfy prerequisites for intervention in r. 109 — Strong nexus between issues raised in consolidated proceedings on one hand, interests of Government of Alberta, population it serves on other — Attorney General of Alberta thus easily meeting test for intervention under r. 110 — As for Tsartlip’s motion, respondent Trans Mountain Pipeline ULC stating motion improper attempt by Tsartlip to obtain full party status in application for judicial review without filing own judicial review application — Tsartlip in substance bringing application for judicial review in guise of motion to intervene — Cannot apply for judicial review now through mechanism of intervention under r. 109 in expedited proceedings herein — Test to grant extension of time to apply for judicial review not met — Tsartlip suggesting that decision approving Trans Mountain Expansion Project unreasonably

PRACTICE—Concluded

affecting their own rights, interests — Intervention under r. 109 not mechanism by which party can challenge decision exactly as an applicant can, but be immunized from potential costs award — Party cannot use r. 109 to join proceedings as co-applicant well after limitation period for applying has passed — Motion brought by Attorney General of Alberta granted; motion brought by Tsartlip dismissed.

TSLEIL-WAUTUTH NATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-78-17 (lead file), A-217-16, A-218-16, A-223-16, A-224-16, A-225-16, A-232-16, A-68-17, A-73-17, A-74-17, A-75-17, A-76-17, A-77-17, A-84-17, A-86-17, 2017 FCA 102, Stratas J.A., order dated May 15, 2017, 16 pp.)

PUBLIC SERVICE

LABOUR RELATIONS

Judicial review of Public Service Labour Relations and Employment Board decision (2016 PSLREB 16) allowing grievances and overturning suspension, revocation of respondent's reliability status after determining it had jurisdiction to dispose of respondent's grievances not only under *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (PSLRA), s. 209(1)(b), but also under s. 209(1)(c) — Respondent, civilian employee of Royal Canadian Mounted Police (RCMP), having access to RCMP databases, providing administrative support — At party organized by respondent's unit supervisor, respondent taking marijuana — Following security investigation, respondent informed reliability status suspended — Respondent's employment subsequently terminated under *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (FAA), s. 12(1)(e) since loss of reliability status meant respondent no longer meeting essential condition of employment — Following termination, respondent filing several grievances challenging suspension, revocation of reliability status, suspension of employment, termination — Board allowing all grievances filed by respondent, except one — Issue whether Board having jurisdiction under PSLRA, s. 209(1)(c) to examine merit of employer's decision to determine whether reason given, namely revocation of reliability status, well-founded — Board not erring by claiming jurisdiction under s. 209(1)(c) — Applicant relying on majority line of authority stating Board lacking this jurisdiction, only Federal Court having this jurisdiction in judicial review — Majority line of authority relied on by applicant challenged by another emerging line of authority stating Board having jurisdiction under s. 209(1)(c) to examine merit of employer's decision to revoke employee's reliability status — In *Bergey v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 30, Court noting care required in reading older case law decided under predecessor versions of PSLRA; termination of indeterminate employees in public service requiring cause; statutory amendments over last few decades broadening, clarifying scope of Board's jurisdiction — Majority line of authority upheld by Board should be disregarded — Wording of PSLRA, s. 209(1)(c) and FAA, s. 12(1)(e) favouring interpretation granting Board necessary jurisdiction to examine whether grounds for termination relating to revocation of respondent's reliability status valid, arising from security concerns rather than reaction to misconduct — Irrespective of whether basis for termination disciplinary or administrative, FAA, s. 12(3) not creating distinction, providing that cause required for termination — Board's interpretation of jurisdiction in line with letter, spirit of PSLRA, FAA — Ultimately, Board not erring in analysis — Appeal dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. FÉTHIÈRE (A-91-16, 2017 FCA 66, SCOTT J.A., judgment dated March 31, 2017, 18 pp.)

TERMINATION OF EMPLOYMENT

Judicial review of decision by Governor in Council (GIC) terminating appointment of applicant as Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) Commissioner for cause by way of Order in Council P.C. 2016-651 — Applicant initially appointed for five-year term — Maintaining difficult relationship with CRTC, including harassment complaint filed against him, challenging Chairperson's authority through courts, using social media to criticize CRTC — Minister of Canadian Heritage and Official Languages advising applicant in letter of concerns about applicant's capacity to serve as Commissioner — Recommending applicant's termination as Commissioner — Federal Court subsequently concluding that investigation of harassment investigator exceeding scope of mandate, conducted with closed mind — Chairperson's decision to accept harassment report, measures recommended therein set aside — Main issue whether GIC violating duty of procedural fairness owed to applicant — Duty of procedural fairness applying to GIC's decision — What was content of duty of fairness imposed on GIC in this case? — Was that duty met by affording applicant applicable procedural protections or safeguards? — Factors in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 suggesting lower level of procedural fairness herein — Based on review of prior relevant removal decisions, duty of fairness owed to applicant herein comprised of: (1) notice to

PUBLIC SERVICE—Concluded

extent applicant informed of basis of Minister's concerns, fact appointment potentially at risk; (2) opportunity to meaningfully respond, present case fully, fairly; (3) to receive fair, impartial decision — Applicant afforded more than adequate notice of allegations against him by way of Minister's letter — Applicant afforded personalized inquiry — Procedural fairness in present case not necessarily requiring that third party report be generated, submitted to GIC — In absence of any legislated requirements in *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22 or otherwise, open to GIC to determine its own process — Clear that Minister not required to refer matter to inquiry — Applicant, in response to Minister's letter, not requesting or expressing need for formal hearing — That said, if Minister of opinion that matters raised by applicant in his response not warranting meeting, duty of procedural fairness requiring Minister to advise applicant of this, explain why such conclusion reached — Significant consequences arising from GIC's decision to proceed because, subsequent to decision to remove applicant from appointment, Federal Court quashed Chairperson's decision concerning alleged harassment on basis of flawed harassment report — Not discernable from record to what extent GIC relied on flawed harassment report — Not possible to determine whether applicant was afforded fair hearing, procedural fairness — Applicant potentially denied procedural fairness — Matter returned to GIC for reconsideration — Application allowed.

SHOAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1053-16, 2017 FC 426, Strickland J., judgment dated April 28, 2017, 92 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

BREVETS

PRATIQUE

Requête de la défenderesse visant à modifier son nouvel énoncé en réponse des questions en litige modifié dans le cadre des présentes procédures en y ajoutant un nouveau produit de substitution non contrefait — La procédure sous-jacente est une action en contrefaçon de brevet où la question de responsabilité a été tranchée en faveur des demanderesse — L'étape de quantification fait actuellement l'objet d'un procès — Selon la modification proposée, après l'expiration du brevet américain de la demanderesse AstraZeneca, la défenderesse aurait pu utiliser sa formulation élaborée au Canada aux États-Unis, à condition que le produit vienne d'une autre administration que le Canada — La défenderesse devait prouver qu'elle « aurait pu obtenir et aurait obtenu » sa formulation approuvée auprès d'une source n'entraînant pas de contrefaçon en vue de la vendre sur le marché américain pendant la période visée — La principale préoccupation de la demanderesse était qu'elle avait fondé sa restitution des bénéfices sur la solidité de la défense de produit de substitution non contrefait de la défenderesse — La décision rendue dans l'arrêt *Janssen Inc. c. Abbvie Corporation*, 2014 CAF 242 n'invalide pas les décisions antérieures qui accordent un poids considérable au choix du moment du dépôt de la requête en modification et à la perturbation des attentes légitimes de la partie défenderesse — Les complications qui découlent du défaut de la défenderesse de soulever la présente question de produit de substitution non contrefait en temps opportun sont trop importantes pour qu'on puisse y remédier par une réparation pécuniaire — Il n'incombait pas à la demanderesse de présenter des éléments de preuve pour démontrer que les modifications ont des effets préjudiciables — La Cour ne devrait pas conclure à une absence de préjudice irréversible — En l'espèce, la Cour a une compréhension éclairée des répercussions que la modification aura sur la demanderesse — La théorie de produit de substitution non contrefait de la défenderesse est très différente de celles déjà présentées — L'autorisation de cette modification aurait eu pour effet de raviver la bataille sur un plan totalement différent — La considération secondaire concernait l'efficacité judiciaire et la gestion des ressources judiciaires déjà maigres — Requête rejetée.

ASTRAZENECA CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-1409-04, T-1890-11, 2017 CF 378, juge Barnes, ordonnance en date du 19 avril 2017, 12 p.)

CONCURRENCE

PRATIQUE

Requête présentée par la demanderesse sollicitant une ordonnance suspendant sa demande de contrôle judiciaire dans la présente instance en attendant qu'une décision finale soit rendue relativement à une requête en rejet sommaire déposée par HarperCollins Publishers L.L.C. et HarperCollins Canada Limited (HarperCollins) devant le Tribunal de la concurrence — Dans cette requête, HarperCollins demande entre autres le rejet de la demande déposée à son encontre par le commissaire de la concurrence (le commissaire) en vertu de l'art. 90.1 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 — La demanderesse veut également obtenir une ordonnance obligeant le commissaire à produire les versions non expurgées de tous les documents communiqués en lien avec la demande ainsi qu'une ordonnance modifiant l'échéancier relatif à sa demande afin de lui permettre de déposer des documents modifiés ou supplémentaires — Dans sa demande sous-jacente, la demanderesse veut contester les consentements conclus entre le commissaire et les éditeurs défendeurs pour des motifs liés à la compétence — La demanderesse allègue entre autres que la décision du Tribunal concernant la requête en rejet sommaire viendra éclairer une ou plusieurs des

CONCURRENCE—Fin

principales questions de compétence soulevées dans sa demande — Il s'agissait de savoir si les intérêts de la justice appuient le report des procédures — Il est justifié de suspendre l'instruction de la demande de la demanderesse dans le cadre de la présente procédure pendant une courte période afin de permettre au Tribunal d'instruire la requête en rejet sommaire et de rendre une décision — Exiger la tenue des deux instances en même temps ne constituerait pas une utilisation efficace des ressources publiques et judiciaires limitées et ne serait pas conforme à l'esprit de la règle 3 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — De plus, cela crée un risque que le Tribunal et la Cour en arrivent à des conclusions différentes — Il pourrait être difficile pour les parties et le public de concilier de telles conclusions apparemment contraires — Il est préférable que la Cour puisse profiter des décisions du Tribunal concernant les questions de compétence — Les éventuelles conséquences défavorables pour le commissaire et le public qui pourraient découler d'un bref report dans le règlement des questions soulevées par la demanderesse sont négligeables — Quant aux demandes visant à obtenir une ordonnance obligeant le commissaire à produire les versions non expurgées des documents et à obtenir l'autorisation de déposer des documents modifiés ou supplémentaires, celles-ci sont rejetées — Requête accueillie en partie.

RAKUTEN KOBO INC. C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) (T-219-17, 2017 CF 382, juge en chef Crampton, ordonnance en date du 19 avril 2017, 26 p.)

FONCTION PUBLIQUE

FIN D'EMPLOI

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le gouverneur en conseil a mis fin, pour un motif valable, à la nomination du demandeur au poste de commissaire au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) au moyen du décret C.P. 2016-651 — Le demandeur avait initialement été nommé pour une période de cinq ans — Le demandeur entretenait une relation difficile avec le CRTC; une plainte de harcèlement avait été déposée contre lui, il a contesté l'autorité du président devant les tribunaux et a utilisé les médias sociaux pour critiquer le CRTC — La ministre du patrimoine canadien et des langues officielles a écrit une lettre au demandeur pour l'aviser de ses craintes concernant sa capacité à agir à titre de commissaire — Elle a recommandé de mettre fin à la nomination du demandeur au poste de commissaire — La Cour fédérale a par la suite conclu que l'enquête en matière de harcèlement menée par l'enquêteur avait dépassé la portée de son mandat et avait été menée dans un esprit fermé — La décision du président d'accepter le rapport de harcèlement et les mesures recommandées dans celui-ci ont été annulées — Il s'agissait principalement de savoir si le gouverneur en conseil a manqué à l'obligation d'équité procédurale qu'il avait envers le demandeur — L'obligation d'équité procédurale s'applique à la décision du gouverneur en conseil — Quelle était l'étendue ou la nature de l'obligation d'équité procédurale imposée au gouverneur en conseil en l'espèce? — Cette obligation a-t-elle été respectée en accordant au demandeur les garanties applicables? — Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 laissent entendre un niveau d'équité procédural peu élevé en l'espèce — D'après l'examen des décisions de renvoi antérieures pertinentes, l'équité procédurale due au demandeur en l'espèce est composée : 1) d'un avis indiquant que le demandeur a été informé du fondement des préoccupations de la ministre et du fait que sa nomination était possiblement à risque; 2) d'une occasion valable de présenter sa position pleinement et équitablement; 3) du droit de recevoir une décision juste et impartiale — Le demandeur a reçu un avis plus qu'adéquat des allégations formulées contre lui dans la lettre de la ministre — Le demandeur a eu droit à une enquête personnalisée — En l'espèce, l'équité procédurale ne requiert pas nécessairement que le rapport d'un tiers soit produit et soumis au gouverneur en conseil — En l'absence d'exigences législatives dans la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22 ou ailleurs, il appartient au gouverneur en conseil de déterminer son propre processus — Il est clair que la ministre n'était pas tenue de renvoyer l'affaire pour enquête — Le demandeur, dans sa réponse à la lettre de la ministre, n'a pas demandé d'audience formelle et n'en a pas exprimé le besoin — Cela étant dit, si la ministre était d'avis que les questions soulevées par le demandeur dans sa réponse ne justifiaient pas de réunion, l'obligation d'équité procédurale exigeait que la ministre en avise le demandeur et lui explique pourquoi elle en était arrivée à cette conclusion — De graves conséquences ont découlé de la décision du gouverneur en conseil de poursuivre les procédures, car à la suite de la décision d'annuler la nomination du demandeur, la Cour fédérale a invalidé la décision du président concernant les allégations de harcèlement au motif que le rapport était erroné — On ne peut deviner d'après le dossier dans quelle mesure le gouverneur en conseil s'est fondé sur le rapport de harcèlement erroné — Il est impossible de déterminer si le demandeur a eu droit à une audience juste et à l'équité procédurale — Le demandeur pourrait s'être vu refuser l'équité procédurale — L'affaire est renvoyée au gouverneur en conseil pour nouvel examen — Demande accueillie.

SHOAN C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (T-1053-16, 2017 CF 426, juge Strickland, jugement en date du 28 avril 2017, 92 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Fin

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique (2016 CRTEFP 16) qui a accueilli les griefs et a annulé la suspension et la révocation de la cote de fiabilité du défendeur après avoir déterminé qu'elle avait compétence non seulement en vertu de l'art. 209(1)b) mais aussi en vertu de l'art. 209(1)c) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 2 (LRTFP) pour trancher les griefs du défendeur — Le défendeur, un employé civil de la Gendarmerie royale du Canada (GRC), avait accès à des banques de données de la GRC et offrait un soutien administratif — Lors d'une fête organisée chez le dirigeant de son unité, le défendeur a consommé de la marijuana — Suite à une enquête de sécurité, le défendeur a été informé que sa cote de fiabilité était suspendue — Le défendeur a été licencié par la suite en vertu de l'art. 12(1)e) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), c. F-11 (LGFP) car ayant perdu sa cote de fiabilité, il ne rencontrait plus une condition essentielle à son emploi — À la suite de son licenciement, le défendeur a déposé plusieurs griefs contestant la suspension et la révocation de sa cote de fiabilité ainsi que la suspension de ses fonctions et son licenciement — La Commission a accueilli tous les griefs du défendeur, sauf un — Il s'agissait de déterminer si la Commission a compétence en vertu de l'art. 209(1)c) de la LRTFP pour examiner le fond de la décision de l'employeur afin de déterminer si le motif invoqué, soit la révocation de la cote de fiabilité, est fondé — La Commission n'a pas erré en s'octroyant compétence en vertu de l'art. 209(1)c) — Le demandeur s'est appuyé sur un courant d'interprétation majoritaire en vertu duquel la Commission n'a pas cette compétence, seule la Cour fédérale y étant habilitée dans le cadre d'une procédure en contrôle judiciaire — Ce courant majoritaire fait face à un autre courant décisionnel émergeant en vertu duquel la Commission s'octroie la compétence sur la base de l'art. 209(1)c) pour examiner le fond de la décision de l'employeur de révoquer la cote de fiabilité de l'employé — Dans l'arrêt *Bergey v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 30, la Cour a constaté, entre autres, que la jurisprudence rendue sous l'égide des lois qui précèdent la LRTFP doit être lue avec prudence; que le licenciement d'employés indéterminés au sein de la fonction publique doit être motivé; et que les amendements législatifs apportés au cours des dernières décennies ont élargi et clarifié l'étendue de la compétence de la Commission — Le courant d'interprétation majoritaire qui prévaut au sein de la Commission doit être écarté — Le libellé des art. 209(1)c) de la LRTFP et 12(1)e) de la LGFP favorise une interprétation octroyant à la Commission la compétence nécessaire pour examiner si les motifs de licenciement relativement à la révocation de la cote de fiabilité du défendeur étaient valables et reposaient sur des préoccupations en matière de sécurité plutôt qu'à une réaction à une inconduite — Que le fondement du licenciement soit disciplinaire ou administratif, l'art. 12(3) de la LGFP ne crée pas de distinction et prévoit que le licenciement doit être motivé — L'interprétation qu'a fait la Commission de sa compétence est conforme au texte et à l'esprit de la LRTFP et de la LGFP — Finalement, la Commission n'a pas erré dans son analyse — Demande rejetée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FÉTHIÈRE (A-91-16, 2017 CAF 66, juge Scott, J.C.A., jugement en date du 31 mars 2017, 18 p.)

PENSIONS

Contrôle judiciaire d'une décision de la Division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale (DA) autorisant le ministre de l'Emploi et du Développement social (le ministre) à interjeter appel d'une décision par laquelle la Division générale du Tribunal de la sécurité sociale (DG) a déterminé que la défenderesse était admissible à des prestations d'invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (RPC) — La défenderesse est une travailleuse de la santé qui s'est blessée en aidant un patient — La DG a conclu que l'invalidité de la défenderesse était « grave et prolongée » — La DA a accueilli la demande d'autorisation du ministre en partie — Elle a conclu que la DG pourrait avoir fait une erreur de fait — La DA a rejeté la demande d'autorisation d'interjeter appel sur le fondement de deux autres arguments — Le demandeur voulait obtenir une ordonnance annulant la décision de la DA et que des directives soient données afin d'autoriser la demande d'appel du ministre qui reposait sur les deux arguments refusés — Il s'agissait de savoir si la portée de la décision d'accorder l'autorisation est assujettie au contrôle judiciaire de la Cour et si le rejet par la DA de deux des arguments du ministre était raisonnable — La demande en l'espèce était prématurée — On ne demandait pas à la Cour de réviser une décision d'accorder une autorisation, mais plutôt les motifs sur lesquels cette autorisation a été accordée — Le ministre n'a soulevé qu'un seul des trois motifs d'appel prévus à l'art. 58(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, L.C. 2005, ch. 34 (LMEDS), c.-à-d. que la DG a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée — Les allégations de conclusions de fait erronées du ministre relevaient toutes d'un motif d'appel prévu à l'art. 58(1)c) de la LMEDS — Par conséquent, on ne pouvait pas dire que le ministre soulevait trois motifs d'appel distincts — Le demandeur demandait le contrôle judiciaire des motifs de la DA, et non de sa décision — La question de savoir si la portée de l'appel sera limitée est une question de procédure qui relève de l'expertise du Tribunal — Cependant, l'art. 58(3) de la LMEDS ne permet pas à la DA de restreindre la portée d'un appel si une autorisation est accordée — Le demandeur n'avait

PENSIONS—Fin

rien pour fonder sa demande de contrôle judiciaire avant la fin des procédures d'appel — La décision de la DA concernant les deux autres questions factuelles soulevées par le ministre était raisonnable — Demande rejetée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. TSAGBEY (T-1043-16, 2017 CF 356, juge Mosley, jugement en date du 11 avril 2017, 38 p.)

PRATIQUE

PARTIES

Intervention

Requêtes en intervention dans les instances réunies présentées par l'intervenant le procureur général de l'Alberta en vertu de la règle 110 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) et par la Première Nation Tsartlip (Tsartlip) en vertu de la règle 109 — Les demandeurs dans les instances réunies cherchent à obtenir l'annulation de certaines décisions administratives ayant approuvé le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain visant à prolonger l'oléoduc actuel — Ils s'opposent à la requête en intervention du procureur général de l'Alberta, affirmant que l'Alberta n'a pas satisfait à certaines conditions prévues aux règles 109 et 110 — Si l'argument des demandeurs était accepté, les procureurs généraux devraient satisfaire à toutes les conditions énoncées aux règles 109 et 110 pour présenter une requête en intervention, tandis que les parties privées qui souhaitent intervenir devraient satisfaire uniquement à celles prévues à la règle 109 — Cet argument n'a pas été accepté par la Cour — La règle 110 attribue un rôle spécial aux procureurs généraux outre celui que leur confèrent l'art. 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 et la règle 109 des Règles — Le législateur ne souhaitait pas que les procureurs généraux aient à surmonter plus d'obstacles que les parties qui ne sont pas publiques pour être autorisés à intervenir — Il convient d'interpréter la règle 110 à la lumière de nos principes fondamentaux et des conventions constitutionnelles bien établies visant les procureurs généraux — Les procureurs généraux représentent la Couronne et assurent la défense de l'intérêt public — Reconnaître aux procureurs généraux le droit général de présenter des requêtes en intervention dans le but de défendre l'intérêt public est conforme à ces principes fondamentaux et à ces conventions constitutionnelles — Rien n'indique que les règles 110a) et b) constituent des conditions préalables à l'autorisation d'une requête en intervention présentée en application de la règle 110c) — De même, rien dans le libellé de la règle 110 ne laisse entendre que les procureurs généraux doivent également remplir les conditions énoncées à la règle 109 — Ensemble, ces considérations révèlent un lien étroit entre les questions soulevées dans l'instance, d'une part, et les intérêts du gouvernement de l'Alberta et de la population qu'il sert, d'autre part — En conséquence, le procureur général de l'Alberta satisfait facilement au critère d'intervention prévu à la règle 110 — Quant à la requête de Tsartlip, le défendeur Trans Mountain Pipeline ULC soutient que la requête est un moyen détourné pour Tsartlip de devenir partie à la demande de contrôle judiciaire sans déposer sa propre demande de contrôle judiciaire — Essentiellement, les Tsartlip n'ont pas présenté de requête en intervention; ils ont présenté une demande de contrôle judiciaire déguisée — Ils ne peuvent pas demander un contrôle judiciaire par le biais de l'intervention prévue à la règle 109 dans le cadre des présentes instances, dont l'instruction est accélérée — Il n'a pas été satisfait au critère pour accorder une prorogation du délai pour présenter une demande de contrôle judiciaire — Les Tsartlip ont prétendu que la décision d'approuver le projet d'expansion de Trans Mountain a une incidence déraisonnable sur leurs propres droits et intérêts — L'intervention prévue à la règle 109 ne constitue pas la voie de droit qui permet à une partie de contester une décision exactement comme peut le faire un demandeur, sans risquer la condamnation aux dépens — Une partie ne peut recourir à la règle 109 pour participer à une instance en tant que codemandeur une fois le recours prescrit — Requête présentée par le procureur général de l'Alberta accueillie; requête présentée par la Première Nation Tsartlip rejetée.

TSEIL-WAUTUTH NATION C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-78-17 (dossier principal), A-217-16, A-218-16, A-223-16, A-224-16, A-225-16, A-232-16, A-68-17, A-73-17, A-74-17, A-75-17, A-76-17, A-77-17, A-84-17, A-86-17, 2017 CAF 102, juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 15 mai 2017, 16 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3