



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2013, Vol. 3, Part 1**

**2013, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2013] 3 F.C.R., {<sup>3-214</sup><sub>D-1-D-8</sub>

Renvoi [2013] 3 R.C.F., {<sup>3-214</sup><sub>F-1-F-10</sub>

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

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

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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, WILLIAM A. BROOKS, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2013.

*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.*

### 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

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕste 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, dont le commissaire est WILLIAM A. BROOKS.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2013.

*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'arrêtiŕste 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.*

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.*

*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: Linda Brunet, Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.*

---

*All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>*

## CONTENTS

Judgments . . . . .	3–214
Digests . . . . .	D-1–D-8

### **CIBC World Markets Inc. v. Canada (F.C.A.) . . . 3**

Customs and Excise—Excise Tax Act—Goods and services tax—Input tax credits—Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision rejecting second claim for input tax credits at higher level for same taxation years—Appellant adopting method for claiming input tax credits, complying with *Excise Tax Act*, s. 141.01(5)—Filing second claim for same years using different method—T.C.C. rejecting claim on basis of fiscal certainty, revised method offending s. 141.01(5)—Whether more than one claim permitted, whether revised method contrary to s. 141.01(5)—Appellant entitled to change method, claim additional input tax credits as long as same amount not claimed twice—Prohibiting later claim using previously accepted method not compelled by Act—Fiscal certainty achieved otherwise in Act—No express words in Act of irrevocable election concerning choice of method—S. 141.01(5) not requiring same method be used throughout year, merely requiring consistency throughout year whenever particular method chosen—Appeal allowed.

*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 avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.*

*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 : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.*

---

*Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>*

## SOMMAIRE

Jugements . . . . .	3–214
Fiches analytiques . . . . .	F-1–F-10

### **CIBC World Markets Inc. c. Canada (C.A.F.) . . . 3**

Douanes et Accise—Loi sur la taxe d'accise—Taxe sur les produits et services—Crédits de taxe sur les intrants—Appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) rejetant une deuxième demande de crédits de taxe sur les intrants, plus élevés, pour les mêmes années d'imposition —L'appelante a adopté une méthode, pour demander les crédits de taxe sur les intrants, qui respecte l'art. 141.01(5) de la *Loi sur la taxe d'accise*—Elle a présenté une deuxième demande pour les mêmes années d'imposition, en employant une méthode différente—La C.C.I. a rejeté la demande pour des motifs de certitude sur le plan fiscal et que l'utilisation d'une méthode révisée contreviendrait à l'art. 141.01(5)—Il s'agissait de déterminer s'il est possible de présenter plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants et si l'emploi d'une méthode révisée contrevient à l'art. 141.01(5)—L'appelante avait le droit de modifier sa méthode et de demander des crédits de taxe sur les intrants supplémentaires, si le même montant n'est pas demandé deux fois—Interdire une demande

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—Tax Court of Canada (T.C.C.) rejecting second claim for input tax credits—*Excise Tax Act* not expressly prohibiting more than one claim for input tax credits for same taxation year—No express words in Act of irrevocable election concerning choice of method—S. 141.01(5) not requiring same method be used throughout year, merely requiring consistency throughout year whenever particular method chosen.

### **Daishowa-Marubeni International Ltd. v. Canada (F.C.A.) . . . . . 51**

Income Tax—Income Calculation—Proceeds of disposition—Timber resource properties—Appeal, cross-appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision allowing in part appellant's appeals from Minister of National Revenue's reassessments of 1999, 2000 taxation years—Purchasers of appellant's timber operations assuming silviculture liability—Appellant not reporting amounts pertaining to silviculture liabilities assumed by purchasers in proceeds of disposition—T.C.C. finding purchasers' assumption of reforestation obligations constituting consideration to be included in appellant's proceeds of disposition under *Income Tax Act*, s. 13(21)—T.C.C. discounting current, long-term reforestation liabilities—Appellant arguing T.C.C. erring in including assumption of silviculture liabilities, entitled to offsetting deduction—Respondent indicating not open to T.C.C. to arrive at values other than those agreed to by parties—Whether, how to value reforestation liabilities as proceeds of sale under s. 13(21)—T.C.C. not erring in determining that assumption of silviculture liability by purchasers constituting consideration to be included in appellant's proceeds of disposition—However, not open for T.C.C. to discount long-term liability—T.C.C. erring in concluding that current, long-term reforestation liability an estimate—Contract with purchasers providing aggregate value, or estimate, of value of reforestation liabilities—Subsequent references suggesting that amounts actual values—Nothing in contract rendering doubtful fact that parties attributing specific, agreed to value with regard to reforestation liability—T.C.C.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ultérieure fondée sur une méthode auparavant acceptée n'exige par aucune disposition de la Loi—La certitude sur le plan fiscal est réalisée autrement, aux termes de la Loi—Il n'existe aucun libellé explicite dans la Loi faisant état d'un choix irrévocable concernant la méthode—L'art. 141.01(5) n'exige pas que la même méthode soit suivie tout au long d'un exercice; il exige simplement une cohérence tout au long de l'année lorsqu'une méthode est choisie—Appel accueilli.

Interprétation des lois—La Cour canadienne de l'impôt a rejeté une deuxième demande de crédits de taxe sur les intrants—La *Loi sur la taxe d'accise* n'interdit pas expressément la présentation de plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants pour une même année d'imposition—Il n'existe aucun libellé explicite dans la Loi faisant état d'un choix irrévocable concernant la méthode—L'art. 141.01(5) n'exige pas que la même méthode soit suivie tout au long d'un exercice; elle exige simplement une cohérence tout au long de l'année lorsqu'une méthode est choisie.

### **Daishowa-Marubeni International Ltd. c. Canada (C.A.F.) . . . . . 51**

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Produit de disposition—Avoirs forestiers—Appel et appel incident interjetés à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) faisant partiellement droit aux appels que l'appelante avait formés contre les nouveaux avis de cotisation établis par le ministre du Revenu national pour les années d'imposition 1999 et 2000—Les acquéreurs des exploitations de scierie de l'appelante devaient assumer les obligations de l'appelante relatives à la sylviculture—Lorsqu'elle a fait sa déclaration de revenus, l'appelante n'a inclus dans son produit de disposition aucun montant lié aux obligations relatives à la sylviculture prises en charge par les acquéreurs—La C.C.I. a estimé que la prise en charge par les acquéreurs des obligations relatives au reboisement de l'appelante représentait une contrepartie à inclure dans le produit de disposition de l'appelante, aux termes de l'art. 13(21) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*—La C.C.I. a réduit les obligations à court et à long termes relatives au reboisement—L'appelante a soutenu que la C.C.I. a commis une erreur en incluant la prise en charge des obligations relatives à la sylviculture et qu'elle-même avait droit à une déduction compensatoire—L'intimée a affirmé qu'il n'était pas loisible à la C.C.I. de parvenir à d'autres montants que ceux sur lesquels les parties s'étaient entendues—Il s'agissait de déterminer s'il fallait évaluer les obligations relatives au reboisement comme des produits de vente aux termes de l'art. 13(21), et la façon de le faire—La C.C.I. n'a pas commis d'erreur en concluant que la prise en charge par les

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

ignoring plain reading of contract—Question of concern not subjective value of property for parties but whether parties agreeing to certain amount as consideration for property—Situation herein analogous to Federal Court of Appeal decision in *Teleglobe Inc. v. Canada*—Quantifying actual benefit to appellant wrong approach—Parties having to be held to agreed upon price; Minister adding correct amount to appellant's income—Act, s. 11(1)(b) not allowing deduction for reforestation liability expenditure—No basis herein to allocate proceeds of disposition to goodwill—T.C.C.'s reasons inadequate—Appeal with respect to 1999 taxation year dismissed, cross-appeal allowed; appeal with respect to 2000 taxation year allowed, cross-appeal dismissed—*Per Mainville J.A.* (dissenting): T.C.C. erring by assuming that assumptions of reforestation liabilities separate, distinct consideration for sales of forest tenures—Reforestation liabilities integral part of forest tenures, should not have been added to proceeds of disposition—Excessive weight placed herein on value of liabilities—Whether parties agreeing or not as to value of liabilities having little bearing on whether or not these liabilities forming part of proceeds of disposition.

### **Garrick v. Amnesty International Canada (F.C.) . . . 146**

Armed Forces—Consolidated judicial reviews challenging interlocutory decisions of Military Police Complaints Commission (MPCC) made during public interest hearing held under *National Defence Act*, Part IV—Hearing aimed at examining respondents' complaint alleging military police members' failure to investigate potential wrongdoing by Canadian Forces officers who directed transfer of detainees to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

acquéreurs de l'obligation relative à la sylviculture constituait une contrepartie à inclure dans le produit de disposition de l'appelante—Cependant, il n'était pas loisible à la C.C.I. de réduire le montant de l'obligation à long terme—La C.C.I. a commis une erreur en concluant que les obligations à court et à long termes relatives au reboisement correspondaient à une estimation—Le contrat conclu avec les acquéreurs faisait état de l'estimation, ou de la valeur globale des obligations relatives aux reboisement—Toutes les références subséquentes à ces obligations donnent fortement à penser que les montants représentaient des valeurs réelles—Il n'y a rien dans le contrat lui-même qui fasse douter que les parties ont convenu d'attribuer une valeur précise à l'obligation de reboisement—La C.C.I. a ignoré le libellé clair du contrat—L'enjeu ne concernait pas la valeur subjective du bien pour les parties, mais il revenait à savoir si les parties s'étaient entendues sur un certain montant comme contrepartie pour ce bien—La situation en l'espèce était comparable à celle de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Teleglobe Inc. c. Canada*—Quantifier la valeur réelle de l'avantage que l'appelante a tiré était malavisé—C'est le prix convenu par les parties qui doit leur être opposé; le ministre a eu raison d'ajouter le montant approprié au revenu de l'appelante—L'art. 11(1)(b) de la Loi interdit la déduction des dépenses liées à l'obligation de reboisement—Il n'y a aucune raison en l'espèce d'allouer le produit de disposition à la survaleur—Les motifs énoncés par la C.C.I. étaient inadéquats—L'appel concernant l'année d'imposition 1999 est rejeté, et l'appel incident est accueilli; l'appel concernant l'année d'imposition 2000 est accueilli, et l'appel incident est rejeté—Le juge Mainville, J.C.A. (dissident) : La C.C.I. a commis une erreur en présumant que la prise en charge des obligations relatives au reboisement constituait une contrepartie séparée et distincte pour la vente des tenures—Les obligations relatives au reboisement font partie intégrante des tenures et ne devraient pas se rajouter au produit de disposition—En l'espèce, on a accordé un poids excessif à la question de la valeur des obligations—La question de savoir si les parties se sont entendues ou non sur la valeur des obligations a peu de rapport avec celle de savoir si elles font partie du produit de disposition.

### **Garrick c. Amnesty International Canada (C.F.) . . . 146**

Forces armées—Procédures regroupées de contrôle judiciaire contestant les décisions interlocutoires de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire (la Commission) rendues dans le cadre d'une audience d'intérêt public tenue en vertu de la partie IV de la *Loi sur la défense nationale*—L'audience visait à examiner une plainte faite par les intimées, alléguant que des policiers militaires n'avaient

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Afghan authorities—First application challenging summons issued by MPCC for production of certain documents; second application alleging MPCC’s refusal to hear motion on ruling on standard against which applicants’ professional conduct will be assessed; third application contesting ruling MPCC issuing on standard—Respondents making two complaints regarding military police—On judicial review, Federal Court quashing respondents’ first complaint but upholding MPCC’s jurisdiction to inquire into second complaint regarding failure to investigate but solely on basis of what military police subjects of complaint knew or had “means of knowing”—MPCC issuing two rulings in response to applicants’ motions on how MPCC would interpret “means of knowing” standard—Whether Federal Court should exercise discretion to consider applications pertaining to MPCC’s interlocutory decisions or dismiss as premature; if Federal Court intervening, whether MPCC erring in law by failing to articulate standard by which would assess applicants’ conduct before calling witnesses—MPCC’s alleged lack of jurisdiction regarding “means of knowing” standard not demonstrated beyond reasonable doubt—Act not delineating precisely MPCC’s jurisdiction regarding conduct complaint; not providing clear answer as to circumstances that should prompt military police officer to investigate—“Means of knowing” standard not well-defined, not referring to shared understanding of parameters in context of Canadian criminal or military law—MPCC careful not to bind itself to any particular understanding of “means of knowing” standard—Applications premature, waste of judicial resources since content of MPCC’s final report unknown—If dissatisfied with inquiry’s result, applicants entitled to challenge final report by judicial review—As external oversight body, MPCC must be left with discretion to determine for itself what military police officers subject of inquiry knowing or had means of knowing—To fulfill mandate, MPCC must be left with room to manoeuvre, to determine for itself what is or not relevant—Would be premature for Federal Court to declare standard according to which determination must be made as to what applicants had means of knowing—Since applicants’ applications premature, no need to address issue of whether MPCC erring in law by failing to articulate “means of knowing” standard—Military police officers subject of inquiry knowing enough about particulars of complaint, allegations, legal principles to be applied to make their case, to respond fully—Applications dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

pas enquêté sur des crimes potentiels commis par des officiers des Forces canadiennes responsables du transfèrement des détenus aux autorités afghanes—La première demande visait à contester les sommations que la Commission a délivrées concernant la production de certains documents; dans la deuxième demande, il était allégué que la Commission a refusé d’instruire la requête visant à obtenir une décision sur la norme au regard de laquelle la conduite professionnelle des demandeurs sera évaluée; la troisième demande visait à contester la décision de la Commission à propos de cette norme—Les intimées ont déposé deux plaintes concernant la police militaire—Lors d’un contrôle judiciaire, la Cour fédérale a annulé la première plainte des intimées, mais a confirmé que la Commission avait compétence pour enquêter sur la deuxième plainte, relative à l’omission d’enquêter, uniquement en se fondant sur ce que les policiers militaires visés par la plainte savaient ou « pouvaient savoir »—La Commission a rendu deux décisions, en réponse aux requêtes des demandeurs qui désiraient connaître la norme qui servirait à la Commission pour interpréter l’expression « pouvaient savoir »—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner les demandes ayant trait aux décisions interlocutoires de la Commission, ou si ces demandes devraient être rejetées au motif qu’elles étaient prématurées; dans la mesure où la Cour interviendrait, il s’agissait de déterminer si la Commission a commis une erreur de droit en n’énonçant pas la norme qui devait servir à évaluer la conduite des demandeurs avant d’entendre les témoins—L’absence de compétence alléguée de la Commission concernant la norme relative à l’expression « pouvaient savoir » n’a pas été prouvée hors de tout doute raisonnable—La Loi ne délimite pas précisément la compétence de la Commission en matière de plaintes pour inconduite; elle ne donne pas de réponse claire quant aux circonstances qui devraient pousser un policier militaire à faire enquête—La norme relative à l’expression « pouvaient savoir » n’a pas de sens bien défini et ne fait pas référence à une compréhension commune de ses paramètres, du moins en droit criminel ou militaire canadien—La Commission a pris bien soin de ne pas adopter une interprétation particulière de la norme relative à l’expression « pouvaient savoir »—Les demandes étaient prématurées et constituaient un gaspillage de ressources judiciaires, étant donné que le contenu du rapport final de la Commission n’était pas connu—S’ils sont insatisfaits des résultats de l’enquête, les demandeurs ont le droit de contester le rapport final par voie de contrôle judiciaire—En tant qu’organisme de surveillance externe, la Commission doit avoir le pouvoir de déterminer ce que les policiers militaires faisant l’objet de l’enquête savaient ou pouvaient savoir—En vue de s’acquitter de son mandat, la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Armed Forces—Investigations—Evidence—Summons Military Police Complaints Commission (MPCC) issuing to government officials to compel production of documents challenged by judicial review—Document disclosure fundamental to MPCC’s ability to discharge mandate, conduct full investigation into complaint—Reason why *National Defence Act*, s. 250.41(1)(a) granting MPCC power to require production of documents considered necessary to full, independent investigation—Thus, MPCC authorized by statute to make decision thereon—Should not have to rely on selected documents provided on basis of opaque screening process conducted in-house by government officials—Therefore, MPCC not exceeding jurisdiction when issuing summons for production of documents relating to screening process, guidelines applied by government departments in response to previous summons—Relief applicants seeking in relation to summons premature.

Administrative Law—Practice—Judgments and orders—Interlocutory decisions—Consolidated judicial reviews challenging interlocutory decisions of Military Police Complaints Commission (MPCC) made during public interest hearing held under *National Defence Act*, Part IV—Interlocutory decisions of administrative bodies not subject to judicial review until final decision issued—Applicants’ first application for judicial review clearly moot since applicants’ motion ultimately heard, decided before application for judicial review could be determined—Absent exceptional circumstances, courts not interfering with ongoing administrative processes until running their course—Applicants’ argument that interlocutory decisions challenged herein raising exceptional circumstances

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Commission devrait avoir une certaine marge de manœuvre pour déterminer elle-même ce qui est pertinent et ce qui ne l’est pas—Il serait prématuré pour la Cour fédérale de faire connaître la norme qui servira à déterminer ce que les demandeurs pouvaient savoir—Étant donné que les demandes des demandeurs étaient prématurées, il n’était pas nécessaire de déterminer si la Commission a commis une erreur de droit en n’énonçant pas la norme relative à l’expression « pouvaient savoir »—Les policiers militaires faisant l’objet de l’enquête connaissaient suffisamment les détails de la plainte, les allégations, et les principes juridiques applicables pour présenter leur cause et donner une réponse complète—Demandes rejetées.

Forces armées—Enquêtes—Preuve—Les sommations délivrées par la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire (la Commission) à des représentants du gouvernement pour forcer la production de documents ont été contestées par voie de contrôle judiciaire—La divulgation des documents était indispensable pour que la Commission puisse s’acquitter de son mandat et mener une enquête complète et indépendante sur la plainte—C’est la raison pour laquelle l’art. 250.41(1)a) de la *Loi sur la défense nationale* confère à la Commission le pouvoir d’exiger la production de documents qu’elle estime nécessaires à une enquête complète et indépendante—La Commission est donc expressément autorisée par la loi à rendre une décision à cet égard—Elle ne devrait pas être forcée de s’en remettre aux documents qui ont été choisis à la suite d’un processus obscur de sélection effectué à l’interne par des fonctionnaires—Par conséquent, la Commission n’a pas outrepassé sa compétence quand elle a délivré une sommation ordonnant la production des documents se rapportant au processus de sélection et des directives appliquées par les ministères fédéraux en réponse aux sommations précédentes—La réparation demandée par les demandeurs relativement aux sommations était prématurée.

Droit administratif—Pratique—Jugements et ordonnances—Décisions interlocutoires—Les décisions interlocutoires des organismes administratifs ne peuvent pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire jusqu’à ce qu’une décision définitive soit rendue—La première demande de contrôle judiciaire des demandeurs est donc clairement théorique puisque la requête des demandeurs a finalement été entendue et tranchée avant qu’une décision soit rendue au sujet de la demande de contrôle judiciaire—À défaut de circonstances exceptionnelles, les cours n’interviennent pas, tant que le processus administratif suit son cours—L’argument des demandeurs, selon lequel les décisions interlocutoires contestées en l’espèce soulevaient des circonstances exceptionnelles, a été rejeté—Une allégation

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

rejected—Allegation that commission or tribunal exceeding jurisdiction in rendering interlocutory decision not sufficient for intervention.

### **Guerrero v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 20**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of decision Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division dismissing application for refugee or person in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97—Applicant, Guatemalan, refusing to smuggle drugs for gang—Fleeing country after family member killed, receiving further threats—Board finding harm faced by applicant one of criminality, applicant targeted because of refusal to deliver drugs, risk generalized—Whether Board erring in misconstruing nature of risk, in determining that applicant not facing personal risk—Board mischaracterizing personal circumstances of applicant, inaccurately finding generalized risk—Applicant at risk of death, personally targeted by gang—Decision makers having to expressly determine risk, kind of risk, basis for risk, before determining whether risk generalized—Having to examine evidence, circumstances in context of risk to claimant—Asserting that risk of violence generalized where gang violence prevalent running counter to position that individualized inquiry required—Person specifically, personally targeted by gang entitled to s. 97 protection—Application allowed.

### **Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 36**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal from Federal Court interlocutory judgment rendered during *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 77 proceedings—Crown seeking to quash appeal for want of jurisdiction—Appellant, subject of s. 77 certificate referred to Federal Court to determine reasonableness thereof but

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

selon laquelle une commission ou un tribunal outrepassa sa compétence en rendant une décision interlocutoire ne suffit pas pour justifier une intervention.

### **Guerrero c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 20**

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, rejetant la demande d'asile du demandeur en qualité de réfugié ou de personne à protéger aux termes des art. 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur, un Guatémaltèque, a refusé de passer de la drogue en contrebande pour un gang—Il a fui son pays après qu'un membre de sa famille se fut fait assassiner et que lui-même eut reçu d'autres menaces—La Commission a conclu que le préjudice craint par le demandeur était la criminalité, que le demandeur était une cible particulière, étant donné son refus de passer de la drogue, et que le risque auquel il était exposé était généralisé—Il s'agissait de savoir si la Commission avait interprété incorrectement la nature du risque auquel était exposé le demandeur, et si elle avait commis une erreur en déterminant que le demandeur n'était pas personnellement exposé à un risque—La Commission a qualifié incorrectement la situation personnelle du demandeur et a ainsi conclu à tort que d'autres personnes étaient généralement exposées au même risque—Le demandeur courait le risque d'être tué, parce qu'il était personnellement ciblé par un gang—Les décideurs doivent déterminer expressément le risque, le genre de risque et le fondement de ce risque avant de déterminer si le risque est généralisé—Il faut examiner la preuve et la situation du demandeur dans le contexte du risque auquel il est exposé—Affirmer que le risque de violence est généralisé, là où les actes de violence commis par des gangs sont fréquents, irait à l'encontre de la position qu'exige un examen personnalisé—Lorsqu'une personne est expressément et personnellement ciblée par un gang, elle a droit à la protection de l'art. 97—Demande accueillie.

### **Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 36**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Appel d'un jugement interlocutoire de la Cour fédérale rendu dans une instance introduite en vertu de l'art. 77 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)—Sa Majesté cherchait à faire annuler l'appel pour défaut de compétence—L'appelant fait l'objet d'un certificat

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

determination not yet made—In course of s. 77 proceedings, Crown coming into possession of documents belonging to appellant's counsel which appellant claiming subject to solicitor-client privilege, litigation privilege—Documents at issue becoming co-mingled with those of Crown—Appellant moving for permanent stay of proceedings on basis of breach of privilege under Canadian Charter of Rights and Freedoms but Crown opposing motion—Federal Court concluding that, in order to determine remedy, if any, co-mingled documents at issue would have to be separated, returned to respective parties to make submissions on alleged prejudice—IRPA, s. 79 barring appeal from interlocutory judgment in relation to s. 77 proceedings—Appellant arguing that Federal Court order invalid, rendered without jurisdiction since violating fundamental constitutional rights (solicitor-client privilege)—Crown claiming that IRPA, s. 79 barring appellant's appeal, that statutory bar cannot be circumvented merely by raising constitutional argument, casting decision as one going to jurisdiction—Order sought to be appealed clearly interlocutory decision—Case law appellant submitting to establish that statutory bar not applicable in present case distinguished—Decision sought to be appealed not constituting judicial act separate, divisible from s. 77 proceedings but rather rendered in course of managing s. 77 proceedings—Therefore, decision cannot be separated therefrom—Nothing in present case justifying that Federal Court of Appeal fail to respect statutory bar—Immunization of Federal Court's decision from appellant scrutiny would not undermine rule of law or public confidence in due administration of justice—Allowing appeal would result in unacceptable fragmentation of Federal Court proceeding to determine reasonableness of certificate, would require making decision on basis of incomplete factual foundation—Appeal quashed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

qui a été déposé à la Cour fédérale en vertu de l'art. 77 de la LIPR en vue de déterminer si ce certificat est raisonnable, mais cette instance est toujours en cours—Au cours de l'instance introduite en vertu de l'art. 77, Sa Majesté a obtenu des documents appartenant à l'avocat de l'appellant qui, selon ce qu'affirme l'appellant, sont protégés par le secret professionnel de l'avocat et par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès—Les documents en cause ont été amalgamés avec d'autres documents appartenant à Sa Majesté—L'appellant a déposé une requête en vue d'obtenir la suspension permanente de l'instance, fondée sur une violation d'un privilège fondamental auquel il a droit en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés, mais Sa Majesté a contesté la requête—La Cour fédérale a conclu que pour pouvoir déterminer la réparation appropriée, le cas échéant, il serait nécessaire de scinder les documents qui avaient été amalgamés et de les restituer aux parties pour qu'elles soient en mesure de formuler des observations sur le présumé préjudice—L'art. 79 de la LIPR interdit d'interjeter appel d'un jugement interlocutoire dans le cadre d'une instance introduite en vertu de l'art. 77—L'appellant a fait valoir que l'ordonnance de la Cour fédérale était invalide et avait été rendue sans compétence, étant donné qu'elle violait ses droits constitutionnels fondamentaux (droit au secret professionnel de l'avocat)—Sa Majesté soutenait que l'art. 79 de la LIPR interdisait à l'appellant d'interjeter appel, et que l'appellant ne pouvait se soustraire à l'irrecevabilité à laquelle la loi assujettit l'appel du seul fait qu'il soulève un argument constitutionnel et qu'il soutient que la décision a trait à la compétence—Il est évident que l'ordonnance dont on cherchait à faire appel est une décision interlocutoire—La jurisprudence citée par l'appellant pour établir que l'irrecevabilité prévue par la loi ne devrait pas s'appliquer n'avait rien en commun avec la présente affaire—La décision dont on cherchait à faire appel n'était pas un acte judiciaire dissociable de l'instance prévue à l'art. 77, mais elle a plutôt été rendue dans le cours de la gestion de l'instance introduite en vertu de l'art. 77—Par conséquent, cette décision ne pouvait en être dissociée—Il n'y avait rien en l'espèce qui justifierait la Cour d'appel fédérale de ne pas respecter l'irrecevabilité prévue par la loi—Le fait de mettre la décision de la Cour fédérale à l'abri du contrôle de l'appellant ne porterait pas atteinte au principe de la primauté du droit, ni ne minerait la confiance du public envers la bonne administration de la justice—Permettre au présent appel de suivre son cours se solderait par une fragmentation inacceptable d'une instance au cours de laquelle la Cour fédérale est appelée à se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat et obligerait la Cour à rendre une décision sur la base d'un fondement factuel qui est incomplet—Appel annulé.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### Warman v. Tremaine (F.C.A.) ..... 109

Practice—Contempt of Court—Appeal from Federal Court decision dismissing contempt proceedings against respondent—Canadian Human Rights Tribunal ordering respondent Tremaine, white supremacist, to cease communicating hate messages on Internet—Respondent not notified that Tribunal order filed with Federal Court pursuant to *Canadian Human Rights Act*, s. 57—Messages not removed from Internet, others posted—Federal Court finding respondent in contempt of Tribunal, not of Federal Court—Applying civil contempt test in *Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)*, finding respondent unaware of filing—Whether Federal Court could hold, in context of Act, s. 57 filing, that knowledge of Tribunal order alone not giving rise to finding of contempt—Federal Court erring in holding that violation of Tribunal order not contempt of Court—Whether order enforced under Act, s. 57 order of Tribunal or Federal Court—S. 57 allowing decisions of lower tribunals to be enforced—Tribunal order enforced as though Federal Court order—No legislative requirement to give notice of registration—Knowledge of order only prerequisite with respect to civil contempt test—Appeal allowed—*Per* Pelletier J.A. (dissenting): Upon filing, Tribunal order becoming order of Federal Court for purposes of enforcement—Otherwise, Tribunal order by itself could not engage *Federal Courts Rules*, r. 466(b) requiring breach of an order or other constraining measure of the Court—Person having to be notified of filing with Federal Court before being found in contempt thereof—Such reasoning not inconsistent with *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*—Respondent not in contempt of Court for acts committed prior to knowledge of filing—Notice of filing not mere technicality, important to administration of justice.

Human Rights—Judgments and orders—Enforcement—Canadian Human Rights Tribunal ordering respondent

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### Warman c. Tremaine (C.A.F.) ..... 109

Pratique—Outrage au tribunal—Appel d'un jugement de la Cour fédérale rejetant la procédure d'outrage contre l'intimé—Le Tribunal canadien des droits de la personne a ordonné à l'intimé Tremaine, tenant de la suprématie blanche, de cesser de communiquer de la propagande haineuse sur Internet—Il n'a pas été signifié à l'intimé qu'une ordonnance du Tribunal avait été déposée au greffe de la Cour fédérale en vertu de l'art. 57 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—Les messages n'ont pas été enlevés du site Internet, et d'autres y ont été affichés—La Cour fédérale a conclu que l'intimé a commis un outrage au Tribunal, mais non à la Cour fédérale—Le critère de l'outrage civil, exposé dans l'arrêt *Services aux enfants et adultes de Prescott-Russell c. G. (N.)*, a été appliqué, et la Cour a conclu que l'intimé n'était pas au courant du dépôt de l'ordonnance—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale pouvait dire, dans le cas où une ordonnance a été déposée en vertu de l'art. 57 de la Loi, que la connaissance de l'ordonnance du Tribunal ne saurait, à elle seule, autoriser une conclusion d'outrage—La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la violation de l'ordonnance du Tribunal ne pouvait donner lieu à une conclusion d'outrage—Il s'agissait de déterminer si l'ordonnance exécutée en vertu de l'art. 57 était l'ordonnance du Tribunal ou celle de la Cour—L'art. 57 autorise l'exécution des décisions des tribunaux d'instance inférieure—L'ordonnance du Tribunal est exécutée comme si elle était une ordonnance de la Cour fédérale—Il n'existe aucune exigence légale selon laquelle l'avis d'enregistrement doit être signifié—La connaissance de l'ordonnance du Tribunal est la seule exigence en tant que critère de l'outrage civil—Appel accueilli—Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) : Après dépôt de l'ordonnance à la Cour fédérale, l'ordonnance du Tribunal devient une ordonnance judiciaire aux fins de son exécution—Sinon, l'ordonnance du Tribunal ne pourrait pas, en elle-même, faire intervenir l'art. 466(b) des *Règles des Cours fédérales*, qui requiert la désobéissance à une ordonnance ou à un autre moyen de contrainte de la Cour—Il faut que le dépôt d'une ordonnance au greffe de la Cour fédérale soit signifié à une personne avant que celle-ci puisse être reconnue coupable d'outrage au tribunal—Ce raisonnement n'est pas incompatible avec l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*—Les actes commis par l'intimé avant qu'il n'apprenne le dépôt de l'ordonnance ne sauraient autoriser une conclusion d'outrage—La signification d'un avis de dépôt n'est pas un simple point de détail; elle est importante pour l'administration de la justice.

Droits de la personne—Jugements et ordonnances—Exécution—Le Tribunal canadien des droits de la personne

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Tremaine, white supremacist, to cease communicating hate messages on Internet—Respondent not notified that Tribunal order filed with Federal Court pursuant to *Canadian Human Rights Act*, s. 57—Messages not removed from Internet, others posted—Federal Court finding respondent in contempt of Tribunal, not of Federal Court—Whether order enforced under Act, s. 57 order of Tribunal or Federal Court—S. 57 allowing decisions of lower tribunals to be enforced—Tribunal order enforced as though Federal Court order—No legislative requirement to give notice of registration—Knowledge of order only prerequisite with respect to civil contempt test.

## SOMMAIRE (Fin)

ordonne à l'intimé Tremaine, tenant de la suprématie blanche, de cesser de communiquer de la propagande haineuse sur Internet—Il n'a pas été signifié à l'intimé qu'une ordonnance du Tribunal avait été déposée au greffe de la Cour fédérale, en vertu de l'art. 57 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—Les messages n'ont pas été enlevés du site Internet, et d'autres y ont été affichés—La Cour fédérale a conclu que l'intimé a commis un outrage au Tribunal, mais non à la Cour fédérale—Il s'agissait de déterminer si l'ordonnance exécutée en vertu de l'art. 57 était l'ordonnance du Tribunal ou celle de la Cour fédérale—L'art. 57 autorise l'exécution des décisions des tribunaux d'instance inférieure—L'ordonnance du Tribunal est exécutée comme si elle était une ordonnance de la Cour fédérale—Il n'existe aucune exigence légale selon laquelle l'avis d'enregistrement doit être signifié—La connaissance de l'ordonnance du Tribunal est la seule exigence en tant que critère de l'outrage civil.

**Federal Courts  
Reports**

**2013, Vol. 3, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2013, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-370-10  
2011 FCA 270

A-370-10  
2011 CAF 270

**CIBC World Markets Inc.** (*Appellant*)

**CIBC World Markets Inc.** (*appelante*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

**INDEXED AS: CIBC WORLD MARKETS INC. v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : CIBC WORLD MARKETS INC. c. CANADA**

Federal Court of Appeal, Sharlow, Layden-Stevenson and Stratas JJ.A.—Toronto, September 21; Ottawa, September 30, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Layden-Stevenson et Stratas, J.C.A.—Toronto, 21 septembre; Ottawa, 30 septembre 2011.

*Customs and Excise — Excise Tax Act — Goods and services tax — Input tax credits — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision rejecting second claim for input tax credits at higher level for same taxation years — Appellant adopting method for claiming input tax credits, complying with Excise Tax Act, s. 141.01(5) — Filing second claim for same years using different method — T.C.C. rejecting claim on basis of fiscal certainty, revised method offending s. 141.01(5) — Whether more than one claim permitted, whether revised method contrary to s. 141.01(5) — Appellant entitled to change method, claim additional input tax credits as long as same amount not claimed twice — Prohibiting later claim using previously accepted method not compelled by Act — Fiscal certainty achieved otherwise in Act — No express words in Act of irrevocable election concerning choice of method — S. 141.01(5) not requiring same method be used throughout year, merely requiring consistency throughout year whenever particular method chosen — Appeal allowed.*

*Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Taxe sur les produits et services — Crédits de taxe sur les intrants — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) rejetant une deuxième demande de crédits de taxe sur les intrants, plus élevés, pour les mêmes années d'imposition — L'appelante a adopté une méthode, pour demander les crédits de taxe sur les intrants, qui respecte l'art. 141.01(5) de la Loi sur la taxe d'accise — Elle a présenté une deuxième demande pour les mêmes années d'imposition, en employant une méthode différente — La C.C.I. a rejeté la demande pour des motifs de certitude sur le plan fiscal et que l'utilisation d'une méthode révisée contreviendrait à l'art. 141.01(5) — Il s'agissait de déterminer s'il est possible de présenter plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants et si l'emploi d'une méthode révisée contrevient à l'art. 141.01(5) — L'appelante avait le droit de modifier sa méthode et de demander des crédits de taxe sur les intrants supplémentaires, si le même montant n'est pas demandé deux fois — Interdire une demande ultérieure fondée sur une méthode auparavant acceptée n'est exigé par aucune disposition de la Loi — La certitude sur le plan fiscal est réalisée autrement, aux termes de la Loi — Il n'existe aucun libellé explicite dans la Loi faisant état d'un choix irrévocable concernant la méthode — L'art. 141.01(5) n'exige pas que la même méthode soit suivie tout au long d'un exercice; il exige simplement une cohérence tout au long de l'année lorsqu'une méthode est choisie — Appel accueilli.*

*Construction of Statutes — Tax Court of Canada (T.C.C.) rejecting second claim for input tax credits — Excise Tax Act not expressly prohibiting more than one claim for input tax credits for same taxation year — No express words in Act of irrevocable election concerning choice of method — S. 141.01(5) not requiring same method be used throughout year, merely requiring consistency throughout year whenever particular method chosen.*

*Interprétation des lois — La Cour canadienne de l'impôt a rejeté une deuxième demande de crédits de taxe sur les intrants — La Loi sur la taxe d'accise n'interdit pas expressément la présentation de plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants pour une même année d'imposition — Il n'existe aucun libellé explicite dans la Loi faisant état d'un choix irrévocable concernant la méthode — L'art. 141.01(5) n'exige pas que la même méthode soit suivie tout au long d'un exercice;*

This was an appeal from a Tax Court of Canada (T.C.C.) decision rejecting the appellant's second claim for input tax credits at a higher level for the same two taxation years.

The appellant, which is engaged in commercial activities, adopted a particular method in the relevant taxation years for determining what portion of the GST it had paid was claimable as input tax credits. The appellant's initial input tax credit claims complied with subsection 141.01(5) of the *Excise Tax Act* and were accepted by the respondent. The appellant filed a second claim for input tax credits within the applicable limitation period under subsection 225(4) of the Act using a different method for the same relevant taxation years, seeking a higher level than previously claimed. The T.C.C. accepted the respondent's reasoning that, for fiscal certainty, the Act permits only one claim for input tax credits to be made for a taxation year, and that the use of a revised method offends the requirement in subsection 141.01(5) that a particular method be "used consistently throughout the year".

At issue were whether more than one claim for input tax credits can be made in the same taxation year and whether it is contrary to subsection 141.01(5) of the Act to use a revised method.

*Held*, the appeal should be allowed.

The appellant was entitled, within the limitation period, to change its method for the relevant taxation years and claim additional input tax credits. The Act does not expressly prohibit more than one claim for input tax credits concerning the same taxation year. Subsection 225(3) of the Act contemplates that more than one claim for a taxation year may be made at different times as long as the same amount is not claimed twice. The respondent considered both of the appellant's methods to be "fair and reasonable" under subsection 141.01(5). Prohibiting a later claim based on a method that was accepted works a harsh result that is not compelled by anything in the Act. "Fiscal certainty" is not an objective that suffices the entire Act. That objective is achieved through the Act's various deadlines and limitation periods. Making more than one claim for input tax credits within the prescribed deadlines does not implicate any meaningful policy objectives in the Act. Parliament has not used express words of

*elle exige simplement une cohérence tout au long de l'année lorsqu'une méthode est choisie.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.), rejetant la deuxième demande présentée par l'appelante relativement à des crédits de taxe sur les intrants plus élevés pour les deux mêmes années d'imposition.

L'appelante, qui exerce des activités commerciales, a adopté une méthode particulière pendant les années d'imposition en cause, pour établir la portion de la TPS qu'elle pouvait demander au titre de crédits de taxe sur les intrants à l'égard de la TPS qu'elle avait payée. La première demande de crédits de taxe sur les intrants présentée par l'appelante respectait le paragraphe 141.01(5) de la *Loi sur la taxe d'accise* et a été acceptée par l'intimée. L'appelante a présenté une deuxième demande de crédits de taxe sur les intrants à l'intérieur des délais de prescription applicables prévus au paragraphe 225(4) de la Loi, en employant une méthode différente pour les mêmes années d'imposition, cherchant à obtenir un taux plus élevé que celui demandé auparavant. La C.C.I. a accepté le raisonnement de l'intimée, selon lequel, aux fins de certitude sur le plan fiscal, la Loi autorise seulement une demande de crédits de taxe sur les intrants pour une année d'imposition, et selon lequel l'utilisation d'une méthode révisée contreviendrait à l'exigence du paragraphe 141.01(5) de la Loi, qui prévoit qu'une méthode particulière doit être « suivie tout au long d'un exercice ».

Il s'agissait de déterminer s'il est possible de présenter plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants à l'égard de la même année d'imposition et si l'emploi d'une méthode révisée contrevient au paragraphe 141.01(5) de la Loi.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

L'appelante avait le droit, à l'intérieur de la période de prescription, de modifier sa méthode à l'égard des années d'imposition en cause et de demander des crédits de taxe sur les intrants supplémentaires. La Loi n'interdit pas expressément la présentation de plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants à l'égard de la même année d'imposition. Le paragraphe 225(3) de la Loi permet d'envisager la possibilité que plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants puisse être présentée à l'égard de la même année d'imposition, à différents moments, dans la mesure où le même montant n'est pas demandé deux fois. L'intimée a estimé que les deux méthodes de l'appelante étaient « justes et raisonnables » en vertu du paragraphe 141.01(5) de la Loi. Interdire une demande ultérieure fondée sur une méthode qui avait été acceptée donne lieu à une conséquence fâcheuse qu'aucune disposition de la Loi n'exige. La « certitude sur le plan fiscal » n'est pas un objectif qui imprègne la Loi toute



irrevocable election in the Act concerning the taxpayer's choice of method in claiming input tax credits. Finally, the T.C.C.'s reading of subsection 141.01(5) that a GST registrant is required to select a method at the beginning of a fiscal year and to use that method consistently until the end of the year does not reflect what is permitted in the Act. Subsection 141.01(5) merely requires consistency throughout the year whenever a method is chosen. The appellant's first method was used consistently throughout the relevant taxation years, as was its second method.

entière. Cet objectif est réalisé au moyen des diverses échéances et périodes de prescription énoncées dans la Loi. La présentation de plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants dans les délais prescrits ne fait intervenir aucun objectif de politique significatif qui est présent dans la Loi. Le législateur n'a pas utilisé de termes explicites faisant état d'un choix irrévocable du contribuable concernant la méthode de présentation de la demande de crédits de taxe sur les intrants. Enfin, l'interprétation que fait la C.C.I. du paragraphe 141.01(5), selon laquelle l'inscrit aux fins de la TPS est tenu de choisir une méthode au début d'un exercice et de suivre ensuite cette méthode jusqu'à la fin de l'exercice, ne reflète pas ce que la Loi permet. Le paragraphe 141.01(5) exige simplement une cohérence tout au long de l'année lorsqu'une méthode est choisie. La première méthode choisie par l'appelante a été suivie tout au long des années d'imposition en cause, comme ce fut le cas pour la deuxième méthode.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 141.01(5) (as enacted by S.C. 1994, c. 9, s. 4; 1997, c. 10, ss. 5, 156; 2010, c. 12, s. 56), 141.02(16)(b) (as enacted *idem*, c. 12, s. 57), (17) (as enacted *idem*), 165(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 2007, c. 35, s. 184), 225(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1997, c. 10, s. 44; 2006, c. 4, s. 137), (4) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1997, c. 10, s. 44), 261 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 116; 1997, c. 10, s. 71).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215.

##### REFERRED TO:

*Victoria and Albert Museum Trustees v. Customs and Excise Commissioners*, [1996] S.T.C. 1016 (Q.B.).

#### AUTHORS CITED

Canada. Department of Finance. *Goods and Services Tax: Technical Paper*. Ottawa: Department of Finance, 1989.  
 Canada. Department of Finance. *Legislative Proposals, Draft Regulations and Explanatory Notes Relating to the Excise Tax Act*, September 2009, online: <<http://www.fin.gc.ca/drleg-apl/ETA09-eng.pdf>>.  
 Canada Revenue Agency. *GST/HST Memoranda Series, 8.1: General Eligibility Rules*, May 2005, online: <<http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/gm/8-1/8.1-f.pdf>>.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 141.01(5) (édicte par L.C. 1994, ch. 9, art. 4; 1997, ch. 10, art. 5, 156; 2010, ch. 12, art. 56), 141.02(16)(b) (édicte, *idem*, art. 57), (17) (édicte, *idem*), 165(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 2007, ch. 35, art. 184), 225(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1997, ch. 10, art. 44; 2006, ch. 4, art. 137), (4) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1997, ch. 10, art. 44), 261 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 116; 1997, ch. 10, art. 71).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

##### DÉCISION CITÉE :

*Victoria and Albert Museum Trustees v. Customs and Excise Commissioners*, [1996] S.T.C. 1016 (Q.B.).

#### DOCTRINE CITÉE

Agence du revenu du Canada, *Série des mémorandums sur la TPS/TVH, 8.1 : Règles générales d'admissibilité*, mai 2005, en ligne : <<http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/gm/8-1/8.1-f.pdf>>.  
 Canada. Ministère des Finances. *Propositions législatives, avant-projet de règlement et notes explicatives concernant la Loi sur la taxe d'accise*, septembre 2009, en ligne : <<http://www.fin.gc.ca/drleg-apl/ETA09-fra.pdf>>.

[www.cra-arc.gc.ca/E/pub/gm/8-1/8-1-e.pdf](http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/gm/8-1/8-1-e.pdf).  
VAT Notice 706, *Partial Exemption*, December 2006.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2010 TCC 460, [2010] G.S.T.C. 134, 2010 G.T.C. 94) rejecting the appellant's second claim for input tax credits at a higher level for the same two taxation years. Appeal allowed.

#### APPEARANCES

*Alnasir Meghji* and *Martha MacDonald* for appellant.  
*Marilyn Vardy, Darren Prevost* and *Craig Maw* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] STRATAS J.A.: This is an appeal from the judgment of the Tax Court of Canada (*per Rip C.J.*), 2010 TCC 460, [2010] G.S.T.C. 134.

[2] CIBC World Markets Inc. filed a goods and services tax (GST) return under the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 claiming input tax credits for two taxation years, 1998 and 1999. Later, using a different method, it made a second claim, seeking input tax credits at a higher level for the same two taxation years. The Minister rejected CIBC World Markets' second claim on the basis that the Act did not allow a second claim based on a different method.

Canada. Ministère des Finances. *Taxes sur les produits et services : document technique*. Ottawa : Ministère des Finances, 1989.

VAT Notice 706, *Partial Exemption*, décembre 2006.

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2010 CCI 460) rejetant la deuxième demande de crédits de taxe sur les intrants présentée par l'appelante, qui étaient plus élevés, pour les deux mêmes années d'imposition. Appel accueilli.

#### ONT COMPARU

*Alnasir Meghji* et *Martha MacDonald* pour l'appelante.  
*Marilyn Vardy, Darren Prevost* et *Craig Maw* pour l'intimée.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Il s'agit d'un appel formé à l'encontre du jugement de la Cour canadienne de l'impôt (le juge en chef Rip) portant la référence 2010 CCI 460.

[2] CIBC World Markets Inc. a déposé une déclaration de taxes sur les produits et services en application de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, dans laquelle elle demandait des crédits de taxe sur les intrants pour deux années d'imposition, 1998 et 1999. Plus tard, employant une méthode différente, elle a présenté une deuxième demande par laquelle elle cherchait à obtenir des crédits de taxe sur les intrants plus élevés pour les deux mêmes années d'imposition. Le ministre a rejeté la deuxième demande de CIBC World Markets au motif que la Loi n'autorisait pas la présentation d'une deuxième demande fondée sur une méthode différente.

[3] The Tax Court of Canada interpreted the GST provisions of the Act and agreed with the Minister. CIBC World Markets appeals to this Court.

[4] There are no words in the GST provisions of the Act that expressly allow a GST registrant, such as CIBC World Markets, to make a second claim for input tax credits concerning a taxation year using a different method. But, in my view, the general scheme and purpose of the GST provisions of the Act support the ability of CIBC World Markets to make such a claim, and there is no statutory wording to the contrary. Therefore, I would allow the appeal.

#### A. The statutory scheme: an overview

[5] I shall begin with a broad, conceptual review of the general scheme and purpose of the GST provisions of the Act. This will provide context for interpreting the specific provisions at issue in this appeal.

##### (1) The purpose of the GST provisions of the Act

[6] The GST is a consumption tax. The GST provisions of the Act show that it is meant to be paid by the final consumers of goods and services. An early technical paper issued by the Minister on the GST confirms this: Canada, Department of Finance, *Goods and Services Tax: Technical Paper* (Ottawa: Department of Finance, 1989).

##### (2) The key liability provision: subsection 165(1) of the Act

[7] Subsection 165(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 2007, c. 35, s. 184] of the Act sets out a general rule: those who receive services or property, such as goods, in the course of a commercial activity (known

[3] La Cour canadienne de l'impôt a interprété les dispositions de la Loi relatives à la TPS et était d'accord avec le ministre. CIBC World Markets interjette appel devant notre Cour.

[4] Aucun terme des dispositions de la Loi relatives à la TPS n'autorise expressément un inscrit aux fins de la TPS, comme CIBC World Markets, à présenter une deuxième demande de crédits de taxe sur les intrants à l'égard d'une année d'imposition en utilisant une méthode différente. Toutefois, à mon avis, le régime général et l'objet des dispositions de la Loi relatives à la TPS permettent à CIBC World Markets de présenter une telle demande et le texte de la Loi ne l'empêche nulle part. J'accueillerais donc l'appel.

#### A. Aperçu du régime législatif

[5] Je commencerai par un aperçu général des notions du régime dans son ensemble et de l'objet des dispositions de la Loi relatives à la TPS, fournissant ainsi le contexte pour interpréter les dispositions particulières en cause dans le présent appel.

##### 1) L'objet des dispositions de la Loi relatives à la TPS

[6] La TPS est une taxe à la consommation. Les dispositions de la Loi relatives à la TPS indiquent que le législateur voulait qu'elle soit payée par les consommateurs finaux des produits et des services. Le ministre a publié il y a plusieurs années un document technique sur la TPS qui le confirme (Canada, Ministère des Finances, *Taxe sur les produits et services : document technique*, Ottawa : Ministère des Finances, 1989).

##### 2) La disposition clé en matière d'assujettissement : le paragraphe 165(1) de la Loi

[7] Le paragraphe 165(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 2007, ch. 35, art. 184] de la Loi énonce une règle générale : ceux qui reçoivent des services ou des biens, comme des produits, dans le cadre d'une activité

under the Act as a “taxable supply”) are liable to pay GST.

commerciale (appelés dans la Loi une « fourniture taxable ») sont tenus de payer la TPS.

### (3) Who is subject to GST

### 3) Qui est assujéti à la TPS

[8] The general rule in subsection 165(1) of the Act applies to all, even those who are not final consumers.

[8] La règle générale exposée au paragraphe 165(1) de la Loi s’applique à tous, même à ceux qui ne sont pas les consommateurs finaux.

[9] In particular, each recipient of taxable goods and services is potentially liable to pay GST, even if it, as an intermediary, ultimately delivers those goods and services to others. For example, a wholesaler may supply goods to a retailer who supplies them to a consumer. The retailer is liable to pay GST under the general rule in subsection 165(1).

[9] Plus précisément, chaque acquéreur de biens et services taxables est potentiellement tenu de payer la TPS, même si, en tant qu’intermédiaire, il livre au bout du compte ces biens et services à d’autres. À titre d’exemple, un grossiste peut fournir des biens à un détaillant qui les fournit à son tour à un consommateur. Le détaillant est tenu de payer la TPS en vertu de la règle générale prévue au paragraphe 165(1).

[10] Were the matter left there, the GST would lose its character as a consumption tax imposed on the final consumers of goods and services. It would attach, full force, to each party in a chain of transactions culminating in the final receipt by consumers.

[10] Si le mécanisme s’arrêtaît là, la TPS perdrait sa nature de taxe à la consommation imposée aux consommateurs finaux de biens et de services. Elle s’attacherait, pleinement, à chaque partie dans une série de transactions culminant avec la réception finale par les consommateurs.

### (4) Input tax credits: the general concept

### 4) Crédit de taxe sur les intrants : le concept général

[11] One way in which the Act prevents this consequence is by giving parties credits for “inputs” that they receive.

[11] La Loi empêche cette conséquence en donnant aux parties des crédits pour les « intrants » qu’elles reçoivent.

[12] For example, for the purpose of the selling of goods to consumers, a retailer might receive “inputs”, such as inventory. That “input” to the retailer is necessary in order for it to make a supply of the goods to the consumer. Depending on the particular business, there may be all sorts of necessary “inputs”.

[12] À titre d’exemple, en vue de vendre des produits à des consommateurs, un détaillant peut recevoir des « intrants », tels que des stocks. Le détaillant a besoin de ces « intrants » pour effectuer une fourniture de biens au consommateur. Selon l’activité commerciale particulière, il peut y avoir toutes sortes d’« intrants » nécessaires.

[13] Obviously, if, in the example above, the retailer were not given credit for the GST paid on inputs needed for the making of a taxable supply of goods to a consumer, the GST would be imposed full force on it and, for that matter, on every intermediary in the chain of

[13] Évidemment, si dans l’exemple ci-dessus le détaillant ne recevait pas un crédit pour la TPS payée sur les intrants nécessaires pour effectuer une fourniture taxable de produits à un consommateur, la TPS serait imposée en entier au détaillant et, du reste, à tous les

distribution. If that happened, the GST would lose its character as a consumption tax imposed on the final consumer of goods and services.

[14] To achieve the purpose of taxing the final consumers of goods and services, the Act allows tax credits for inputs received by parties to make an onward taxable supply. These credits are called input tax credits [ITCs].

[15] The input tax credits, as explained above, ensure that the fundamental character of the GST as a consumption tax on final consumers is maintained. In the words of the Minister (Canada Revenue Agency, *GST/HST Memoranda Series, 8.1: General Eligibility Rules* (May 2005), at paragraph 1):

A fundamental principle underlying the GST/HST is that no tax should be included in the cost of property and services acquired, imported or brought into a participating province by a registrant to make taxable supplies ... in the course of the commercial activities of the registrant. To ensure that a property or service consumed, used or supplied in the course of commercial activities effectively bears no GST/HST, registrants are generally eligible to claim an input tax credit (ITC) for the GST/HST paid or payable on such property or service. Consequently, the ITC enables each registrant to recover the tax incurred in that registrant's stage of the production and distribution process.

(5) Input tax credits: a further complication

[16] A further complication needs to be mentioned. Some supplies under the Act are not taxable, because they do not fall under subsection 165(1) of the Act, or they are otherwise exempt under the Act.

[17] A person may be a supplier of both taxable and exempt goods or services, but is entitled to input tax credits only for inputs relating to the taxable supplies.

intermédiaires dans la chaîne de distribution. Si cela se produisait, la TPS perdrait sa nature de taxe à la consommation imposée au consommateur final de biens et de services.

[14] Pour réaliser l'objet de taxer les consommateurs finaux de biens et de services, la Loi autorise des crédits de taxe pour les intrants que les parties reçoivent en vue d'effectuer une fourniture taxable. Ces crédits sont appelés crédits de taxe sur les intrants [CTI].

[15] Comme nous l'avons vu, ces crédits de taxe sur les intrants permettent de préserver le caractère fondamental de la TPS à titre de taxe à la consommation imposée aux consommateurs finaux. Selon les mots du ministre (Agence du revenu du Canada, *Série des mémorandums sur la TPS/TVH, 8.1 : Règles générales d'admissibilité*, mai 2005, au paragraphe 1) :

Selon un principe fondamental sous-tendant la TPS/TVH, aucune taxe ne devrait être incorporée dans le prix de biens et de services qu'un inscrit acquiert, importe ou transfère dans une province participante en vue d'effectuer des fournitures taxables [...] dans le cadre de ses activités commerciales. Afin de voir à ce qu'un bien ou un service consommé, utilisé ou fourni dans le cadre d'activités commerciales ne soit pas assujéti à la TPS/TVH, les inscrits ont le droit de demander un CTI pour la TPS/TVH payée ou exigible sur un tel bien ou service. Les CTI permettent donc à chaque inscrit de récupérer la taxe engagée à son étape du processus de production et de distribution.

5) Les crédits de taxe sur les intrants : une complication supplémentaire

[16] Une autre complication doit être mentionnée. Aux termes de la Loi, certaines fournitures ne sont pas taxables, soit parce qu'elles ne sont pas visées par le paragraphe 165(1) de la Loi, soit parce qu'elles sont autrement exemptées en vertu de la Loi.

[17] Il se peut qu'une personne soit le fournisseur de biens et de services à la fois taxables et exemptés, mais il a droit à des crédits de taxe sur les intrants uniquement à l'égard des intrants se rapportant aux fournitures taxables.

[18] Where a person is a supplier of both taxable and exempt supplies, a method must be found to limit the claim for input tax credits to reflect only goods and services acquired or used for making taxable supplies.

[19] The Act solves this problem by allowing parties (in subsection 141.01(5) [as enacted by S.C. 1994, c. 9, s. 4; 1997, c. 10, ss. 5, 156; 2010, c. 12, s. 56]) to adopt a general allocation method.

[20] Not all methods are acceptable. Subsection 141.01(5) provides that the method must be “fair and reasonable” and must “be used consistently by the person throughout the year.” Subsection 141.01(5) reads as follows:

**141.01 ...**

Method of determining extent of use, etc.

(5) Subject to section 141.02, the methods used by a person in a fiscal year to determine

(a) the extent to which properties or services are acquired, imported or brought into a participating province by the person for the purpose of making taxable supplies for consideration or for other purposes, and

(b) the extent to which the consumption or use of properties or services is for the purpose of making taxable supplies for consideration or for other purposes,

shall be fair and reasonable and shall be used consistently by the person throughout the year.

[21] There are also limitation periods or deadlines for the making of claims for input tax credits: see the Act, subsection 225(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1997, c. 10, s. 44]. As well, double counting is prohibited—an amount should not be included in a claim for input tax credits if the amount claimed has already been included in a previous claim: see the Act, subsection 225(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1997, c. 10, s. 44; 2006, c. 4, s. 137].

[18] Dans le cas où une personne est un fournisseur à la fois de fournitures taxables et exemptées, il est nécessaire de trouver une méthode limitant la demande de crédits de taxe sur les intrants pour refléter uniquement les biens et services acquis ou utilisés pour effectuer des fournitures taxables.

[19] La Loi résout ce problème en autorisant les parties, au paragraphe 141.01(5) [édicte par L.C. 1994, ch. 9, art. 4; 1997, ch. 10, art. 5, 156; 2010, ch. 12, art. 56], à adopter une méthode d'allocation générale.

[20] Toutes les méthodes ne sont pas acceptables. Le paragraphe 141.01(5) prévoit que la méthode doit être « [juste] et [raisonnable] » et qu'elle doit être « [suivie] tout au long d'un exercice ». Le paragraphe 141.01(5) est rédigé comme suit :

**141.01 [...]**

(5) Sous réserve de l'article 141.02, seules des méthodes justes et raisonnables et suivies tout au long d'un exercice peuvent être employées par une personne au cours de l'exercice pour déterminer la mesure dans laquelle :

Méthodes de mesure de l'utilisation

a) la personne acquiert, importe ou transfère dans une province participante des biens ou des services afin d'effectuer une fourniture taxable pour une contrepartie ou à d'autres fins;

b) des biens ou des services sont consommés ou utilisés en vue de la réalisation d'une fourniture taxable pour une contrepartie ou à d'autres fins.

[21] La présentation des demandes de crédits de taxe sur les intrants est aussi assujettie à des périodes de prescription et à des échéances (voir le paragraphe 225(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1997, ch. 10, art. 44] de la Loi). De même, la double prise en compte est interdite : un montant ne devrait pas être inclus dans une demande de crédits de taxe sur les intrants si le montant demandé a déjà été inclus dans une demande antérieure (voir le paragraphe 225(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 45,

art. 12; 1997, ch. 10, art. 44; 2006, ch. 4, art. 137] de la Loi).

B. The facts of this case

[22] In this case, the appellant, CIBC World Markets engaged in commercial activities and was liable to pay GST. It was eligible to claim input tax credits for the GST it paid, but because not all of its supplies were taxable supplies, it was required to limit its input tax credit claims in the manner described above.

[23] It fell to CIBC World Markets to determine what portion of the GST it had paid was claimable as input tax credits. It adopted a particular method for determining this in the 1998 and 1999 tax years. Using this method, it calculated its input tax credits at 6.79 percent of the GST it paid in 1998 and 6.05 percent of the GST it paid in 1999. It filed returns for the 1998 and 1999 tax years, claiming these amounts.

[24] The Minister accepted these ITC claims as filed. In his view, CIBC World Markets' method in 1998 and 1999 complied with subsection 141.01(5) of the Act in that it was "fair and reasonable" and "used consistently ... throughout the year."

[25] In 2000, CIBC World Markets adopted a different method. This method resulted in a more favourable claim for input tax credits. It calculated its input tax credits at 25.07 percent of the GST it paid in 2000. The Minister accepted this input tax credit claim as filed. In his view, CIBC World Markets' method in 2000 complied with subsection 141.01(5) of the Act in that it was "fair and reasonable" and "used consistently ... throughout the year."

B. Les faits de la présente affaire

[22] Dans la présente affaire, l'appelante, CIBC World Markets, exerçait des activités commerciales et était tenue de payer la TPS. Elle était admissible à demander des crédits de taxe sur les intrants pour la TPS qu'elle payait. Cependant, comme toutes ses fournitures n'étaient pas des fournitures taxables, elle devait limiter les demandes de crédits de taxe sur les intrants de la façon décrite ci-dessus.

[23] Il incombait à CIBC World Markets d'établir la portion de TPS qu'elle pouvait demander au titre de crédits de taxe sur les intrants à l'égard de la TPS qu'elle avait payée. Elle a adopté une méthode particulière pour établir cette portion pour les années d'imposition 1998 et 1999. Au moyen de cette méthode, elle a calculé que ses crédits de taxe sur les intrants s'élevaient à 6,79 p. 100 pour la TPS qu'elle avait payée en 1998 et à 6,05 p. 100 pour la TPS qu'elle avait payée en 1999. Elle a déposé des déclarations pour les années d'imposition 1998 et 1999, dans lesquelles ces montants étaient demandés.

[24] Le ministre a fait droit aux demandes de CTI présentées. À son avis, la méthode employée par CIBC World Markets en 1998 et 1999 respectait le paragraphe 141.01(5) de la Loi en ce qu'elle était « [juste] et [raisonnable] » et avait été « [suivie] tout au long d'un exercice ».

[25] En 2000, CIBC World Markets a adopté une méthode différente. Cette méthode a donné lieu à une demande de crédits de taxe sur les intrants plus élevée. L'appelante a calculé ses crédits de taxe sur les intrants en fonction d'un taux de 25,07 p. 100 de la TPS payée en 2000. Le ministre a accepté la demande de crédits de taxe sur les intrants présentée. À son avis, la méthode employée par CIBC World Markets respectait le paragraphe 141.01(5) de la Loi en ce qu'elle était « [juste] et [raisonnable] » et avait été « [suivie] tout au long d'un exercice ».

[26] Using this different method, CIBC World Markets also made a second claim for input tax credits for the 1998 and 1999 taxation years, seeking a higher level than previously claimed. It made this second claim within the applicable limitation periods under subsection 225(4) for those years. It claimed only amounts over and above those claimed earlier in those years. In other words, it did not engage in any double counting within the meaning of subsection 225(3).

#### C. The Minister's position and the Tax Court of Canada's judgment

[27] The Minister rejected the claim for additional input tax credits for the 1998 and 1999 taxation years. There were two reasons underlying the Minister's position, both of which the Tax Court of Canada accepted:

- *Only "one kick at the can" is permitted.* In the Minister's view, the Act permits only one claim for input tax credits to be made for a taxation year. Colloquially put, the Act gives a GST registrant, such as CIBC World Markets, only one kick at the can, not two. The Tax Court of Canada agreed, noting that after a claim is made, "the tax authority will act on this information", and permitting revisions to a claim that is not subject to error "would permit fiscal uncertainty" (at paragraphs 32 and 35).

- *Subsection 141.01(5) of the Act.* The Minister contended that permitting CIBC World Markets to use a revised method would offend the requirement in subsection 141.01(5) of the Act that a particular method be "used consistently throughout the year." The Tax Court of Canada agreed (at paragraphs 44 and 45).

#### D. Analysis

[28] As mentioned above, this appeal turns upon the proper interpretation of certain provisions of the Act.

[26] En employant cette méthode différente, CIBC World Markets a également présenté une deuxième demande de crédits de taxe sur les intrants pour les années d'imposition 1998 et 1999, cherchant à obtenir un taux plus élevé que celui demandé auparavant. Elle a présenté sa deuxième demande à l'intérieur des délais de prescription applicables prévus au paragraphe 225(4) pour les années en cause. Elle demandait uniquement les sommes excédant celles demandées auparavant à l'égard de ces années. En d'autres mots, elle n'a pas fait une double prise en compte au sens du paragraphe 225(3).

#### C. La position du ministre et le jugement de la Cour canadienne de l'impôt

[27] Le ministre a rejeté la demande de crédits de taxe sur les intrants supplémentaires pour les années d'imposition 1998 et 1999. La position du ministre reposait sur deux motifs qui ont tous deux été acceptés par la Cour canadienne de l'impôt :

- *« Une seule prise » est autorisée.* De l'avis du ministre, la Loi autorise seulement une demande de crédits de taxe sur les intrants pour une année d'imposition. Autrement dit, un inscrit aux fins de la TPS, comme CIBC World Markets, a droit à une seule prise et non pas à deux. La Cour canadienne de l'impôt était d'accord, indiquant qu'après la présentation d'une demande, « le fisc se fonde sur ce renseignement » et que permettre de réviser une demande qui n'est entachée d'aucune erreur « serait source d'incertitude sur le plan fiscal » (aux paragraphes 32 et 35).

- *Le paragraphe 141.01(5) de la Loi.* Le ministre a soutenu que permettre à CIBC World Markets d'utiliser une méthode révisée contreviendrait à l'exigence du paragraphe 141.01(5) de la Loi selon laquelle une méthode particulière doit être « [suivie] tout au long d'un exercice ». La Cour canadienne de l'impôt était d'accord (aux paragraphes 44 et 45).

#### D. Analyse

[28] Comme nous l'avons vu, le présent appel vise l'interprétation qu'il convient de donner à certaines



[29] In *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10, the Supreme Court of Canada prescribed the proper approach for interpreting taxation statutes:

The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words plays a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

With this approach in mind, I turn now to the two issues before us.

- (1) Can more than one claim for input tax credits in the same taxation year be made?

[30] In my view they can. There are several reasons which, taken together, lead to this conclusion.

– I –

[31] There are no words in the text of the Act that prohibit more than one claim for input tax credits concerning the same taxation year.

– II –

[32] In fact, there are words in the Act, specifically in subsection 225(3) of the Act, that contemplate the possibility that more than one claim for input tax credits can be made concerning the same taxation year.

dispositions de la Loi.

[29] Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10, la Cour suprême du Canada a prescrit l'approche applicable à l'interprétation des lois fiscales :

L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

Gardant cette approche à l'esprit, j'examinerai maintenant les deux questions dont la Cour est saisie.

- 1) Est-il possible de présenter plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants à l'égard de la même année d'imposition?

[30] À mon avis, il est possible de le faire. Il existe plusieurs motifs qui, pris ensemble, mènent à cette conclusion.

– I –

[31] Rien dans le texte de la Loi n'interdit plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants à l'égard de la même année d'imposition.

– II –

[32] En fait, la Loi contient des dispositions, plus précisément au paragraphe 225(3) de la Loi, qui permettent d'envisager la possibilité que plus d'une demande de crédits de taxe sur les intrants puisse être présentée à l'égard de la même année d'imposition.

[33] Subsection 225(3) of the Act provides that a GST registrant cannot claim twice for the same amount—double counting is prohibited. Specifically, it provides that “[a]n amount shall not be included ... to the extent that the amount was claimed or included as an input tax credit ... in determining the net tax for a preceding reporting period”. This wording specifically refers to “preceding reporting period[s]” and contemplates that more than one claim for a taxation year may be made at different times as long as the same amount is not claimed twice. Thus, a GST registrant who paid \$5 GST on a \$100 purchase of office supplies cannot claim \$5 in input tax credits in one return and then claim the same \$5 in a second return. But nothing bars it from claiming \$2 in one return and \$3 in a second return, as long as both returns are filed within the statutory limitation period. This is exactly the sort of thing that CIBC World Markets has done here, and it has not engaged in any double counting.

– III –

[34] The respondent submits that CIBC World Markets was not acting under any error when it adopted its first method. It observes that the second method was “better” for CIBC World Markets, but was not necessarily the more accurate or appropriate of the two.

[35] That may be so, but that takes nothing away from the fact that the Minister considered both methods to be “fair and reasonable” under subsection 141.01(5) of the Act. Prohibiting a later claim based on a method that has been accepted as “fair and reasonable” works a harsh result that, in my view, is not compelled by anything in the Act.

[33] Le paragraphe 225(3) de la Loi prévoit qu’un inscrit aux fins de la TPS ne peut pas demander deux fois le même montant; la double prise en compte est interdite. Plus particulièrement, le paragraphe prévoit qu’« [u]n montant n’est pas à inclure [...] dans la mesure où il a été demandé ou inclus à titre de crédit de taxe sur les intrants [...] dans le calcul de la taxe nette pour une période de déclaration antérieure ». Ce libellé renvoie précisément à des « période[s] de déclaration[s] antérieure[s] » et permet de penser que plus d’une demande à l’égard d’une année d’imposition peut être présentée à différents moments dans la mesure où le même montant n’est pas demandé deux fois. Ainsi, un inscrit aux fins de la TPS qui a payé 5 \$ de TPS sur un achat de fournitures de bureau de 100 \$ ne peut pas demander 5 \$ de crédits de taxe sur les intrants dans une déclaration et ensuite réclamer le même montant de 5 \$ dans une deuxième déclaration. Rien ne l’empêche toutefois de demander 2 \$ dans une déclaration et 3 \$ dans une deuxième déclaration, dans la mesure où les deux déclarations sont déposées à l’intérieur de la période de prescription prévue par la Loi. Voilà exactement le genre de chose que CIBC World Markets a fait en l’espèce et elle n’a pas fait de double prise en compte.

– III –

[34] L’intimée soutient que lorsque CIBC World Markets a adopté sa première méthode, elle n’agissait pas sous le coup d’une erreur. Elle a indiqué que la deuxième méthode était [TRADUCTION] « meilleure » pour CIBC World Markets, mais qu’elle n’était pas nécessairement la plus exacte ou la plus pertinente des deux méthodes.

[35] Elle a peut-être raison, mais cela ne change rien au fait que le ministre a estimé que les deux méthodes étaient « justes et raisonnables » en vertu du paragraphe 141.01(5) de la Loi. Interdire une demande ultérieure fondée sur une méthode qui a été reconnue comme étant « [juste] et [raisonnable] » donne lieu à une conséquence fâcheuse qu’aucune disposition de la Loi n’exige, à mon avis.

– IV –

[36] To the Minister, finality is important. Interpreting the Act to allow only one claim for input tax credits does further the objective of finality or, as the Tax Court called it, “fiscal certainty”.

[37] But “fiscal certainty” is not an objective that suffices the entire Act. Indeed, various provisions of the Act work against finality or “fiscal certainty”. For example, in the two years after tax has been paid, one may seek a rebate due to mistake or other cause: see Act, section 261 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 116; 1997, c. 10, s. 71].

[38] In support of its conclusion that only one claim for input tax credits is allowed, the Tax Court invoked the objective of finality, noting [at paragraph 35] that “the tax authority will act on [the] information” in the GST registrant’s filing. However, the record discloses no evidence that the tax authority will act on the information in the filing in a prejudicial way.

[39] The need for finality and fiscal certainty are achieved through the various deadlines and limitation periods that are set out in the Act. Making more than one claim for input tax credits, provided the deadlines and limitation periods are observed, does not implicate any meaningful policy objectives resident in the Act.

[40] Absent clear wording to the contrary—and there is none here—the Act’s objective of allowing GST registrants to obtain relief for recoverable GST through input tax credits should prevail in this case.

– IV –

[36] Pour le ministre, la finalité est importante. Interpréter la Loi de façon à ce qu’une seule demande de crédits de taxe sur les intrants soit possible contribue en effet à la réalisation de l’objectif de finalité ou, comme la Cour de l’impôt l’a appelé, la « certitude sur le plan fiscal ».

[37] La « certitude sur le plan fiscal » n’est pas un objectif qui imprègne la Loi toute entière. En effet, différentes dispositions de la Loi vont à l’encontre de la finalité ou de la « certitude sur le plan fiscal ». À titre d’exemple, au cours des deux années après lesquelles la taxe a été payée, il est possible de demander un remboursement en raison d’une erreur ou d’une autre cause (voir l’article 261 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 116; 1997, ch. 10, art. 71] de la Loi).

[38] À l’appui de sa conclusion selon laquelle une seule demande de crédits de taxe sur les intrants est permise, la Cour de l’impôt a invoqué l’objectif de finalité, indiquant que [au paragraphe 35] « le fisc se fonde sur [le] renseignement » figurant dans la déclaration de l’inscrit aux fins de la TPS. Cependant, le dossier ne contient aucun élément de preuve selon lequel le fisc se fondera sur l’information figurant dans la déclaration d’une manière préjudiciable.

[39] Le besoin de finalité et la certitude sur le plan fiscal sont réalisés au moyen des diverses échéances et périodes de prescription énoncées dans la Loi. Pourvu que les échéances et les périodes de prescription soient respectées, la présentation de plus d’une demande de crédits de taxe sur les intrants ne fait intervenir aucun objectif de politique significatif qui est présent dans la Loi.

[40] En l’absence de texte clair à l’effet contraire — et il n’y en a pas en l’espèce — l’objectif de la Loi qui permet aux inscrits aux fins de la TPS d’obtenir un montant additionnel au titre du recouvrement de TPS par le biais des crédits de taxe sur les intrants devrait prévaloir en l’espèce.

– V –

[41] Counsel for CIBC World Markets submitted that the respondent’s interpretation transforms the act of filing a return containing a claim for input tax credits based upon a particular method into an irrevocable election—once a method is chosen, one cannot depart from it at a later time, even within the limitation period. In essence, the respondent’s interpretation makes the act of filing a return based on a particular method an opportunity to “speak now or forever hold your peace” on the subject of input tax credits.

[42] I agree with this characterization. I also agree with the observation of counsel for CIBC World Markets that there are no statutory words that signal those legal consequences. This is especially significant. Parliament knows how to signal those legal consequences. When an election is to be made and when it is to be irrevocable, Parliament’s practice is to use express words in the GST provisions of the Act. There are no express words of irrevocable election concerning the taxpayer’s choice of method.

[43] Indeed, in an amendment made in July 2010, Parliament used clear wording to change this legal situation for certain GST registrants in the financial sector. Subsection 141.02(17) of the Act, added by S.C. 2010, c. 12, s. 57, now prevents certain parties, such as CIBC World Markets, from unilaterally changing its method for a particular taxation year after the return for that year has been filed. Under this new subsection, once a method has been chosen by a financial institution for a particular year, the method cannot be changed without the Minister’s written consent.

[44] The words of new subsection 141.02(17) of the Act are exactly the sort of precise words that one would expect to see if the respondent’s interpretation in this

– V –

[41] Les avocats de CIBC World Markets ont soutenu que l’interprétation de l’intimée transforme l’action de déposer une déclaration contenant une demande de crédits de taxe sur les intrants fondée sur une méthode particulière en un choix irrévocable : une fois qu’une méthode est choisie, il n’est pas possible de s’en écarter ultérieurement, même à l’intérieur de la période de prescription. Essentiellement, l’interprétation de l’intimée fait en sorte que l’action de déposer une déclaration fondée sur une méthode particulière devient une occasion pour [TRADUCTION] « parler maintenant ou se taire à jamais » quant aux crédits de taxe sur les intrants.

[42] Je suis d’accord avec cette description. Je suis également d’accord avec le commentaire des avocats de CIBC World Markets selon lequel aucune disposition de la Loi n’indique ces conséquences juridiques, fait d’autant plus important que le législateur sait comment indiquer de telles conséquences. Lorsqu’un choix doit être fait et lorsqu’il doit être irrévocable, le législateur a pour pratique d’employer des termes explicites dans les dispositions de la Loi relatives à la TPS. Il n’existe aucun libellé explicite faisant état d’un choix irrévocable du contribuable concernant la méthode.

[43] En effet, dans des modifications apportées en juillet 2010, le législateur a employé un libellé clair pour modifier cette situation juridique pour certains inscrits aux fins de la TPS dans le secteur financier. Le paragraphe 141.02(17) de la Loi, ajouté par l’article 57 du chapitre 12 des Lois du Canada de 2010, empêche maintenant certaines parties, comme CIBC World Markets, de modifier unilatéralement leur méthode à l’égard d’une année d’imposition particulière après le dépôt de la déclaration pour l’année visée. Selon ce nouveau paragraphe, une fois qu’une méthode a été choisie par une institution financière à l’égard d’une année particulière, la méthode ne peut être modifiée sans le consentement écrit du ministre.

[44] Le libellé du nouveau paragraphe 141.02(17) de la Loi contient exactement le genre de termes précis auxquels on s’attendrait si l’interprétation de l’intimée

appeal were sound. But in the version of the Act at issue in this appeal, words such as that are not present.

dans le présent appel était fondée. Mais dans la version de la Loi en cause dans le présent appel, de tels termes n'existent pas.

– VI –

– VI –

[45] Both the respondent and the Tax Court found certain United Kingdom decisions concerning that country's value added tax to be of use in this case: see, e.g., *Victoria and Albert Museum Trustees v. Customs and Excise Commissioners*, [1996] S.T.C. 1016 (Q.B.). Those decisions must be regarded with caution. They are based on differently worded legislation concerning a consumption tax system that is somewhat different from ours. For one thing, in the United Kingdom a method cannot be changed without prior approval, and a retrospective change to a method is not allowed unless it is shown that the method is not fair and not reasonable: VAT Notice 706, *Partial Exemption* (December 2006), at paragraph 6.11.

[45] L'intimée et la Cour de l'impôt ont toutes deux trouvé utiles pour le présent appel certaines décisions du Royaume-Uni portant sur la taxe à valeur ajoutée de ce pays (voir, par exemple, *Victoria and Albert Museum Trustees v. Customs and Excise Commissioners*, [1996] S.T.C. 1016 (Q.B.)). Ces décisions doivent être examinées avec prudence. Elles sont fondées sur une loi libellée différemment concernant un régime de taxe à la consommation qui est quelque peu différent du nôtre. Notamment, il n'est pas possible au Royaume-Uni de changer de méthode sans approbation préalable, et l'adoption rétrospective d'une méthode n'est pas autorisée à moins qu'il ne soit démontré que la méthode n'est pas juste et raisonnable (VAT Notice 706, *Partial Exemption* (décembre 2006), au paragraphe 6.11).

[46] For all of the foregoing reasons, I conclude that CIBC World Markets was entitled within the limitation period to change its method for the 1998 and 1999 taxation years and claim additional input tax credits.

[46] Pour tous les motifs qui précèdent, je conclus que CIBC World Markets avait le droit, à l'intérieur de la période de prescription, de modifier sa méthode à l'égard des années d'imposition 1998 et 1999 et de demander des crédits de taxe sur les intrants supplémentaires.

(2) Is the use of a revised method contrary to subsection 141.01(5) of the Act?

2) L'emploi d'une méthode révisée contrevient-il au paragraphe 141.01(5) de la Loi?

[47] Subsection 141.01(5) provides that a method must be "used consistently ... throughout the year." The Tax Court (at paragraph 44) found that it would be "perverse" for a GST registrant to use one method for a taxation year, and then, later, to revise it for that year. In its view, subsection 141.01(5) prevents this.

[47] Le paragraphe 141.01(5) prévoit qu'une méthode doit être « [suivie] tout au long d'un exercice ». La Cour de l'impôt a conclu, au paragraphe 44, qu'il serait « injuste » qu'un inscrit aux fins de la TPS puisse utiliser une méthode pour une année d'imposition et puis, plus tard, la réviser pour cette année-là. À son avis, le paragraphe 141.01(5) empêche une telle situation.

[48] The Tax Court appears to have read subsection 141.01(5) as if a GST registrant were required to select a method at the beginning of a fiscal year and then use that method consistently until the end of the year. That

[48] La Cour de l'impôt semble avoir interprété le paragraphe 141.01(5) comme si l'inscrit aux fins de la TPS était tenu de choisir une méthode au début d'un exercice financier et de suivre ensuite cette méthode

does not reflect what is permitted under the Act. Perhaps in recognition of the imprecise science involved in choosing a method, Parliament allows registrants a number of years after a taxation year has ended to choose their method and file a claim for input tax credits for the taxation year: Act, subsection 225(4).

[49] In my view, subsection 141.01(5) merely requires consistency throughout the year whenever a method is chosen. This prevents a GST registrant from using one method for one part of the year and then another method for another part of the year, for example to take advantage of a seasonal fluctuation.

[50] This interpretation is consistent with the plain meaning of “used consistently ... throughout the year” in subsection 141.01(5). CIBC World Market’s first method was used consistently throughout the 1998 and 1999 taxation years. Its second method was also used consistently throughout the 1998 and 1999 taxation years.

[51] The interpretation also accords with explanatory notes issued by the Minister concerning a new provision in the Act that is worded similarly and related closely to subsection 141.01(5): paragraph 141.02(16)(b), enacted by S.C. 2010, c. 12, s. 57. Paragraph 141.02(16)(b) is related to subsection 141.01(5) in that it supercedes subsection 141.01(5) for financial institutions. Paragraph 141.02(16)(b) provides that a method must be “used consistently by the financial institution throughout the fiscal year”, wording that is substantially similar to subsection 141.01(5). The Minister’s Explanatory Notes [*Legislative Proposals, Draft Regulations and Explanatory Notes Relating to the Excise Tax Act*] on this wording, published in September 2009 provide as follows [at page 87]:

Paragraph 141.02(16)(b) requires that such a method be used consistently throughout the financial institution’s fiscal year (i.e., a financial institution cannot change a method part-way through its fiscal year). The conditions in paragraphs

jusqu’à la fin de l’exercice. Cela ne reflète pas ce que la Loi permet. Reconnaissant peut-être la science imprécise en ce qui concerne le choix d’une méthode, le législateur permet aux inscrits de choisir, plusieurs années après la fin d’une année d’imposition, leur méthode et de déposer une demande des crédits de taxe sur les intrants pour l’année d’imposition (le paragraphe 225(4) de la Loi).

[49] À mon avis, le paragraphe 141.01(5) exige simplement une cohérence tout au long de l’année lorsqu’une méthode est choisie. Cela empêche un inscrit aux fins de la TPS d’employer une méthode pour une partie de l’année et ensuite une autre méthode pour une autre partie de l’année, par exemple pour tirer avantage d’une fluctuation saisonnière.

[50] Cette interprétation est compatible avec le sens ordinaire de « [suivie] tout au long d’un exercice » au paragraphe 141.01(5). La première méthode choisie par CIBC World Markets a été suivie tout au long des années d’imposition 1998 et 1999. La seconde méthode a également été suivie tout au long des années d’imposition 1998 et 1999.

[51] Cette interprétation est également conforme aux notes explicatives publiées par le ministre concernant une nouvelle disposition de la Loi qui est formulée de façon semblable et qui avait un lien étroit avec le paragraphe 141.01(5) : l’alinéa 141.02(16)(b), adopté par l’article 57 du chapitre 12 des Lois du Canada de 2010. L’alinéa 141.02(16)(b) a un lien avec le paragraphe 141.01(5) en ce qu’il prévaut sur le paragraphe 141.01(5) dans le cas des institutions financières. L’alinéa 141.02(16)(b) prévoit qu’une méthode doit être « suivie par l’institution financière tout au long de l’exercice », libellé qui est substantiellement semblable à celui du paragraphe 141.01(5). Les notes explicatives du ministre concernant ce libellé [*Propositions législatives, avant-projet de règlement et notes explicatives concernant la Loi sur la taxe d’accise*], publiées en septembre 2009, indiquent ce qui suit [aux pages 86 et 87] :

Les alinéas 141.02(16)a) et b) prévoient respectivement que la méthode doit être juste et raisonnable et qu’elle doit être suivie tout au long de l’exercice de l’institution financière (en d’autres termes, l’institution financière ne peut changer de méthode en

141.02(16)(a) and (b) are the same as those found in subsection 141.01(5), which apply to input tax credit allocation methods in general.

[52] Had CIBC World Markets used one method for part of a taxation year and a second method for another part of the taxation year, an objection founded upon subsection 141.01(5) would lie. That is not the case here. It follows that subsection 141.01(5) does not bar CIBC World Markets' revised claim for input tax credits in this case.

E. Proposed disposition

[53] I would allow the appeal, set aside the judgment of the Tax Court of Canada in file 2007-3926(GST)G dated September 8, 2010, allow the appeal of CIBC World Markets from the assessment, and refer the matter back to the Minister for reassessment in accordance with these reasons. I would also award the appellant its costs in this Court and in the Tax Court of Canada.

SHARLOW J.A.: I agree.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

cours d'exercice). Ces conditions sont les mêmes que celles, prévues au paragraphe 141.01(5), qui s'appliquent aux méthodes d'attribution des crédits de taxe sur les intrants en général.

[52] Si CIBC World Markets avait employé une méthode pour une partie d'une année d'imposition et une deuxième méthode pour une autre partie de l'année d'imposition, une objection fondée sur le paragraphe 141.01(5) pourrait être soulevée. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Il s'ensuit que le paragraphe 141.01(5) n'interdit pas la demande révisée de crédits de taxe sur les intrants de CIBC World Markets en l'espèce.

E. Dispositif proposé

[53] J'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement de la Cour canadienne de l'impôt dans le dossier n° 2007-3926(GST)G daté du 8 septembre 2010, j'accueillerais l'appel formé par CIBC World Markets à l'encontre de la cotisation et je renverrais l'affaire au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation conformément aux présents motifs. J'adjugerais aussi les dépens à l'appelante devant notre Cour et la Cour canadienne de l'impôt.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

IMM-2002-11  
2011 FC 1210

IMM-2002-11  
2011 CF 1210

**Benancio Corado Guerrero** (*Applicant*)

**Benancio Corado Guerrero** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: GUERRERO v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : GUERRERO c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Zinn, J.—Calgary, September 22; Ottawa, October 21, 2011.

Cour fédérale, juge Zinn—Calgary, 22 septembre; Ottawa, 21 octobre 2011.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of decision Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division dismissing application for refugee or person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act, ss. 96, 97 — Applicant, Guatemalan, refusing to smuggle drugs for gang — Fleeing country after family member killed, receiving further threats — Board finding harm faced by applicant one of criminality, applicant targeted because of refusal to deliver drugs, risk generalized — Whether Board erring in misconstruing nature of risk, in determining that applicant not facing personal risk — Board mischaracterizing personal circumstances of applicant, inaccurately finding generalized risk — Applicant at risk of death, personally targeted by gang — Decision makers having to expressly determine risk, kind of risk, basis for risk, before determining whether risk generalized — Having to examine evidence, circumstances in context of risk to claimant — Asserting that risk of violence generalized where gang violence prevalent running counter to position that individualized inquiry required — Person specifically, personally targeted by gang entitled to s. 97 protection — Application allowed.*

*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, rejetant la demande d'asile du demandeur en qualité de réfugié ou de personne à protéger aux termes des art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur, un Guatémaltèque, a refusé de passer de la drogue en contrebande pour un gang — Il a fui son pays après qu'un membre de sa famille se fut fait assassiner et que lui-même eut reçu d'autres menaces — La Commission a conclu que le préjudice craint par le demandeur était la criminalité, que le demandeur était une cible particulière, étant donné son refus de passer de la drogue, et que le risque auquel il était exposé était généralisé — Il s'agissait de savoir si la Commission avait interprété incorrectement la nature du risque auquel était exposé le demandeur, et si elle avait commis une erreur en déterminant que le demandeur n'était pas personnellement exposé à un risque — La Commission a qualifié incorrectement la situation personnelle du demandeur et a ainsi conclu à tort que d'autres personnes étaient généralement exposées au même risque — Le demandeur courait le risque d'être tué, parce qu'il était personnellement ciblé par un gang — Les décideurs doivent déterminer expressément le risque, le genre de risque et le fondement de ce risque avant de déterminer si le risque est généralisé — Il faut examiner la preuve et la situation du demandeur dans le contexte du risque auquel il est exposé — Affirmer que le risque de violence est généralisé, là où les actes de violence commis par des gangs sont fréquents, irait à l'encontre de la position qu'exige un examen personnalisé — Lorsqu'une personne est expressément et personnellement ciblée par un gang, elle a droit à la protection de l'art. 97 — Demande accueillie.*



This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (Board) dismissing the applicant's application to be deemed a Convention refugee or person in need of protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

The applicant, a citizen of Guatemala, lived with his grandmother near the border of El Salvador. He was approached by a drug trafficking gang and asked to transport drugs across the border. After he refused to work for the gang, the applicant's grandmother was killed in a drive-by shooting. The applicant fled the country after he was again confronted by a gang member in Guatemala City who threatened to kill him if he did not cooperate. The Board found that the harm faced by the applicant was "criminality (recruitment to deliver drugs)" and that this was not linked to a Convention ground in section 96. The Board also analysed its view of the applicant's risk under section 97. It stated, *inter alia*, that the applicant had become a target because of his refusal to deliver drugs for the gang, and found that the risk faced by the applicant was a generalized one, given the pervasiveness of gangs in Guatemala.

At issue was whether the Board erred in misstating or misconstruing the nature of the risk the applicant faced, thus rendering its analysis invalid; and erred in determining that the applicant did not face a personal risk pursuant to section 97.

*Held*, the application should be allowed.

The Board's errors, e.g., stating that the drug gang was attempting to recruit the applicant to join it through promises of guns, membership and money, resulted in a mischaracterization of the personal circumstances of the applicant and led the Board to inaccurately find that his circumstances and his risk of harm was one faced generally by others. The applicant was not merely at risk of recruitment by a criminal gang. Rather, he was at risk of death by being specifically and personally targeted by a criminal organization. While this finding was sufficient to allow the application, section 97 of the Act and the respondent's interpretation of *Baires Sanchez v. Canada (Citizenship and Immigration)* (*Baires Sanchez*) were considered. The majority of section 97 cases turn on whether or not the risk faced by the claimant is a risk faced generally by others in the country. It is important for a decision maker to find that a claimant has a personal risk because if there is no personal risk to the claimant, then there is no need to

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 (la Commission), rejetant la demande d'asile du demandeur en qualité de réfugié ou de personne à protéger aux termes des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Le demandeur, un citoyen du Guatemala, vivait avec sa grand-mère près de la frontière du Salvador. Il a été abordé par un gang de trafiquants de drogues qui lui a demandé de faire passer de la drogue à la frontière. À la suite de son refus de travailler pour le gang, sa grand-mère a été tuée dans une fusillade depuis un véhicule. Le demandeur a fui le pays après qu'un membre du gang l'eut abordé de nouveau à Guatemala et l'eut menacé de le tuer s'il ne collaborait pas. La Commission a conclu que le préjudice craint par le demandeur était « la criminalité (recrutement pour faire passer de la drogue) » et que ce préjudice n'était pas lié à un motif prévu par la Convention et mentionné à l'article 96 de la Loi. La Commission a aussi analysé le risque prévu à l'article 97 de la Loi qui était invoqué par le demandeur. Elle a indiqué, notamment, que le demandeur était devenu une cible en raison de son refus de passer de la drogue pour le compte du gang, et a conclu que le risque auquel le demandeur était exposé était généralisé en raison de l'omniprésence des gangs au Guatemala.

Il s'agissait de déterminer si la Commission a commis une erreur en décrivant ou en interprétant incorrectement la nature du risque auquel le demandeur était exposé, de sorte que son analyse était invalide, et si elle avait commis une erreur en déterminant que le demandeur n'était pas personnellement exposé à un risque au sens de l'article 97 de la Loi.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La Commission a commis des erreurs, p. ex. en affirmant que le gang de narcotrafiants tentait de recruter le demandeur en lui promettant des armes, un statut et de l'argent, ce qui a conduit la Commission à qualifier incorrectement la situation personnelle du demandeur et ainsi, conclure à tort que d'autres personnes étaient généralement exposées à la même situation et au même risque de préjudice que lui. Le demandeur ne courait pas simplement le risque d'être recruté par un gang criminel. Il courait plutôt le risque d'être tué parce qu'il était expressément et personnellement ciblé par une organisation criminelle. Même si cette conclusion était suffisante pour permettre la demande de contrôle judiciaire, l'article 97 de la Loi et l'interprétation donnée par le défendeur à *Baires Sanchez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (*Baires Sanchez*) ont été examinés. La majorité des affaires dans lesquelles l'article 97 est invoqué dépendent de la question de savoir si d'autres personnes qui se trouvent dans le pays sont

further analyse the claim. It is only after finding that there is a personal risk that a decision maker must continue to consider whether that risk is one faced generally by the population. Before determining whether the risk faced by the claimant is one generally faced by others, the decision maker must (1) make an express determination of what the claimant's risk is, (2) determine whether that risk is a risk to life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment, and (3) clearly express the basis for that risk. The decision maker must examine the claimant's evidence and the claimant's circumstances *in the context* of the risk to him. Finally, the respondent's reliance on *Baires Sanchez* to argue that any risk of violence at the hands of a criminal gang in one of the Central or South American countries where gang violence is prevalent is a risk generally faced by citizens of the country and thus falls outside the protection offered by section 97 was a bold proposition running counter to the position of the Federal Court of Appeal that an individualized inquiry is required, and to cases where it was found that a personal risk from such gangs is not a general risk. A person specifically and personally targeted for death by a gang in circumstances where others are generally not is entitled to protection under section 97 if the other statutory requirements are met.

généralement exposées au même risque que le demandeur d'asile. Il est important qu'un décideur conclue qu'un demandeur d'asile est personnellement exposé à un risque parce que, si aucun risque personnel n'existe, il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse de la demande. Ce n'est qu'après avoir conclu que le demandeur d'asile est personnellement exposé à un risque que le décideur doit déterminer si la population est généralement exposée au même risque. Avant de déterminer si d'autres personnes se trouvant dans le pays sont généralement exposées au même risque que le demandeur d'asile, le décideur doit : 1) déterminer expressément le risque en question, 2) déterminer s'il s'agit d'une menace à la vie ou d'un risque de traitements ou peines cruels et inusités et 3) exposer clairement le fondement de ce risque. Le décideur doit examiner la preuve et la situation du demandeur d'asile *dans le contexte* du risque auquel il est exposé. Enfin, le défendeur s'est appuyé sur l'affaire *Baires Sanchez* pour faire valoir que le risque d'être victime de violence aux mains d'un gang criminel dans l'un des pays d'Amérique centrale ou d'Amérique du Sud où les actes de violence commis par les gangs sont fréquents est un risque auquel sont généralement exposés les citoyens du pays et qui ne donne donc pas droit à la protection offerte par l'article 97; c'est là une proposition audacieuse qui irait à l'encontre de l'opinion exprimée par la Cour d'appel fédérale, selon laquelle un examen personnalisé est nécessaire, ainsi que des décisions où il a été conclu que le demandeur était personnellement exposé à un risque de ce genre qui n'était pas aussi un risque auquel d'autres personnes étaient généralement exposées. Lorsqu'une personne risque expressément et personnellement d'être tuée par un gang dans des circonstances où d'autres personnes ne sont généralement pas exposées à ce risque, elle a droit à la protection de l'article 97 si les autres exigences légales sont remplies.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.

#### CASES CITED

##### APPLIED

*Sanchez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 99, 62 Imm. L.R. (3d) 5, 360 N.R. 344.

##### CONSIDERED:

*Baires Sanchez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 993; *Mendoza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 648, 368 F.T.R. 309, 90 Imm. L.R. (3d) 10.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4) (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE

*Sanchez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 99.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Baires Sanchez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 993; *Mendoza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 648.

## REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 31, 78 Imm. L.R. (3d) 163, 387 N.R. 149; *Pineda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 365, 65 Imm. L.R. (3d) 275; *Zacarias v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 62, 95 Imm. L.R. (3d) 187; *Barrios Pineda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 403; *Alvarez Castaneda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 724.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (2011 CanLII 88179) dismissing the applicant's application to be deemed a Convention refugee or person in need of protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

## APPEARANCES

*Bjorn Harsanyi* for applicant.  
*Rick Garvin* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Stewart Sharma Harsanyi*, Calgary, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] ZINN J.: Benancio Corado Guerrero is a citizen of Guatemala. He sought protection in Canada as a Convention refugee under section 96 and as a person in need of protection under section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 [the Act]. His claims were dismissed by the Refugee Protection Division [RPD] of the Immigration and Refugee Board in its decision of February 28, 2011 [*X (Re)*, 2011 CanLII 88179]. The risk he alleged has no nexus to a Convention ground. In this application he challenged only the decision under section 97 of the Act.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 31; *Pineda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 365; *Zacarias c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 62; *Barrios Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 403; *Alvarez Castaneda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 724.

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 (2011 CanLII 88179), rejetant la demande d'asile du demandeur en qualité de réfugié ou de personne à protéger, aux termes des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Bjorn Harsanyi* pour le demandeur.  
*Rick Garvin* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Stewart Sharma Harsanyi*, Calgary, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE ZINN : Benancio Corado Guerrero est un citoyen du Guatemala. Il a demandé l'asile au Canada en qualité de réfugié au sens de la Convention visé à l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 [la Loi], et en qualité de personne à protéger visée à l'article 97 de la Loi. Ses demandes ont été rejetées par la Section de la protection des réfugiés [SPR] de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié le 28 février 2011 [*X (Re)*, 2011 CanLII 88179]. Il n'existe aucun lien entre le risque qu'il alléguait et un motif prévu par la Convention. Dans la présente demande, il conteste seulement la décision concernant l'article 97 de la Loi.

[2] The applicant submits that the Board (1) erred in misstating or misconstruing the nature of the risk he faced, thus rendering its analysis invalid, and (2) erred in determining that he did not face a personal risk pursuant to section 97 of the Act.

[3] The issues in this case are questions of mixed fact and law are therefore reviewable under the standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[4] This application must be allowed and the Board's decision that the applicant was not a person in need of protection under section 97 of the Act set aside. The Board reached its decision on erroneous findings of fact made in a perverse or capricious manner without regard for the material before it, as described in subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]. This error led the Board to unreasonably conclude that the risk faced by the applicant was one faced generally by others in Guatemala.

[5] The Board found the applicant to be credible; it believed what he said in support of his claim. Critically, the recitation of facts by the Board, in some instances, fails to include significant facts from the applicant's evidence and, in other instances, includes alleged "facts" that are not supported by the record.

[6] The following summary of the key events is taken from the applicant's amended Personal Information Form (PIF) narrative, his oral testimony before the Board, and the exhibits accepted by the Board. Where there are differences between the evidence before the Board, which it accepted as accurate, and the facts as recited by the Board in its decision, they are noted.

[7] In 2006, the applicant was a 17-year-old boy living with his grandmother in the small town of El Coco, in Jalpatagua, Jutiapa, Guatemala. El Coco is very close to the border between Guatemala and El Salvador. The

[2] Le demandeur soutient que la Commission : 1) a commis une erreur en décrivant ou en interprétant incorrectement la nature du risque auquel il était exposé, de sorte que son analyse est invalide, et 2) a commis une erreur en déterminant qu'il n'était pas personnellement exposé à un risque au sens de l'article 97 de la Loi.

[3] Les questions en litige en l'espèce sont des questions mixtes de fait et de droit qui sont donc assujetties à la norme de la raisonabilité : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[4] La présente demande doit être accueillie et la décision de la Commission selon laquelle le demandeur n'était pas une personne à protéger visée à l'article 97 doit être annulée. La décision de la Commission repose sur des conclusions de fait erronées qu'elle a tirées de façon abusive ou arbitraire et sans tenir compte des éléments dont elle disposait, tel que le prévoit le paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]. À cause de cette erreur, la Commission a conclu de manière déraisonnable que d'autres personnes au Guatemala étaient généralement exposées au même risque que le demandeur.

[5] La Commission a estimé que le demandeur était crédible; elle a cru ce qu'il disait au soutien de sa demande. Elle a toutefois commis une erreur grave, dans son exposé des faits, en omettant certains faits importants tirés de la preuve du demandeur et en incluant des « faits » allégués qui n'étaient pas étayés par le dossier.

[6] Le résumé des principaux faits qui suit est tiré de l'exposé circonstancié contenu dans le Formulaire de renseignements personnels (FRP) modifié du demandeur, de son témoignage devant la Commission et des pièces admises en preuve par celle-ci. Le cas échéant, les différences entre la preuve dont disposait la Commission et qu'elle a considérée comme étant exacte et les faits qu'elle a relatés dans sa décision sont signalées.

[7] En 2006, le demandeur était un garçon de 17 ans vivant avec sa grand-mère dans la petite ville d'El Coco, à Jalpatagua, Jutiapa, au Guatemala. El Coco est située tout près de la frontière entre le Guatemala et le Salvador.

name of the village is written by the Board as El Choco. All of the official documents before it clearly state that it is El Coco. Nothing turns on this error.

[8] The applicant's father is dead and although he has a mother and siblings living elsewhere in Guatemala, they are not in his life and have not been since his mother abandoned him when he was about eight years old. Effectively, his grandmother, with whom he lived, was his only family. In 2006, the applicant was in school and hoped to become a teacher.

[9] In August 2006, the applicant was walking with his friends Jorge and Byron past a small local casino. They were stopped by a man who told the friends to move aside as he wanted to talk with the applicant alone. In his PIF, the applicant states: “[H]e told me there was somebody who wanted me to work for them and I asked him how I could work for them and he told me that they needed someone to take some drugs from there to across the border to El Salvador”. The applicant responded that he would not do that because he was studying and he did not want to quit school. The man said that he would have to do it whether he wanted to or not. When the applicant repeated the conversation to his friends, they told him that “it was something that would happen to us sooner or later because these people were always trying to recruit young people to work for them”. He also told his grandmother who said they should pray that the men forget about him.

[10] The group that wanted him to transport drugs across the border is known as Los Lorenzanas.

[11] About three weeks after this initial encounter, the leader of Los Lorenzanas, together with about eight others, including the man who had previously spoken to the applicant, were waiting for him after school. He was directed to get into an SUV because someone wanted to talk to him. The leader of Los Lorenzanas told him that he was to take drugs into El Salvador. The applicant again said that he did not want to do that. He was then driven to his grandmother's house where he was told by the leader that “the next time was not going to be like

Le nom du village est orthographié « El Choco » par la Commission, alors qu'il est écrit clairement « El Coco » dans tous les documents officiels qui lui ont été présentés. Cette erreur n'a cependant aucune incidence.

[8] Le père du demandeur est décédé et, même si sa mère et ses frères et sœurs vivent ailleurs au Guatemala, le demandeur n'a eu aucun rapport avec eux depuis que sa mère l'a abandonné alors qu'il avait huit ans environ. En fait, sa grand-mère, avec qui il vivait, était sa seule famille. En 2006, le demandeur allait à l'école et voulait devenir enseignant.

[9] En août 2006, le demandeur marchait avec ses amis Jorge et Byron lorsqu'un homme les a abordés devant un petit casino local. Cet homme a dit aux deux amis qu'il voulait parler au demandeur seul. Dans son FRP, le demandeur écrit : [TRADUCTION] « [I]l m'a dit que quelqu'un voulait que je travaille pour eux et je lui ai demandé comment je pouvais travailler pour eux et il m'a dit qu'ils avaient besoin de quelqu'un pour faire passer de la drogue au Salvador ». Le demandeur a répondu qu'il ne le ferait pas parce qu'il allait à l'école et qu'il ne voulait pas abandonner ses études. L'homme a dit qu'il allait devoir le faire, qu'il le veuille ou non. Lorsque le demandeur leur a relaté la conversation, ses amis lui ont dit : [TRADUCTION] « cela devait nous arriver tôt ou tard étant donné que ces gens cherchent toujours des jeunes pour travailler pour eux ». Il en a parlé aussi à sa grand-mère, qui lui a dit qu'ils devraient prier pour que les hommes ne pensent plus à lui.

[10] Le groupe qui voulait que le demandeur transporte de la drogue à l'extérieur du pays s'appelle les Los Lorenzanas.

[11] Environ trois semaines après cette première rencontre, le chef des Los Lorenzanas et environ huit membres du groupe, dont l'homme qui avait parlé au demandeur, ont attendu celui-ci à la sortie des classes. Le demandeur a été forcé de monter à bord d'un VUS [véhicule utilitaire sport] parce que quelqu'un voulait lui parler. Le chef des Los Lorenzanas lui a dit qu'il devait faire passer de la drogue au Salvador. Le demandeur a répété qu'il ne voulait pas le faire. Il a alors été reconduit chez sa grand-mère, où le chef lui a dit que [TRADUCTION]

this” and that he or his grandmother would pay with their lives. The applicant again told his grandmother of this encounter and she said not to worry because “their threat wouldn’t become true”.

[12] Nothing further happened until the evening of October 2, 2006. The applicant testified that he was getting ready to eat supper with his grandmother when he heard a vehicle stop in front of the house. He went to the window and saw two men in a truck draw automatic weapons. “[T]hey rolled down the windows and they started to shoot with the rifles against her -- at her”. In his PIF he wrote that they “started firing at the house”. He continued his testimony saying that “I was able to throw myself on the ground and when I rolled to her she was dead under the table and I ran away”. Although a careful review of the certified tribunal record suggests some contradictions concerning the details of this engagement, it is uncontested that his grandmother was shot multiple times. The death certificate shows that she died on October 2, 2006 as a “consequence of *Various bullet impacts in different parts of the body, unknown calibre*” (emphasis in original). The translated police report reveals the ferocity of the attack. It describes the bullet wounds the grandmother suffered:

2 wounds in the chest, 1 wound in the wall of right axillaries, 2 wounds in the right side, 2 wounds in the cheek and mouth on the left side, 1 wound in the head region, 2 wounds on the back left side and 1 wound on the little finger of the left hand, caused by unknown individuals who fled after the fact to unknown direction.

[13] The Board, at paragraph 24 of its decision, writes of this event and states that “[w]hen the organization persisted in recruiting the claimant and he continued to refuse their offers of money, membership, and a gun to carry, they became angry and retaliated by threatening and then shooting his grandmother in front of him to make their point.” Notwithstanding the Board’s colourful description of the recruiting tactics of Los Lorenzanas, there is nothing in the record to support its statement that the applicant was offered money, membership or

« les choses se passeraient différemment la prochaine fois » et que lui ou sa grand-mère serait tué. Le demandeur a parlé de cette rencontre à sa grand-mère et celle-ci lui a dit de ne pas s’inquiéter parce qu’[TRADUCTION] « ils ne mettraient pas leur menace à exécution ».

[12] Rien d’autre ne s’est produit jusqu’au soir du 2 octobre 2006. Le demandeur a déclaré dans son témoignage qu’il se préparait à souper avec sa grand-mère lorsqu’il a entendu un véhicule s’arrêter devant la maison. Il est allé à la fenêtre et a aperçu dans un camion deux hommes tenant des armes automatiques. [TRADUCTION] « [I]ls ont baissé les glaces et ont commencé à tirer sur [ma grand-mère] ». Il a écrit dans son FRP qu’ils [TRADUCTION] « avaient commencé à tirer sur la maison ». Il a ajouté lors de son témoignage : [TRADUCTION] « J’ai réussi à me jeter par terre. Lorsque je me suis approché d’elle en rampant, elle était morte sous la table. Je suis alors parti en courant ». Bien que certaines contradictions concernant les détails de cet incident ressortent d’un examen attentif du dossier certifié du tribunal, il n’est pas contesté que la grand-mère a reçu plusieurs projectiles. Le certificat de décès indique qu’elle est décédée le 2 octobre 2006 [TRADUCTION] « par suite de diverses blessures par balles — de calibre inconnu — touchant différentes parties du corps » (souligné dans l’original). La version traduite du rapport de police révèle la férocité de l’attaque. Les blessures par balles causées à la grand-mère y sont décrites :

[TRADUCTION] Deux blessures à la poitrine, une blessure à la paroi axillaire droite, deux blessures au côté droit, deux blessures à la joue et à la bouche du côté gauche, une blessure à la tête, deux blessures au côté gauche inférieur et une blessure à l’auriculaire gauche, causées par des inconnus qui ont ensuite pris la fuite dans une direction inconnue.

[13] Au paragraphe 24 de sa décision, la Commission parle de cet incident et affirme que, « [l]orsque l’organisation a insisté pour [...] recruter [le demandeur d’asile] et qu’il a continué de refuser l’argent, le statut et l’arme offerts, les hommes de l’organisation se sont fâchés et se sont vengés en menaçant, puis en abattant sa grand-mère sous ses yeux pour montrer qu’ils ne plaisantaient pas ». Malgré la description colorée des tactiques de recrutement des Los Lorenzanas faite par la Commission, il n’y a rien dans le dossier qui permet

guns. To the contrary, the Board specifically asked the applicant if he was asked to join their group and he responded: “They didn’t ask me but if I do something for them it’s as though I already belonged to them”.

[14] By erroneously stating that the group was attempting to recruit the applicant to join it through promises of guns, membership and money, the Board completely mischaracterized the interaction between the applicant and Los Lorenzanas. The evidence before the Board was that Los Lorenzanas specifically targeted the applicant to work for them to carry drugs across the border, not merely to join their organization, as the Board states.

[15] Further, although the Board at paragraph 24 finds that the grandmother’s shooting was in retaliation for the applicant refusing the recruitment by Los Lorenzanas, at paragraph 28 of its decision, the Board writes: “I find that the grandmother was harmed incidentally and not as a means to recruit the claimant” (emphasis added). The Board’s characterization of the violent death of the grandmother from multiple gun shots as having been “harmed” is a perverse mischaracterization. She was killed.

[16] Also perverse is the Board’s finding that her death was “incidental” when the testimony of the applicant, supported by the evidence of the police report and the previous threats, was that they shot at her. As is noted above, the applicant in his PIF did state that the killers “started firing at the house” but this must be considered in the context of all the evidence. This includes the fact that there is nothing in the police report or in the record that reveals that there were any bullet holes in the walls of the house. Given the 11 bullet wounds in the grandmother’s body, it is unreasonable to conclude that the grandmother’s wounds were “incidental”. In my view, the only reasonable view of the evidence is that the wounds were inflicted deliberately. She was targeted by these killers.

d’affirmer que le demandeur s’est fait offrir de l’argent, un statut ou des armes. En fait, la Commission a demandé expressément au demandeur si on lui avait demandé de se joindre au groupe, ce à quoi il a répondu : [TRADUCTION] « Ils ne me l’ont pas demandé, mais, si je fais quelque chose pour le groupe, c’est comme si j’en faisais déjà partie ».

[14] En affirmant à tort que le groupe tentait de recruter le demandeur en lui promettant des armes, un statut et de l’argent, la Commission a qualifié de manière tout à fait incorrecte l’interaction entre le demandeur et les Los Lorenzanas. La preuve dont disposait la Commission indiquait que les Los Lorenzanas avaient expressément visé le demandeur pour qu’il transporte de la drogue à l’extérieur du pays et non simplement pour qu’il se joigne à l’organisation comme la Commission l’affirme.

[15] En outre, après avoir conclu au paragraphe 24 que la grand-mère avait été tuée parce que le demandeur avait refusé de se joindre à l’organisation, la Commission écrit au paragraphe 28 : « [J]’estime que la grand-mère a été atteinte par accident, et non pas dans le but de recruter le demandeur d’asile » (non souligné dans l’original). Le fait de considérer que la grand-mère a été « atteinte » alors qu’elle est morte de manière violente après avoir reçu plusieurs projectiles est abusif. La grand-mère a été assassinée.

[16] La conclusion de la Commission selon laquelle la mort de la grand-mère a été commise « par accident », alors que, selon le témoignage du demandeur, qui est étayé par le rapport de police et la preuve des menaces antérieures, les hommes ont tiré sur elle, est également abusive. Comme je l’ai rappelé plus haut, le demandeur a écrit dans son FRP que les assassins [TRADUCTION] « avaient commencé à tirer sur la maison », mais cette affirmation doit être placée dans le contexte de l’ensemble de la preuve, notamment le fait qu’il n’y a rien dans le rapport de police ou dans le dossier qui révèle qu’il y avait des trous causés par des balles dans les murs de la maison. La grand-mère ayant subi 11 blessures par balles, il est déraisonnable de conclure que ces blessures ont été causées « par accident ». À mon avis, la seule conclusion raisonnable que l’on puisse tirer de la preuve est que les blessures ont été infligées intentionnellement. La grand-mère a été prise pour cible par ces assassins.

[17] Following the shooting, the applicant ran to his friend's house where he was given enough money to travel to Guatemala City. Approximately seven months later, he was in the marketplace in Guatemala City where he was approached by one of the men who had previously threatened him and his grandmother. He was again told to transport drugs across the border and told that this was the last time he would be asked; the next time he would be killed. The applicant asked for four days to return to El Coco and implied that he would do as they asked. Instead of returning, he left Guatemala.

[18] He traveled by foot and rail from Guatemala through Mexico and the United States of America before entering Canada at Vancouver on February 14, 2008. He filed a claim for protection in Calgary on July 9, 2008.

[19] In its appreciation of the evidence, the Board also considered a letter the applicant received from his two friends, Jorge and Byron, with whom he was walking when he was initially approached by a member of Los Lorenzanas, and with whom he had stayed in contact. In this letter, his friends confirm that the group that tried to get the applicant to transport drugs is Los Lorenzanas. The Board at paragraph 27 of its decision writes:

In their letter the friends inform the claimant that they have learned that the organization that operated in their home-village of [El Coco] is known as [Los Lorenzanas]; that they are a large organization with connections throughout Guatemala and neighboring countries and go by different names in different locations. They are the 'mastermind' organization and routinely hire the Mara 18 street gang to do their dirty work. It was the Maras 18 who were responsible for the murder of the claimant's grandmother and for tracking the claimant down in [Guatemala City].

[20] The Board is in error in its description of the content of the friends' letter which can be found on page 293 of the certified tribunal record. It makes no reference at all to Los Lorenzanas being a "large organization" or to having "connections throughout Guatemala and neighboring countries" or to going "by different names in different locations". In fact, other than this letter and the evidence of the applicant, there is nothing

[17] Après l'incident, le demandeur a couru jusqu'à la maison d'un ami où on lui a donné suffisamment d'argent pour se rendre à Guatemala. Environ sept mois plus tard, il était au marché de Guatemala lorsque l'un des hommes qui les avaient menacés, lui et sa grand-mère, l'a abordé. Cet homme lui a à nouveau dit qu'il devait faire passer de la drogue à l'extérieur du pays et a ajouté que c'était la dernière fois qu'on le lui demandait; la prochaine fois, on le tuerait. Le demandeur a demandé un délai de quatre jours pour pouvoir retourner à El Coco et a laissé entendre qu'il ferait ce qu'on lui demandait. Au lieu de retourner à El Coco, il a quitté le Guatemala.

[18] Il a marché et a pris le train pour se rendre au Mexique, puis aux États-Unis, avant d'arriver à Vancouver le 14 février 2008. Il a demandé l'asile à Calgary le 9 juillet 2008.

[19] Dans son appréciation de la preuve, la Commission a également tenu compte d'une lettre que le demandeur a reçue de ses deux amis, Jorge et Byron, avec lesquels il était lorsqu'un membre des Los Lorenzanas l'a abordé la première fois et avec lesquels il est resté en contact. Dans leur lettre, ses amis confirment que le groupe qui avait demandé au demandeur de transporter de la drogue était bien les Los Lorenzanas. La Commission écrit au paragraphe 27 de sa décision :

Dans leur lettre, les amis indiquent qu'ils ont appris que l'organisation active dans leur village natal [d'El Coco] s'appelle [Los Lorenzanas] et qu'il s'agit d'une organisation de grande envergure, qui a des liens dans tout le Guatemala et les pays avoisinants et qui porte un nom différent selon l'endroit. Les membres des Los Lorenzanas sont le « cerveau » de l'organisation et recrutent souvent les Maras 18 pour effectuer leur sale besogne. Ce sont les Maras 18 qui ont tué la grand-mère du demandeur d'asile et qui ont réussi à retracer celui-ci à Guatemala.

[20] Cette description du contenu de la lettre des amis du demandeur, qui se trouve à la page 293 du dossier certifié du tribunal, est erronée. En effet, la lettre n'indique pas que les Los Lorenzanas constituent une « organisation de grande envergure » ou qu'elle a « des liens dans tout le Guatemala et les pays avoisinants » ou qu'elle porte « un nom différent selon l'endroit ». En fait, exception faite de cette lettre et du



in the record that references Los Lorenzanas or describes the characteristics of the group. The applicant's friends do however write that they believe that Los Lorenzanas hired Mara 18 to find and kill him. This supports the evidence of the applicant at page 324 of the certified tribunal record that Los Lorenzanas hired Mara 18 to look for and to "assassinate" him.

[21] The Board found [at paragraph 19] that the harm the applicant feared was "criminality (recruitment to deliver drugs)" and that this was not linked to a Convention ground in section 96 of the Act. While I agree that section 96 was not at play, the Board's conclusion as to the harm the applicant feared is perverse. It is clear from the evidence before the Board that the applicant did not base his claim on a fear of recruitment. Further, if there was recruitment, it was not to join Los Lorenzanas but to transport drugs for them. He had already said no to that demand. His fear was a fear of death by a third party organization—the Mara 18. This third party organization, as stated earlier, had been hired by Los Lorenzanas to kill the applicant.

[22] The Board analysed its view of the applicant's risk under section 97 of the Act. The Board acknowledged the general violence that is prevalent in Guatemala and noted that it is primarily drug related. The Board then noted that the applicant was a prime target for recruitment because of his vulnerable age and social profile. It was noted that he was young, naïve, unsophisticated and uneducated. It was also noted that he was orphaned and had lived with his elderly grandmother since he was eight years old, without a family and strong social support to help him make crucial decisions in life. The Board stated that he was a particular target because of his geographic location of being so close to the El Salvador border. The Board also noted [at paragraph 24] that what made the applicant "a particular target of the drug trafficking gang was his refusal to deliver drugs to the border of El Salvador." Notwithstanding its finding that the applicant was targeted, the Board

témoignage du demandeur, il n'est question nulle part dans le dossier des Los Lorenzanas ou des caractéristiques du groupe. Les amis du demandeur écrivent toutefois qu'ils croient que les Los Lorenzanas ont chargé les Maras 18 de le retrouver et de le tuer. Cette affirmation appuie le témoignage du demandeur figurant à la page 324 du dossier certifié du tribunal, selon lequel les Los Lorenzanas ont engagé les Maras 18 pour le retrouver et l'[TRADUCTION] « assassiner ».

[21] La Commission a conclu [au paragraphe 19] que le préjudice craint par le demandeur était « la criminalité (recrutement pour faire passer de la drogue) » et que ce préjudice n'était pas lié à un motif prévu par la Convention et mentionné à l'article 96 de la Loi. Il est vrai que l'article 96 n'était pas en cause en l'espèce, mais la conclusion de la Commission concernant le préjudice dont le demandeur craignait d'être victime est abusive. Il ressort clairement de la preuve présentée à la Commission que le demandeur n'a pas fondé sa demande sur la crainte d'être recruté. En outre, s'il avait été recruté, ce n'était pas pour se joindre aux Los Lorenzanas, mais pour transporter de la drogue pour eux. Il avait déjà refusé de le faire. Ce qu'il craignait, c'était d'être tué par une autre organisation : les Maras 18. Comme je l'ai mentionné plus haut, cette organisation avait été chargée par les Los Lorenzanas de tuer le demandeur.

[22] La Commission a analysé le risque prévu à l'article 97 de la Loi qui était invoqué par le demandeur. Elle a reconnu la violence générale existant au Guatemala et a fait remarquer que cette violence était principalement reliée à la drogue. Elle a ensuite noté que le demandeur était une cible de premier choix pour le recrutement car il était vulnérable en raison de son âge et de son profil social; il était jeune, naïf, peu averti et peu instruit, il était orphelin et il vivait avec sa grand-mère âgée depuis qu'il avait huit ans, sans aucun soutien familial ou social solide pour l'aider à prendre des décisions cruciales. Selon la Commission, il était une cible particulière parce que la ville où il vivait était située tout près de la frontière avec le Salvador. La Commission a précisé [au paragraphe 24] que ce qui faisait du demandeur « une cible particulière pour cette organisation [était] son refus de passer de la drogue à travers la frontière du Salvador ». Malgré le fait que, selon elle, le demandeur

found that the risk he faced was a generalized one, given the pervasiveness of gangs in Guatemala.

[23] In my view, the errors outlined above resulted in the Board mischaracterizing the personal circumstances of the applicant and thus led the Board to inaccurately find that his circumstances and his risk of harm was one faced generally by others. He was not, like many his age, merely at risk of recruitment by a criminal gang. Rather, he was at risk of death having been specifically and personally targeted by a criminal organization for death at the hand of Mara 18 who had been hired to kill him.

[24] This finding is dispositive of the application for judicial review; the decision under review is unreasonable and the applicant's claim for protection must be redetermined. Nevertheless, I wish to add a few comments concerning section 97 of the Act and, in particular, the respondent's interpretation of the recent decision in *Baires Sanchez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 993 (*Baires Sanchez*), which he submitted is dispositive of the present application.

[25] Subparagraph 97(1)(b)(ii) of the Act defines a person in need of protection as "a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality ... would subject them personally to a risk to their life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment if 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."

[26] Parsing this provision, it is evident that if a claimant is to be found to be a person in need of protection, then it must be found that:

- a. The claimant is in Canada;
- b. The claimant would be personally subjected to a risk to their life or to cruel and unusual treatment or punish-

était ciblé, la Commission a conclu que le risque auquel il était exposé était généralisé en raison de l'omniprésence des gangs au Guatemala.

[23] À mon avis, les erreurs décrites ci-dessus ont amené la Commission à qualifier incorrectement la situation personnelle du demandeur et, ainsi, à conclure à tort que d'autres personnes étaient généralement exposées à la même situation et au même risque de préjudice que lui. Le demandeur ne courait pas simplement le risque, comme de nombreux jeunes de son âge, d'être recruté par un gang criminel. Il courait plutôt le risque d'être tué parce qu'il était expressément et personnellement ciblé par une organisation criminelle qui avait chargé les Maras 18 de le tuer.

[24] Cette conclusion règle la demande de contrôle judiciaire; la décision faisant l'objet du contrôle est déraisonnable et la demande d'asile du demandeur doit faire l'objet d'une nouvelle décision. J'aimerais cependant faire quelques observations sur l'article 97 de la Loi et, en particulier, sur l'interprétation donnée à la décision *Baires Sanchez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 993 (*Baires Sanchez*), par le défendeur, selon lequel cette décision récente règle la présente affaire.

[25] Aux termes du sous-alinéa 97(1)(b)(ii) de la Loi, 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 [...], exposée [...] à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités [si] 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 ».

[26] Il ressort clairement d'une analyse minutieuse de cette disposition que, pour que la qualité de personne à protéger soit reconnue à un demandeur d'asile, il faut conclure :

- a. que le demandeur d'asile est au Canada;
- b. qu'il serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont il a la nationalité, exposé à une menace

ment if returned to their country of nationality;

c. The claimant would face that personal risk in every part of their country; and

d. The personal risk the claimant faces “is not faced generally by other individuals in or from that country”.

All four of these elements must be found if the person is to meet the statutory definition of a person in need of protection; it is only such persons who are permitted to remain in Canada.

[27] The majority of cases turn on whether or not the last condition has been satisfied, that is, whether the risk faced by the claimant is a risk faced generally by others in the country. I pause to observe that regrettably too many decisions of the RPD and of this Court use imprecise language in this regard. No doubt I too have been guilty of this. Specifically, many decisions state or imply that a generalized risk is not a personal risk. What is usually meant is that the claimant’s risk is one faced generally by others and thus the claimant does not meet the requirements of the Act. It is not meant that the claimant has no personal risk. It is important that a decision maker finds that a claimant has a personal risk because if there is no personal risk to the claimant, then there is no need to do any further analysis of the claim; there is simply no risk. It is only after finding that there is a personal risk that a decision maker must continue to consider whether that risk is one faced generally by the population.

[28] My second observation is that too many decision makers inaccurately describe the risk the applicant faces and too many decision makers fail to actually state the risk altogether. Paragraph 97(1)(b) of the Act is quite specific: The personal risk a claimant must face is “a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment”. Before determining whether the risk faced

à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités;

c. qu’il y serait exposé en tout lieu de ce pays;

d. que « d’autres personnes originaires de ce pays ou qui s’y trouvent ne [...] sont généralement » pas exposées à ce risque personnel.

Ces quatre conditions doivent être remplies pour que la personne soit une personne à protéger au sens de la Loi. Seules les personnes à protéger sont autorisées à demeurer au Canada.

[27] La majorité des affaires dépendent de la question de savoir si la dernière condition est remplie, c’est-à-dire si d’autres personnes qui se trouvent dans le pays sont généralement exposées au même risque que le demandeur d’asile. J’ouvre ici une parenthèse pour souligner que la SPR et la Cour restent malheureusement trop souvent vagues à cet égard. Je l’ai moi-même fait. En particulier, un grand nombre de décisions indiquent ou laissent entendre qu’un risque généralisé n’est pas un risque personnel. Cela signifie habituellement que d’autres personnes sont généralement exposées au même risque que le demandeur d’asile et que ce dernier ne satisfait donc pas aux exigences de la Loi. Cela ne signifie pas que le demandeur d’asile ne court personnellement aucun risque. Il est important qu’un décideur conclue qu’un demandeur d’asile est personnellement exposé à un risque parce que, si aucun risque personnel n’existe, il n’est pas nécessaire de poursuivre l’analyse de la demande; il n’existe tout simplement aucun risque. Ce n’est qu’après avoir conclu que le demandeur d’asile est personnellement exposé à un risque que le décideur doit déterminer si la population est généralement exposée au même risque.

[28] Par ailleurs, trop de décideurs décrivent de manière inexacte le risque auquel le demandeur est exposé ou omettent totalement d’énoncer ce risque. L’alinéa 97(1)b) de la Loi est pourtant très clair : le risque auquel doit être personnellement exposé un demandeur d’asile est « une menace à sa vie ou [le] risque de traitements ou peines cruels et inusités ». Avant de déterminer si d’autres

by the claimant is one generally faced by others in the country, the decision maker must (1) make an express determination of what the claimant's risk is, (2) determine whether that risk is a risk to life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment, and (3) clearly express the basis for that risk.

[29] An example of the sort of decision I am addressing is that under review. The closest the decision maker in this case comes to actually stating the risk she finds this applicant faces is the following [at paragraph 19]: “the harm feared by the claimant; that is criminality (recruitment to deliver drugs)”. But this is not the risk faced by the applicant, and even if it were, the decision fails to state how this meets the test of risk set out in subparagraph 97(1)(b)(ii) of the Act. At best, the risk as described forms part of the reason for the risk to the applicant's life. When one conflates the reason for the risk with the risk itself, one fails to properly conduct the individualized inquiry of the claim that is essential to a proper section 97 analysis and determination.

[30] The [Federal] Court of Appeal in *Sanchez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 99, 62 Imm. L.R. (3d) 5, at paragraph 15, cited in *Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 31, 78 Imm. L.R. (3d) 163, at paragraph 7, stated that “[t]he examination of a claim under subsection 97(1) of the Act necessitates an individualized inquiry, which is to be conducted on the basis of the evidence adduced by a claimant ‘in the context of a *present* or *prospective* risk’ for him” (emphasis in original). The words “in the context of” in this statement are of fundamental importance. The decision maker must examine the claimant's evidence and the claimant's circumstances *in the context* of the risk to him.

[31] In *Mendoza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 648, 368 F.T.R. 309, at paragraphs 35–36, I attempted to flesh out what such an individualized inquiry entails. I wrote that:

In conducting the individualized inquiry the Board must examine both the nature of the risk faced by claimants as well

personnes se trouvant dans le pays sont généralement exposées au même risque que le demandeur d'asile, le décideur doit : 1) déterminer expressément le risque en question, 2) déterminer s'il s'agit d'une menace à la vie ou d'un risque de traitements ou peines cruels et inusités et 3) exposer clairement le fondement de ce risque.

[29] La décision faisant l'objet du présent contrôle est un exemple du type de décision dont je parle. Dans l'affaire qui nous concerne, la décideuse s'est contentée de dire [au paragraphe 19], au sujet du risque auquel le demandeur était exposé : « le préjudice craint par le demandeur d'asile, c'est-à-dire la criminalité (recrutement pour faire passer de la drogue) ». Or, il ne s'agit pas du risque auquel le demandeur était exposé, et même dans le cas contraire, la décideuse n'a pas expliqué de quelle façon ce risque satisfaisait au critère prévu au sous-alinéa 97(1)(b)(ii) de la Loi. Tout au plus, le risque décrit fait partie du fondement de la menace à la vie du demandeur. Or, il ne faut pas, pour effectuer correctement l'examen personnalisé de la demande qui est exigé par l'article 97, amalgamer ce fondement et le risque lui-même.

[30] Reprenant les propos qu'elle avait formulés au paragraphe 15 de l'arrêt *Sanchez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 99, la Cour d'appel fédérale a affirmé, au paragraphe 7 de l'arrêt *Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 31 : « Pour décider si un demandeur d'asile a qualité de personne à protéger au sens du paragraphe 97(1) de la Loi, il faut procéder à un examen personnalisé en se fondant sur les preuves présentées par le demandeur d'asile “dans le contexte des *risques actuels* ou *prospectifs*” auxquels il serait exposé » (en italique dans l'original). L'expression « dans le contexte » est fondamentale. Le décideur doit examiner la preuve et la situation du demandeur d'asile dans le contexte du risque auquel il est exposé.

[31] Dans la décision *Mendoza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CF 648, j'ai essayé, aux paragraphes 35 et 36, de décrire ce que suppose un tel examen personnalisé. J'ai écrit :

Dans le cadre de son analyse du caractère personnalisé du risque, la Commission doit examiner tant l'agent

as the agent of persecution. In examining the nature of the risk, the question is not whether the risk amounts to being a victim of crime. In most countries, and in most circumstances, persecution constituting a risk to life or rising to the level of cruel and unusual punishment, will also constitute criminal conduct under domestic criminal statutes. The question is not whether all citizens in a country face a possibility of being a victim of such crimes. We all face the possibility of being the victim of a crime each and every day.

The relevant question is whether the risk is one *generally* faced by all citizens. Generally, in this sense, is to be given its ordinary meaning. What is general in one country may not be general in another country. In Canada, we generally face a risk of being involved in a motor vehicle accident each time we drive, even though the probability of such an event is low; we do not face a general risk of kidnapping and extortion, even though there is a possibility of being a victim of such crimes, and such crimes do occur each year. In examining the generality of persecution the Board must also take a context specific approach by focusing on the generality of a risk of persecution from a specific agent of persecution. A risk may be general at the hands of a one agent of persecution and not general at the hands of a different agent of persecution. For example, the same risk may be generalized if the agent of persecution is a non-state actor but particularized if the agent of persecution is the state. [Emphasis in original.]

No doubt there are other relevant considerations.

[32] The fact that decisions of this Court and the Court of Appeal have long held that such an individualized inquiry is required explains, in part, why I do not accept the submission of the respondent regarding *Baires Sanchez*. The respondent relied on this decision to support his submission that virtually any risk of violence at the hands of a criminal gang in one of the Central or South American countries where gang violence is prevalent is a risk generally faced by citizens of the country and thus falls outside the protection offered by section 97 of the Act. To accept that bold proposition would run counter not only to the position expressed by our [Federal] Court of Appeal, it would also run counter to

de persécution que la nature du risque auquel font face les demandeurs. En ce qui a trait à l'examen du risque, la question n'est pas de savoir si le risque équivalait à être victime d'un crime. Dans la plupart des pays, et dans la plupart des circonstances, la persécution représentant une menace à la vie ou équivalant à une peine cruelle ou inusitée constituera également une activité criminelle sous le régime pénal du pays en question. La question n'est pas non plus de savoir si tous les citoyens d'un pays peuvent être victimes de tels crimes. Chaque jour, nous courons tous le risque d'être victime d'un crime.

La question qu'il convient de poser est de savoir s'il s'agit d'un risque auquel sont *généralement* exposés tous les citoyens. Dans cette phrase, il faut donner à l'adverbe « généralement » son sens ordinaire. Ce qui est général dans un pays peut ne pas l'être dans un autre pays. Au Canada, nous sommes généralement exposés au risque d'être victime d'un accident de la route chaque fois que nous conduisons, même si la probabilité qu'un tel accident survienne est faible; nous ne sommes pas généralement exposés au risque d'être victime d'enlèvement ou d'extorsion, même s'il est possible d'être victime d'un tel crime et que des crimes semblables sont effectivement commis chaque année. Dans son examen du caractère général de la persécution, la Commission doit également recourir à une approche fondée sur le contexte et mettre l'accent sur le caractère général de la persécution commise par un agent de persécution donné. Un risque peut être général lorsqu'il tire son origine d'un agent de persécution donné et ne pas être général lorsqu'il tire son origine d'un autre agent de persécution. Par exemple, le même risque pourrait être généralisé si l'agent de persécution n'était pas un représentant de l'État, mais être personnalisé si l'agent de persécution était l'État. [En italique dans l'original.]

Il ne fait aucun doute qu'il existe d'autres considérations pertinentes.

[32] Le fait que la Cour fédérale et la Cour d'appel estiment depuis longtemps qu'un tel examen personnalisé est nécessaire explique en partie pourquoi je rejette la thèse du défendeur concernant la décision *Baires Sanchez*. Le défendeur s'est appuyé sur cette décision pour faire valoir que le risque d'être victime de violence aux mains d'un gang criminel dans l'un des pays d'Amérique centrale ou d'Amérique du Sud où les actes de violence commis par les gangs sont fréquents est un risque auquel sont généralement exposés les citoyens du pays et qui ne donne donc pas droit à la protection offerte par l'article 97 de la Loi. Souscrire à cette proposition audacieuse irait à l'encontre non

those cases where this Court has found a personal risk from such gangs that is not also a general risk: See, for example, *Pineda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 365, 65 Imm. L.R. (3d) 275; *Zacarias v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 62, 95 Imm. L.R. (3d) 187; *Barrios Pineda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 403; and *Alvarez Castaneda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 724.

[33] During the course of oral submissions, I asked the respondent, given his interpretation of *Baires Sanchez*, if he could provide an example of a situation where a person targeted for death from a gang in one of these gang-infested countries could obtain section 97 protection. The example provided in response was the situation where a gang had been hired to kill a claimant. In that circumstance, it was submitted that the risk to the claimant was personal and was not one faced generally by the population. I note that the scenario provided is exactly that which this applicant faced. He faced death at the hand of a gang hired by a criminal organization to kill him.

[34] I do not accept that protection under the Act is limited in the manner submitted by the respondent. This is not to say that persons who face the same or even a heightened risk as others face of random or indiscriminate violence from gangs are eligible for protection. However, where a person is specifically and personally targeted for death by a gang in circumstances where others are generally not, then he or she is entitled to protection under section 97 of the Act if the other statutory requirements are met.

[35] The applicant proposed that the following question be certified: “Can a risk which was initially random, indiscriminate, or general, be personalized through subsequent action of either the persecutor or victim, such as where there is an escalating or targeted reprisal for a refusal to pay?” The respondent opposed certifying this question and proposed none for certification. In light of the disposition made of this application,

seulement de l’opinion exprimée par la Cour d’appel fédérale, mais aussi des décisions où la Cour fédérale a conclu que le demandeur était personnellement exposé à un risque de ce genre qui n’était pas aussi un risque auquel d’autres personnes étaient généralement exposées : voir, par exemple, *Pineda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 365; *Zacarias c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 62; *Barrios Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 403; *Alvarez Castaneda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 724.

[33] Au cours des plaidoiries, j’ai demandé au défendeur, vu son interprétation de la décision *Baires Sanchez*, s’il pouvait me donner un exemple d’un cas où une personne exposée au risque d’être tuée par un gang dans l’un des pays envahis par les gangs pourrait obtenir la protection de l’article 97. Le défendeur a répondu en évoquant le cas où un gang a été chargé de tuer un demandeur d’asile. Il a soutenu que, dans un tel cas, le risque est personnel et la population n’y est généralement pas exposée. Cette situation est exactement celle du demandeur en l’espèce. La vie du demandeur était menacée par un gang chargé par une organisation criminelle de le tuer.

[34] À mon avis, la protection offerte par la Loi n’est pas limitée de la manière décrite par le défendeur, ce qui ne veut pas dire que les personnes qui sont exposées au même risque ou à un risque plus grand de violence aveugle commise par des gangs que d’autres personnes ont droit à la protection. Cependant, lorsqu’une personne risque expressément et personnellement d’être tuée par un gang dans des circonstances où d’autres personnes ne sont généralement pas exposées à ce risque, elle a droit à la protection de l’article 97 de la Loi si les autres exigences légales sont remplies.

[35] Le demandeur a proposé que je certifie la question suivante : [TRADUCTION] « Un risque qui était aléatoire ou général à l’origine peut-il devenir un risque personnalisé en raison des actes subséquents commis soit par l’auteur de la persécution, soit par la victime, par exemple lorsque des représailles ciblées ou de plus en plus violentes sont exercées pour refus de paiement? » Le défendeur s’est opposé à la certification de cette

the question the applicant proposes would not be dispositive of an appeal, and it is therefore not appropriate for certification.

question et n'a proposé aucune question à des fins de certification. À la lumière de la décision rendue relativement à la demande en l'espèce, la question proposée par le demandeur ne permettrait pas de trancher un appel. Il ne convient donc pas que je la certifie.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application is allowed, the decision of the Board is set aside, the applicant's claim for protection under section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 is referred to a differently constituted Board for determination, and no question is certified.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que la demande est accueillie, que la décision de la Commission est annulée, que la demande d'asile présentée par le demandeur en vertu de l'article 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, est renvoyée à un tribunal différemment constitué de la Commission afin de faire l'objet d'une nouvelle décision et qu'aucune question n'est certifiée.

A-380-11  
2011 FCA 294

A-380-11  
2011 CAF 294

**Mohamed Zeki Mahjoub** (*Appellant*)

**Mohamed Zeki Mahjoub** (*appelant*)

v.

c.

**The Minister of Immigration and Citizenship, the  
Minister of Public Safety** (*Respondents*)

**Le ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté, le  
ministre de la Sécurité publique** (*intimés*)

**INDEXED AS: MAHJOUB v. CANADA (CITIZENSHIP AND  
IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : MAHJOUB c. CANADA (CITOYENNETÉ ET  
IMMIGRATION)**

Federal Court of Appeal, Létourneau, Sharlow and  
Dawson JJ.A.—Ottawa, October 24, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Sharlow et  
Dawson, J.C.A.—Ottawa, 24 octobre 2011.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court interlocutory judgment rendered during Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 77 proceedings — Crown seeking to quash appeal for want of jurisdiction — Appellant, subject of s. 77 certificate referred to Federal Court to determine reasonableness thereof but determination not yet made — In course of s. 77 proceedings, Crown coming into possession of documents belonging to appellant's counsel which appellant claiming subject to solicitor-client privilege, litigation privilege — Documents at issue becoming co-mingled with those of Crown — Appellant moving for permanent stay of proceedings on basis of breach of privilege under Canadian Charter of Rights and Freedoms but Crown opposing motion — Federal Court concluding that, in order to determine remedy, if any, co-mingled documents at issue would have to be separated, returned to respective parties to make submissions on alleged prejudice — IRPA, s. 79 barring appeal from interlocutory judgment in relation to s. 77 proceedings — Appellant arguing that Federal Court order invalid, rendered without jurisdiction since violating fundamental constitutional rights (solicitor-client privilege) — Crown claiming that IRPA, s. 79 barring appellant's appeal, that statutory bar cannot be circumvented merely by raising constitutional argument, casting decision as one going to jurisdiction — Order sought to be appealed clearly interlocutory decision — Case law appellant submitting to establish that statutory bar not applicable in present case distinguished — Decision sought to be appealed not constituting judicial act separate, divisible from s. 77 proceedings but rather rendered in course of managing s. 77 proceedings — Therefore, decision cannot be separated therefrom — Nothing in present case justifying that Federal Court of Appeal fail to respect statutory bar — Immunization of Federal Court's decision from appellant scrutiny would not undermine rule of law or public confidence in due administration of justice — Allowing appeal would result in unacceptable fragmentation of Federal*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel d'un jugement interlocutoire de la Cour fédérale rendu dans une instance introduite en vertu de l'art. 77 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Sa Majesté cherchait à faire annuler l'appel pour défaut de compétence — L'appellant fait l'objet d'un certificat qui a été déposé à la Cour fédérale en vertu de l'art. 77 de la LIPR en vue de déterminer si ce certificat est raisonnable, mais cette instance est toujours en cours — Au cours de l'instance introduite en vertu de l'art. 77, Sa Majesté a obtenu des documents appartenant à l'avocat de l'appellant qui, selon ce qu'affirme l'appellant, sont protégés par le secret professionnel de l'avocat et par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès — Les documents en cause ont été amalgamés avec d'autres documents appartenant à Sa Majesté — L'appellant a déposé une requête en vue d'obtenir la suspension permanente de l'instance, fondée sur une violation d'un privilège fondamental auquel il a droit en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés, mais Sa Majesté a contesté la requête — La Cour fédérale a conclu que pour pouvoir déterminer la réparation appropriée, le cas échéant, il serait nécessaire de scinder les documents qui avaient été amalgamés et de les restituer aux parties pour qu'elles soient en mesure de formuler des observations sur le présumé préjudice — L'art. 79 de la LIPR interdit d'interjeter appel d'un jugement interlocutoire dans le cadre d'une instance introduite en vertu de l'art. 77 — L'appellant a fait valoir que l'ordonnance de la Cour fédérale était invalide et avait été rendue sans compétence, étant donné qu'elle violait ses droits constitutionnels fondamentaux (droit au secret professionnel de l'avocat) — Sa Majesté soutenait que l'art. 79 de la LIPR interdisait à l'appellant d'interjeter appel, et que l'appellant ne pouvait se soustraire à l'irrecevabilité à laquelle la loi assujettit l'appel du seul fait qu'il soulève un argument constitutionnel et qu'il soutient que la décision a trait à la compétence — Il est évident que l'ordonnance dont on*



*Court proceeding to determine reasonableness of certificate, would require making decision on basis of incomplete factual foundation — Appeal quashed.*

*cherchait à faire appel est une décision interlocutoire — La jurisprudence citée par l'appelant pour établir que l'irrecevabilité prévue par la loi ne devrait pas s'appliquer n'avait rien en commun avec la présente affaire — La décision dont on cherchait à faire appel n'était pas un acte judiciaire dissociable de l'instance prévue à l'art. 77, mais elle a plutôt été rendue dans le cours de la gestion de l'instance introduite en vertu de l'art. 77 — Par conséquent, cette décision ne pouvait en être dissociée — Il n'y avait rien en l'espèce qui justifierait la Cour d'appel fédérale de ne pas respecter l'irrecevabilité prévue par la loi — Le fait de mettre la décision de la Cour fédérale à l'abri du contrôle de l'appelant ne porterait pas atteinte au principe de la primauté du droit, ni ne minerait la confiance du public envers la bonne administration de la justice — Permettre au présent appel de suivre son cours se solderait par une fragmentation inacceptable d'une instance au cours de laquelle la Cour fédérale est appelée à se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat et obligerait la Cour à rendre une décision sur la base d'un fondement factuel qui est incomplet — Appel annulé.*

#### 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], ss. 7, 8, 24.

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 27(1)(a) (as am. *idem*, s. 34), (c) (as am. *idem*).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 77 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 79 (as am. *idem*), 82 (as am. *idem*), 82.1 (as enacted *idem*), 82.2 (as enacted *idem*), 82.3 (as enacted *idem*).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley*, 2011 FCA 273, [2012] 3 F.C.R. 118, 32 Admin. L.R. (5th) 177, 2 Imm. L.R. (4th) 1.

##### DISTINGUISHED:

*Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, 249 D.L.R. (4th) 269, 50 Imm. L.R. (3d) 119; *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, 331 N.R. 180; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 126 C.R.R. (2d) 298; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119, 1 Admin. L.R. (3d) 1.

#### 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], art. 7, 8, 24.

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 77 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 79 (mod., *idem*), 82 (mod., *idem*), 82.1 (édicte, *idem*), 82.2 (édicte, *idem*), 82.3 (édicte, *idem*).

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 27(1)a) (mod., *idem*, art. 34), c) (mod., *idem*).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley*, 2011 CAF 273, [2012] 3 R.C.F. 118.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255; *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391.

## CONSIDERED:

*Zundel v. Canada*, 2004 FCA 145, [2004] 3 F.C.R. 638, 238 D.L.R. (4th) 498, 35 Imm. L.R. (3d) 1; *Ziindel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255, (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 135, 256 N.R. 125 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Lazareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 181, 335 N.R. 21; *Edwards v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181; *Froom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 331, 30 Imm. L.R. (3d) 1, 312 N.R. 282.

APPEAL from a Federal Court interlocutory judgment (*Mahjoub (Re)*) (October 4, 2011), DES-7-08) rendered in an *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 77 proceeding whereby the appellant sought a permanent stay of the proceedings. Appeal quashed.

## APPEARANCES

*Johanne Doyon* for appellant.  
*Donald A. MacIntosh, James Todd* and *Hillary Adams* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Doyon & Associés*, Montréal, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

[1] SHARLOW J.A.: This proceeding is an appeal of an interlocutory judgment of the Federal Court dated October 4, 2011 [*Mahjoub (Re)*, DES-7-08], rendered in a proceeding under section 77 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA). The Crown seeks to quash the appeal for want of jurisdiction. The appellant Mr. Mahjoub opposes the motion on the basis that this Court has the jurisdiction to entertain the appeal. For the reasons that follow, I have concluded that the appeal should be quashed.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Zundel c. Canada*, 2004 CAF 145, [2004] 3 R.C.F. 638; *Ziindel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Lazareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 181; *Edwards c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 176; *Froom c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 331.

APPEL d'un jugement interlocutoire de la Cour fédérale (*Mahjoub (Re)*) (4 octobre 2011), DES-7-08) rendu dans une instance introduite en vertu de l'art. 77 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* par lequel l'appelant cherchait à obtenir la suspension permanente de l'instance. Appel annulé.

## ONT COMPARU

*Johanne Doyon* pour l'appelant.  
*Donald A. MacIntosh, James Todd* et *Hillary Adams* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Doyon & Associés*, Montréal, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Il s'agit en l'espèce de l'appel d'un jugement interlocutoire prononcé le 4 octobre 2011 [*Mahjoub (Re)*, DES-7-08] par la Cour fédérale dans une instance introduite en vertu de l'article 77 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Sa Majesté cherche à faire annuler l'appel pour défaut de compétence. L'appelant, M. Mahjoub, s'oppose à la requête au motif que la Cour a compétence pour statuer sur l'appel. Pour les motifs qui suivent, je suis arrivée à la conclusion que l'appel devait être annulé.

Procedural background

[2] The notice of appeal in this matter was filed on October 13, 2011. On October 18, 2011, Mr. Mahjoub submitted a notice of motion, supported by a two-volume motion record, seeking a stay of the October 4, 2011 order pending the disposition of this appeal. That motion record has not yet been accepted for filing.

[3] Meanwhile the Crown, presumably after having been served with the notice of appeal, sent a letter dated October 17, 2011 to the Court, submitting that the notice of appeal should not be filed because the Court has no jurisdiction to entertain it. Mr. Mahjoub responded with a letter dated October 17, 2011, submitting that the Court has the jurisdiction to entertain the appeal. By letter dated October 18, 2011, the Crown replied to Mr. Mahjoub's submission.

[4] On October 19, 2011, I directed that a three-judge panel of this Court would determine the question of whether the appeal should be quashed, and that the determination would be made without an oral hearing on the basis of the letters referred to above. At the same time, I made an order staying the October 4, 2011 order of the Federal Court pending that determination.

[5] Mr. Mahjoub responded to the direction with a letter objecting to this matter being determined without an oral hearing, and also pointing out that the issue of Mr. Mahjoub's right to appeal is also addressed in the submissions contained in the motion record submitted October 13, 2011. The Crown argues that no oral hearing is necessary.

[6] I remain of the view that no oral hearing is necessary. I will, however, take into account the submissions of Mr. Mahjoub in his motion record that relate to the issue of the Court's jurisdiction to entertain the appeal.

Contexte procédural

[2] L'avis d'appel a été déposé dans la présente affaire le 13 octobre 2011. Le 18 octobre 2011, M. Mahjoub a soumis un avis de requête appuyé par un dossier de requête comprenant deux volumes. Il réclamait un sursis à l'exécution de l'ordonnance du 4 octobre 2011 en attendant que le présent appel ait été tranché. Le dépôt de ce dossier de requête n'a pas encore été accepté.

[3] Dans l'intervalle, Sa Majesté a, vraisemblablement après avoir reçu signification de l'avis d'appel, adressé à la Cour une lettre en date du 17 octobre 2011 dans laquelle elle soutenait que l'avis d'appel ne devait pas être déposé étant donné que la Cour n'avait pas compétence pour l'examiner. M. Mahjoub a répondu par lettre datée du 17 octobre 2011, que la Cour avait compétence pour statuer sur l'appel. Par lettre datée du 18 octobre 2011, Sa Majesté a répondu à l'argument de M. Mahjoub.

[4] Le 19 octobre 2011, j'ai ordonné la constitution d'une formation collégiale de trois juges de notre Cour qui serait chargée de trancher la question de savoir si l'appel devrait être annulé et j'ai précisé que cette décision serait rendue sur dossier, sans audience, sur le fondement des lettres susmentionnées. Le même jour, j'ai prononcé une ordonnance sursoyant à l'exécution de l'ordonnance du 4 octobre 2011 de la Cour fédérale en attendant qu'une décision soit rendue.

[5] M. Mahjoub a répondu à ces directives en soumettant une lettre dans laquelle il s'opposait à ce que cette question soit tranchée sur dossier sans audience et dans laquelle il soulignait également que la question de son droit d'interjeter appel était également abordée dans les observations contenues dans le dossier de requête soumis le 13 octobre 2011. Sa Majesté soutient qu'aucune audience n'est nécessaire.

[6] Je suis toujours d'avis qu'aucune audience n'est nécessaire. Je vais cependant tenir compte des observations formulées par M. Mahjoub dans son dossier de requête au sujet de la question de la compétence de la Cour pour statuer sur l'appel.

Statutory provisions

[7] Pursuant to paragraphs 27(1)(a) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 34] and (c) [as am. *idem*] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], an appeal lies to this Court from any final or interlocutory judgment of the Federal Court.

[8] However, that right of appeal may be barred by other statutes. There are numerous such provisions in the IRPA. In some cases involving the IRPA, an appeal of a final judgment of the Federal Court is barred unless the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question. For example, a certified question is required by paragraph 74(d) to appeal a final judgment on an application for judicial review of a decision, determination or order made under the IRPA, by section 79 to appeal a determination of the Federal Court as to the reasonableness of a certificate issued under section 77, and by section 82.3 [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] to appeal a final judgment in a detention review proceeding under any of sections 82 to 82.2 [ss. 82 (as am. *idem*), 82.1 (as enacted *idem*), 82.2 (as enacted *idem*)].

[9] Of more importance to this case are the provisions of the IRPA that bar an appeal of an interlocutory judgment. The relevant provision in this case is section 79 [as am. *idem*], which bars an appeal of an interlocutory judgment in relation to proceedings to determine the reasonableness of a certificate issued under section 77.

[10] There have been instances in which this Court has found a statutory bar to be inapplicable to an appeal that is *prima facie* within its scope. For example, in *Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, this Court entertained an appeal from an adjournment which, in the particular factual circumstances, was interpreted as a refusal by the Federal Court Judge to exercise his jurisdiction and

Dispositions législatives applicables

[7] Aux termes des alinéas 27(1)a) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 34] et c) [mod., *idem*] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], il peut être interjeté appel devant notre Cour d'un jugement définitif ou d'un jugement interlocutoire de la Cour fédérale.

[8] Cependant, d'autres lois peuvent faire obstacle à ce droit d'appel. Il existe de nombreuses dispositions en ce sens dans la LIPR. Dans certains cas mettant en cause la LIPR, il ne peut être interjeté appel d'un jugement définitif de la Cour fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci. Par exemple, la certification d'une question est exigée par l'alinéa 74d) pour pouvoir interjeter appel d'un jugement définitif consécutif au contrôle judiciaire d'une décision ou d'une ordonnance prononcée en vertu de la LIPR, par l'article 79, pour pouvoir interjeter appel d'une décision rendue par la Cour fédérale sur le caractère raisonnable du certificat déposé en vertu de l'article 77, et par l'article 82.3 [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4], pour pouvoir interjeter appel d'un jugement définitif rendu au titre de l'un des articles 82 à 82.2 [art. 82 (mod., *idem*), 82.1 (édicte, *idem*), 82.2 (édicte, *idem*)] dans le cadre d'une instance portant sur le contrôle de la détention.

[9] Les dispositions de la LIPR qui interdisent d'interjeter appel d'un jugement interlocutoire revêtent une plus grande importance dans le cas qui nous occupe. En l'espèce, la disposition pertinente est l'article 79 [mod., *idem*], qui prévoit que ne sont pas susceptibles d'appel les décisions interlocutoires rendues dans le cadre d'une instance portant sur le caractère raisonnable d'un certificat déposé en vertu de l'article 77.

[10] Il existe des cas dans lesquels la Cour a jugé que l'interdiction d'interjeter appel prévue par la loi ne s'appliquait pas à un appel qui relevait à première vue de sa compétence. Ainsi, dans l'affaire *Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255, la Cour a statué sur l'appel d'une décision accordant un ajournement qui, eu égard aux circonstances factuelles particulières de l'espèce, avait été

decide the case. This Court has also held that a statutory bar to an appeal does not preclude a party from challenging a decision on the basis of an allegation of a reasonable apprehension of bias on the part of the judge (see, for example, *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, 331 N.R. 180).

[11] However, most attempts to avoid a statutory bar to an appeal fail. The most recent example is *Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley*, 2011 FCA 273, [2012] 3 F.C.R. 118. Paragraph 7 of the reasons for decision in that case read as follows:

We agree that, despite the apparently plain language of paragraph 74(d), Parliament cannot have intended to immunize alleged errors from appellate scrutiny which, if not subject to review, would undermine the rule of law and public confidence in the due administration of justice. However, in our view, the errors that the Judge is alleged to have committed in this case do not fall within this narrow category.

[12] A statutory bar to an appeal cannot be avoided merely by an allegation that the decision sought to be appealed is based on one or more errors of law that are sufficiently egregious that an appeal would certainly succeed if it were entertained: see *Lazareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 181, 335 N.R. 21, and *Edwards v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181.

### Facts

[13] Mr. Mahjoub is the subject of a certificate issued under section 77 of the IRPA which was referred to the Federal Court. Proceedings to determine the reasonableness of the certificate have been commenced before Justice Blanchard but have not yet been concluded.

[14] In the course of the section 77 proceedings, the Crown came into possession of documents belonging to

interprétée comme un refus du juge de la Cour fédérale d'exercer sa compétence et de rendre une décision. La Cour a également jugé que les dispositions d'une loi qui rendent irrecevable un appel n'empêchent pas une partie de contester une décision pour cause de crainte raisonnable de partialité de la part du juge (voir, par exemple, l'arrêt *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394).

[11] Il n'en demeure pas moins que la plupart des tentatives visant à se soustraire à une interdiction d'interjeter appel prévue par la loi sont vouées à l'échec. L'exemple le plus récent est l'affaire *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley*, 2011 CAF 273, [2012] 3 R.C.F. 118. Voici ce qu'on trouve au paragraphe 7 des motifs de la décision rendue dans cette affaire :

Nous sommes d'accord pour dire que, malgré le libellé apparemment clair de l'alinéa 74d), le législateur ne pouvait avoir l'intention de mettre à l'abri de tout examen en appel des erreurs qui, si elles échappaient à tout examen, auraient pour effet d'ébranler le principe de la primauté du droit et de miner la confiance du public envers la bonne administration de la justice. Nous estimons toutefois que les erreurs que le juge aurait commises en l'espèce n'entrent pas dans cette catégorie étroite.

[12] On ne peut se soustraire à une interdiction d'interjeter appel prévue par la loi en se contentant d'alléguer que la décision dont on veut faire appel est fondée sur une ou sur plusieurs erreurs de droit qui sont suffisamment flagrantes pour qu'on puisse affirmer que l'appel serait certainement accueilli s'il était jugé (*Lazareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 181, et *Edwards c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 176).

### Les faits

[13] M. Mahjoub fait l'objet d'un certificat qui a été déposé à la Cour fédérale en vertu de l'article 77 de la LIPR. Une instance a été introduite devant le juge Blanchard en vue de répondre à la question de savoir si ce certificat est raisonnable. Cette instance est toujours en cours.

[14] Au cours de l'instance introduite en vertu de l'article 77, Sa Majesté a obtenu des documents

counsel for Mr. Mahjoub which contain information that Mr. Mahjoub says is subject to solicitor and client privilege and litigation privilege. The documents in issue became commingled with documents belonging to the Crown. Mr. Mahjoub brought a motion before Justice Blanchard for a permanent stay of the proceedings on the basis of sections 7, 8 and subsection 24(1) of the *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]]. The Crown opposed the motion.

[15] Justice Blanchard heard the motion on October 3, 2011 and reserved his decision. It appears that in the course of the hearing, Justice Blanchard concluded that in order to determine the remedy, if any, that would be appropriate in the circumstances, it would be necessary to have the commingled documents separated and returned to the respective parties so that they would be in a position to make specific submissions on the nature and extent of the alleged prejudice. In that context, Justice Blanchard made the order under appeal on October 4, 2011. It reads as follows:

1. The parties are to attend before Prothonotary Aalto at 9:30 a.m., on Wednesday October 5, 2011, at the Federal Court in Toronto, Ontario, for the purpose of developing a protocol for the separation of the co-mingled documents. The protocol shall be established by Prothonotary Aalto, in consultation with the parties. It shall permit the separation of the documents in a manner that will limit prejudice to the parties.
2. Each party is to designate a person or persons, not a Solicitor of record, who is able to identify the documents belonging to the party for the purpose of dividing the co-mingled documents in the presence and under the supervision of the Prothonotary pursuant to the protocol to be established for that purpose.
3. The person or persons so designated by each party shall thereafter be excluded from the respective litigation teams and shall be prohibited from communicating with

appartenant à l'avocat de M. Mahjoub qui renferment des renseignements qui, selon ce qu'affirme M. Mahjoub, sont protégés par le secret professionnel de l'avocat et par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès. Les documents en cause ont été amalgamés avec d'autres documents appartenant à Sa Majesté. M. Mahjoub a saisi le juge Blanchard d'une requête en vue d'obtenir la suspension permanente de l'instance en vertu des articles 7 et 8 et du paragraphe 24(1) de la *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]]. Sa Majesté a contesté la requête.

[15] Le juge Blanchard a entendu la requête le 3 octobre 2011 et a mis l'affaire en délibéré. Il semble qu'au cours de l'audience, le juge Blanchard ait conclu que pour pouvoir déterminer quelle réparation serait, le cas échéant, appropriée dans les circonstances, il serait nécessaire de scinder les documents qui avaient été amalgamés et de les restituer aux parties pour qu'elles soient en mesure de formuler des observations spécifiques sur la nature et l'ampleur du présumé préjudice. Dans ce contexte, le juge Blanchard a rendu le 4 octobre 2011 l'ordonnance faisant l'objet du présent appel. En voici le texte :

[TRADUCTION]

1. Les parties doivent se présenter devant le protonotaire Aalto à 9 h 30, le mercredi 5 octobre 2011, à la Cour fédérale, à Toronto (Ontario), en vue d'établir un protocole pour la séparation des documents qui ont été amalgamés. Le protocole en question sera établi par le protonotaire Aalto en collaboration avec les parties. Il permettra de scinder les documents de façon à limiter le préjudice que pourraient subir les parties.
2. Chacune des parties doit désigner une ou plusieurs personnes ne faisant pas partie des avocats inscrits au dossier et en mesure d'identifier les documents appartenant à la partie en question en vue de scinder les documents qui ont été amalgamés en présence du protonotaire et sous sa surveillance conformément au protocole établi à cette fin.
3. La ou les personnes ainsi désignée(s) par chacune des parties sera(seront) exclue(s) de l'équipe du contentieux de chacune des parties et il lui(leur) sera interdit de

anyone about the nature or content of the materials reviewed for the above stated purpose and shall sign an undertaking to that effect with the Court.

communiquer avec qui que ce soit au sujet de la nature ou du contenu des pièces examinées aux fins susmentionnées et elle(s) devra(devront) signer un engagement en ce sens devant la Cour.

4. The separated documents are to be returned to the respective parties.
  5. The parties may make further argument on the nature and extent of any alleged prejudice before the designated judge. To that end Mr. Mahjoub may prepare a description of any of the returned documents relied upon to demonstrate that prejudice, which description shall not disclose any substantive information that would be subject to solicitor-client or litigation privilege.
  6. Prothonotary Aalto shall review and approve any description prepared by Mr. Mahjoub against the document prior to the description being filed with the Court.
  7. Upon the separation of documents, Prothonotary Aalto shall file a report on the protocol followed to separate the documents. He may, in the exercise of his discretion, also report on any other matter relating to the within order.
  8. In the event of a dispute arising with respect to the interpretation of the within order, the parties are free to return to the Court for direction.
4. Les documents ainsi scindés devront être rendus à chacune des parties.
  5. Les parties peuvent formuler d'autres observations au sujet de la nature et de l'ampleur de tout présumé préjudice devant le juge désigné. À cette fin, M. Mahjoub peut dresser une liste des documents qui lui ont été remis et sur lesquels il se fonde pour faire la preuve de ce préjudice en s'assurant de ne révéler aucun renseignement important qui serait protégé par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès.
  6. Le protonotaire Aalto examinera et approuvera la liste dressée par M. Mahjoub en la comparant avec les documents correspondants avant d'autoriser le dépôt de cette liste devant la Cour.
  7. Une fois les documents scindés, le protonotaire Aalto soumettra un rapport écrit au sujet du protocole suivi pour scinder les documents. En vertu de son pouvoir discrétionnaire, il peut également rendre compte de toute autre question se rapportant à la présente ordonnance.
  8. En cas de différend au sujet de l'interprétation de la présente ordonnance, il sera loisible aux parties de s'adresser à nouveau à la Cour pour obtenir des directives.

[16] The record does not disclose whether the parties have sought further direction pursuant to section 8 of the order under appeal, and I assume they have not done so.

[16] Le dossier ne permet pas de savoir si les parties ont réclamé d'autres directives en vertu de l'article 8 de l'ordonnance visée par le présent appel et je suppose qu'elles ne l'ont pas fait.

[17] On October 13, 2011, Mr. Mahjoub filed a notice of appeal of the October 4, 2011 order. He seeks an order setting the order aside, requiring Justice Blanchard to determine the motion for a permanent stay on the basis of the submissions filed, and deferring the process of separating the documents until after Justice Blanchard determines the motion for a permanent stay.

[17] Le 13 octobre 2011, M. Mahjoub a déposé un avis d'appel de l'ordonnance du 4 octobre 2011. Il sollicite une ordonnance annulant l'ordonnance du 4 octobre 2011, enjoignant au juge Blanchard de trancher la requête en suspension permanente sur le fondement des observations déposées et reportant la séparation des documents jusqu'à ce que le juge Blanchard ait tranché la requête en suspension permanente.

[18] The notice of appeal sets out many grounds of appeal. Some of the grounds of appeal overlap. Some are difficult to follow, undoubtedly because they are

[18] De nombreux moyens d'appel sont articulés dans l'avis d'appel. Certains de ces moyens d'appel se recoupent. Certains sont difficiles à suivre, sans doute parce

intended to be explained in due course by more detailed submissions. Nevertheless, I will attempt to summarize them.

[19] The first ground of appeal asserts that the order under appeal is “not valid and rendered without jurisdiction” because, to the extent that it requires persons other than Mr. Mahjoub’s solicitors of record to view his privileged documents, his right to communicate in confidence with his legal adviser is breached, contrary to sections 7 and 8 of the Charter.

[20] The second and fifth grounds of appeal challenge the practicality, effectiveness, necessity or factual basis of the order under appeal.

[21] The third and sixth grounds of appeal appear to be based on the premise that the order under appeal necessarily requires Mr. Mahjoub to prove that he was prejudiced by the alleged breaches of privilege. The argument is that Mr. Mahjoub should be entitled to the benefit of a legal presumption of prejudice, so that the Crown as the party in breach has the onus of proving that the breach caused no prejudice.

[22] The fourth ground of appeal alleges a further breach of section 7 of the Charter, as well as section 24, on the basis that it is unfair to require an inspection of the documents to assess prejudice when it cannot be determined with precision what the Crown has seen and possibly disseminated.

[23] The seventh ground of appeal alleges that the order under appeal is based on a mistake of law in so far as it ignores the possibility that some of the documents that came into the possession of the Crown may be missing.

[24] At the risk of oversimplifying the position of Mr. Mahjoub, it seems to me that his fundamental complaint is that, through no fault of his own, he has suffered a breach of a fundamental privilege that is his constitutional right, and it is wrong in law to compel him

que l’auteur de l’avis d’appel a l’intention de les expliquer en temps et lieu en soumettant des observations plus détaillées. Je vais néanmoins tenter de les résumer.

[19] Le premier moyen d’appel indique que l’ordonnance frappée d’appel [TRADUCTION] « n’est pas valide et a été rendue sans compétence » étant donné que, dans la mesure où elle oblige d’autres personnes que les avocats inscrits au dossier de M. Mahjoub à examiner les documents protégés de M. Mahjoub, le droit de celui-ci de communiquer sous le sceau du secret avec son conseiller juridique a été enfreint, ce qui contrevient aux articles 7 et 8 de la Charte.

[20] Le deuxième et le cinquième moyens d’appel tendent à contester l’efficacité, l’utilité et le fondement factuel de l’ordonnance frappée d’appel.

[21] Le troisième et le sixième moyens d’appel semblent être fondés sur la prémisse que l’ordonnance visée par l’appel oblige nécessairement M. Mahjoub à démontrer que les présumées violations du secret lui ont causé un préjudice. M. Mahjoub affirme que la Cour devrait lui reconnaître le droit de bénéficier d’une présomption légale de préjudice de sorte qu’il incombe à Sa Majesté, en tant qu’auteur de la violation, de démontrer que cette violation n’a causé aucun préjudice.

[22] Par son quatrième moyen d’appel, l’appelant allègue une autre violation des articles 7 et 24 de la Charte au motif qu’il est injuste d’exiger que les documents soient inspectés pour déterminer si un préjudice a été causé alors qu’on ne peut établir avec précision ce que Sa Majesté a vu et a éventuellement diffusé.

[23] Selon son septième moyen d’appel, l’ordonnance frappée d’appel serait fondée sur une erreur de droit dans la mesure où elle méconnaît la possibilité que certains des documents que Sa Majesté a obtenus puissent être manquants.

[24] Au risque de trop simplifier la thèse de M. Mahjoub, il me semble que son grief essentiel consiste à dire qu’alors qu’il n’a commis aucune faute, il a subi une violation d’un privilège fondamental auquel il a droit en vertu de la Constitution et qu’il est erroné



to suffer a further breach of the same privilege in the search for an appropriate remedy.

#### Positions of the parties

[25] The Crown has moved to quash the appeal on the basis that the appeal is barred by section 79. The Crown's letter dated October 17, 2001 indicates that the Crown is relying on *Zundel v. Canada*, 2004 FCA 145, [2004] 3 F.C.R. 638, at paragraphs 23 to 27; *Froom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 331; and *Zündel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255 (C.A.), at paragraphs 10 to 15. The first of these cases deals with unsuccessful attempts to appeal a decision in the face of a statutory bar in the IRPA. The third case deals with the general principle that, barring special circumstances, decisions made in the course of a hearing should not be challenged until the proceedings are concluded.

[26] Mr. Mahjoub, in his letter to the Court dated October 17, 2011, argues that this Court has the jurisdiction to entertain this appeal because the order sought to be appealed is "invalid and rendered without jurisdiction as it violates his fundamental rights such as his right to solicitor-client privilege and to have all his communications made in confidentiality with his lawyer respected (sections 7 and 8 of the *Charter*)". He relies on paragraphs 17 and 18 of *Subhaschandran* (cited above), which read as follows:

Other decisions which reinforce my view are those in which this Court has held that certain questions, including ones relating to jurisdiction, are appealable, even in the presence of the express removal of a right of appeal or right of judicial review on the main decision. In *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, Létourneau J.A. found an appeal based on reasonable apprehension of bias to be an exception to the privative clause precluding an appeal or judicial review from a determination of the reasonableness of a security certificate. Similarly, in *Narvey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 235 N.R. 305 (F.C.A.), Noël J.A. allowed an appeal,

en droit de le contraindre à subir une autre violation du même privilège dans sa recherche d'une réparation appropriée.

#### Thèses des parties

[25] Sa Majesté a présenté une requête visant à faire annuler le présent appel au motif que celui-ci est irrecevable en raison de l'article 79. Dans sa lettre du 17 octobre 2011, Sa Majesté explique qu'elle se fonde sur les arrêts *Zundel c. Canada*, 2004 CAF 145, [2004] 3 R.C.F. 638, aux paragraphes 23 à 27; *Froom c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 331; et *Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255 (C.A.), aux paragraphes 10 à 15. La première de ces affaires portait sur des tentatives infructueuses visant à interjeter appel d'une décision compte tenu d'une irrecevabilité prévue par la LIPR. La troisième affaire portait sur le principe général suivant lequel, à défaut de circonstances exceptionnelles, les décisions rendues au cours d'une audience ne devraient pas être contestées tant que l'instance n'est pas terminée.

[26] Dans la lettre qu'il a adressée à la Cour le 17 octobre 2011, M. Mahjoub fait valoir que la Cour a compétence pour statuer sur le présent appel parce que l'ordonnance dont il veut faire appel [TRADUCTION] « est invalide et a été rendue sans compétence étant donné qu'elle viole ses droits fondamentaux et notamment son droit au secret professionnel de l'avocat et son droit au respect de toutes les communications qu'il a échangées sous le sceau du secret avec son avocat (articles 7 et 8 de la Charte) ». Il invoque les paragraphes 17 et 18 de l'arrêt *Subhaschandran* précité :

D'autres décisions qui viennent appuyer mon point de vue ont été prises par notre Cour, qui a jugé que certaines questions, notamment les questions portant sur la compétence, sont susceptibles d'appel même en présence d'une suppression expresse du droit d'appel ou du droit au contrôle judiciaire de la décision principale. Dans l'arrêt *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394, le juge Létourneau, J.C.A. a conclu qu'un appel fondé sur une crainte raisonnable de partialité faisait exception à la clause privative qui supprimait tout appel ou contrôle judiciaire de la décision portant sur le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité. De la même façon, dans l'arrêt *Narvey c. Canada*

notwithstanding subsection 18(3) of the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29]. He found that a judge's bias, if demonstrated, would result in a lack of jurisdiction to render a decision, and such decision would accordingly not be one "under" section 18 of the *Citizenship Act*.

I would therefore allow the appeal, set aside the order and send the matter back to the motions Judge with a direction that he proceed to expeditiously make a decision on the application for a stay. In the circumstances there will be no order as to costs.

[27] Mr. Mahjoub also cites paragraph 48 of *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, which reads as follows:

If it is agreed that the designated judge may, in the exercise of the powers conferred by sections 80 and 83 of the IRPA, make some decisions that are subject to appeal, then there should be no further question as to his jurisdiction to make them. It seems obvious to us that a decision on the constitutional validity of the IRPA has to do with the jurisdiction of the Court and not the reasonableness of the certificate, that it constitutes a separate, divisible judicial act, to repeat the words of the Court in *Tobiass [Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass]*, [1997] 3 S.C.R. 391, and that it is consequently appealable.

[28] The issue of Mr. Mahjoub's right to appeal is discussed more fully in paragraphs 31 to 40 of the submissions included in the motion record submitted in support of his motion for a stay of Justice Blanchard's order pending appeal. Those submissions read as follows:

The Appellant is filing a notice of appeal under subsection 27(1) of the *Federal Courts Act* from an Order of the Honourable Mr. Justice Blanchard dated October 4, 2011.

The Order under appeal was rendered in the context of the Appellant's motion record for a permanent stay of proceedings as a remedy pursuant to subsection 24(1) of the *Charter* and section 50 of the *Federal Courts Act* for the violation of his sections 7 and 8 rights under the *Charter*.

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*) (1999), 235 N.R. 305 (C.A.F.), le juge Noël, J.C.A. a accueilli un appel, nonobstant le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29]. Il a conclu que la partialité d'un juge, si elle est démontrée, constitue un défaut de compétence pour rendre une décision. Par conséquent, une décision rendue dans un tel cas ne tomberait pas sous le coup de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*.

Par conséquent, j'accueillerais l'appel, annulerais l'ordonnance et renverrais la question au juge des requêtes avec la directive de rendre une décision de façon expéditive sur la requête en sursis. Dans les circonstances, il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépens.

[27] M. Mahjoub cite également le paragraphe 48 de l'arrêt *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299 :

Si l'on accepte que le juge désigné puisse, dans l'exercice des pouvoirs conférés par les articles 80 et 83 de la LIPR, rendre des décisions susceptibles d'appel, sa compétence de les rendre ne devrait donc plus être remise en question. Or, il nous semble évident qu'une décision portant sur la constitutionnalité de la LIPR porte sur la juridiction de la Cour et non pas sur le caractère raisonnable du certificat, qu'elle constitue un acte judiciaire distinct et divisible, pour reprendre les mots de la Cour cités dans l'arrêt *Tobiass [Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass]*, [1997] 3 R.C.S. 391] et qu'elle est, en conséquence, susceptible d'appel.

[28] La question du droit d'appel de M. Mahjoub est analysée plus à fond aux paragraphes 31 à 40 des observations formulées dans le dossier de requête soumis à l'appui de sa requête en sursis à l'exécution de l'ordonnance du juge Blanchard en attendant l'issue de l'appel. Ces observations sont ainsi libellées :

[TRADUCTION]

L'appelant dépose, en vertu du paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, un avis d'appel de l'ordonnance rendue le 4 octobre 2011 par le juge Blanchard.

L'ordonnance frappée d'appel a été rendue dans le contexte du dossier de la requête présentée par l'appelant en vue d'obtenir une suspension permanente de l'instance à titre de réparation conformément au paragraphe 24(1) de la Charte et de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour la violation des droits qui lui sont reconnus par les articles 7 et 8 de la Charte.

As mentioned in *Charkaoui v. Canada*, 2004 FCA 421, par 43, a designated judge has the power to make certain decisions that are subject to appeal.

The Federal Court of Appeal in *Charkaoui* (supra) referred to the Supreme Court of Canada's (herein referred to as "SCC") decision in *Canada v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391 which upheld the existence of the right of appeal.

The SCC held that the decision could be appealed because the Federal Court's power to order a stay does not stem from its power under the *Citizenship Act* but is sourced in section 50 of the Federal Court Act. The SCC in *Tobiass* (supra) confirmed the existence of the right of appeal accordingly:

"A stay of proceedings is entered for reasons which are completely unrelated to the circumstances surrounding the obtaining, retaining, renouncing or resuming of citizenship. Indeed, a decision to order (or not to order) a stay of proceedings is different from the type of determination that the Court is called upon to make under subsection 18(1)." [p. 414-415]

Mr. Mahjoub is entering his appeal in a similar context. Justice Blanchard's Order currently appealed was rendered following Mr. Mahjoub's motion for a permanent stay of proceedings under s. 50 of the *Federal Courts Act*, similarly to *Tobiass*, as well as under s. 24 of the *Charter*.

Because the Order is entirely unrelated to the circumstances surrounding the reasonableness of the certificate and is the result of an excess of jurisdiction and other jurisdictional errors [referring by footnote to the portion of the submissions entitled "Serious questions to be tried", which reflect the grounds of appeal summarized above], the Order may be subject to appeal as concluded by *Charkaoui v. Canada*, 2004 FCA 421, par. 48 and in *Subhaschandran* 2005 FCA 27. [Omitted: reproduction of paragraph 48 of *Charkaoui* and paragraphs 17-18 of *Subhaschandran*, quoted above.]

In the circumstances of the Order under appeal, it is clear that sections 82.3 and 74(d) of the IRPA do not limit the Appellant's right to appeal.

Ainsi qu'il est mentionné dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada*, 2004 CAF 421, au paragraphe 43, le juge désigné a le pouvoir de prendre certaines décisions qui peuvent faire l'objet d'un appel.

Dans l'arrêt *Charkaoui*, précité, la Cour d'appel fédérale a cité l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada (la CSC) dans l'affaire *Canada c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, dans laquelle la Cour suprême a confirmé l'existence du droit d'appel.

La CSC a jugé que la décision pouvait être portée en appel parce que le pouvoir de la Cour fédérale d'ordonner une suspension ne découlait pas des pouvoirs que lui conférait la *Loi sur la citoyenneté*, mais qu'il lui était conféré par l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Dans l'arrêt *Tobiass*, précité, la CSC a confirmé l'existence du droit d'appel de la façon suivante :

Cependant, la suspension des procédures est ordonnée pour des motifs qui n'ont absolument rien à voir avec l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté ni avec la réintégration dans celle-ci. En effet, la décision d'ordonner (ou de ne pas ordonner) la suspension des procédures diffère du genre de décision que la Cour est appelée à rendre sous le régime du par. 18(1) [aux pages 414 et 415].

M. Mahjoub interjette appel dans un contexte analogue. L'ordonnance du juge Blanchard qui fait l'objet du présent appel a été rendue en réponse à la requête présentée par M. Mahjoub en vue d'obtenir la suspension permanente de l'instance en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, dans la foulée de l'arrêt *Tobiass*, ainsi qu'en vertu de l'article 24 de la Charte.

Comme l'ordonnance n'a absolument rien à voir avec les circonstances entourant la question du caractère raisonnable du certificat et qu'elle découle d'un excès de compétence et d'autres erreurs de compétence [renvoi par note infrapaginale à la partie des observations intitulées [TRADUCTION] « Questions sérieuses à juger » qui correspond au moyen d'appel déjà mentionné], l'ordonnance peut faire l'objet d'un appel, ainsi que la Cour l'a conclu dans les arrêts *Charkaoui c. Canada*, 2004 CAF 421, au paragraphe 48, et *Subhaschandran* 2005 CAF 27 [est omise la reproduction du paragraphe 48 de l'arrêt *Charkaoui* et des paragraphes 17 et 18 de l'arrêt *Subhaschandran*, précités.]

Eu égard aux circonstances entourant l'ordonnance frappée d'appel, il est clair que l'article 82.3 et l'alinéa 74d) de la LIPR ne limitent pas le droit d'appel de l'appellant.

Indeed, Justice Blanchard's decision was not further to a judicial review and was not made under sections 82 to 82.2 of the IRPA, but in the context of Mr. Mahjoub's motion pursuant to s. 50 of the *Federal Courts Act* and s. 24(1) of the *Charter*.

For these reasons, the Appellant submits that the Order of October 4, 2011 can be appealed to the Federal Court of Appeal.

[29] In the Crown's letter dated October 18, 2011, the Crown makes the following submissions in response to Mr. Mahjoub's letter dated October 17, 2011:

- (a) There is no constitutional right to an appeal, even if a breach of the *Charter* is alleged. The right to appeal is purely statutory. It is open to Parliament to bar or limit a right of appeal, as it has done in the IRPA. The present case does not come within the very narrow exception recognized in *Tobiass*.
- (b) Mr. Mahjoub cannot circumvent the statutory bar to an appeal of an interlocutory decision merely by raising a constitutional argument and casting the decision as one going to jurisdiction. An error of law, in general, does not deprive a presiding judge of jurisdiction (citing *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Aziz*, 2011 FCA 18. Further, the Supreme Court of Canada has repeatedly stated that courts should not "brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so" (citing *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 at page 233, as cited in *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, at paragraph 36).
- (c) In any event, the Supreme Court of Canada has cautioned against permitting a proceeding to be fragmented by interlocutory proceedings that take on life of their own (citing *R. v. Mills*, [1985] 1 S.C.R. 863, at paragraph 271). The statutory prohibition on appeals of interlocutory decisions is intended to avoid such fragmentation and the resulting delays.
- (d) Finally, there is no factual foundation for Mr. Mahjoub's appeal, because Justice Blanchard has yet to determine

D'ailleurs, la décision du juge Blanchard ne faisait pas suite à un contrôle judiciaire et elle n'a pas été rendue en vertu des articles 82 à 82.2 de la LIPR mais bien en réponse à la requête présentée par M. Mahjoub en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* et du paragraphe 24(1) de la Charte.

Pour ces motifs, l'appelant affirme que l'ordonnance du 4 octobre 2011 peut être portée en appel devant la Cour d'appel fédérale.

[29] Dans sa lettre du 18 octobre 2011, Sa Majesté formule les observations suivantes en réponse à la lettre du 17 octobre 2011 de M. Mahjoub :

[TRADUCTION]

- a) Le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution et ce, même lorsqu'on affirme que la Charte a été violée. Le droit d'appel ne peut être conféré que par une loi. Il est loisible au législateur d'empêcher ou de restreindre l'exercice du droit d'appel et c'est ce qu'il a fait dans la LIPR. La présente affaire ne tombe pas sur le coup de l'exception très étroite reconnue dans l'arrêt *Tobiass*.
- b) M. Mahjoub ne peut se soustraire à l'irrecevabilité à laquelle la loi assujettit l'appel d'une décision interlocutoire du seul fait qu'il soulève un argument constitutionnel et qu'il soutient que la décision a trait à la compétence. En principe, une erreur de droit ne dépouille pas le président du tribunal de sa compétence (citant l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Aziz*, 2011 CAF 18). De plus, la Cour suprême du Canada a affirmé à plusieurs reprises que les tribunaux judiciaires doivent « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard » (citant l'arrêt *Syndicat canadien des employés de la fonction publique, Section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick.*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la page 233, cité dans l'arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, au paragraphe 36).
- c) En tout état de cause, la Cour suprême a mis en garde contre la tentation de fragmenter des instances par des procédures interlocutoires qui deviennent des instances distinctes (citant l'arrêt *R. c. Mills*, [1985] 1 R.C.S. 863, au paragraphe 271). En déclarant irrecevable l'appel d'une décision interlocutoire, le législateur est censé avoir voulu éviter cette fragmentation et les retards qui s'ensuivent.
- d) Enfin, l'appel de M. Mahjoub n'a aucun fondement factuel, étant donné que le juge Blanchard ne s'est

whether any breach of solicitor and client privilege has occurred. And it is clearly within his jurisdiction to deal with matters of privilege and to exercise his discretion to craft appropriate remedies to prevent prejudice from the disclosure of allegedly privileged documents.

### Discussion

[30] It is clear that the order sought to be appealed is an interlocutory decision rendered in the course of proceedings under section 77 of the IRPA. Generally, appeals from such decisions are barred by section 79.

[31] It is argued for Mr. Mahjoub that the jurisprudence of this Court establishes that the statutory bar should not apply in this case. However, the cases upon which he relies are not in any way analogous to the facts of this case. *Tobiass [Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass]*, [1997] 3 S.C.R. 391 and other cases dealing with the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] involve a statutory bar to appeals that is more narrowly worded than the very broad prohibition in section 79 of the IRPA. It is not the case, as in *Subhaschandran*, that the Federal Court Judge refused to make a decision. There is no allegation or evidence of a reasonable apprehension of bias, as there was in *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394 [cited above]. There is no constitutional challenge to any legislation, as there was in *Charkaoui*. The decision sought to be appealed is not, to paraphrase *Charkaoui*, a judicial act that is separate and divisible from the section 77 proceedings. On the contrary, the decision sought to be appealed was rendered in the course of Justice Blanchard's management of the section 77 proceedings and cannot be separated from them.

[32] In my view, there is nothing in the circumstances of this case that would justify this Court in failing to

toujours pas prononcé sur la question de savoir s'il y a eu en l'espèce violation du secret professionnel de l'avocat. Or, le juge Blanchard est manifestement compétent pour examiner toute question de privilège et pour exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à concevoir des réparations appropriées pour éviter un préjudice causé par la divulgation de documents que l'on affirme être protégés.

### Analyse

[30] Il est évident que l'ordonnance dont on cherche à faire appel est une décision interlocutoire rendue au cours d'une instance visée par l'article 77 de la LIPR. En principe, l'article 79 empêche de faire appel d'une telle décision.

[31] L'avocat de M. Mahjoub soutient que, suivant la jurisprudence de notre Cour, l'irrecevabilité prévue par la loi ne devrait pas s'appliquer en l'espèce. Toutefois, les décisions qu'il cite n'ont rien en commun avec les faits de la présente affaire. L'affaire *Tobiass [Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass]*, [1997] 3 R.C.S. 391 et les autres affaires portant sur la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29] concernaient une irrecevabilité prévue par la loi qui était libellée de façon beaucoup plus étroite que l'interdiction très large que l'on trouve à l'article 79 de la LIPR. Contrairement à l'affaire *Subhaschandran*, le juge de la Cour fédérale n'a pas refusé en l'espèce de rendre une décision. Il n'y a pas non plus d'allégations ou d'éléments de preuve portant sur une crainte raisonnable de partialité comme c'était le cas dans l'affaire *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394 [précitée]. On ne conteste pas la constitutionnalité des dispositions législatives comme dans l'affaire *Charkaoui*. La décision dont on cherche à faire appel n'est pas, pour paraphraser l'arrêt *Charkaoui*, un acte judiciaire qui est dissociable de l'instance prévue à l'article 77. Au contraire, la décision dont on cherche à interjeter appel a été rendue dans le cours de la gestion, par le juge Blanchard, de l'instance introduite en vertu de l'article 77, et cette décision ne peut en être dissociée.

[32] À mon avis, il n'y a rien dans les circonstances de la présente espèce qui justifierait la Cour de ne pas

respect the statutory bar. In this case, as in *Huntley* (cited above), it cannot be said that the immunization of Justice Blanchard's decision from appellate scrutiny would undermine the rule of law or public confidence in the due administration of justice. On the contrary, to permit this appeal to proceed would result in an unacceptable fragmentation of the Federal Court proceeding to determine the reasonableness of the certificate, and would require this Court to make a decision on the basis of a factual foundation that is, to say the least, incomplete.

### Conclusion

[33] For these reasons, I would quash the appeal for want of jurisdiction. Although Mr. Mahjoub's motion for a stay would be rendered moot and should not be determined, his motion record should be filed because it was referred to in the course of considering whether the appeal should be quashed.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

DAWSON J.A.: I agree.

respecter l'irrecevabilité prévue par la loi. En l'espèce, tout comme dans l'affaire *Huntley*, précitée, on ne peut dire que le fait de mettre la décision du juge Blanchard à l'abri du contrôle d'une juridiction d'appel porterait atteinte au principe de la primauté du droit ou minerait la confiance du public envers la bonne administration de la justice. Au contraire, permettre au présent appel de suivre son cours se solderait par une fragmentation inacceptable d'une instance au cours de laquelle la Cour fédérale est appelée à se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat et obligerait la Cour à rendre une décision sur la base d'un fondement factuel qui est, pour le moins, incomplet.

### Dispositif

[33] Pour ces motifs, je suis d'avis d'annuler l'appel pour défaut de compétence. Bien que la requête en suspension de M. Mahjoub deviendrait théorique et ne devrait pas être tranchée, son dossier de requête devrait être déposé parce qu'il en a été fait mention lors de l'examen de la question de savoir si l'appel devrait être annulé.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-287-10  
2011 FCA 267

A-287-10  
2011 CAF 267

**Daishowa-Marubeni International Ltd. (Appellant)**

**Daishowa-Marubeni International Ltd. (appelante)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Respondent)**

**Sa Majesté la Reine (intimée)**

**INDEXED AS: DAISHOWA-MARUBENI INTERNATIONAL LTD.  
v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : DAISHOWA-MARUBENI INTERNATIONAL  
LTD. c. CANADA**

Federal Court of Appeal, Nadon, Layden-Stevenson and Mainville JJ.A.—Vancouver, May 3; Ottawa, September 23, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Layden-Stevenson et Mainville, J.C.A.—Vancouver, 3 mai; Ottawa, 23 septembre 2011.

\* Editor's Note: This decision has been reversed on appeal (2013 SCC 29). The reasons for judgment, handed down May 23, 2013, will be published in the *Supreme Court Reports*.

\* Note de l'arrêviste : Cette décision a été infirmée en appel (2013 CSC 29). Les motifs de jugement, prononcés le 23 mai 2013, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

*Income Tax — Income Calculation — Proceeds of disposition — Timber resource properties — Appeal, cross-appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision allowing in part appellant's appeals from Minister of National Revenue's reassessments of 1999, 2000 taxation years — Purchasers of appellant's timber operations assuming silviculture liability — Appellant not reporting amounts pertaining to silviculture liabilities assumed by purchasers in proceeds of disposition — T.C.C. finding purchasers' assumption of reforestation obligations constituting consideration to be included in appellant's proceeds of disposition under Income Tax Act, s. 13(21) — T.C.C. discounting current, long-term reforestation liabilities — Appellant arguing T.C.C. erring in including assumption of silviculture liabilities, entitled to offsetting deduction — Respondent indicating not open to T.C.C. to arrive at values other than those agreed to by parties — Whether, how to value reforestation liabilities as proceeds of sale under s. 13(21) — T.C.C. not erring in determining that assumption of silviculture liability by purchasers constituting consideration to be included in appellant's proceeds of disposition — However, not open for T.C.C. to discount long-term liability — T.C.C. erring in concluding that current, long-term reforestation liability an estimate — Contract with purchasers providing aggregate value, or estimate, of value of reforestation liabilities — Subsequent references suggesting that amounts actual values — Nothing in contract rendering doubtful fact that parties attributing specific, agreed to value with regard to reforestation liability — T.C.C. ignoring plain reading of contract — Question of concern not subjective value of property for parties but whether parties agreeing to certain amount as consideration for property — Situation*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Produit de disposition — Avoirs forestiers — Appel et appel incident interjetés à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) faisant partiellement droit aux appels que l'appelante avait formés contre les nouveaux avis de cotisation établis par le ministre du Revenu national pour les années d'imposition 1999 et 2000 — Les acquéreurs des exploitations de scierie de l'appelante devaient assumer les obligations de l'appelante relatives à la sylviculture — Lorsqu'elle a fait sa déclaration de revenus, l'appelante n'a inclus dans son produit de disposition aucun montant lié aux obligations relatives à la sylviculture prises en charge par les acquéreurs — La C.C.I. a estimé que la prise en charge par les acquéreurs des obligations relatives au reboisement de l'appelante représentait une contrepartie à inclure dans le produit de disposition de l'appelante, aux termes de l'art. 13(21) de la Loi de l'impôt sur le revenu — La C.C.I. a réduit les obligations à court et à long termes relatives au reboisement — L'appelante a soutenu que la C.C.I. a commis une erreur en incluant la prise en charge des obligations relatives à la sylviculture et qu'elle-même avait droit à une déduction compensatoire — L'intimée a affirmé qu'il n'était pas loisible à la C.C.I. de parvenir à d'autres montants que ceux sur lesquels les parties s'étaient entendues — Il s'agissait de déterminer s'il fallait évaluer les obligations relatives au reboisement comme des produits de vente aux termes de l'art. 13(21), et la façon de le faire — La C.C.I. n'a pas commis d'erreur en concluant que la prise en charge par les acquéreurs de l'obligation relative à la sylviculture constituait une contrepartie à inclure dans le produit de disposition de l'appelante — Cependant, il n'était pas loisible à la C.C.I. de réduire le montant de l'obligation à long*

*herein analogous to Federal Court of Appeal decision in Teleglobe Inc. v. Canada — Quantifying actual benefit to appellant wrong approach — Parties having to be held to agreed upon price; Minister adding correct amount to appellant's income — Act, s. 11(1)(b) not allowing deduction for reforestation liability expenditure — No basis herein to allocate proceeds of disposition to goodwill — T.C.C.'s reasons inadequate — Appeal with respect to 1999 taxation year dismissed, cross-appeal allowed; appeal with respect to 2000 taxation year allowed, cross-appeal dismissed — Per Mainville J.A. (dissenting): T.C.C. erring by assuming that assumptions of reforestation liabilities separate, distinct consideration for sales of forest tenures — Reforestation liabilities integral part of forest tenures, should not have been added to proceeds of disposition — Excessive weight placed herein on value of liabilities — Whether parties agreeing or not as to value of liabilities having little bearing on whether or not these liabilities forming part of proceeds of disposition.*

This was an appeal and cross-appeal from a Tax Court of Canada (T.C.C.) decision allowing in part the appellant's appeals from the Minister of National Revenue's reassessments of its 1999 and 2000 taxation years.

The appellant operated pulp mills in Alberta. Pursuant to timber rights obtained from the province, the appellant was bound to provide annual reforestation plans and to reforest the lands it exploited (the silviculture liability). The sale of the appellant's divisions in 1999, and then in 2000, to two purchasers included the disposition of a timber licence, a "timber resource property" for the purposes of subsection 13(21) of the *Income Tax Act*, and the assumption of the silviculture liability by the purchasers. In reporting its income for the relevant taxation years, the appellant did not include

*terme — La C.C.I. a commis une erreur en concluant que les obligations à court et à long termes relatives au reboisement correspondaient à une estimation — Le contrat conclu avec les acquéreurs faisait état de l'estimation, ou de la valeur globale des obligations relatives aux reboisement — Toutes les références subséquentes à ces obligations donnent fortement à penser que les montants représentaient des valeurs réelles — Il n'y a rien dans le contrat lui-même qui fasse douter que les parties ont convenu d'attribuer une valeur précise à l'obligation de reboisement — La C.C.I. a ignoré le libellé clair du contrat — L'enjeu ne concernait pas la valeur subjective du bien pour les parties, mais il revenait à savoir si les parties s'étaient entendues sur un certain montant comme contrepartie pour ce bien — La situation en l'espèce était comparable à celle de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans Teleglobe Inc. c. Canada — Quantifier la valeur réelle de l'avantage que l'appelante a tiré était malavisé — C'est le prix convenu par les parties qui doit leur être opposé; le ministre a eu raison d'ajouter le montant approprié au revenu de l'appelante — L'art. 11(1)b de la Loi interdit la déduction des dépenses liées à l'obligation de reboisement — Il n'y a aucune raison en l'espèce d'allouer le produit de disposition à la survaleur — Les motifs énoncés par la C.C.I. étaient inadéquats — L'appel concernant l'année d'imposition 1999 est rejeté, et l'appel incident est accueilli; l'appel concernant l'année d'imposition 2000 est accueilli, et l'appel incident est rejeté — Le juge Mainville, J.C.A. (dissident) : La C.C.I. a commis une erreur en présumant que la prise en charge des obligations relatives au reboisement constituait une contrepartie séparée et distincte pour la vente des tenures — Les obligations relatives au reboisement font partie intégrante des tenures et ne devraient pas se rajouter au produit de disposition — En l'espèce, on a accordé un poids excessif à la question de la valeur des obligations — La question de savoir si les parties se sont entendues ou non sur la valeur des obligations a peu de rapport avec celle de savoir si elles font partie du produit de disposition.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) qui faisait partiellement droit aux appels que l'appelante avait formés contre les nouveaux avis de cotisation établis par le ministre du Revenu national pour les années d'imposition 1999 et 2000.

L'appelante exploitait des usines de pâte à papier en Alberta. Aux termes de droits de coupe, l'appelante était tenue de soumettre annuellement des plans de reboisement à la province et de reboiser toutes les terres qu'elle avait exploitées (l'obligation relative à la sylviculture). La vente des deux divisions de l'appelante, en 1999, puis en 2000, à deux acquéreurs, comportait la disposition d'un permis de coupe de bois, un « avoir forestier » au sens du paragraphe 13(21) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et prévoyait la prise en charge par les acquéreurs de l'obligation relative à la sylviculture.



in its proceeds of disposition any amounts pertaining to the silviculture liabilities assumed by the purchasers. The T.C.C. remarked that the factual situations between the two transactions were indistinguishable. The T.C.C. found that the purchasers' assumption of the appellant's reforestation obligations constituted consideration that could properly be included in the appellant's proceeds of disposition under subsection 13(21). Although the deal was based on an audited estimate of the silviculture liability, the T.C.C. found that the parties had not agreed that the amount in question constituted the actual value of the liability, the value of the benefit to the appellant by reason of the assumption of liability, or the value of the consideration that the purchasers were offering. Consequently, the T.C.C. discounted from the appellant's proceeds of disposition the current and long-term reforestation liabilities by 80 percent.

The appellant argued that the T.C.C. erred in including the assumption of silviculture liabilities in the proceeds of disposition. In the alternative, the appellant indicated that it was entitled to an offsetting deduction equal to the amount included in the proceeds of disposition. On cross-appeal, the respondent indicated that the T.C.C. erred in ignoring the values attributed by the parties to the silviculture liabilities pursuant to their respective contracts, adding that it was not open to the T.C.C. to arrive at values other than those agreed to by the parties.

The principal issue was whether and how to value reforestation liabilities as proceeds of sale under subsection 13(21) of the Act.

*Held* (Mainville J.A. dissenting), the appeal with respect to the 1999 taxation year should be dismissed and the cross-appeal allowed; the appeal with respect to the 2000 taxation year should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The T.C.C. made no error in determining that the assumption of the appellant's silviculture liability by the purchasers constituted consideration which ought to have been included in the appellant's proceeds of disposition. However, it was not open for the T.C.C. to discount the long-term liability assumed by the purchasers. The T.C.C. erred in concluding that the current and long-term reforestation liability was an estimate and not an agreed upon value. Section 3.2.1 of the Contract between the appellant and the purchasers provided an aggregate value of both the current and long-term

Lorsqu'elle a déclaré son revenu pour les années d'imposition pertinentes, l'appelante n'a inclus aucun montant lié aux obligations relatives à la silviculture prises en charge par les acquéreurs dans son produit de disposition. La C.C.I. a fait remarquer que les faits entourant la vente des deux divisions étaient indiscernables. La C.C.I. a estimé que la prise en charge par les acquéreurs des obligations relatives au reboisement de l'appelante représentait une contrepartie susceptible d'être incluse à juste titre dans le produit de disposition de cette dernière aux termes du paragraphe 13(21). Même si l'entente était fondée sur une estimation vérifiée fixant la valeur de l'obligation relative à la silviculture, la CCI a conclu que les parties n'avaient pas convenu que le montant en question représentait la valeur réelle de l'obligation, ni celle de l'avantage échu à l'appelante du fait de la prise en charge de son obligation, ni celle de la contrepartie réellement proposée par les acquéreurs. Par conséquent, la C.C.I. a réduit de 80 p. 100 l'obligation à court et à long termes relativement au reboisement incluse dans le produit de disposition de l'appelante.

L'appelante a soutenu que la C.C.I. a commis une erreur en incluant la prise en charge des obligations relatives à la silviculture dans le produit de disposition. Subsidiairement, l'appelante a fait valoir qu'elle avait droit à une déduction compensatoire correspondant au montant inclus dans le produit de disposition. Dans son appel incident, l'intimée a affirmé que la C.C.I. a commis une erreur en ne tenant pas compte des montants attribués par les parties aux obligations relatives à la silviculture en application de leurs contrats respectifs, et qu'il ne lui était pas loisible de parvenir à d'autres montants que ceux sur lesquels les parties s'étaient entendues.

La question principale était de savoir s'il faut évaluer les obligations relatives au reboisement comme des produits de vente aux termes du paragraphe 13(21) de la Loi et, le cas échéant, comment le faire.

*Arrêt* (le juge Mainville, J.C.A., dissident) : l'appel relatif à l'année d'imposition 1999 doit être rejeté, et l'appel incident, accueilli; l'appel relatif à l'année d'imposition 2000 doit être accueilli, et l'appel incident, rejeté.

La C.C.I. n'a pas commis d'erreur en concluant que la prise en charge par les acquéreurs de l'obligation de l'appelante relative à la silviculture constituait une contrepartie à inclure dans le produit de disposition de l'appelante. Cependant, il n'était pas loisible à la C.C.I. de réduire le montant de l'obligation à long terme prise en charge par les acquéreurs. La C.C.I. a eu tort de conclure que les obligations à court et à long termes relatives au reboisement correspondaient à une estimation et non à une valeur entendue. L'article 3.2.1 du contrat entre l'appelante et les acquéreurs

reforestation liabilities, referred to as an estimated amount. Although the contract initially refers to the valuation as an “estimate”, it is an estimate of the value of the reforestation liabilities. All subsequent references to the reforestation liabilities suggest that the amounts are not merely estimates, but actual values. The word “value” is specifically used in connection with the reforestation liabilities referred to in the contract. Thus, there is nothing in the contract itself rendering doubtful the fact that the parties attributed a specific and agreed to value with regard to the reforestation liability. The T.C.C. elevated the significance of the words “estimated amount” found at section 3.2.1 to a level leading it to ignore the plain wording of section 3.2.1 in its totality. The T.C.C. made a distinction between agreeing on the true value of the assumption of liability and agreeing to accept an amount of consideration for that assumption. However, for tax purposes the question of concern is not the subjective value of property to the parties, or what returns or costs will ultimately flow from that property, but whether the parties agreed to accept a certain amount as consideration for that property. The situation herein was analogous to the assumption of liabilities and corresponding adjustment procedure considered by the Federal Court of Appeal in *Teleglobe Inc. v. Canada*. The T.C.C.’s attempt to quantify the actual benefit to the appellant of the purchasers’ assumption of liability was the wrong approach. As a result, the T.C.C. did not determine whether the parties had agreed to a price for the assumption of the appellant’s reforestation liability. Consequently, for tax purposes, the parties must be held to the agreed upon price. Hence, the Minister added the correct amount to the appellant’s income for the taxation year in question.

Relief from long-term reforestation liability associated with the forest tenure it previously owned is an enduring benefit to the appellant. The reforestation liability expenditure has a capital nature and, as such, cannot be deducted from the appellant’s income by reason of paragraph 11(1)(b) of the Act. There is no provision in the Act that would allow the appellant to deduct expenses relating to the forest tenure. In other words, the sale of its divisions was the sale of a capital asset and the appellant cannot parse out a specific component of its capital assets, i.e. the forest tenure, and recharacterize it as a current expense.

There was no basis to allocate any of the proceeds of disposition to goodwill, unless the unreported component of the sale was properly classified as goodwill on its own.

prévoit une valeur globale des obligations à court et à long termes relatives au reboisement, qui est qualifiée de « montant estimatif ». Même si le contrat qualifie bel et bien initialement l’évaluation d’« estimation », celle-ci se rapporte à la valeur des obligations relatives au reboisement. Toutes les références subséquentes à ces obligations donnent fortement à penser que les montants ne représentent pas simplement des estimations, mais des valeurs réelles. Le terme « valeur » est d’ailleurs expressément employé en rapport avec les obligations relatives au reboisement mentionnées dans le contrat. Il n’y a donc rien, dans le contrat lui-même, qui fasse douter que les parties ont convenu d’attribuer une valeur précise à l’obligation de reboisement. La C.C.I. a donné à l’expression « montant estimatif » figurant à l’article 3.2.1 une signification l’amenant à ignorer le libellé clair de la clause complète. La C.C.I. a établi une distinction entre le fait de convenir de la valeur réelle de la prise en charge de la responsabilité et celui d’accepter un montant pour sa contrepartie. Aux fins de l’impôt cependant, l’enjeu ne concerne pas la valeur subjective du bien pour les parties, ou encore les rendements ou les coûts qui finiront par en découler, mais revient à savoir si les parties se sont entendues sur un certain montant comme contrepartie pour ce bien. La situation en l’espèce semble comparable à la prise en charge des éléments de passif et à la procédure de rajustement correspondante prise en compte par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Teleglobe Inc. c. Canada*. La tentative de la C.C.I. de quantifier la valeur réelle de l’avantage que l’appelante a tiré de la prise en charge par les acquéreurs était malavisée. En fait, la C.C.I. n’a pas établi si les parties s’étaient entendues sur un prix pour la prise en charge de l’obligation de reboisement de l’appelante. Par conséquent, aux fins de l’impôt, c’est donc le prix convenu par les parties qui doit leur être opposé. Le ministre a donc ajouté le montant approprié au revenu de l’appelante pour l’année d’imposition en question.

La libération de l’obligation à long terme relative au reboisement associée à la tenure dont l’appelante était précédemment propriétaire représente un avantage durable pour celle-ci. La dépense liée à l’obligation de reboisement est imputable au capital et, à ce titre, ne peut être déduite du revenu de l’appelante par application de l’alinéa 11(1)(b) de la Loi. Aucune disposition de la Loi ne permet à l’appelante de déduire de son revenu des dépenses imputables à la tenure. En d’autres termes, la vente de ses divisions se rapportait à un bien en immobilisation, et l’appelante ne peut dissocier une composante particulière de bien en immobilisation, c’est-à-dire la tenure, pour la redéfinir en dépense à court terme.

Il n’y a aucune raison d’allouer une partie du produit de disposition à la survaleur, à moins que la partie de la vente qui n’a pas été déclarée soit, à proprement parler, définie comme de la survaleur en tant que telle.

Finally, the T.C.C.'s failure to discuss or analyse the issues pertaining to the sale of one of the appellant's divisions rendered its reasons inadequate to serve as a basis for meaningful appellate review.

With respect to the appellant's 1999 taxation year, the appeal was dismissed, the cross-appeal was allowed and the T.C.C.'s decision set aside. With respect to the appellant's 2000 taxation year, the appeal was allowed, the cross-appeal was dismissed, the T.C.C.'s decision was set aside and the matter returned to it for reconsideration.

*Per Mainville J.A. (dissenting):* The T.C.C. erred by assuming that the assumptions of the reforestation liabilities by the purchasers were a separate and distinct consideration from the sales of the forest tenures whose value had to be added to the proceeds of the disposition of the sales. The reforestation liabilities formed an integral part of the forest tenures and should not have been added to the appellant's proceeds of disposition. Excessive weight was placed in these proceedings on the issue of the value of the liabilities. The reforestation liabilities either form an integral part of the forest tenures and depress their value and are thus not to be included as separate elements in the proceeds of disposition upon the sale of the tenures; or they are distinct from the forest tenures and their value is included in the proceeds of disposition upon their assumption by the purchaser. Whether the parties agreed or not to the value of the liabilities has little bearing on whether or not these liabilities form part of the "proceeds of disposition". Consequently, both sales to the purchasers could not be treated differently, since the different treatment given to the values of the reforestation liabilities in the sale agreements could have an impact on the proceeds of disposition for taxation purposes resulting from both transactions.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Forests Act*, R.S.A. 2000, c. F-22.  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 11(1)(b) (as am. by S.C. 1996, c. 21, s. 3), 13(1),(21) "proceeds of disposition" (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 196(E)), "timber resource property", "undepreciated capital cost" (as am. by S.C. 1999, c. 22, s. 6), 18(1)(b),(e),(9) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 8; 1995, c. 3, s. 6; 1996, c. 21, s. 5; 2001, c. 17, s. 9), 20(1)(a), 39(1)(a)(iv), 248(1) "amount".  
*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, Sch. II, class 33.  
*Timber Management Regulations*, Alta. Reg. 60/73, s. 163.

Enfin, l'omission de la part de la C.C.I. d'aborder ou d'analyser les questions touchant la vente de l'une des divisions de l'appelante rend ses motifs impropres à servir à un examen valable en appel.

En ce qui concerne l'année d'imposition 1999, l'appel a été rejeté, l'appel incident a été accueilli, et la décision de la C.C.I. a été annulée. Pour ce qui est de l'année d'imposition 2000, l'appel a été accueilli, l'appel incident a été rejeté, la décision de la C.C.I. a été annulée, et l'affaire lui a été renvoyée pour qu'elle statue à nouveau sur les questions en litige.

Le juge Mainville, J.C.A. (dissident) : La C.C.I. a commis une erreur en présumant que la prise en charge des obligations relatives au reboisement par les acquéreurs constituait une contrepartie séparée et distincte pour la vente des tenures, dont la valeur devait se rajouter au produit de disposition. Les obligations relatives au reboisement font partie intégrante des tenures et ne devraient pas se rajouter au produit de disposition de l'appelante. On a accordé un poids excessif à la question de la valeur des obligations. Les obligations relatives au reboisement forment une partie intégrante des tenures, elles en diminuent la valeur, et donc ne doivent pas être incluses séparément dans le produit de disposition lors de la vente des tenures; ou alors, elles sont distinctes des tenures et leur valeur doit être incluse dans le produit de disposition au moment de la prise en charge par l'acquéreur. La question de savoir si les parties se sont entendues ou non sur la valeur des obligations a peu de rapport avec celle de savoir si elles font partie du « produit de disposition ». Par conséquent, les deux ventes aux acquéreurs ne pouvaient pas être traitées différemment, car cela impliquait que les différences de traitement des valeurs des obligations respectives de reboisement dans les ententes de vente pouvaient avoir un impact sur le produit de disposition résultant des deux transactions, aux fins de l'impôt.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Forests Act*, R.S.A. 2000, ch. F-22.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 11(1)(b) (mod. par L.C. 1996, ch. 21, art. 3), 13(1),(21) « avoir forestier », « fraction non amortie du coût en capital » (mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 6), « produit de disposition » (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 196(A)), 18(1)(b),(e),(9) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 8; 1995, ch. 3, art. 6; 1996, ch. 21, art. 5; 2001, ch. 17, art. 9), 20(1)(a), 39(1)(a)(iv), 248(1) « montant ».  
*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, ann. II, catégorie 33.  
*Timber Management Regulations*, Alta. Reg. 60/73, s. 163.

## CASES CITED

## APPLIED:

*R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, 297 D.L.R. (4th) 577, [2008] 11 W.W.R. 383; *Teleglobe Inc. v. Canada*, 2002 FCA 408, [2003] 1 C.T.C. 255, 2002 DTC 7517, 296 N.R. 269; *British Columbia Electric Railway Company Limited v. The Minister of National Revenue*, [1958] S.C.R. 133, (1958), 12 D.L.R. (2d) 369, [1958] C.T.C. 21; *Brokenhead First Nation v. Canada*, 2011 FCA 148, [2011] 3 C.N.L.R. 115, 419 N.R. 289.

## CONSIDERED:

*B & W Diesel v. Kingsway Transports Ltd.*, 1997 CanLII 823, 33 O.R. (3d) 355, 35 C.C.L.T. (2d) 30, 27 M.V.R. (3d) 19 (C.A.); *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999), 178 D.L.R. (4th) 26, [1999] 4 C.T.C. 313; *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082, 204 D.L.R. (4th) 590, [2002] 1 C.T.C. 95; *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79, 293 D.L.R. (4th) 659, 46 B.L.R. (4th) 1; *Canadian Reynolds Metals Co. v. Canada*, [1996] 2 C.T.C. 261, 96 DTC 6312, 197 N.R. 272 (F.C.A.); *Northwood Pulp and Timber Ltd. v. Canada*, 1998 CanLII 8602, [1999] 1 C.T.C. 53, 98 DTC 6640, 233 N.R. 196 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Canada v. Calgary (City)*, 2010 FCA 127, [2010] G.S.T.C. 78, 2010 G.T.C. 1043, 403 N.R. 41, leave to appeal to S.C.C. granted [2010] 3 S.C.R. v, affd 2012 SCC 20, [2012] 1 S.C.R. 689, 344 D.L.R. (4th) 577; *General Motors of Canada Ltd. v. Canada*, 2008 FCA 142, 292 D.L.R. (4th) 331, 70 C.C.P.B. 3, [2008] 4 C.T.C. 79; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Mahy*, 2004 FCA 340, 327 N.R. 287; *Canada v. Nunn*, 2006 FCA 403, [2007] 2 C.T.C. 222, 2007 DTC 5111, 367 N.R. 108; *Kettle River Sawmills Ltd. v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 182, (1993), 94 DTC 6086, 167 N.R. 241 (F.C.A.); *Currie v. Misa* (1875), L.R. 10 Ex. Ch. 153, affd (1875-76), L.R. 1 App. Cas. 554; *Krauss v. Canada*, 2009 TCC 597, [2010] 2 C.T.C. 2023, 2009 DTC 1394; *Telus Communications (Edmonton) Inc. v. Canada*, 2009 FCA 49, 386 N.R. 354; *Loyens v. Canada*, 2003 TCC 214, [2003] 3 C.T.C. 2381, 2003 DTC 355; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, 211 Nfld. & P.E.I.R. 50, 210 D.L.R. (4th) 608; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *Teleglobe Inc. c. Canada*, 2002 CAF 408; *British Columbia Electric Railway Company Limited v. The Minister of National Revenue*, [1958] R.C.S. 133, (1958), 12 D.L.R. (2d) 369, [1958] C.T.C. 21; *Première nation de Brokenhead c. Canada*, 2011 CAF 148.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*B & W Diesel v. Kingsway Transports Ltd.*, 1997 CanLII 823, 33 O.R. (3d) 355, 35 C.C.L.T. (2d) 30, 27 M.V.R. (3d) 19 (C.A.); *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082; *Canada c. McLarty*, 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79; *Société canadienne de métaux Reynolds c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 593 (C.A.) (QL); *Northwood Pulp and Timber Ltd. c. Canada*, 1998 CanLII 8602 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada c. Calgary (Ville)*, 2010 CAF 127, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2010] C.S.C.R. n° 277 (QL), conf. par 2012 CSC 20, [2012] 1 R.C.S. 689; *General Motors du Canada Ltée c. Canada*, 2008 CAF 142; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Mahy*, 2004 CAF 340; *Canada c. Nunn*, 2006 CAF 403; *Kettle River Sawmills Ltd. c. Canada*, [1993] A.C.F. n° 1190 (C.A.) (QL); *Currie v. Misa* (1875), L.R. 10 Ex. Ch. 153, affd (1875-76), L.R. 1 App. Cas. 554; *Krauss c. Canada*, 2009 CCI 597; *Telus Communications (Edmonton) Inc. c. Canada*, 2009 CAF 49; *Loyens c. Canada*, 2003 CCI 214; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

## AUTHORS CITED

Canada Revenue Agency. Interpretation Bulletin IT-481 (Consolidated), “Timber Resource Property and Timber Limits” (January 13, 2004).  
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2006.  
 Gamble, Ian J. *Taxation of Canadian Mining*, loose-leaf. Toronto: Carswell, 2004.  
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2006.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada (2010 TCC 317, [2010] 5 C.T.C. 2289, 2010 DTC 1216) allowing in part the appellant’s appeals from the Minister of National Revenue’s reassessments of its 1999 and 2000 taxation years. Appeal with respect to 1999 taxation year dismissed, cross-appeal allowed; appeal with respect to 2000 taxation year allowed, cross-appeal dismissed, Mainville J.A. dissenting.

## APPEARANCES

*John Saunders* for appellant.  
*David Jacyk and Matthew Turnell* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Wilson & Partners LLP*, Vancouver, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] NADON J.A.: Before us are an appeal and a cross-appeal from a judgment dated June 11, 2010, 2010 TCC 317, 2010 DTC 1216, by Mr. Justice Campbell J. Miller (the Judge) of the Tax Court of Canada, wherein the Judge allowed in part the appellant’s appeals from the Minister of National Revenue’s (the Minister) reassessments of its 1999 and 2000 taxation years.

[2] More particularly, the Judge concluded that the Minister was correct to include, in the calculation of the appellant’s proceeds of disposition of two sawmill operations which included the transfer of forest tenures,

## DOCTRINE CITÉE

Agence du revenu du Canada. Bulletin d’interprétation IT-481 (Consolidé), « Avoirs forestiers et concessions forestières » (13 janvier 2004).  
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. Toronto : Carswell, 2006.  
 Gamble, Ian J. *Taxation of Canadian Mining*, feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 2004.  
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9<sup>e</sup> éd. Toronto : Thomson Carswell, 2006.

APPEL et APPEL INCIDENT interjetés à l’encontre d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt (2010 CCI 317) qui faisait partiellement droit aux appels que l’appelante avait formés contre les nouveaux avis de cotisation établis par le ministre du Revenu national pour les années d’imposition 1999 et 2000. L’appel concernant l’année d’imposition 1999 est rejeté, et l’appel incident est accueilli; l’appel concernant l’année d’imposition 2000 est accueilli, et l’appel incident est rejeté, le juge Mainville, J.C.A., étant dissident.

## ONT COMPARU

*John Saunders* pour l’appelante.  
*David Jacyk et Matthew Turnell* pour l’intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Wilson & Partners LLP*, Vancouver, pour l’appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l’intimée.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : Nous sommes saisis d’un appel et d’un appel incident formés contre le jugement daté du 11 juin 2010, 2010 CCI 317, par lequel le juge Campbell J. Miller (le juge) de la Cour canadienne de l’impôt a partiellement fait droit aux appels que l’appelante avait formés contre les nouveaux avis de cotisations établis par le ministre du Revenu national (le ministre) pour les années d’imposition 1999 et 2000.

[2] Plus précisément, le juge a conclu que le ministre avait eu raison d’inclure, dans le calcul du produit de disposition des deux exploitations de scierie de l’appelante, dont le transfert des tenures faisait partie, les

the appellant's silviculture liabilities assumed by the purchasers as part of the sales of the sawmill operations. However, the Judge concluded that the amounts of \$11 000 000 and \$2 996 380 included by the Minister constituted an error on his part.

[3] As a result, the Judge determined that the amounts that should have been included in the appellant's proceeds of disposition under subsection 13(21) [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 196(E)] of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act) were amounts which represented the current reforestation liability and the long-term reforestation liability discounted by 80 per cent. The judgment reads as follows:

1. On the sale to Tolko [the High Level Division], an amount equal to the current silviculture liability of \$2,057,498 plus 20% of the long-term silviculture liability of \$9,238,727, for a total of \$3,905,244; and
2. On the sale to Seehta [the Brewster Division], an amount equal to the current silviculture liability of \$558,615 and 20% of the long-term silviculture liability of \$2,407,693, for a total of \$1,040,153.

[4] Both the appellant and the respondent take issue with the Judge's decision. The appellant, on its appeal, takes the position that the Judge erred in including the assumption of silviculture (or reforestation) liabilities in the proceeds of disposition. In the alternative, the appellant says that it was entitled to an offsetting deduction equal to the amount included in the proceeds of disposition. On its cross-appeal, the respondent says that the Judge erred in ignoring the values attributed by the parties to the silviculture liabilities pursuant to their respective contracts, adding that it was not open to the Judge to arrive at values other than those agreed to by the parties.

#### The Facts

[5] During the 1990s, the appellant operated pulp mills in Peace River, Alberta and in Quesnel, British Columbia,

obligations de l'appelante relatives à la silviculture prises en charge par les acquéreurs dans le cadre de la vente de ces exploitations. D'autre part, le juge a conclu que les montants de 11 000 000 \$ et de 2 996 380 \$ établis par le ministre étaient erronés.

[3] Ainsi, selon le juge, les montants qui auraient dû être inclus dans le produit de disposition de l'appelante aux termes du paragraphe 13(21) [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 196(A)] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la Loi), représentaient les obligations à court et à long termes relatives au reboisement, moins 80 p. 100. On peut lire ce qui suit dans le jugement :

1. à l'égard de la vente en faveur de Tolko [la division High Level], un montant égal à l'obligation à court terme relative à la silviculture de 2 057 498 \$ plus 20 p. 100 de l'obligation à long terme relative à la silviculture de 9 238 727 \$, soit un montant de 3 905 244 \$ en tout;
2. à l'égard de la vente en faveur de Seehta [la division Brewster], un montant égal à l'obligation à court terme relative à la silviculture de 558 615 \$ plus 20 p. 100 de l'obligation à long terme relative à la silviculture de 2 407 693 \$, soit un montant de 1 040 153 \$ en tout.

[4] L'appelante et l'intimée contestent toutes les deux la décision du juge. Dans son appel, l'appelante fait valoir que le juge a commis une erreur en incluant la prise en charge des obligations relatives à la silviculture (ou au reboisement) dans le produit de disposition. Subsidiairement, elle soutient qu'elle avait droit à une déduction compensatoire correspondant au montant inclus dans le produit de disposition. Dans son appel incident, l'intimée affirme que le juge a commis une erreur en ne tenant pas compte des montants attribués par les parties aux obligations relatives à la silviculture en application de leurs contrats respectifs, et qu'il ne lui était pas loisible de parvenir à d'autres montants que ceux sur lesquels les parties s'étaient entendues.

#### Les faits

[5] Durant les années 1990, l'appelante exploitait deux usines de pâte à papier à Peace River (Alberta) et à Quesnel

from which it supplied pulp to its two shareholders, Daishowa Paper Manufacturing Co. Ltd. and Marubeni Corp.

[6] Two of the appellant's subsidiaries, namely High Level Forest Products Ltd., situated in High Level, Alberta and Brewster Construction Ltd., situated near Red Earth, Alberta, carried on the business of harvesting logs and manufacturing finished timber and other goods.

[7] On January 1, 1999, the appellant amalgamated with its subsidiaries, which became divisions thereof, namely the High Level Division (High Level) and the Brewster Lumber Division (Brewster). The Peace River pulp operation (Peace River) became the appellant's third division. With respect to High Level and Peace River, the appellant and the Province of Alberta entered into a Forest Management Agreement (FMA). With respect to Brewster, the appellant held a timber quota. Both the FMA and the timber quota (jointly, the timber rights) included a right or licence to cut or remove timber from a limit or area in Canada for the purposes of the definition of a "timber resource property" found in subsection 13(21) of the Act.

[8] Pursuant to the timber rights, the appellant was bound to provide reforestation plans to the Province of Alberta on an annual basis and to reforest all lands cut over by it (the silviculture liability or the reforestation obligations).

[9] At all times material to this appeal, Alberta law and the regulatory policies adopted pursuant thereto provided that a company's silviculture liability was not satisfied until a sufficient reforested tree crop passed a free-growing growth point. Generally, this took between 8 to 14 years from the date of cutting.

[10] By 1999, the appellant had decided to sell both High Level and Brewster. First, in 1999, it sold High Level to Tolko Industries Ltd. (Tolko). Pursuant to the sale, the appellant's FMA as well as various timber quotas, licence and permits were assigned to Tolko. Included in the sale was the disposition of a timber

(Colombie-Britannique), à partir desquelles elle approvisionnait en pâte ses deux actionnaires, Daishowa Paper Manufacturing Co. Ltd. et Marubeni Corp.

[6] Deux des filiales de l'appelante, à savoir High Level Forest Products Ltd., située à High Level (Alberta), et Brewster Construction Ltd., située près de Red Earth (Alberta), se chargeaient de la récolte des grumes et de la fabrication du bois d'œuvre et d'autres produits.

[7] Le 1<sup>er</sup> janvier 1999, l'appelante a fusionné avec ses filiales, qui sont dès lors devenues des divisions : la division High Level (High Level) et la division du bois d'œuvre Brewster (Brewster). L'exploitation des pâtes de Peace River (Peace River) est devenue la troisième division de l'appelante. L'appelante et la province d'Alberta ont conclu une entente d'aménagement forestier pour High Level et Peace River, et l'appelante s'est vu accorder un quota de coupe de bois pour Brewster. L'entente d'aménagement forestier et le quota de coupe de bois (collectivement désignés comme les droits de coupe) comprenaient un droit ou un permis de couper ou de retirer du bois sur une concession ou un territoire du Canada aux fins de la définition d'« avoir forestier » du paragraphe 13(21) de la Loi.

[8] L'appelante était tenue, aux termes des droits de coupe, de soumettre annuellement des plans de reboisement à la province d'Alberta et de reboiser toutes les terres qu'elle avait exploitées (l'obligation relative à la silviculture ou les obligations relatives au reboisement).

[9] Durant toutes les périodes pertinentes pour le présent appel, la législation albertaine et les politiques réglementaires adoptées conformément à celle-ci prévoyaient que l'obligation d'une entreprise relative à la silviculture n'était remplie que lorsqu'un peuplement forestier reboisé suffisant passait le point de croissance libre. En règle générale, cela prenait entre 8 et 14 ans à partir de la date de la coupe.

[10] En 1999, l'appelante avait décidé de vendre à la fois High Level et Brewster. Elle a d'abord vendu, en 1999, High Level à Tolko Industries Ltd. (Tolko). Aux termes de la vente, l'entente d'aménagement forestier conclue par l'appelante, de même que divers quotas, licences et permis de coupe de bois, étaient cédés à

licence, a “timber resource property” for the purposes of subsection 13(21) of the Act.

[11] The sale of High Level was effected through a bid process with a submission date of September 23, 1999, resulting in the receipt of five separate bids for the purchase of High Level. After consideration of these bids, the appellant concluded that Tolko’s bid of \$180 000 000 plus an amount equal to the estimated value of the net purchased working capital, less the estimated amount of the long-term reforestation liability, was the most favourable. As of September 24, 1999, the appellant decided to negotiate the final terms of the sale as quickly as possible so as to minimize the possibility that Tolko might withdraw or reduce its bid.

[12] Although Tolko was prepared to accept the long-term reforestation obligation, it wanted the final adjusted silviculture liability to be audited and quantified and thus proposed a pricing formula that set a gross price from which the amount that would be quantified for the long-term silviculture liability would be deducted.

[13] The appellant and Tolko signed their Agreement (Agreement or Contract) on October 6, 1999, with a closing date scheduled for November 1, 1999. As part of the Agreement, the appellant agreed to complete and produce a reforestation statement to confirm the quantification of the silviculture liability which Tolko would assume. In particular, the Agreement provided the following: (i) a purchase price of \$169 000 000 for certain assets, plus (or minus); (ii) a net purchased working capital estimated at \$16 628 400 plus (or minus) any difference between a preliminary and a final calculation; (iii) the assumption of \$11 000 000 of estimated silviculture liability by Tolko, plus (or minus) any difference between a preliminary and a final estimate of assumed silviculture liability.

[14] On November 1, 1999, Tolko made a cash payment of \$185 628 400 to the appellant.

Tolko. La disposition d’un permis de coupe de bois, un « avoir forestier » au sens du paragraphe 13(21) de la Loi, était incluse dans la transaction.

[11] La vente de High Level s’est effectuée par un processus de soumission dont la date d’échéance était le 23 septembre 1999; cinq différentes offres ont été reçues. Après les avoir examinées, l’appelante a conclu que celle de 180 000 000 \$ de Tolko plus un montant égal à la valeur estimative du fonds de roulement net visé par l’achat, moins le montant estimatif des obligations à long terme relatives au reboisement, était la plus favorable. Dès le 24 septembre 1999, l’appelante décidait de négocier les conditions finales de la vente aussi rapidement que possible pour pallier le risque que Tolko ne réduise ou ne retire son offre.

[12] Même si elle était disposée à accepter l’obligation à long terme relative au reboisement, Tolko souhaitait que l’obligation finale rajustée relative à la silviculture soit vérifiée et quantifiée; elle a donc proposé une formule tarifaire fixant un prix brut dont serait déduit le montant quantifié de l’obligation à long terme relative à la silviculture.

[13] Le 6 octobre 1999, l’appelante et Tolko ont signé leur entente (l’entente ou le contrat), dont la date de clôture a été fixée au 1<sup>er</sup> novembre 1999. L’appelante a accepté, aux termes de l’entente, d’effectuer et de produire un état des obligations relatives au reboisement pour confirmer la quantification de l’obligation relative à la silviculture que Tolko prendrait en charge. L’entente prévoyait notamment : i) un prix d’achat de 169 000 000 \$ pour certains actifs, plus (ou moins); ii) un fonds de roulement net estimé à 16 628 400 \$ plus (ou moins) toute différence entre les calculs préliminaires et finaux; iii) la prise en charge par Tolko de 11 000 000 \$ pour l’obligation estimative relative à la silviculture plus (ou moins) toute différence entre l’estimation préliminaire et l’estimation finale de l’obligation prise en charge relative à la silviculture.

[14] Le 1<sup>er</sup> novembre 1999, Tolko a versé à l’appelante un paiement en liquide de 185 628 400 \$.



[15] Pursuant to information provided by the appellant, the reforestation statement which it had agreed to produce was completed by PricewaterhouseCooper LLP, Canada (the accountants) on November 19, 1999. Based on this statement, the calculation of the silviculture liability was quantified at \$296 225 more than the original estimate of \$11 000 000. As a result, the appellant issued a bank draft in favour of Tolko in the amount of \$296 225 plus interest.

[16] Consequently, as of October 31, 1999, the silviculture liability of \$11 296 225 was classified by the appellant as a long-term liability of \$9 238 727—an amount that would not be expended within the 12 months following October 31, 1999—and a current liability of \$2 057 398—an amount that would be expended within the 12 months following October 31, 1999. Of the \$11 296 225 silviculture liability, a sum not exceeding \$400 000 would have been spent during the appellant's 1999 tax year.

[17] Between the years 2000 and 2008, Tolko spent no less than \$4 733 184.50 with respect to the silviculture liability it assumed when it purchased High Level.

[18] It is agreed by the parties that if Tolko had not assumed the appellant's silviculture liability, the amount of cash or other consideration that it would have paid to the appellant would have been greater.

[19] I now turn to the facts pertaining to the sale of Brewster. In the year 2000, the appellant sold Brewster to Seehta Forest Products (Seehta). The sale included the disposition of a timber licence, a “timber resource property” for the purposes of subsection 13(21) of the Act. The Agreement with Seehta was signed on August 11, 2000, with a closing date scheduled for November 24, 2000. Prior to the sale of Brewster, the appellant commissioned an independent valuation prepared by CIBC World Markets Inc. The valuation was completed on June 30, 1999 and provided two valuations to the appellant. The first one provided for an amount “as low as \$10,250,000” based on “limited assumptions” by the purchaser. The second valuation, based on

[15] D'après les renseignements fournis par l'appelante, l'état des obligations relatives au reboisement qu'elle avait accepté de produire a été effectué par PricewaterhouseCooper LLC, Canada (les comptables) le 19 novembre 1999. Si l'on se fie à ce document, l'obligation relative à la silviculture a été quantifiée à 296 225 \$ de plus que l'estimation initiale de 11 000 000 \$. L'appelante a donc versé à Tolko le montant de 296 225 \$ plus les intérêts par traite bancaire.

[16] Par conséquent, en date du 31 octobre 1999, l'obligation relative à la silviculture de 11 226 225 \$ a été classifiée par l'appelante comme une obligation à long terme de 9 238 727 \$ — montant qui ne serait pas dépensé dans les 12 mois suivant le 31 octobre 1999 — et une obligation à court terme de 2 057 398 \$ — montant qui serait dépensé dans les 12 mois suivant le 31 octobre 1999. Sur les 11 226 225 \$ représentant l'obligation relative à la silviculture, une somme ne dépassant pas 400 000 \$ aurait été dépensée au cours de l'année d'imposition 1999 de l'appelante.

[17] Entre les années 2000 et 2008, Tolko a dépensé pas moins de 4 733 184,50 \$ à l'égard de l'obligation relative à la silviculture qu'elle a prise en charge lors de l'achat de High Level.

[18] Les parties reconnaissent que si Tolko n'avait pas pris en charge l'obligation relative à la silviculture de l'appelante, le montant en espèces ou toute autre contrepartie versée à cette dernière aurait été plus important.

[19] J'aborderai à présent les faits se rapportant à la vente de Brewster. En 2000, l'appelante a vendu Brewster à Seehta Forest Products (Seehta). La transaction incluait la disposition d'un permis de coupe de bois, un « avoir forestier » au sens du paragraphe 13(21) de la Loi. L'entente avec Seehta a été signée le 11 août 2000, et la date de clôture a été fixée au 24 novembre de la même année. Avant la vente de Brewster, l'appelante a commandé une évaluation indépendante à Marchés mondiaux CIBC Inc. L'exercice, complété le 30 juin 1999, a fourni deux estimations à l'appelante. La première établissait un montant [TRADUCTION] « de seulement 10 250 000 \$ » fondé sur [TRADUCTION] « une prise en charge limitée » par l'acheteur. La seconde,

“unlimited assumptions” by the purchaser, was for a figure “as high as \$35,406,000”.

[20] The purchase price for Brewster was \$6 100 000 cash for certain assets (plus or minus) any difference between a preliminary estimate of the net purchased working capital of \$4 919 000 and a final estimate of the net purchased working capital (plus or minus). The terms of the sale of Brewster to Seehta also included the assumption of the silviculture liability. In that regard, the appellant’s accounting estimate of its reforestation obligations, which appeared on its interim financial statements dated October 31, 2000, was \$2 996 380. In its income tax return for the 2000 taxation year, the appellant indicated that its silviculture liability pertaining to Brewster was \$2 996 380, which, as of December 31, 1999, the appellant classified as a long-term liability of \$1 837 995—an amount that would not be expended within the 12 months following December 31, 1999—and a current liability of \$558 615—an amount that would be expended within the 12 months following December 31, 1999.

[21] Most of the silviculture liability assumed by Seehta as of November 24, 2000, i.e. the date of the Brewster disposition, was a long-term liability and not a current liability. Finally, of the portion of the silviculture liability that was current, only a small portion thereof could have been spent on silviculture during the appellant’s 2000 taxation year.

[22] A few more facts to complete the picture will be helpful.

[23] The parties to the sales of both High Level and Brewster did not allocate any value to goodwill. Although the appellant could have sold both of its divisions without the timber licences, these licences were considered to be essential elements of the sales in the industry. Also of relevance is the fact that the Province of Alberta consented to the assignment of the timber licences to Tolko and Seehta. When giving its consent to the assignment of a timber licence, as in this case, the

basée sur une [TRADUCTION] « prise en charge illimitée » par l’acheteur, arrêta un chiffre [TRADUCTION] « atteignant pas moins de 35 406 000 \$ ».

[20] Le prix d’achat de Brewster était de 6 100 000 \$ en liquide pour certains actifs (plus ou moins) toute différence entre l’estimation préliminaire et l’estimation finale du fonds de roulement net visé par l’achat de 4 919 000 \$ (plus ou moins). Les conditions de la vente de Brewster à Seehta comprenaient également la prise en charge de l’obligation relative à la silviculture. À cet égard, l’estimation comptable des obligations relatives au reboisement de l’appelante, qui figurait dans ses états financiers provisoires du 31 octobre 2000, s’élevait à 2 996 380 \$. Dans sa déclaration de revenus pour l’année d’imposition 2000, l’appelante a indiqué que son obligation relative à la silviculture en ce qui concerne Brewster était de 2 996 380 \$ : elle l’a classifiée, en date du 31 décembre 1999, comme une obligation à long terme de 1 837 995 \$ — montant qui ne serait pas dépensé dans les 12 mois suivant le 31 décembre 1999 — et une obligation à court terme de 558 615 \$ — montant qui serait dépensé dans les 12 mois suivant le 31 décembre 1999.

[21] La plus grande partie de l’obligation relative à la silviculture prise en charge par Seehta en date du 24 novembre 2000, c’est-à-dire la date de disposition de Brewster, représentait une obligation à long terme et non à court terme. Pour finir, seul un fragment négligeable de cette obligation à court terme aurait pu être dépensé aux fins de silviculture durant l’année d’imposition 2000 de l’appelante.

[22] Il convient de compléter ce tour d’horizon par quelques faits utiles.

[23] Les parties aux ventes de High Level et de Brewster n’ont alloué aucun montant au titre de la sur-valeur. Même si l’appelante aurait pu vendre ses deux divisions sans permis de coupe de bois, ceux-ci sont considérés dans l’industrie comme essentiels à la vente. Il est également pertinent de noter que la province d’Alberta a consenti à ce que les permis de coupe de bois soient cédés à Tolko et à Seehta. La province d’Alberta a estimé qu’en vertu de la *Forests Act*, R.S.A.

Province of Alberta took the position that, pursuant to the *Forests Act*, R.S.A. 2000, c. F-22, and the *Timber Management Regulations*, Alta. Reg. 60/73, the assignee assumed the reforestation liability corresponding to the forest tenure and that, as a result, the assignor was no longer liable.

[24] In reporting its income for the 1999 and 2000 taxation years, the appellant did not include in its proceeds of disposition any amounts pertaining to the silviculture liabilities assumed by the purchasers.

[25] The Minister reassessed the appellant in respect of both sales by including, in the calculation of its proceed of disposition of “timber resource properties”, the following amounts of estimated silviculture liability: \$11 000 000 in respect of High Level and \$2 966 301 in respect of Brewster.

#### The Tax Court Decision

[26] Other than brief remarks to the effect that the factual situation of the Brewster sale was indistinguishable from that of the High Level sale, the Judge’s reasons deal exclusively with the sale of High Level to Tolko.

[27] In allowing the appellant’s appeal in part, the Judge found that Tolko’s assumption of the appellant’s reforestation obligations constituted consideration that could properly be included in the appellant’s proceeds of disposition under subsection 13(21) of the Act (Judge’s reasons, at paragraphs 24 to 27). In so concluding, the Judge noted that the appellant had admitted that it would have received additional consideration had Tolko not assumed its silviculture liability as part of the sale. He further noted that the applicable provincial legislation effectively forced all purchasers of forest tenures in Alberta to assume any corresponding reforestation liability.

2000, ch. F-22, et du *Timber Management Regulations*, Alta. Reg. 60/73, le cessionnaire qui consent à la cession d’un permis de coupe de bois, comme en l’espèce, prend en charge l’obligation relative au reboisement se rattachant à la tenure, en conséquence de quoi le cédant en est libéré.

[24] Lorsqu’elle a déclaré son revenu pour les années d’imposition 1999 et 2000, l’appelante n’a inclus aucun montant lié aux obligations relatives à la sylviculture prises en charge par les acquéreurs dans son produit de disposition.

[25] Le ministre a établi de nouveaux avis de cotisation à l’intention de l’appelante pour les deux ventes, en incluant, dans le calcul du produit de disposition d’« avoirs forestiers », les montants suivants correspondant à l’obligation estimative relative à la sylviculture : 11 000 000 \$ pour High Level et 2 966 301 \$ pour Brewster.

#### La décision de la Cour de l’impôt

[26] Outre quelques remarques succinctes voulant que les faits entourant la vente de Brewster soient indiscernables de ceux qui se rapportent à la vente de High Level, les motifs du juge portent exclusivement sur la vente de High Level à Tolko.

[27] En faisant partiellement droit à l’appel de l’appelante, le juge a estimé que la prise en charge par Tolko des obligations relatives au reboisement de l’appelante représentait une contrepartie susceptible d’être incluse à juste titre dans le produit de disposition de cette dernière aux termes du paragraphe 13(21) de la Loi (paragraphes 24 à 27 des motifs du juge). En concluant ainsi, le juge a indiqué que l’appelante avait reconnu qu’elle aurait reçu une contrepartie additionnelle si Tolko n’avait pas pris en charge son obligation relative à la sylviculture dans le cadre de la vente. Le juge a aussi fait remarquer que la législation provinciale applicable obligeait effectivement tous les acheteurs de tenures en Alberta à prendre en charge les obligations afférentes relatives au reboisement.

[28] The Judge then analysed the appellant's claim that the value of the purported benefit was so uncertain that it could not be included for tax purposes in its proceeds of disposition. More particularly, he found that although the deal was based on an audited estimate setting the value of the silviculture liability at \$11 000 000, the parties did not actually agree that the appellant would receive additional consideration of \$11 000 000 by reason of Tolko's assumption of the silviculture liability.

[29] Considering the realities of the timber industry, the Judge was satisfied that the reforestation liability arose as soon as a stand of trees was cut, but that the corresponding reforestation costs would not be known until the reforestation expenses were actually incurred. Although he did not accept that the authorities shielded the assumption of the appellant's silviculture liability from taxation, he found that only a portion of the estimated liability would be subject to tax. In so concluding, he noted that considerable uncertainty existed in estimating the value of the reforestation liability in that it was spread over many years, the appellant had little control over the forces that would render the amount more certain, only when the amount became certain did it become deductible in that it was spent, and there was a significant tax impact of including the whole amount (Judge's reasons, at paragraph 39).

[30] It is clear that the Judge understood that Tolko had been successful in negotiating an \$11 000 000 deduction in regard to the purchase price that it had originally offered, as a result of its assumption of the appellant's silviculture liability. However, in his view, the parties had not agreed that this amount constituted the actual value of the liability, the value of the benefit to the appellant by reason of the assumption of liability, or the value of the consideration that Tolko was actually offering. Rather, the Judge concluded that, in the circumstances, a proper disposition of the issue was to include in the appellant's proceeds of disposition an amount equalling the current reforestation liability of \$2 057 498, and the long-term reforestation liability discounted by

[28] Le juge a analysé ensuite l'allégation de l'appelante selon laquelle la valeur du prétendu avantage était si incertaine qu'elle ne pouvait être incluse dans son produit de disposition aux fins de l'impôt. Plus précisément, il a conclu que même si l'entente était fondée sur une estimation vérifiée fixant la valeur de l'obligation relative à la silviculture à 11 000 000 \$, les parties n'avaient en fait pas convenu que l'appelante recevrait une contrepartie additionnelle pour les 11 000 000 \$ se rapportant à la prise en charge par Tolko de l'obligation relative à la silviculture.

[29] Compte tenu des réalités de l'industrie du bois d'œuvre, le juge a estimé que l'obligation relative au reboisement naissait dès l'abattage d'un peuplement d'arbres, mais que les coûts afférents ne pouvaient être connus qu'une fois les dépenses de reboisement réellement engagées. Même s'il n'a pas accepté que les autorités avaient soustrait la prise en charge de l'obligation de l'appelante relative à la silviculture du régime fiscal, le juge a conclu que seule une portion de l'obligation estimative serait imposable. Il a à cet égard indiqué qu'une grande incertitude entourait l'estimation de la valeur de l'obligation relative au reboisement étant donné qu'elle s'étendait sur un grand nombre d'années, que l'appelante avait peu de contrôle sur les facteurs qui pourraient en confirmer le montant, que celui-ci ne donnerait droit à une déduction qu'une fois établi avec certitude, c'est-à-dire une fois la dépense engagée, et que l'inclusion de la somme totale avait des conséquences fiscales importantes (paragraphe 39 des motifs du juge).

[30] Il est évident que le juge a compris que Tolko avait réussi à négocier une déduction de 11 000 000 \$ du prix d'achat initialement proposé, du fait de la prise en charge de l'obligation relative à la silviculture de l'appelante. Cependant, à son avis, il n'a pas été convenu par les parties que ce montant représentait la valeur réelle de l'obligation, celle de l'avantage échu à l'appelante du fait de la prise en charge de son obligation, ou encore celle de la contrepartie réellement proposée par Tolko. Le juge a plutôt conclu, dans les circonstances, que pour régler la question, il fallait inclure dans le produit de dispositions de l'appelante un montant égal à l'obligation relative au reboisement à court terme de 2 057 498 \$, et un montant équivalant à l'obligation à

80 percent so as to reflect six factors which he outlined at paragraph 40 of his reasons.

[31] The Judge then dealt with the appellant's argument that, in the event he found that any amount fell into the proceeds of disposition, it was entitled to an offsetting deduction because of its payment to Tolko of assets (the forest tenure) to assume the reforestation liability. The Judge found this argument to be without merit because of his view that the transaction was one for the sale of capital assets and that the assumption of the reforestation liability was "simply part of that capital transaction" (Judge's reasons, at paragraph 44).

[32] The Judge further held that subsection 18(9) [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 8; 1995, c. 3, s. 6; 1996, c. 21, s. 5; 2001, c. 17, s. 9] of the Act had no application to the transaction. At paragraph 49 of his reasons, he dealt with that issue in the following terms:

The Respondent argues that this [subsection 18(9) of the Act] expressly precludes the deduction of any amount paid by Daishowa to Tolko as it was for services to be rendered after the end of the taxation year. The Appellant counters that this approach looks at what the payment was received by Tolko for, not, more accurately, according to the Appellant, what the payment was made by Daishowa for: the payment was made to Tolko to assume the liability to render services. This is a somewhat fine distinction, but what it does highlight for me is that this is simply not a prepaid expense situation. No payment was made by Daishowa for services to be rendered to Daishowa: that was not the nature of the payment, even if I were to consider the transfer of the forest tenures as payment. In brief, section 18(9) is a red herring.

[33] Finally, the Judge, at paragraph 52 of his reasons, indicated that he saw "no difference in the fact situation of the Seehta matter to reach any different conclusion." As a result, he rendered the judgment which I have reproduced above at paragraph 3.

long terme relative au reboisement moins 80 p. 100, de manière à tenir compte des six facteurs énoncés au paragraphe 40 de ses motifs.

[31] Le juge s'est penché ensuite sur l'argument de l'appelante selon lequel elle pouvait prétendre — s'il estimait que le montant, quel qu'il soit, constituait un produit de disposition — à une déduction compensatoire en raison des actifs (la tenure) consentis à Tolko pour la prise en charge de l'obligation relative au reboisement. Le juge a trouvé cet argument sans fondement parce que, selon lui, la transaction se rapportait à la vente d'immobilisations et que la prise en charge de l'obligation relative au reboisement « faisait tout simplement partie de cette opération en capital » (paragraphe 44 des motifs du juge).

[32] Le juge a par ailleurs estimé que le paragraphe 18(9) [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 8; 1995, ch. 3, art. 6; 1996, ch. 21, art. 5; 2001, ch. 17, art. 9] de la Loi ne s'appliquait pas à la transaction. Au paragraphe 49 de ses motifs, il a traité comme suit cette question :

L'intimée soutient que cela [le paragraphe 18(9) de la Loi] empêche expressément la déduction de tout montant que Daishowa a versé à Tolko étant donné que ce montant se rapportait à des services à rendre après la fin de l'année d'imposition. L'appelante affirme par contre que cette approche tient compte de ce à quoi se rapportait le paiement reçu par Tolko, et non plus exactement, selon l'appelante, de ce à quoi se rapportait le paiement effectué par Daishowa : le paiement a été effectué en faveur de Tolko pour qu'elle prenne en charge l'obligation de rendre des services. Il s'agit d'une distinction plutôt subtile, mais cela montre selon moi qu'il ne s'agit tout simplement pas d'une situation dans laquelle une dépense a été payée d'avance. Aucun paiement n'a été effectué par Daishowa pour des services à lui rendre : telle n'était pas la nature du paiement, même si je considérais le transfert des tenures comme un paiement. Bref, le paragraphe 18(9) est un faux-fuyant.

[33] Finalement, au paragraphe 52 de ses motifs, le juge a indiqué qu'il ne voyait « en ce qui concerne la situation factuelle qui existe dans le cas de Seehta, aucune différence [lui] permettant d'arriver à une conclusion différente ». Il a donc rendu le jugement que j'ai reproduit plus haut au paragraphe 3.

The Issues

[34] In order to dispose of the appeal and the cross-appeal, a number of issues must be addressed:

1. What is the applicable standard of review?
2. Did the Judge err in concluding that the silviculture liabilities assumed by the purchasers were to be included in the appellant's proceeds of disposition for the 1999 and 2000 taxation years? If the Judge made no error in so concluding, did the parties to the agreements of sale of both High Level and Brewster agree to attribute a value to the reforestation liabilities assumed by the purchasers and, if so, what consequences flow from attributing values thereto?
3. Was the trial Judge correct in concluding that only 20 percent of the long-term reforestation liability should be included in the appellant's income as proceeds of sale in the relevant tax years?
4. Was the appellant entitled to claim either a deduction from its income or include the capital expenditure amount paid for having the purchasers assume the reforestation liability in its adjusted cost base?
5. Did the Judge err in allocating the \$11 000 000 in respect of the silviculture liability to the timber resource property as opposed to goodwill?
6. Were the Judge's reasons adequate?
7. Were the respondent's pleadings sufficient to ground the Judge's findings?

Relevant Legislative Provisions

[35] Before addressing the issues which arise in the appeal and the cross-appeal, it will be helpful to reproduce a number of provisions of the Act which are relevant to the determination of those issues:

Les questions en litige

[34] Un certain nombre de questions doivent être examinées pour statuer sur l'appel et l'appel incident :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que les obligations relatives à la sylviculture prises en charge par les acquéreurs devaient être incluses dans le produit de disposition de l'appelante pour les années d'imposition 1999 et 2000? Dans la négative, les parties aux contrats de vente de High Level et de Brewster ont-elles convenu d'attribuer une valeur aux obligations relatives au reboisement prises en charge par les acquéreurs et, le cas échéant, quelles en sont les conséquences?
3. Le juge de première instance a-t-il eu raison de conclure que seuls 20 p. 100 de l'obligation à long terme relative au reboisement devaient être inclus dans le revenu de l'appelante à titre de produit de la vente durant les années d'imposition pertinentes?
4. L'appelante pouvait-elle prétendre à une déduction sur son revenu ou inclure le montant payé à titre de dépense en capital étant donné qu'elle a fait les acquéreurs prendre en charge l'obligation relative au reboisement dans son prix de base rajusté?
5. Le juge a-t-il commis une erreur en allouant les 11 000 000 \$ à l'égard de l'obligation relative à la sylviculture à l'avoir forestier plutôt qu'à la survaleur?
6. Les motifs énoncés par le juge étaient-ils adéquats?
7. Les plaidoiries de l'intimée étaient-elles suffisantes pour justifier les conclusions du juge?

Dispositions législatives pertinentes

[35] Il est utile, avant d'aborder les questions soulevées dans l'appel et l'appel incident, de reproduire un certain nombre de dispositions de la Loi, pertinentes pour les trancher :

Recaptured depreciation	<p><b>13.</b> (1) Where, at the end of a taxation year, the total of the amounts determined for E to J in the definition “undepreciated capital cost” in subsection (21) in respect of a taxpayer’s depreciable property of a particular prescribed class exceeds the total of the amounts determined for A to D in that definition in respect thereof, the excess shall be included in computing the taxpayer’s income for the year.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>13.</b> (1) Tout contribuable doit inclure, dans le calcul de son revenu pour une année d’imposition, l’excédent éventuel à la fin de l’année du total des sommes représentées par les éléments E à J de la formule figurant à la définition de « fraction non amortie du coût en capital » au paragraphe (21) sur le total des sommes représentées par les éléments A à D de cette formule, concernant ses biens amortissables d’une catégorie prescrite.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Récupération de l’amortissement
Definitions	<p>(21) In this section,</p>	<p>(21) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.</p>	Définitions
“proceeds of disposition” « produit de disposition »	<p>“proceeds of disposition” of property includes</p> <p>(a) the sale price of property that has been sold,</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p style="text-align: center;">[...]</p> <p>« avoir forestier »</p>	« avoir forestier »
“timber resource property” « avoir forestier »	<p>“timber resource property” of a taxpayer means</p> <p>(a) a right or licence to cut or remove timber from a limit or area in Canada (in this definition referred to as an “original right”) if</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) that original right was acquired by the taxpayer (other than in the manner referred to in paragraph (b)) after May 6, 1974, and</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) at the time of the acquisition of the original right</p> <p style="padding-left: 40px;">(A) the taxpayer may reasonably be regarded as having acquired, directly or indirectly, the right to extend or renew that original right or to acquire another such right or licence in substitution therefor, or</p> <p style="padding-left: 40px;">(B) in the ordinary course of events, the taxpayer may reasonably expect to be able to extend or renew that original right or to acquire another such right or licence in substitution therefor, or</p> <p>(b) any right or licence owned by the taxpayer to cut or remove timber from a limit or area in Canada if that right or licence may reasonably be regarded</p>	<p>a) Droit ou permis de couper ou de retirer du bois sur une concession ou un territoire du Canada (appelé « droit initial » à la présente définition) si :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) d’une part, le contribuable a acquis ce droit initial (mais non de la manière visée à l’alinéa b)) après le 6 mai 1974,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) d’autre part, au moment de l’acquisition du droit initial :</p> <p style="padding-left: 40px;">(A) soit il est raisonnable de considérer que le contribuable a acquis, directement ou indirectement, le droit à la prolongation ou au renouvellement de ce droit initial ou le droit d’acquérir un autre droit ou permis de ce genre pour le remplacer,</p> <p style="padding-left: 40px;">(B) soit dans le cours ordinaire des choses, le contribuable peut raisonnablement s’attendre de pouvoir obtenir la prolongation ou le renouvellement de ce droit initial ou de pouvoir acquérir un autre droit ou permis de ce genre pour le remplacer;</p> <p>b) droit ou permis de couper ou de retirer du bois sur une concession ou un territoire du Canada dont le contribuable est propriétaire s’il est raisonnable de considérer ce droit ou ce permis :</p>	<p>“timber resource property”</p>

(i) as an extension or renewal of or as one of a series of extensions or renewals of an original right of the taxpayer, or

(ii) as having been acquired in substitution for or as one of a series of substitutions for an original right of the taxpayer or any renewal or extension thereof;

...

“undepreciated capital cost”  
« fraction non amortie du coût en capital »

“undepreciated capital cost” to a taxpayer of depreciable property of a prescribed class as of any time means the amount determined by the formula

$$\frac{(A + B + C + D + D.1) - (E + E.1 + F + G + H + I + J + K)}{...}$$

where

A is the total of all amounts each of which is the capital cost to the taxpayer of a depreciable property of the class acquired before that time,

...

G is the total of all amounts each of which is the proceeds of disposition before that time of a timber resource property of the taxpayer of the class minus any outlays and expenses to the extent that they were made or incurred by the taxpayer for the purpose of making the disposition,

...

(i) soit comme une prolongation ou un renouvellement d'un droit initial ou comme l'une de plusieurs prolongations ou l'un de plusieurs renouvellements d'un tel droit du contribuable,

(ii) soit comme ayant été acquis en remplacement d'un droit initial du contribuable ou en remplacement d'un renouvellement ou d'une prolongation de celui-ci ou lors de l'un de plusieurs remplacements d'un tel droit, ou d'un renouvellement ou d'une prolongation d'un tel droit.

[...]

« fraction non amortie du coût en capital » S'agissant de la fraction non amortie du coût en capital existant à un moment donné pour un contribuable, relativement à des biens amortissables d'une catégorie prescrite, le montant calculé selon la formule suivante :

$$\frac{(A + B + C + D + D.1) - (E + E.1 + F + G + H + I + J + K)}{...}$$

où :

A représente le total des sommes dont chacune est le coût en capital que le contribuable a supporté pour chaque bien amortissable de cette catégorie acquis avant ce moment;

[...]

G le total des sommes dont chacune est, pour une disposition, avant ce moment, d'un avoir forestier de cette catégorie dont le contribuable est propriétaire, le produit de disposition de cet avoir moins les dépenses engagées ou effectuées en vue de la disposition;

[...]

« produit de disposition » Le produit de disposition de biens comprend :

a) le prix de vente de biens qui ont été vendus;

[...]

« fraction non amortie du coût en capital »  
“undepreciated capital cost”

« produit de disposition »  
“proceeds of disposition”



General limitations	<p><b>18.</b> (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of</p> <p>...</p>	<p><b>18.</b> (1) Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles :</p> <p>[...]</p>	Exceptions d'ordre général
Capital outlay or loss	<p>(b) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part;</p> <p>...</p>	<p>b) une dépense en capital, une perte en capital ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente partie;</p> <p>[...]</p>	Dépense ou perte en capital
Reserves, etc.	<p>(e) an amount as, or on account of, a reserve, a contingent liability or amount or a sinking fund except as expressly permitted by this Part;</p> <p>...</p>	<p>e) un montant au titre d'une provision, d'une éventualité ou d'un fonds d'amortissement, sauf ce qui est expressément permis par la présente partie;</p> <p>[...]</p>	Provision, etc.
Deductions permitted in computing income from business or property	<p><b>20.</b> (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto</p>	<p><b>20.</b> (1) Malgré les alinéas 18(1)a), b) et h), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant :</p>	Dédutions admises dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien
Capital cost of property	<p>(a) such part of the capital cost to the taxpayer of property, or such amount in respect of the capital cost to the taxpayer of property, if any, as is allowed by regulation;</p> <p>...</p>	<p>a) la partie du coût en capital des biens supporté par le contribuable ou le montant au titre de ce coût ainsi supporté que le règlement autorise;</p> <p>[...]</p>	Coût en capital des biens
Meaning of capital gain and capital loss	<p><b>39.</b> (1) For the purposes of this Act,</p> <p>(a) a taxpayer's capital gain from a taxation year from the disposition of any property is the taxpayer's gain for the year determined under this subdivision (to the extent of the amount thereof that would not, if section 3 were read without reference to the expression "other than a taxable capital gain from the disposition of a property" in paragraph 3(a) and without reference to paragraph 3(b), be included in computing the taxpayer's income for the year or any other taxation year) from the disposition of any property of the taxpayer other than</p> <p>...</p>	<p><b>39.</b> (1) Pour l'application de la présente loi :</p> <p>a) un gain en capital d'un contribuable, tiré, pour une année d'imposition, de la disposition d'un bien quelconque, est le gain, déterminé conformément à la présente sous-section (jusqu'à concurrence du montant de ce gain qui ne serait pas, compte non tenu du passage « autre qu'un gain en capital imposable résultant de la disposition d'un bien », à l'alinéa 3a), et de l'alinéa 3b), inclus dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour toute autre année d'imposition), que ce contribuable a tiré, pour l'année, de la disposition d'un bien lui appartenant, à l'exception :</p> <p>[...]</p>	Sens de gain en capital et de perte en capital

	(iv) a timber resource property;	(iv) d'un avoir forestier;	
	...	[...]	
Definitions	<b>248.</b> (1) In this Act,	<b>248.</b> (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi,	Définitions
	...	[...]	
“amount” « <i>montant</i> »	“amount” means money, rights or things expressed in terms of the amount of money or the value in terms of money of the right or thing....	« montant » Argent, droit ou chose exprimés sous forme d'un montant d'argent, ou valeur du droit ou de la chose exprimée en argent [...]	« montant » “ <i>amount</i> ”

### Analysis

#### 1. What is the applicable standard of review?

[36] As the issues before us arise from an appeal and a cross-appeal from a decision of the Tax Court, questions of law are reviewable on a standard of correctness and questions of fact and mixed fact and law are reviewable only if the Judge made a palpable and overriding error, unless the question of mixed fact and law contains an extricable question of law (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235), which then makes it reviewable on a standard of correctness.

[37] In my view, the principal issue before us is whether and how to value reforestation liabilities as “proceeds of sale” under subsection 13(21) of the Act. The resolution of this issue involves both statutory and contractual interpretations. Thus, it is a question of law which must be reviewed on the standard of correctness.

[38] The respondent argues that the standard of review with respect to the determination of whether the parties agreed on the value to be attributed to the silviculture liabilities is correctness. The appellant, on the other hand, takes the position that whether the parties agreed that the fair market value of the assumed obligations was equal to the accounting estimates, was a finding of fact entitled to deference. It then refers to the Judge’s reasons, including his determination found at paragraph 30

### Analyse

#### 1. Quelle est la norme de contrôle applicable?

[36] Comme les questions dont nous sommes saisis découlent d’un appel et d’un appel incident formés contre une décision de la Cour de l’impôt, les questions de droit doivent être contrôlées suivant la norme de la décision correcte, tandis que les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit ne peuvent être révisées que si le juge a commis une erreur manifeste et dominante, à moins que la question mixte de fait et de droit ne contienne une question de droit isolable (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235), qui appelle alors la norme de la décision correcte.

[37] À mon avis, la principale question dont nous sommes saisis est de savoir s’il faut évaluer les obligations relatives au reboisement comme des « produits de vente » aux termes du paragraphe 13(21) de la Loi, et, le cas échéant, comment le faire. Pour résoudre cette question, il faut procéder à une interprétation de la loi et des contrats. Il s’agit donc d’une question de droit devant être contrôlée suivant la norme de la décision correcte.

[38] L’intimée fait valoir que la norme de contrôle pertinente pour savoir si les parties se sont entendues sur la valeur à attribuer aux obligations relatives à la silviculture est celle de la décision correcte. L’appelante soutient quant à elle que la question de savoir si les parties ont convenu du fait que la juste valeur marchande des obligations prises en charge correspondait aux estimations comptables est une conclusion de fait appelant une certaine retenue. Elle renvoie ensuite aux motifs du

thereof, that “[t]here is nothing in the Sale Agreement that constitutes an agreement between the Parties that Daishowa received additional consideration of \$11,000,000 by Tolko’s assumption of the reforestation liability”, and argues that this constitutes a factual finding on the part of the Judge deserving of deference.

[39] I cannot agree. In my view, there can be no doubt that the Judge, correctly in my view, considered this aspect of the case to be an issue of contractual interpretation. Such an issue is clearly one that is to be reviewed on a standard of correctness (see: *Canada v. Calgary (City)*, 2010 FCA 127, 2010 G.S.T.C. 78, at paragraph 54; leave to appeal to S.C.C. granted, [2010] 3 S.C.R. v [decision now rendered, available at 2012 SCC 20, [2012] 1 S.C.R. 689]; and *General Motors of Canada Ltd. v. Canada*, 2008 FCA 142, 292 D.L.R. (4th) 331, at paragraph 31). In other words, the determination of what the parties agreed to on the plain language of their contracts is clearly a question reviewable on the basis of the correctness standard.

[40] The issue pertaining to the adequacy of the Judge’s reasons, being an issue of procedural fairness and natural justice, is also reviewable on the basis of the correctness standard. This Court will only intervene if the Judge’s reasons fail to disclose a logical connection between the evidence and the decision that permits meaningful appellate review (see: *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3 (*R.E.M.*), at paragraphs 53 and 57). Although *R.E.M.* dealt with a criminal law matter, this Court has, on the basis of the principles enunciated in *R.E.M.*, found reasons of the Tax Court to be inadequate (see: *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Mahy*, 2004 FCA 340, 327 N.R. 287, at paragraphs 13 to 16).

[41] The other issues before us pertain to the application of legal principles to the particular facts of the case and, thus, stand to be determined on the palpable and overriding error standard. Consequently, determining whether consideration received in the form of an assumption of the appellant’s silviculture liability was

juge, notamment à sa conclusion contenue au paragraphe 30 : « Aucune disposition du contrat de vente ne constitue une entente entre les parties selon laquelle Daishowa recevait une contrepartie additionnelle de 11 000 000 \$ par suite de la prise en charge par Tolko de l’obligation relative au reboisement », et soutient qu’il s’agit là d’une conclusion de fait à l’égard de laquelle il faut faire preuve de retenue.

[39] Je ne puis souscrire à cet argument. Il ne fait aucun doute dans mon esprit que le juge a considéré, à mon avis avec raison, que cet aspect de l’affaire soulevait une question d’interprétation contractuelle. Celle-ci est manifestement soumise à la norme de la décision correcte (voir : *Canada c. Calgary (Ville)*, 2010 CAF 127, 2010 G.S.T.C. 78, au paragraphe 54; autorisation d’appel à la C.S.C. accordée, [2010] 3 R.C.S. v [décision maintenant rendue, disponible à 2012 CSC 20, [2012] 1 R.C.S. 689]; et *General Motors du Canada Ltée c. Canada*, 2008 CAF 142, au paragraphe 31). Autrement dit, la détermination de ce que les parties ont convenu sur la base des termes clairs de leur contrat est sans conteste une question contrôlable selon la norme de la décision correcte.

[40] Le caractère adéquat des motifs du juge est une question d’équité procédurale et de justice naturelle, et doit donc aussi être contrôlé suivant la norme de la décision correcte. La Cour n’interviendra que si les motifs du juge ne font pas apparaître entre la preuve et la décision un lien logique suffisant pour permettre un véritable appel (voir : *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3 (*R.E.M.*), aux paragraphes 53 et 57). Même si l’arrêt *R.E.M.* concernait une affaire de droit criminel, notre Cour a conclu, sur la base des principes qui y sont énoncés, que les motifs de la Cour de l’impôt étaient inadéquats (voir : *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Mahy*, 2004 CAF 340, aux paragraphes 13 à 16).

[41] Les autres questions dont nous sommes saisis se rapportent à l’application de principes juridiques aux faits particuliers de l’affaire, et doivent donc être contrôlées suivant la norme de l’erreur manifeste et dominante. Par conséquent, la question de savoir si la contrepartie reçue sous forme d’une prise en charge de l’obligation

contingent or uncertain, whether it was received on income or capital account and whether it was properly allocated to goodwill, are all questions reviewable on the palpable and overriding error standard. Finally, because the function of pleadings is to “define the issues that have to be determined and to give each party notice of the case he or she has to meet” (*B & W Diesel v. Kingsway Transports Ltd.*, 1997 CanLII 823, 33 O.R. (3d) 355 (C.A.), at paragraph 10), the question of whether pleadings are sufficient to ground the Judge’s findings is an issue of procedural fairness or natural justice reviewable on the basis of correctness (see: *Canada v. Nunn*, 2006 FCA 403, [2007] 2 C.T.C. 222, at paragraphs 21 to 26).

2. Did the Judge err in concluding that the silviculture liabilities assumed by Tolko were to be included in the appellant’s proceeds of disposition for the 1999 and 2000 taxation years?

[42] As I indicated earlier, the Judge’s reasons deal exclusively with the sale of High Level to Tolko. The following analysis will therefore deal with the Judge’s findings in regard to that sale. As to the issues pertaining to the sale of Brewster, I will deal with them separately as they raise questions of a different nature.

[43] Before addressing the first question, a few preliminary remarks regarding the statutory context to which the proceeds of disposition of the sale of High Level and the transfer of the forest tenure are subject will be useful. Subsection 13(21) of the Act defines a “timber resource property” as “a right or licence to cut or remove timber from a limit or area in Canada”. The forest tenure included in the sale of High Level therefore constitutes a timber resource property within the meaning of subsection 13(21), which property is depreciable capital property included in class 33 of Schedule II of the *Income Tax Regulations* [C.R.C., c. 945] (the Regulations).

[44] Ordinarily, the proceeds of disposition of a depreciable capital asset in excess of its capital cost constitute

relative à la sylviculture de l’appelante était éventuelle ou incertaine, si elle a été reçue à titre de revenu ou de capital et si elle a légitimement été allouée à la survaleur, doivent toutes être contrôlées selon la norme de l’erreur manifeste et dominante. Finalement, comme les plaidoiries visent à [TRADUCTION] « établir les questions appelées à être tranchées et à signaler à chaque partie quels arguments elle doit repousser » (*B & W Diesel v. Kingsway Transports Ltd.*, 1997 CanLII 823, 33 O.R. (3d) 355 (C.A.), au paragraphe 10), la question de savoir si les plaidoiries sont ici suffisantes pour justifier les conclusions du juge relève de l’équité procédurale ou de la justice naturelle et doit donc être contrôlée suivant la norme de la décision correcte (voir : *Canada c. Nunn*, 2006 CAF 403, aux paragraphes 21 à 26).

2. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que les obligations relatives à la sylviculture prises en charge par Tolko devaient être incluses dans le produit de disposition de l’appelante pour les années d’imposition 1999 et 2000?

[42] Comme je l’ai indiqué précédemment, les motifs du juge traitent exclusivement de la vente de High Level à Tolko. L’analyse suivante concerne donc ses conclusions à l’égard de cette transaction. J’examinerai séparément les questions touchant la vente de Brewster puisqu’elles soulèvent des enjeux d’une autre nature.

[43] Avant de me pencher sur la première question, quelques remarques préliminaires s’imposent sur le contexte législatif auquel sont assujettis le produit de disposition de la vente de High Level et le transfert de la tenure. Le paragraphe 13(21) de la Loi définit un « avoir forestier » comme un « [d]roit ou permis de couper ou de retirer du bois sur une concession ou un territoire du Canada ». La tenure incluse dans la vente de High Level constitue donc un avoir forestier au sens du paragraphe 13(21), et un bien en immobilisation amortissable relevant de la catégorie 33 de l’annexe II du *Règlement de l’impôt sur le revenu* [C.R.C., ch. 945] (le Règlement).

[44] Normalement, si le produit de disposition d’un bien en immobilisation amortissable est supérieur à son

a capital gain (see Interpretation Bulletin IT-481 (Consolidated) “Timber Resource Property and Timber Limits”). However, subparagraph 39(1)(a)(iv) of the Act excludes a timber resource property from capital gain treatment. Consequently, by reason of subsection 13(1) and the definition of “undepreciated capital cost” found at subsection 13(21) [as am. by S.C. 1999, c. 22, s. 6] (variable G), the proceeds of disposition of a timber resource property in excess of the capital cost thereof are included in the vendor’s income (see: *Kettle River Sawmills Ltd. v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 182 (F.C.A.), at paragraph 4).

[45] I now turn to the question of whether the Judge made any error in determining that Tolko’s assumption of the appellant’s silviculture liability constituted consideration and, thus, ought to have been included in the appellant’s proceeds of disposition. There is no real debate between the parties that, as a matter of principle, the assumption of a liability by a purchaser may constitute a consideration which can be included in the proceeds of disposition. However, there is considerable debate as to the value, if any, of the liability assumed by Tolko.

[46] In my view, the Judge made no error in determining that the assumption of the appellant’s silviculture liability by Tolko constituted consideration which ought to have been included in the appellant’s proceeds of disposition. The Judge dealt with this question at paragraphs 24 to 27 of his reasons. He began by pointing to the fact that the appellant had admitted that “[i]f Tolko had not assumed the Appellant’s silviculture liability, the amount of cash or other consideration it would have paid the Appellant would have increased” (see: statement of admitted facts, at paragraph 28, appeal book, Vol. 2, page 168). This led the Judge to remark, at paragraph 24 of his reasons:

Given that acknowledgement and admission, it is difficult to find the assumption of liability is not part of the consideration in the deal notwithstanding Daishowa took great pains to have that element of the deal removed from the definition of purchase price in the final agreement.

coût en capital, il en résulte un gain en capital (voir le Bulletin d’interprétation IT-481 (Consolidé) « Avoirs forestiers et concessions forestières »). Cependant, en vertu du sous-alinéa 39(1)a)(iv) de la Loi, les avoirs forestiers ne peuvent donner lieu à un gain en capital. Par conséquent, aux termes du paragraphe 13(1) et de la définition de la « fraction non amortie du coût en capital » du paragraphe 13(21) [mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 6] (variable G), l’excédent du produit de disposition d’un avoir forestier sur son coût en capital est inclus dans le revenu du vendeur (voir : *Kettle River Sawmills Ltd. c. Canada*, [1993] A.C.F. n° 1190 (C.A.) (QL), au paragraphe 4).

[45] J’aborderai à présent la question de savoir si le juge a commis une erreur en concluant que la prise en charge par Tolko de l’obligation de l’appelante relative à la silviculture constituait une contrepartie et qu’elle devait à ce titre être incluse dans le produit de disposition de cette dernière. Cette question ne suscite pas de réel différend entre les parties puisqu’en principe, la prise en charge d’une obligation par l’acheteur peut s’avérer une contrepartie susceptible d’être incluse dans le produit de disposition. Cependant, la valeur, si tant est qu’il y en ait une, de l’obligation prise en charge par Tolko est vivement débattue.

[46] À mon avis, le juge n’a pas commis d’erreur en concluant que la prise en charge par Tolko de l’obligation de l’appelante relative à la silviculture constituait une contrepartie à inclure dans le produit de disposition de l’appelante. Le juge aborde cette question aux paragraphes 24 à 27 de ses motifs, en commençant par souligner que l’appelante avait reconnu que « [TRADUCTION] [s]i Tolko n’avait pas pris en charge l’obligation de l’appelante relative à la silviculture, le montant versé en espèces ou toute autre contrepartie qu’elle aurait versée à l’appelante aurait augmenté » (voir : exposé des faits admis, paragraphe 28, dossier d’appel, vol. 2, page 168). Ce qui l’amène à noter au paragraphe 24 de ses motifs :

Compte tenu de ce fait reconnu et admis, il est difficile de conclure que la prise en charge de l’obligation ne fait pas partie de la contrepartie à verser, selon le marché, et ce, bien que Daishowa se soit efforcée de faire supprimer cet élément du marché de la définition du prix d’achat, dans l’entente finale.

[47] The Judge, at paragraph 25, then referred to subsection 13(21) of the Act, which defines the “proceeds of disposition” as including the sale price of property sold. After stating that “[p]rice is commonly defined to include consideration” and after adopting one of the definitions of “consideration” proposed by the learned author Fridman’s in *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2006), at page 83, i.e. “some right, interest, profit, or benefit accruing to one party or some forbearance, detriment, loss or responsibility, given, suffered or undertaken by the other” (this definition was the one enunciated by the English High Court in *Currie v. Misa* (1875), L.R. 10 Ex. Ch. 153, affd (1875-76), 1 App. Cas. 554), the Judge held that an assumption of liability and a promise to indemnify clearly fell within the meaning of the word consideration. In that regard, the Judge had in mind Article 3 of the Agreement of sale which provided, *inter alia*, that Tolko would be responsible for the reforestation liability and that it would hold the appellant harmless in respect of that liability.

[48] The Judge then made the following remarks at paragraphs 26 and 27 of his reasons:

What is the nature of the liability, the relief of which leads to some benefit to Daishowa? It is not one that, as I initially thought, passes automatically with the forest tenures. From a careful review of the Alberta legislation and the Parties’ agreed facts, it is clear that the Province of Alberta will not approve of a transfer of the forest tenures, unless a purchaser assumes the reforestation liability. This is quite different from any suggestion that the liability, simply by the operation of Alberta statutes, flows with the property; in other words, whoever owns the forest tenures is legally responsible for the reforestation obligation. No, the situation in Alberta is that the Province effectively forces the purchaser to assume the reforestation liability: no assumption — no transfer of forest tenures. Does the fact that a third party, the Government of Alberta, forces an assumption of liability, make the assumption of that liability any less consideration? No, it does not affect the nature of the assumption of liability as consideration, though it may affect the value of that assumption.

Does the fact that the final agreement between the Parties specifically excluded the assumption of liability from the

[47] Le juge, au paragraphe 25, mentionne ensuite le paragraphe 13(21) de la Loi, qui définit le « produit de disposition » comme incluant le prix de vente d’un bien. Après avoir fait remarquer que le « prix est communément défini comme incluant la contrepartie » et adopté la définition du terme « contrepartie » proposée par M. Fridman, savant auteur de l’ouvrage *The Law of Contract in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 2006), à la page 83, à savoir [TRADUCTION] « un droit, un intérêt, un profit ou un avantage pour une partie, soit une abstention, un désavantage, une perte ou une responsabilité pour l’autre partie » (cette définition a été énoncée par la Haute Cour de justice de l’Angleterre dans l’arrêt *Currie v. Misa* (1875), L.R. 10 Ex. Ch. 153, conf. par (1875-76), 1 App. Cas. 554), le juge a estimé que la prise en charge d’une obligation et la promesse d’indemnisation constituaient clairement une contrepartie. À cet égard, il avait à l’esprit l’article 3 du contrat de vente qui prévoyait notamment que Tolko serait responsable de l’obligation relative au reboisement et que l’appelante serait déchargée de cette responsabilité.

[48] Le juge fait ensuite remarquer aux paragraphes 26 et 27 de ses motifs :

Quelle est la nature de l’obligation, dont la libération donne lieu à un certain avantage pour Daishowa? Il ne s’agit pas d’une obligation qui, comme je le pensais initialement, est nécessairement transmise avec les tenures. Il ressort clairement d’un examen minutieux de la législation de l’Alberta et des faits sur lesquels les parties se sont entendues que la province n’approuvera pas un transfert de tenures, à moins que l’acquéreur ne prenne en charge l’obligation relative au reboisement. Cela est tout à fait différent de toute idée selon laquelle l’obligation, simplement par application des lois de l’Alberta, va de pair avec le bien; en d’autres termes, le titulaire des tenures est légalement responsable de l’obligation relative au reboisement. La situation, en Alberta, est plutôt la suivante : la province contraint effectivement l’acquéreur à prendre en charge l’obligation relative au reboisement : si l’acquéreur ne prend pas cette obligation en charge, il ne peut pas y avoir transfert des tenures. Si un tiers, le gouvernement de l’Alberta, exige la prise en charge d’une obligation, cela a-t-il pour effet de faire de la prise en charge de cette obligation autre chose qu’une contrepartie? Non, cela ne change rien à la nature de la prise en charge de l’obligation à titre de contrepartie, mais cela peut influencer sur la valeur de cette prise en charge.

Le fait que l’entente finale entre les parties excluait expressément la prise en charge de l’obligation du prix d’achat a-t-il

purchase price have the legal effect of removing it from the consideration for the forest tenures and consequently from the proceeds of disposition? Further, does the fact that the Parties, in that agreement, only allocated the cash purchase price amongst the assets, likewise have the legal effect of removing the assumption of the liability as part of the consideration? I would answer no to both those questions. To answer positively would put form over substance in the interpretation of contracts which is not a supportable approach.

[49] I can find no error in the Judge’s reasoning. As the Judge clearly explained, the sale price of a property is commonly defined to include any consideration received by a seller from a buyer, including cash, property and/or the assumption of liabilities: see *Krauss v. Canada*, 2009 TCC 597, [2010] 2 C.T.C. 2023, at paragraph 30; *Telus Communications (Edmonton) Inc. v. Canada*, 2009 FCA 49, 386 N.R. 354, at paragraph 28; *Loyens v. Canada*, 2003 TCC 214, [2003] 3 C.T.C. 2381, at paragraphs 31 and 33.

[50] I would add, as a matter of relevance, that the other bids made for High Level specifically included the assumption of reforestation liability as a separate portion of the consideration. The appellant itself, when it purchased High Level in 1990, also included the assumption of reforestation liability as a separate portion of the consideration given (see: appeal book, Vol. 5, pages 715–716, art. 8: “Assumption of Obligations and Liabilities” of the contract between Canadian Forest Products Ltd. and Daishowa Canada Ltd. of February 23, 1990). Further, as the Judge noted in his reasons, it was admitted by the appellant that if Tolko had not agreed to assume its silviculture liability, the amount of cash or other consideration paid to the appellant would have been greater.

[51] Thus, I have no difficulty concluding that the Judge did not err in finding that the assumption of the appellant’s silviculture liability by Tolko constituted consideration which had to be included in the appellant’s proceeds of disposition. The more difficult question, however, is the one concerning the value of that consideration and that is the issue to which I now turn.

comme effet juridique d’exclure cette prise en charge de la contrepartie versée pour les tenures et, par conséquent, du produit de disposition? En outre, le fait que, dans cette entente, les parties ont réparti entre les actifs uniquement le montant versé en espèces a-t-il également comme effet juridique d’exclure la prise en charge de l’obligation de la contrepartie? Je réponds à ces deux questions par la négative. En effet, en répondant par l’affirmative, on accorde plus d’importance à la forme qu’à la substance dans l’interprétation des contrats; or, cette approche ne saurait tenir.

[49] Je n’ai rien à redire au raisonnement du juge. Ainsi qu’il l’a clairement expliqué, le prix de vente d’un bien se définit couramment comme incluant une contrepartie offerte par un acheteur à un vendeur, par exemple sous forme d’espèces, de biens et (ou) d’une prise en charge de responsabilités : voir *Krauss c. Canada*, 2009 CCI 597, au paragraphe 30; *Telus Communications (Edmonton) Inc. c. Canada*, 2009 CAF 49, au paragraphe 28; *Loyens c. Canada*, 2003 CCI 214, aux paragraphes 31 et 33.

[50] J’ajouterais, puisque c’est pertinent, que les autres soumissions présentées pour l’achat de High Level incluait expressément la prise en charge de l’obligation relative au reboisement comme une portion distincte de la contrepartie. Au moment de l’achat de High Level en 1990, l’appelante avait procédé justement de la même façon (voir : dossier d’appel, vol. 5, pages 715 et 716, article 8 : [TRADUCTION] « Prise en charge des obligations et des responsabilités » du contrat entre Canadian Forest Products Ltd. et Daishowa Canada Ltd. daté du 23 février 1990). En outre, comme l’a noté le juge dans ses motifs, l’appelante a reconnu que si Tolko n’avait pas accepté de prendre en charge son obligation relative à la silviculture, le montant en espèces versé ou d’autres contreparties auraient été plus importants.

[51] Par conséquent, il m’est aisé de conclure que le juge n’a pas commis d’erreur en estimant que la prise en charge par Tolko de l’obligation de l’appelante relative à la silviculture constituait une contrepartie devant être incluse dans le produit de disposition de cette dernière. Cependant, la valeur de cette contrepartie est une question plus délicate, et je me propose à présent de l’aborder.

3. Did the appellant and Tolko agree to attribute a value to the reforestation liability assumed by Tolko and, if so, what consequences flow from that agreement?

[52] The Judge began his analysis by noting the appellant's argument that the value of the benefit conferred upon it by Tolko's assumption of its silviculture liability was [at paragraph 28] "so uncertain as to be unascertainable" and that, as a result, its value was nil. He then reviewed the Contract between the parties and, in particular, focussed on Section 3.2.1 thereof. In his view, that provision showed that Tolko's offer to purchase High Level was based on an estimate only of the reforestation liability. At paragraph 30 of his reasons, the Judge stated that "[t]he reality is that the reforestation liability calculation was an estimate, an audited estimate, but an estimate nonetheless", adding that he could find nothing in the Contract to support the view that there was an agreement that the appellant would receive consideration in the order of \$11 000 000, by reason of Tolko's assumption of its silviculture liability. In his view [at paragraph 30], "the \$11,000,000 estimate was a factor in the determination of the cash price it [Tolko] was prepared to pay, but it was not an agreed upon value for purposes of determining its value as consideration."

[53] Having concluded that the parties had not agreed to attribute a value to the reforestation liability assumed by Tolko, the Judge then went on to find, at paragraph 40 of his reasons, that "[t]he fact Tolko has negotiated a reduction in the purchase price does not sway me that the benefit to Daishowa of Tolko's assumption of the liability must be the same amount."

[54] As a result, the Judge proceeded to attribute a value to Tolko's assumption of liability and, in performing that exercise, he considered a number of factors, including the estimate arrived at by the accountants, the uncertainty of the estimated liability and the fact that the estimated liability was used by the appellant to determine the cash price of the sale of the sawmill.

3. L'appelante et Tolko ont-elles convenu d'attribuer une valeur à l'obligation relative au reboisement prise en charge par Tolko et, si oui, quelles en sont les conséquences?

[52] Le juge a commencé son analyse en relevant l'argument de l'appelante suivant lequel la valeur de l'avantage découlant de la prise en charge par Tolko de son obligation relative à la silviculture est [au paragraphe 28] « si incertaine qu'elle n'est pas déterminable » et que, de ce fait, elle est nulle. Il a examiné ensuite le contrat signé par les parties en s'attardant particulièrement sur l'article 3.2.1. D'après lui, cette clause montre que l'offre d'achat de High Level par Tolko reposait sur une estimation de l'obligation de reboisement seulement. Au paragraphe 30 de ses motifs, le juge déclare que « [e]n réalité, le calcul relatif à l'obligation en matière de reboisement n'était qu'une estimation, une estimation vérifiée, mais il ne s'agissait néanmoins que d'une estimation », ajoutant qu'il n'avait rien trouvé dans le contrat pour confirmer l'existence d'une entente en vertu de laquelle l'appelante recevrait une contrepartie de l'ordre de 11 000 000 \$ du fait de la prise en charge par Tolko de l'obligation relative à la silviculture. À son avis [au paragraphe 30], « l'estimation de 11 000 000 \$ était un facteur dans la détermination du prix que Tolko était prête à payer en espèces, mais il ne s'agissait pas d'une valeur convenue aux fins de la détermination de sa valeur en tant que contrepartie. »

[53] Ayant conclu que les parties ne s'étaient pas entendues pour attribuer une valeur à l'obligation de reboisement prise en charge par Tolko, le juge a donc conclu, au paragraphe 40 de ses motifs que « [l]e fait que Tolko a négocié une réduction du prix d'achat ne m'amène pas à conclure que l'avantage pour Daishowa de la prise en charge de l'obligation par Tolko doit correspondre au même montant ».

[54] Le juge a donc entrepris d'attribuer une valeur à la prise en charge de l'obligation par Tolko et, pour ce faire, a tenu compte d'un certain nombre de facteurs comme la valeur estimative à laquelle les comptes étaient parvenus, l'incertitude entourant l'estimation de l'obligation et le fait que l'appelante s'en servait pour établir le prix en espèces de la vente de la scierie.



[55] This led the Judge, as I have already indicated, to discount by 80 percent the long-term liability assumed by Tolko.

[56] Because I conclude, on a proper interpretation of the Contract, that the parties did agree to attribute a value to Tolko's assumption of the appellant's silviculture liability, it was not open to the Judge to proceed as he did to discount the long-term liability assumed by Tolko.

[57] I now turn to the Contract and begin by reproducing the relevant provisions thereof:

#### ARTICLE 3

##### ASSUMPTION OF OBLIGATIONS AND LIABILITIES

**3.1 Assumed Obligations.** As of the Effective Time, the Purchaser will assume and be responsible for the Assumed Obligations but specifically excluding the Excluded Liabilities. The Purchaser will indemnify and save DMI harmless from and against any claims, demands, actions, causes of actions, loss, damage, cost or expense whatsoever, including legal fees, suffered or incurred by DMI by reason of the failure of the Purchaser to pay or discharge any of the Assumed Obligations from and after the Effective Time, and DMI will indemnify and save the Purchaser harmless from and against any claims, demands, actions, causes of action, loss, damage, cost of expense whatsoever, including legal fees, suffered or incurred by the Purchaser by reason of the failure of DMI to pay or discharge the Excluded Liabilities.

#### 3.2 Reforestation Liabilities

##### 3.2.1 Preparation of Reforestation Statement.

DMI estimates in good faith that the aggregate value of the current and long term reforestation liabilities will be \$11 million as at the Effective Time ("**Estimated Amount**"). Forthwith after the Closing, DMI will prepare the Reforestation Statement setting out the current and long term reforestation liabilities associated with the Division as at the Effective Time and will cause the Reforestation Statement to be audited promptly by the Accountants. DMI will cause two copies of the Reforestation Statement to be delivered to the Purchaser as soon as possible and in any event no later than 60 days after the Closing Date, accompanied by the written opinion of the Accountants in the form of the opinion attached as Schedule S. DMI will provide the Purchaser's representatives with such

[55] Comme je l'ai déjà indiqué, le juge a par conséquent réduit l'obligation à long terme prise en charge par Tolko de 80 p. 100.

[56] Si l'on interprète bien le contrat, les parties ont convenu d'attribuer une valeur à la prise en charge par Tolko de l'obligation de l'appelante relative à la sylviculture : il n'était donc pas loisible au juge d'en réduire le montant comme il l'a fait.

[57] J'examinerai maintenant le contrat en commençant par reproduire les clauses pertinentes :

[TRADUCTION]

#### ARTICLE 3

##### PRISE EN CHARGE DES OBLIGATIONS ET DES RESPONSABILITÉS

**3.1 Obligations prises en charge.** À la date de prise d'effet, l'acquéreur assumera les obligations prises en charge, à l'exception toutefois des obligations expressément exclues. L'acquéreur indemnifiera DMI à l'égard de quelque réclamation, demande, action, cause d'action, perte, préjudice, coût ou dépense, quels qu'ils soient, y compris les frais juridiques, auxquels DMI sera exposée, en raison de l'omission de l'acquéreur de s'acquitter des obligations prises en charge, à compter de la date de prise d'effet, et DMI indemnifiera l'acquéreur à l'égard de quelque réclamation, demande, action, cause d'action, perte, préjudice, coût ou dépense, quels qu'ils soient, y compris les frais juridiques, auxquels l'acquéreur sera exposé en raison de l'omission de DMI de s'acquitter des obligations exclues.

#### 3.2 Responsabilités relatives au reboisement

##### 3.2.1 Préparation de l'état des obligations relatives au reboisement.

DMI estime de bonne foi que la valeur globale des obligations à court et à long termes relatives au reboisement s'élèveront à 11 millions de dollars à la date de prise d'effet (le « montant estimatif »). Immédiatement après la clôture, DMI préparera l'état des obligations relatives au reboisement indiquant les obligations à court et à long termes relatives au reboisement associées à la division à la date de prise d'effet et fera en sorte que cet état soit vérifié sans délai par les comptables. DMI s'assurera que deux copies de l'état des obligations relatives au reboisement soient transmises à l'acquéreur aussitôt que possible et au plus tard 60 jours après la date de clôture, accompagnées d'un avis écrit des comptables sous la forme de l'avis figurant à l'annexe S. DMI

cooperation and supporting audit working papers as they may reasonably require to enable them to review the Reforestation Statement. Within 10 Business Days after delivery of the Reforestation Statement, the Purchaser will advise DMI in writing whether the amount of the current and long term reforestation liabilities is agreed to by the Purchaser and if not, specifying the matters not agreed to and, in such case, the matter will be referred to the Accountants and, if deemed appropriate by the Accountants, a recalculation of the current and long term reforestation liabilities will be performed. The costs associated with the audit by the Accountants shall be responsibility of DMI, and the costs associated with any recalculation by the Accountants will be allocated between DMI and the Purchaser based on the Accountants' assessment, in the Accountants' discretion, what is equitable having regard to the Accountants' recalculation based on the initial audited determination of the current and long term reforestation liabilities. If either of the parties refuses to accept the decisions of the Accountants, then either party may refer the matter directly to arbitration in accordance with Section 11.3(d).

### 3.2.2 Reforestation Liabilities Adjustments.

On the third Business Day following DMI's receipt of the Purchaser's notice of approval of the Reforestation Statement, or final determination of the reforestation liabilities by the Accountants or arbitration, as the case may be, pursuant to Section 3.2.1:

- (a) DMI will pay the Purchaser by bank draft the amount, if any, by which the final determination of the reforestation liabilities, exceeds the Estimated Amount together with interest on the amount of such excess calculated from the Closing Date to the date of payment at a rate equal to the Prime Rate; or
- (b) The Purchaser will pay to DMI by bank draft the amount, if any, by which the final determination of the reforestation liabilities, is less than the Estimated Amount together with the interest on the amount of such difference calculated from the Closing Date to the date of payment at a rate equal to the Prime Rate.

**3.3 No Assumption by Purchaser.** Except as expressly provided for in Section 3.1 of this Agreement, the Purchaser will not assume or be responsible for any obligations or liabilities of DMI.

[58] In my view, the Judge erred in concluding that the \$11 000 000 of the current and long-term reforestation liability was an estimate and not an agreed upon value.

offrira aux représentants de l'acquéreur la collaboration et les feuilles de travail de vérification justificatives dont il pourrait raisonnablement avoir besoin pour revoir l'état des obligations relatives au reboisement. Dans les 10 jours ouvrables suivant la transmission de cet état, l'acquéreur fera savoir à DMI par écrit s'il est d'accord avec le montant des obligations à court et à long termes en matière de reboisement; si tel n'est pas le cas, il précisera les questions litigieuses et le dossier sera renvoyé aux comptables qui recalculeront, s'ils le jugent nécessaire, lesdites obligations. Les coûts inhérents à la vérification entreprise par les comptables sont de la responsabilité de DMI, tandis que ceux qui découlent de tout nouveau calcul seront répartis entre DMI et l'acquéreur, conformément à l'évaluation des comptables, et à leur discrétion, en fonction du caractère équitable du nouveau calcul fondé sur la détermination initiale vérifiée des responsabilités à court et à long termes relatives au reboisement. Si l'une des parties refuse de se plier aux décisions des comptables, l'une ou l'autre peut alors soumettre directement l'affaire à l'arbitrage conformément à l'alinéa 11.3 d).

### 3.2.2 Rajustements apportés aux obligations relatives au reboisement.

Le troisième jour ouvrable suivant la réception par DMI de l'avis d'approbation de l'état des obligations relatives au reboisement signifié par l'acquéreur, ou la détermination finale des obligations relatives au reboisement par les comptables ou par arbitrage, selon le cas, conformément à l'article 3.2.1 :

- a) DMI versera à l'acquéreur par traite bancaire le montant, le cas échéant, par lequel la détermination finale des obligations relatives au reboisement excède le montant estimatif, ainsi que les intérêts sur l'excédent, calculés à compter de la date de clôture jusqu'à la date du paiement, à un taux correspondant au taux préférentiel; ou
- b) l'acquéreur versera à DMI par traite bancaire le montant, le cas échéant, par lequel la détermination finale des obligations relatives au reboisement est inférieure au montant estimatif, ainsi que les intérêts sur la différence, calculés à compter de la date de la clôture jusqu'à la date du paiement, à un taux correspondant au taux préférentiel.

**3.3 Pas de prise en charge par l'acquéreur.** Sauf mention expresse à l'article 3.1 de la présente entente, l'acquéreur n'assumera aucune des obligations ou responsabilités de DMI ou n'en sera pas garante.

[58] À mon avis, le juge a eu tort de conclure que les 11 000 000 \$ d'obligations à court et à long termes relatives au reboisement correspondaient à une estimation

The essence of the Judge's reasoning on this point is found at paragraph 30 of his reasons:

This [that part of clause 3.2.1 which provides that “the Purchaser will advise DMI [Daishowa] in writing whether the amount of the current and long term reforestation liabilities is agreed to by the Purchaser”] is important because it shows that Tolko based its offer on an estimate of the reforestation liability, and if the auditor's reforestation statement indicated something different then there would be a payment going one way or the other. This stipulation was not in the context of estimating the value of the assumption of liability for determining Daishowa's proceeds of disposition, but to get to an accurate cash purchase price. The reality is that the reforestation liability calculation was an estimate, an audited estimate, but an estimate nonetheless. There is nothing in the Sale Agreement that constitutes an agreement between the Parties that Daishowa received additional consideration of \$11,000,000 by Tolko's assumption of the reforestation liability. Where the Parties agreed to values, such as in the determination of the net purchase working capital, they specifically indicated such by referencing the term “value”. Certainly, the \$11,000,000 estimate was a factor in the determination of the cash price it was prepared to pay, but it was not an agreed upon value for purposes of determining its value as consideration.

[59] I cannot agree with the Judge's reasoning.

[60] The critical provisions of the Contract between the appellant and Tolko are sections 3.2.1 and 3.2.2. Section 3.2.1 provides that the appellant has estimated in good faith the aggregate value of both the current and long-term reforestation liabilities to be \$11 000 000. This figure is referred to in the provision as being the “Estimated Amount”. The provision then goes on to say that following the closing of the Contract, the appellant will prepare a reforestation statement, “setting out the current and long term reforestation liabilities associated with the Division as at the Effective Time and will cause the Reforestation Statement to be audited promptly by the Accountants.” The provision then goes on to provide that within 10 days of delivery to it of the reforestation statement, Tolko will advise the appellant in writing

et non à une valeur entendue. L'essence de son raisonnement sur ce point est contenue au paragraphe 30 de ses motifs :

Cette disposition [la partie de la clause 3.2.1 qui prévoit que « l'acquéreur fera savoir à DMI [Daishowa] par écrit s'il est d'accord avec le montant des obligations à court et à long termes en matière de reboisement »] est importante parce qu'elle montre que l'offre de Tolko était fondée sur une estimation de l'obligation relative au reboisement et que, si l'état des obligations relatives au reboisement préparé par le vérificateur indiquait autre chose, un paiement serait effectué par une partie ou l'autre. Cette disposition n'était pas énoncée dans le contexte de l'estimation de la valeur de la prise en charge de l'obligation aux fins de la détermination du produit de disposition de Daishowa, mais aux fins de la fixation d'un prix d'achat exact en espèces. En réalité, le calcul relatif à l'obligation en matière de reboisement n'était qu'une estimation, une estimation vérifiée, mais il ne s'agissait néanmoins que d'une estimation. Aucune disposition du contrat de vente ne constitue une entente entre les parties selon laquelle Daishowa recevait une contrepartie additionnelle de 11 000 000 \$ par suite de la prise en charge par Tolko de l'obligation relative au reboisement. Lorsque les parties se sont entendues sur des valeurs, par exemple lorsqu'il s'est agi de déterminer le fonds de roulement net visé par l'achat, elles l'ont expressément indiqué, par exemple en employant le mot [TRADUCTION] « valeur ». À coup sûr, l'estimation de 11 000 000 \$ était un facteur dans la détermination du prix que Tolko était prête à payer en espèces, mais il ne s'agissait pas d'une valeur convenue aux fins de la détermination de sa valeur en tant que contrepartie.

[59] Je ne puis souscrire au raisonnement du juge.

[60] Les clauses cruciales du contrat entre l'appelante et Tolko sont les articles 3.2.1 et 3.2.2. L'article 3.2.1 stipule que l'appelante a estimé à 11 000 000 \$ la valeur globale des obligations à court et à long termes relatives au reboisement. Ce chiffre est qualifié de [TRADUCTION] « montant estimatif ». La clause prévoit ensuite que l'appelante préparera après la clôture du contrat un état des obligations relatives au reboisement [TRADUCTION] « indiquant les obligations à court et à long termes relatives au reboisement associées à la division à la date de prise d'effet et fera en sorte que cet état soit vérifié sans délai par les comptables ». Dix jours après l'avoir reçu, Tolko fera savoir par écrit à l'appelante [TRADUCTION] « [si elle] est d'accord avec le montant des obligations à court et à long termes en matière de reboisement; si tel

“whether the amount of the current and long term reforestation liabilities is agreed to by the Purchaser and if not, specifying the matters not agreed to and, in such case, the matter will be referred to the Accountants and, if deemed appropriate by the Accountants, a recalculation of the current and long term reforestation liabilities will be performed.” Finally, Section 3.2.1 provides that the matter may be referred to arbitration, in accordance with Section 11.3(d) of the Contract, should one of the parties not be willing to abide by the accountants’ decision.

[61] As to Section 3.2.2 of the Contract, it provides that following confirmation by Tolko to the appellant of its “approval of the Reforestation Statement, or final determination of the reforestation liabilities by the Accountants or arbitration”, the appellant or Tolko will pay to the other by bank draft the amount, if any, by which the final determination of the reforestation liabilities “exceeds the Estimated Amount together with interest on the amount of such excess” or “is less than the Estimated Amount together with interest on the amount of such difference”.

[62] In the present matter, as I have already indicated, the accountants quantified the reforestation liabilities at \$11 296 225, i.e. an amount exceeding the estimated amount by \$296 225. Thus, the appellant paid to Tolko the sum of \$296 225 plus interest of \$4 297.32 in accordance with the agreed upon terms of the Contract.

[63] Although Section 3.2.1 of the Contract does initially refer to the valuation as an “estimate”, it is an estimate of the value of the reforestation liabilities. All subsequent references to the reforestation liabilities strongly suggest that the amounts are not merely estimates, but actual values. Indeed, the word “value” is specifically used in connection with the reforestation liabilities referred to in Section 3.2.1. Thus, in my respectful opinion, there is nothing in the Contract itself which renders doubtful the fact that the parties attributed a specific and agreed to value with regard to the reforestation liability. The precise quantification by the accountants lends strong support to the view that the

n’est pas le cas, [elle] précisera les questions litigieuses et le dossier sera renvoyé aux comptables qui recalculeront, s’ils le jugent nécessaire, lesdites obligations ». Finalement, l’article 3.2.1 prévoit que l’affaire peut être soumise à un arbitrage, conformément à l’alinéa 11.3d) du contrat, si l’une des parties refuse de se plier à la décision des comptables.

[61] Quant à l’article 3.2.2 du contrat, il stipule qu’après confirmation par Tolko à l’appelante de son [TRADUCTION] « approbation de l’état des obligations relatives au reboisement [...], ou la détermination finale des obligations relatives au reboisement par les comptables ou par arbitrage », l’appelante ou Tolko, selon le cas, versera à l’autre par traite bancaire le montant, le cas échéant, par lequel la détermination finale des obligations relatives au reboisement [TRADUCTION] « excède le montant estimatif, ainsi que les intérêts sur l’excédent » ou [TRADUCTION] « est inférieure au montant estimatif, ainsi que les intérêts sur la différence ».

[62] En l’occurrence, comme je l’ai déjà indiqué, les comptables ont évalué les obligations relatives au reboisement à 11 226 225 \$, ce qui excède le montant estimatif de 296 225 \$. L’appelante a donc versé à Tolko la somme de 296 225 \$ plus 4 297,32 \$ en intérêts, conformément aux conditions sur lesquelles elles s’étaient entendues.

[63] Bien que l’article 3.2.1 du contrat qualifie bel et bien initialement l’évaluation d’[TRADUCTION] « estimation », celle-ci se rapporte à la valeur des obligations relatives au reboisement. Toutes les références subséquentes à ces obligations donnent fortement à penser que les montants ne représentent pas simplement des estimations, mais des valeurs réelles. Le terme « valeur » est d’ailleurs expressément employé en rapport avec les obligations relatives au reboisement mentionnées à l’article 3.2.1. À mon avis, il n’y a donc rien dans le contrat lui-même qui fasse douter que les parties ont convenu d’attribuer une valeur précise à l’obligation de reboisement. La quantification précise à laquelle sont

reforestation liability was an intrinsic and valuable form of consideration. The payment of interest on the excess of \$296 225 demonstrates that the adjustment payment was equally part of the Contract, even if made after the closing date.

[64] It seems to me that the true purpose of Section 3.2.1 was to determine the “aggregate value of the current and long term reforestation liabilities” and to ensure that the cash portion of the consideration corresponded with the assumption of liabilities portion. The only reason why the \$11 000 000 was initially an “estimated amount” was simply because the agreed upon value was to be refined and established based on the reforestation statement of the accountants, which in turn affected the legal obligation for cash payment.

[65] With respect, the Judge appears to have elevated the significance of the words “estimated amount” found at Section 3.2.1 to a level which led him to ignore the plain wording of Section 3.2.1 in its totality.

[66] At subparagraph 40(IV) of his reasons, the Judge indicated that “Daishowa and Tolko agreed on the estimated amount for the purposes of determining the cash purchase price, but they did not agree on that amount as reflective of the value of the assumption of the liability as consideration”. I cannot agree with that proposition. The Judge appears to have made a distinction between agreeing on the true value of the assumption of liability and agreeing to accept an amount of consideration for that assumption. Indeed, the essence of his discussion concerning the six underlying contextual factors, which are set out at paragraph 40 of his reasons, focuses on the determination of the fair value of the appellant’s silviculture liabilities. For tax purposes, however, the question of concern is not the subjective value of property to the parties, or what returns or costs will ultimately flow from that property, but whether the parties agreed to accept a certain amount as consideration for that property.

parvenus les comptables appuie fortement l’argument voulant que cette obligation soit en elle-même une forme valable de contrepartie. Le paiement d’intérêts sur l’excédent de 296 225 \$ démontre que le rajustement faisait tout autant partie du contrat, même s’il a eu lieu après la date de clôture.

[64] Il me semble que le véritable objectif de l’article 3.2.1 était de déterminer la [TRADUCTION] « valeur globale des obligations à court et à long termes relatives au reboisement » et de s’assurer que la portion de la contrepartie en espèces correspondait à la prise en charge de la tranche relative aux responsabilités. La simple et unique raison pour laquelle les 11 000 000 \$ ont d’abord été considérés comme un « montant estimatif » a trait au fait que la valeur convenue devait être raffinée et établie en fonction de l’état des obligations relatives au reboisement produit par les comptables, qui affectait à son tour l’obligation juridique touchant le paiement en espèces.

[65] À mon humble avis, le juge semble avoir donné à l’expression [TRADUCTION] « montant estimatif » figurant à l’article 3.2.1 une signification l’amenant à ignorer le libellé clair de la clause complète.

[66] Au paragraphe 40 de ses motifs, au point IV, le juge a écrit que « [...] Daishowa et Tolko s’étaient entendues sur le montant estimatif aux fins de la détermination du prix d’achat en espèces, mais qu’elles n’avaient pas convenu que ce montant représentait la valeur de la prise en charge de l’obligation à titre de contrepartie ». Je ne peux souscrire à cette proposition. Le juge semble avoir établi une distinction entre le fait de convenir de la valeur réelle de la prise en charge de la responsabilité et celui d’accepter un montant pour sa contrepartie. L’essentiel de son analyse des six facteurs contextuels sous-jacents, énoncés au paragraphe 40 de ses motifs, met d’ailleurs l’accent sur la détermination de la juste valeur des obligations de l’appelante relatives à la silviculture. Aux fins de l’impôt cependant, l’enjeu ne concerne pas la valeur subjective du bien pour les parties, ou encore les rendements ou les coûts qui finiront par en découler, mais revient à savoir si les parties se sont entendues sur un certain montant comme contrepartie pour ce bien.

[67] In *Teleglobe Inc. v. Canada*, 2002 FCA 408 (*Teleglobe*), the matter before this Court concerned the privatization of Teleglobe Canada by the Government of Canada. More particularly, privatization thereof was accomplished by selling Teleglobe Canada's assets to Teleglobe Canada Inc. in return for the assumption of certain liabilities, a promissory note and the issuance of common and special shares. The common voting shares were then sold by a bid process to Memotec Data Inc. for \$488 300 000.

[68] The main issue before the Court was the determination of the true purchase price of Teleglobe Canada's assets. The appellant, Teleglobe Canada Inc., argued that its cost for all of the assets of Teleglobe Canada was \$660 000 000, while the Minister argued that that price was approximately \$530 000 000. The debate as to the purchase price arose by reason of the difference in the way the parties calculated the cost to the appellant of the shares issued in partial payment of Teleglobe Canada's assets. In making its determination, the Court had to consider an assumption of liability provision and a corresponding adjustment procedure similar to that before us in the present matter.

[69] In concluding that the price of \$530 000 000 arrived at by the Minister was the correct one, Pelletier J.A., writing for the Court, indicated at paragraph 27:

In my view, it is evident from the agreement itself that the parties had agreed on a purchase price for the shares. The provisions of paragraph 3.02 of the Purchase Agreement provided a framework by which that price could be calculated. The two elements of the calculation are the assumed liabilities and the Excess of Assets over Assumed Monetary Liabilities. The amount which the parties contemplated as the Excess of Assets over the Assumed Monetary Liabilities is the amount which appears in Section 4.04 of the Agreement, the adjustment clause. It is there provided that if the calculation of the Excess Assets over Assumed Monetary Liabilities based on the Closing Date Financial Statements varies by more than 2% from \$378,021,000, the purchase price of the shares will be adjusted. Since the Excess of Assets over Assumed Monetary Liabilities was to be made up of the promissory note, the Special Shares and the common shares, the value

[67] Dans l'arrêt *Teleglobe Inc. c. Canada*, 2002 CAF 408 (*Teleglobe*), l'affaire dont la Cour était saisie concernait la privatisation de Teleglobe Canada par le gouvernement du Canada. Plus exactement, cette privatisation a été réalisée par la vente d'actifs de Teleglobe Canada à Teleglobe Canada Inc. en échange de la prise en charge de certains éléments de passif, d'un billet à ordre et de l'émission d'actions ordinaires et spéciales. Les actions ordinaires avec droit de vote ont été vendues selon un processus de soumission à Memotec Data Inc. pour 488 300 000 \$.

[68] La principale question dont la Cour était saisie portait sur la détermination du prix d'achat réel des actifs de Teleglobe Canada. L'appelante, Teleglobe Canada Inc., faisait valoir que l'ensemble des actifs de Teleglobe Canada lui avait coûté 660 000 000 \$, tandis que le ministre soutenait que le prix se situait aux alentours de 530 000 000 \$. Le litige sur le prix d'achat découlait de la différence dans la manière dont les parties ont calculé ce que les actions émises à titre de paiement partiel des actifs de Teleglobe Canada avaient coûté à l'appelante. Pour parvenir à une conclusion, la Cour devait tenir compte d'une clause de prise en charge d'éléments de passif et d'une procédure correspondante de rajustement des prix similaires à celles auxquelles nous avons affaire en l'espèce.

[69] Concluant que le prix de 530 000 000 \$ auquel était parvenu le ministre était le bon, le juge Pelletier, qui s'exprimait au nom de la Cour, a indiqué au paragraphe 27 :

À mon avis, il ressort clairement de la convention proprement dite que les parties avaient convenu d'un prix d'achat pour les actions. Les dispositions de l'article 3.02 de la convention d'achat prévoyaient un cadre de calcul de ce prix. Les deux éléments du calcul consistent en les éléments de passif pris en charge et en l'excédent des éléments d'actif sur les éléments de passif monétaires pris en charge. Le montant que les parties considéraient comme l'excédent des éléments d'actif sur les éléments de passif monétaires pris en charge est celui qui figure à l'article 4.04 de la convention, la clause de rajustement. Il y est prévu que si le calcul de l'excédent des éléments d'actif sur les éléments de passif monétaires pris en charge fondé sur les états financiers à la date de clôture diffère de plus de 2 p. 100 du montant de 378 021 000 \$, le prix d'achat des actions sera rajusté. Comme l'excédent des éléments d'actif sur les éléments de passif monétaires pris en

of the two classes of shares is the difference between \$378,021,000 and the amount of the promissory note, or approximately \$234,000,000.

[70] Following these remarks, Pelletier J.A. referred to the Supreme Court's decisions in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046; and *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082, where the Supreme Court opined that absent factors which would make a transaction impeachable, such as a sham or legislative provisions to the contrary, the legal relationships established by taxpayers were to be respected (*Teleglobe*, at paragraphs 28 to 31). Pelletier J.A. then went on to state that the parties, i.e. the Government of Canada and Memotec, had "fixed the values in question. The fact that those values may have been responsive to considerations other than the market value of the assets simply means that market value was not the measure of the value of these assets to these parties" (*Teleglobe*, at paragraph 30), adding that "[a]bsent factors which would make the transaction impeachable, the agreement of the parties determines the cost to the corporation of issuing shares in exchange for property" (*Teleglobe*, at paragraph 31).

[71] Although the Court, in *Teleglobe*, did not have to determine the total proceeds of disposition, Pelletier J.A. nonetheless considered the assumption of liabilities and the formula for adjusting the final purchase price to be reflective of the parties' agreement as to consideration for purchasing the assets of *Teleglobe Canada* (*Teleglobe*, at paragraphs 1, 9, 10 and 25).

[72] To sum up, the provisions of the Contract at issue are not ambiguous. The parties agreed to accept \$11 000 000 as consideration for the assumption of the appellant's reforestation liability, subject to the specified adjustment procedure, as a term of the sale of High Level. In my view, this is analogous to the assumption of liabilities and corresponding adjustment procedure considered in *Teleglobe*.

charge était composé du billet à ordre, des actions spéciales et des actions ordinaires, la valeur des deux catégories d'actions est la différence entre 378 021 000 \$ et le montant du billet à ordre, ou approximativement 234 000 000 \$.

[70] Le juge Pelletier a ensuite renvoyé aux arrêts *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046, et *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082, dans lesquels la Cour suprême a estimé qu'en l'absence de facteurs qui permettraient de contester la transaction, comme un trompe-l'œil ou des dispositions contraires de la loi, les rapports juridiques établis par les contribuables devaient être respectés (*Teleglobe*, aux paragraphes 28 à 31). Le juge Pelletier a poursuivi en déclarant que les parties, c'est-à-dire le gouvernement du Canada et Memotec, avaient « déterminé les valeurs en question. Le fait que ces valeurs puissent avoir été établies en considération de contreparties autres que la valeur marchande des éléments d'actif signifie simplement que la valeur marchande ne constituait pas la mesure de la valeur des éléments d'actif pour les parties » (*Teleglobe*, au paragraphe 30), ajoutant que « [e]n l'absence de facteurs qui rendraient la transaction inattaquable, la convention des parties détermine le coût, pour la société, de l'émission d'actions en échange de biens » (*Teleglobe*, au paragraphe 31).

[71] Même si la Cour, dans l'arrêt *Teleglobe*, n'avait pas à déterminer le total du produit de disposition, le juge Pelletier a néanmoins estimé que la prise en charge des éléments de passif et la formule pour rajuster le prix d'achat final reflétaient l'entente des parties ayant trait à la contrepartie de l'achat des actifs de *Teleglobe Canada* (*Teleglobe*, aux paragraphes 1, 9, 10 et 25).

[72] Pour résumer, les clauses du contrat dont nous parlons ici sont sans équivoque. Les parties ont convenu, comme condition de la vente de High Level, d'accepter 11 000 000 \$ à titre de contrepartie pour la prise en charge de l'obligation de reboisement de l'appelante, sous réserve de la procédure de rajustement précisée. Cela me semble comparable à la prise en charge des éléments de passif et à la procédure de rajustement correspondante dont il était question dans l'arrêt *Teleglobe*.

[73] In the present matter, as part of the purchase of the appellant's timber rights, Tolko negotiated terms by which it would assume the appellant's silviculture liabilities. The Contract specified that the appellant had estimated in good faith the aggregate value of that liability at \$11 000 000 and that the parties were agreed to pay to each other any difference between the preliminary value and the final amount determined by the accountants, which difference would either be agreed to by the parties or be determined through arbitration. Hence, the Judge erred in interpreting the Contract as one not specifying the price agreed to by the parties for the assumption of the appellant's reforestation liability. The Judge's attempt to quantify the actual benefit to the appellant of Tolko's assumption of liability was the wrong approach. As a result, the Judge did not in fact determine whether the parties had agreed to a price for the assumption of the appellant's reforestation liability.

[74] In my opinion, the appellant and Tolko agreed to a price of \$11 000 000 for the reforestation liability and they should be held to that price for income tax purposes.

[75] The appellant's arguments against this conclusion are unconvincing. It argues that the Minister erred because the accounting estimates of the reforestation liability are not present valued. The Judge accepted this idea and held that the estimate was not discounted to reflect present-day value (see: Judge's reasons, at paragraph 40).

[76] I cannot accept the appellant's argument. Because I conclude that the evidence supports the conclusion that the parties agreed to a specific value, the issue of present value disappears. The \$11 000 000 amount agreed to was present valued, because it was precisely that value that was used to diminish the final amount Tolko had to pay to the appellant.

[77] The appellant also argues that the adjustment mechanism found in Section 3.2.2 of the Contract was to allow for adjustment of the value between the initial

[73] En l'espèce, Tolko a négocié, dans le cadre de l'achat des droits de coupe de l'appelante, les conditions dans lesquelles elle prendrait en charge les obligations de cette dernière relatives à la sylviculture. Le contrat précisait que l'appelante avait estimé de bonne foi la valeur globale de cette responsabilité à 11 000 000 \$, et que les parties s'étaient entendues pour se verser mutuellement la différence entre la valeur préliminaire et le montant final déterminé par les comptables, que le montant de cette différence ait été convenu par les parties ou établi à l'issue d'un arbitrage. Le juge a donc commis une erreur en estimant que le contrat ne précisait pas le prix convenu par les parties pour la prise en charge de l'obligation de reboisement de l'appelante. La tentative du juge de quantifier la valeur réelle de l'avantage que l'appelante a tiré de la prise en charge par Tolko de sa responsabilité était mal avisée. En fait, il n'a pas établi si les parties s'étaient entendues sur un prix pour la prise en charge de l'obligation de reboisement de l'appelante.

[74] À mon avis, l'appelante et Tolko se sont entendues sur un prix de 11 000 000 \$ pour l'obligation en question et c'est ce prix qui devrait leur être opposé aux fins de l'impôt.

[75] Les arguments avancés par l'appelante à l'encontre de cette conclusion ne sont pas convaincants. Elle soutient que le ministre s'est fourvoyé puisque la valeur des estimations comptables de l'obligation relative au reboisement n'est pas actualisée. Le juge a souscrit à cette position, affirmant que l'estimation n'avait pas été réduite de manière à refléter la valeur actuelle (voir le paragraphe 40 des motifs du juge).

[76] Je ne puis accepter l'argument de l'appelante. Comme j'ai conclu que la preuve confirmait que les parties s'étaient entendues sur une valeur précise, la question de la valeur actualisée disparaît. Le montant convenu de 11 000 000 \$ était actualisé, puisque c'est précisément de cette valeur qu'on s'est servi pour réduire la somme finale que Tolko devait verser à l'appelante.

[77] L'appelante fait aussi valoir que le mécanisme de rajustement prévu à l'article 3.2.2 du contrat devait permettre de compenser la différence entre les



estimate and the final estimate. In its view, the existence of such an adjustment mechanism, *per se*, does not render either the initial or final number a definite value as opposed to an uncertain estimate. Although this statement is correct, it does not undermine the fact the \$11 000 000 figure is a value and not an estimate. The parties treated the \$11 000 000 amount as if it were a present valued actual value when they used it to reduce the amount of consideration which Tolko had to give to the appellant. Even if I were to accept that the parties identified and thought of the amount as an estimate (which I do not), they still treated the \$11 000 000 as if it were an actual value by adjusting the purchase price to take account of it. It would have been strange indeed if the parties had adjusted the final purchase price on account of an estimate to which they attached no value.

[78] As part of its argument that the \$11 000 000 relating to the silviculture liability should not be included in the proceeds of distribution, the appellant argued that the liability was uncertain or contingent and, as a result, not subject to taxation. In view of my conclusion that Tolko and the appellant had agreed to a specific price for the assumption of the silviculture liability, this submission is without merit. However, the following remarks regarding that argument will, I hope, be helpful.

[79] Liabilities are absolute or contingent. The Supreme Court defined a contingent liability as “a liability which depends for its existence upon an event which may or may not happen” (see: *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79, at paragraph 17). If a liability is not contingent, it is absolute. However, the jurisprudence interpreting subsection 13(21) of the Act does not ask whether the liability assumed by the purchaser is contingent or absolute; as a matter of fact, the nature of the liability assumed by a purchaser is irrelevant. Instead, the jurisprudence seems concerned only with the value attributed by the parties, if any, to the liability assumed by the purchaser. If the parties attribute no value to a future liability, then there is nothing to be added to the seller’s proceeds of disposition for the purpose of taxation.

estimations initiale et finale. De son point de vue, l’existence d’un tel mécanisme n’a pas en soi pour effet de rendre la valeur initiale ou finale définitive, par opposition à une estimation incertaine. Bien que ce raisonnement soit juste, il ne change rien au fait que le chiffre de 11 000 000 \$ représente une valeur et non une estimation. Les parties ont considéré ce montant comme une valeur réelle et actualisée, et elles s’en sont servi pour réduire le montant de la contrepartie que Tolko devait verser à l’appelante. Même si j’admettais que les parties ont considéré et défini le montant comme une estimation (ce qui n’est pas le cas), elles ont tout de même traité les 11 000 000 \$ comme une valeur réelle en rajustant le prix d’achat de manière à en tenir compte. Il aurait d’ailleurs été étrange de voir les parties rajuster le prix d’achat final en se basant sur une estimation à laquelle elles n’attribuaient aucune valeur.

[78] À l’appui de l’argument voulant que les 11 000 000 \$ correspondant à l’obligation relative à la silviculture ne doivent pas être inclus dans le produit de disposition, l’appelante a fait valoir que cette responsabilité était incertaine ou éventuelle et donc non imposable. Eu égard à ma conclusion selon laquelle Tolko et l’appelante s’étaient entendues sur un prix précis pour la prise en charge de l’obligation relative à la silviculture, cette observation est sans fondement. Cependant, les remarques qui suivent sur ce point seront, je l’espère, d’une certaine utilité.

[79] Les obligations sont absolues ou éventuelles. La Cour suprême a défini une dette éventuelle comme « une obligation dont l’existence dépend d’un événement qui peut se produire ou ne pas se produire » (voir : *Canada c. McLarty*, 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79, au paragraphe 17). Si elle n’est pas éventuelle, une obligation est absolue. Cependant, dans les décisions où le paragraphe 13(21) de la Loi est interprété, les tribunaux ne se sont pas demandés si l’obligation prise en charge par l’acquéreur était éventuelle ou absolue; en fait, la nature de cette obligation est sans pertinence. Les tribunaux semblent plutôt ne s’intéresser qu’à la valeur attribuée par les parties, si tant est qu’il y en ait une, par rapport à l’obligation prise en charge par l’acquéreur. Si les parties n’attribuent aucune valeur à une obligation future, il n’y aura donc rien à rajouter au produit de disposition du vendeur aux fins de l’impôt.

[80] For instance, in the contracts for the sale of both High Level and Brewster, the purchasers assumed all future tort liability flowing from their running the appellant's timber mills. Obviously, if a worker had been injured through gross negligence at one of the two mills after the appellant had sold it, the purchasers would be liable for any tort damages that were awarded. Still, despite the existence of such future tort liability, the parties attributed no value to the assumption of this liability by the purchasers. Because no value was attributed by the parties to the purchasers' assumption of tort liability, the Minister correctly did not add any income to the appellant's disposition of proceeds for the assumption of that liability. Conversely, if the parties to an agreement attribute a value to a future liability, then the Minister is entitled to add this amount to the vendor's proceeds of disposition—whether or not the liability assumed by the purchaser is contingent or absolute.

[81] In the present matter, while Tolko's future reforestation costs are likely uncertain or contingent, there is nothing uncertain or contingent about the consideration paid for the assumption of that liability. Indeed, there is a fundamental difference between allowing a taxpayer to deduct an expense yet to be incurred and excusing a taxpayer from reporting proceeds of capital disposition realized through the payment of a fixed amount for the permanent assumption of that taxpayer's liability.

[82] Thus, the focus of subsection 13(21) is on whether the seller received value, i.e. consideration, for the assumption of a liability. The nature of that liability, be it contingent or absolute, is irrelevant to this inquiry.

[83] This approach leads to minimal market distortion because value is attributed to future liability through the process of arm's length negotiation between a buyer and a seller and because in that negotiation, with respect to this issue, the parties' interests are divergent. A buyer wants to pay as little as possible for the purchase, and so will bargain to increase the amount attributed to future liabilities as much as possible. A seller, on the other hand, wants to receive as much as possible and so will bargain to decrease the amount attributed to future

[80] Par exemple, dans les contrats de vente de High Level et de Brewster, les acquéreurs ont pris en charge toute responsabilité délictuelle future pouvant découler de leur exploitation des scieries de l'appelante. Évidemment, si un travailleur avait été blessé par suite d'une négligence grossière dans l'une des deux scieries après leur vente par l'appelante, les acquéreurs auraient été tenus de verser des dommages-intérêts délictuels. Malgré l'existence de cette responsabilité délictuelle future, les parties n'ont pas attribué de valeur à sa prise en charge par les acheteurs : le ministre a donc eu raison de n'ajouter aucun revenu au produit de disposition de l'appelant pour la prise en charge de cette responsabilité. Inversement, si les parties à une entente attribuent une valeur à une responsabilité future, le ministre peut alors ajouter ce montant au produit de disposition du vendeur — que l'obligation prise en charge par l'acquéreur soit éventuelle ou absolue.

[81] Dans le cas présent, même si les coûts futurs de reboisement échus à Tolko sont probablement incertains ou éventuels, il n'en est rien de la contrepartie versée pour la prise en charge de cette responsabilité. Il existe d'ailleurs une différence fondamentale entre autoriser un contribuable à déduire une dépense qui n'a pas encore été engagée, et le dispenser de signaler le produit de la disposition d'immobilisations obtenu par le paiement d'un montant fixe pour la prise en charge permanente de l'obligation qui lui revient.

[82] Le paragraphe 13(21) met donc l'accent sur la question de savoir si le vendeur a reçu un montant, c'est-à-dire une contrepartie, pour la prise en charge d'une obligation. Que celle-ci soit éventuelle ou absolue est sans pertinence pour cette analyse.

[83] Cette approche suppose une distorsion minimale des marchés puisqu'une valeur est attribuée à une obligation future dans des conditions de concurrence normales et par le biais de négociations entre un acheteur et un vendeur dont les intérêts sont ici divergents. L'acheteur souhaite faire l'acquisition en payant le moins possible, et il marchandera donc pour gonfler autant qu'il peut le montant attribué aux obligations futures. Le vendeur, de son côté, veut gagner le maximum, et il marchandera donc pour réduire le montant

liabilities as much as possible. Thus, in theory, the amount that the parties agree to should represent the fair market value of having the buyer assume the seller's future liability.

[84] I therefore conclude that the Judge erred in concluding that the appellant and Tolko did not agree to attribute a value to the silviculture liability assumed by Tolko. Consequently, for tax purposes, the parties must be held to the agreed upon price. Hence, the \$11 000 000 was correctly added by the Minister to the appellant's income for the 1999 taxation year.

4. Was the Judge correct in concluding that only 20 percent of the long-term reforestation liability should be included in the appellant's income as proceeds of sale in the relevant tax years?

[85] In view of my conclusion that the parties agreed to attribute a value to the reforestation liability assumed by Tolko, I need not discuss this question, other than to say that the Judge erred in including only 20 percent of the long-term reforestation liability in the appellant's income as proceeds of sale for its 1999 taxation year. In any event, the parties agreed that there was no evidentiary basis to support the Judge's finding.

5. Was the appellant entitled to claim either a deduction or include the capital expenditure amount paid for having Tolko assume the reforestation liability in its adjusted cost base?

[86] The appellant argues that if the reforestation obligation amounts are included in its proceeds of sale, it should be allowed to deduct an equal offsetting amount from its income because it essentially paid Tolko to assume its liability by accepting a lower sale price in return for the assumption of the liability (appellant's

attribué aux obligations futures. En théorie, le montant auquel les parties parviendront devrait donc représenter la juste valeur marchande de la prise en charge par l'acquéreur de l'obligation future du vendeur.

[84] Par conséquent, j'estime que le juge a commis une erreur en concluant que les parties ne s'étaient pas entendues pour attribuer une valeur à l'obligation relative à la silviculture prise en charge par Tolko. Aux fins de l'impôt, c'est donc le prix convenu par les parties qui doit leur être opposé. Le ministre a donc eu raison d'ajouter les 11 000 000 \$ au revenu de l'appelante pour l'année d'imposition 1999.

4. Le juge a-t-il eu raison de conclure que seuls 20 p. 100 de l'obligation à long terme relative au reboisement devaient être inclus dans le revenu de l'appelante à titre de produit de la vente durant les années d'imposition pertinentes?

[85] Comme j'ai conclu que les parties s'étaient entendues pour attribuer une valeur à l'obligation de reboisement prise en charge par Tolko, il n'est pas nécessaire que j'aborde cette question, sinon pour dire que le juge a commis une erreur en n'incluant que 20 p. 100 de l'obligation à long terme relative au reboisement dans le revenu de l'appelante à titre de produit de la vente pour l'année d'imposition 1999. Quoi qu'il en soit, les parties ont convenu que la conclusion du juge ne s'appuyait sur aucun fondement probatoire.

5. L'appelante pouvait-elle prétendre à une déduction sur son revenu ou pouvait-elle inclure le montant payé à titre de dépense en capital étant donné qu'elle a fait Tolko prendre en charge l'obligation relative au reboisement dans son prix de base rajusté?

[86] L'appelante soutient que si les montants de l'obligation relative au reboisement sont inclus dans ses produits de vente, elle devrait être autorisée à déduire un montant compensatoire égal de son revenu puisqu'elle a dans les faits payé Tolko pour qu'elle prenne en charge la responsabilité moyennant un prix de vente plus bas

memorandum of fact and law on appeal, at paragraph 51). In my view, this argument cannot succeed.

[87] To repeat, the Judge decided against the appellant on this point because of his view that the transaction was one for the sale of capital assets and that the assumption of the reforestation liability was “simply part of that capital transaction” (Judge’s reasons, at paragraph 44). I see no basis to disagree with the Judge’s reasoning.

[88] Paragraph 18(1)(b) of the Act prohibits, in general, the deduction of capital expenditures from business income (see: Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. (Toronto: Thomson Carswell, 2006), at pages 322–323). In *British Columbia Electric Railway Company Limited v. The Minister of National Revenue*, [1958] S.C.R. 133, at page 138, the Supreme Court held that the test as to whether an expense is income or capital in nature is whether the expenditure was made “with a view of bringing into existence an advantage for the enduring benefit” of a taxpayer. In *Canadian Reynolds Metals Co. v. Canada*, [1997] 2 C.T.C. 261, our Court adopted that test. Writing for the Court, Décary J.A. made the following remarks at paragraph 3 of his reasons:

With respect to the capitalization issue, we did not need to call upon counsel for Reynolds. There is little to add to the thorough reasons of Mr. Justice Joyal. The distinction between current expenses and capital expenditures arises from the importance of accurately matching income with expenditures over a given finite accounting period. Essentially, expenditures which are expected to confer a benefit of enduring nature to the enterprise are capital in nature. Without resorting to a survey of the ample jurisprudence on this issue, we will borrow from the following oft-cited passage from Viscount Cave L.C. in *British Insulated & Helsby Cables v. Atherton* [1926] A.C. 205 (H.L.) at 213-14:

... when an expenditure is made, not only once and for all, but with a view to bringing into existence an asset or an advantage for the enduring benefit of a trade, I think that there is very good reason (in the absence of special circumstances leading to an opposite conclusion) for

(mémoire des faits et du droit de l’appelante relatif à l’appel, paragraphe 51). J’estime que cet argument doit être rejeté.

[87] Encore une fois, le juge a donné tort à l’appelante sur ce point puisqu’à son avis, la transaction visait la vente d’immobilisations, et la prise en charge de l’obligation relative au reboisement « faisait tout simplement partie de cette opération en capital » (paragraphe 44 des motifs du juge). Je ne vois aucune raison de ne pas souscrire au raisonnement du juge.

[88] L’alinéa 18(1)(b) de la Loi interdit de manière générale la déduction de dépenses en capital sur le revenu d’entreprise (voir : Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9<sup>e</sup> éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2006), aux pages 322 et 323). Dans l’arrêt *British Columbia Electric Railway Company Limited v. The Minister of National Revenue*, [1958] R.C.S. 133, la Cour suprême a écrit, à la page 138, que pour déterminer si une dépense se rapporte à un revenu ou à un bien en capital il fallait savoir si cette dépense a été faite [TRADUCTION] « dans le but d’apporter un avantage pour le bénéfice durable » d’un contribuable. Dans l’arrêt *Société canadienne de métaux Reynolds c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 593 (C.A.) (QL), notre Cour a adopté ce critère. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Décary a fait observer ce qui suit au paragraphe 3 de ses motifs :

Quant à la question de la capitalisation, nous n’avons pas dû citer l’avocat de Reynolds. Il y a peu de choses à ajouter aux motifs complets du juge Joyal. La distinction entre les dépenses d’exploitation et les dépenses en immobilisations découle de l’importance qu’il y a à rapprocher de façon exacte les revenus et les dépenses sur une période comptable déterminée. Essentiellement, les dépenses qui sont censées conférer un avantage durable à l’entreprise sont des dépenses en immobilisations. Sans recourir à une revue de la vaste jurisprudence qui existe en la matière, nous emprunterons au passage souvent cité du Vicomte Cave, C.L., dans l’affaire *British Insulated & Helsby Cables v. Atherton* [1926] A.C. 205 (C.L.), aux pages 213 et 214 :

[TRADUCTION] [...] Mais quand on fait des dépenses non seulement une fois pour toutes, mais encore dans le but d’apporter un élément d’actif ou un avantage pour le bénéfice durable d’un commerce, je pense qu’il y a de très bonnes raisons (en l’absence de circonstances particulières

treating such an expenditure as properly attributable not to revenue but to capital. [Emphasis added.]

[89] In the present matter, it is my view that it is an enduring benefit to the appellant to be relieved of a long-term reforestation liability associated with the forest tenure it previously owned, as the Judge found (Judge’s reasons, at paragraph 45). Further, the Alberta Department of Sustainable Resource Development has made it clear that by reason of section 163 of the *Timber Management Regulations*, above, forest tenures cannot be assigned unless the assignee also assumes the reforestation liability associated thereto (Judge’s reasons, at paragraph 3). The forest tenure, being a piece of land with a forest on it, has a capital nature. The reforestation liability, by law, passes with the ownership of the tenure itself. Hence, the reforestation liability also has a capital nature.

[90] Thus, the appellant’s argument that it ought to have been given an income deduction for transferring the reforestation liability to Tolko cannot succeed since the reforestation liability expenditure has a capital nature and, as such, cannot be deducted from the appellant’s income by reason of paragraph 11(1)(b) [as am. by S.C. 1996, c. 21, s. 3] of the Act.

[91] As the respondent argues, “[t]he deduction of the assumed liability would also run afoul of s. 18(1)(a) of the Act, which requires that an expense be incurred for the purpose of gaining or producing income from a business or property” (respondent’s memorandum of fact and law, at paragraph 60). In effect, as the Judge correctly concluded, the expense could not have been incurred by the appellant following the sale to Tolko because the reforestation work is now Tolko’s responsibility.

[92] To that, I would add that the Province of Alberta does not proceed against assignors of forest tenures for recovery of reforestation costs. Even if Alberta could, as the appellant suggests, Tolko has indemnified the appellant with regard to the reforestation liability which it has assumed pursuant to the Contract. Thus, the appellant

conduisant à une conclusion contraire) de traiter une telle dépense comme si elle était à juste titre imputable non pas au revenu, mais au capital. [Non souligné dans l’original.]

[89] En l’espèce, j’estime, comme le juge, qu’il s’agit d’un avantage durable pour l’appelante que d’être libérée de l’obligation à long terme relative au reboisement associée à la tenure dont elle était précédemment propriétaire (paragraphe 45 des motifs du juge). Par ailleurs, le Department of Sustainable Resource Development de l’Alberta a clairement indiqué qu’en vertu de l’article 163 du *Timber Management Regulations*, précité, les tenures ne peuvent être cédées que si le cessionnaire prend également en charge l’obligation de reboisement qui y est associée (motifs du juge, paragraphe 3). La tenure, soit un terrain sur lequel se trouve une forêt, est un bien en immobilisation. L’obligation de reboisement se transmet en vertu de la loi avec la propriété de la tenure elle-même. Elle constitue donc également un bien en immobilisation.

[90] Dès lors, l’argument de l’appelante selon lequel elle aurait dû bénéficier d’une déduction sur le revenu pour avoir transféré l’obligation de reboisement à Tolko ne peut être retenu puisque la dépense liée à cette obligation est imputable au capital et, à ce titre, ne peut être déduite de son revenu par application de l’alinéa 11(1)b) [mod. par L.C. 1996, ch. 21, art. 3] de la Loi.

[91] Comme le soutient l’intimée, [TRADUCTION] « [I]a déduction de l’obligation prise en charge irait à l’encontre de l’alinéa 18(1)a) de la Loi, qui exige qu’une dépense soit engagée pour tirer ou produire un revenu d’une entreprise ou d’un bien » (mémoire des faits et du droit de l’intimée, paragraphe 60). En effet, comme l’a à bon droit conclu le juge, la dépense n’aurait pas pu être engagée par l’appelante après la vente à Tolko puisque le reboisement relève à présent de la responsabilité de cette dernière.

[92] J’ajouterais à cela que la province d’Alberta ne poursuit pas les cédants de tenures pour recouvrer les coûts de reboisement. Même si elle le pouvait, comme le laisse entendre l’appelante, Tolko l’a indemnisée à l’égard de l’obligation de reboisement qu’elle a prise en charge aux termes du contrat. Ainsi, l’appelante n’a pas

has not incurred any expense in regard to the silviculture liability assumed by Tolko and never will.

[93] To conclude on this point, the appellant's approach results from a mischaracterization of the issue. No equivalent offsetting deduction of an expense arises from the inclusion of proceeds of a disposition of a capital asset. The appellant has conflated a gain from the disposition of a capital asset with the notion of deducting an expense from business income. Even though the gain from the disposition of the forest tenure falls into income, the sale of the sawmill operation with the forest tenure remains a disposition of a capital asset. I am unable to find any provision in the Act which would allow the appellant to deduct, from its income, expenses relating to the forest tenure. In other words, the sale of High Level was the sale of a capital asset and the appellant cannot parse out a specific component of its capital assets, i.e. the forest tenure, and recharacterize it as a current expense. The Judge saw no merit in the appellant's argument and disposed of it at paragraph 45, as follows:

I do agree with the Appellant that payments do not have to be made in cash to be deductible. That is not the point. The nature of payment must be of an income or expense nature, rather than of a capital nature. Even looking on the transfer of the forest tenures by Daishowa as payment for Tolko to assume the future reforestation costs, the payment smacks more of an enduring benefit than current expense of the actual reforestation. As has been made clear in Alberta, the forest tenures could not be transferred without the Purchaser assuming the reforestation liability. It is part and parcel of the forest tenures: you own the forest tenures and you are therefore responsible for the reforestation. It makes no commercial sense to me to view the transaction as payment of the reforestation costs by the transfer of the forest tenures. It is an Alice in Wonderful topsy turvy approach.

[94] This is sufficient to dispose of this issue. However, the appellant makes a number of additional arguments, which I will address briefly.

engagé ni n'engagera jamais de dépenses en rapport avec l'obligation relative à la sylviculture prise en charge par Tolko.

[93] Pour conclure sur ce point, l'approche de l'appelante découle d'une erreur d'interprétation du problème. L'inclusion du produit de disposition d'un bien en immobilisation ne donne lieu à aucune déduction compensatoire équivalant à une dépense. L'appelante a amalgamé un gain provenant de la disposition d'un bien en immobilisation avec la déduction d'une dépense imputable à un revenu d'entreprise. Même si le gain provenant de la disposition de la tenure constituait un revenu, la vente de l'exploitation de la scierie attachée à la tenure demeure le produit de la disposition d'un bien en immobilisation. Je ne puis trouver aucune disposition de la Loi qui permette à l'appelante de déduire de son revenu des dépenses imputables à la tenure. En d'autres termes, la vente de High Level se rapportait à un bien en immobilisation et l'appelante ne peut dissocier une composante particulière de ce bien en immobilisation, c'est-à-dire la tenure, pour la redéfinir en dépense à court terme. Le juge, pour qui l'argument de l'appelante était sans fondement, a réglé la question comme suit au paragraphe 45 :

Je suis d'accord avec l'appelante lorsqu'elle affirme que, pour être déductibles, les paiements n'ont pas à être effectués en espèces. Telle n'est pas la question. Le paiement doit avoir le caractère de revenu ou de dépense, plutôt que d'avoir le caractère de capital. Même si l'on considère le transfert des tenures par Daishowa comme un paiement effectué pour que Tolko prenne en charge les coûts futurs de reboisement, le paiement ressemble davantage à un avantage durable qu'à une dépense à court terme se rattachant au reboisement lui-même. Comme l'Alberta l'a clairement indiqué, les tenures ne pourraient pas être transférées sans que l'acquéreur prenne en charge l'obligation relative au reboisement. Cela fait partie intégrante des tenures : la personne qui possède les tenures est responsable de leur reboisement. Selon moi, il n'est pas sensé, sur le plan commercial, de considérer l'opération comme un paiement des coûts de reboisement au moyen du transfert des tenures. Il s'agit d'une approche irréaliste sens dessus dessous.

[94] Ces explications suffisent à régler la question. Cependant, l'appelante fait valoir un certain nombre d'autres arguments, que j'examinerai brièvement.

[95] First, the appellant argues that the reforestation liability should be treated as income because if it had paid a subcontractor to do the reforestation work, the expense would have been treated as an income deduction pursuant to this Court's reasoning in *Northwood Pulp & Timber Ltd. v. Canada*, 1998 CanLII 8602, [1999] 1 C.T.C. 53. In that case, this Court held that reforestation expenses could be deducted from income, but only in the year they were incurred. I therefore infer that the appellant's argument is that because reforestation expenses are deductible from income in other situations, they should be deductible from income here.

[96] I cannot agree. The tax treatment of a transaction in one situation does not necessarily mean that that transaction will be given the same tax treatment in another situation. Income and capital are taxed according to the rules laid down in the Act and the treatment of a particular transaction may vary depending on the specific factual circumstances and how the Act is interpreted in relation to those circumstances. Taxpayers are taxed depending on what they did, not on what they might have done. Since the appellant did not pay a subcontractor to reforest the land it had cut, what the tax treatment would have been in such a situation is irrelevant to the determination of this appeal. Instead, the appellant essentially paid the purchaser to assume its reforestation liability, as required by Alberta legislation. As noted above, this expenditure, on the whole, has a capital nature.

[97] The appellant makes the further argument that in Alberta, unlike in British Columbia, forest tenure assignors are not legally relieved of their reforestation obligations, but it is simply Alberta's administrative practice to do so. Thus, it argues that there remains the possibility of Alberta attempting to enforce the reforestation liability against it. Here, I infer that the appellant is arguing that the possibility of future enforcement against it by Alberta means that paying Tolko to assume the reforestation liability is more like an income expense.

[95] Tout d'abord, elle soutient que l'obligation de reboisement doit être traitée comme un revenu, parce que, si elle avait demandé à un sous-traitant de se charger du reboisement, la dépense aurait été considérée comme une déduction sur le revenu conformément au raisonnement de notre Cour dans l'arrêt *Northwood Pulp & Timber Ltd. c. Canada*, 1998 CanLII 8602. Dans cette décision, la Cour avait estimé que les dépenses liées au reboisement pouvaient être déduites du revenu, mais seulement dans l'année où elles avaient été engagées. L'argument de l'appelante peut donc se formuler ainsi : si ces dépenses peuvent être déduites du revenu dans d'autres situations, elles devraient l'être aussi dans le cas d'espèce.

[96] Je ne puis souscrire à cet argument. Le traitement fiscal d'une transaction dans un cas donné n'implique pas nécessairement un traitement identique dans d'autres cas. Les revenus et les capitaux sont imposés suivant les règles fixées par la Loi et le traitement d'une transaction particulière peut varier selon les circonstances factuelles particulières et la manière dont la Loi est interprétée au regard de celles-ci. Les contribuables sont imposés en fonction de ce qu'ils ont fait, et non de ce qu'ils auraient pu faire. Comme l'appelante n'a pas payé de sous-traitant pour reboiser la terre sur laquelle elle avait abattu des arbres, le traitement fiscal qu'aurait appelé cette situation est sans pertinence eu égard à l'issue du présent appel. En fait, l'appelante a plutôt payé l'acquéreur pour qu'il prenne en charge son obligation de reboisement, comme l'exige la législation albertaine. Comme nous le notions plus haut, cette dépense est globalement imputable au capital.

[97] L'appelante avance en outre que, contrairement à la Colombie-Britannique, les cédants de tenure ne sont pas juridiquement libérés de leurs obligations relatives au reboisement en Alberta : cette province a simplement adopté une pratique administrative à cet effet. Dès lors, pour l'appelante, la possibilité que l'Alberta tente de lui opposer son obligation de reboisement subsiste. J'en déduis que l'appelante soutient que l'éventualité que cette obligation lui soit opposée à l'avenir par l'Alberta signifie que le paiement fait à Tolko pour la prise en charge de l'obligation de reboisement relève davantage d'une dépense de revenu.

[98] Again, I cannot agree. As the respondent argues, the appellant was indemnified by Tolko with regard to the reforestation costs. Consequently, although the possibility that the appellant might be pursued by Alberta for the reforestation costs it assigned to Tolko exists, such an outcome is highly unlikely. Thus, I do not think that the Alberta legislation's failure to relieve the appellant of its reforestation liability transforms the nature of the appellant's expenditure from capital to income.

[99] The appellant also argues that it should not be taxed differently than if it had separately paid Tolko to relieve it of its reforestation liability. I cannot agree. As indicated above, the only issue before this Court is what the parties did, not what the parties might have done. In any case, such a transaction would also likely be treated as capital, since it would provide to the appellant the enduring benefit of no longer having the reforestation liability associated with its forest tenure. Further, such a transaction is purely hypothetical since Alberta legislation requires that the owner of the forest tenure and of the reforestation liability associated with that tenure be the same.

[100] I therefore see no basis to disagree with the Judge's conclusion that the assumption by Tolko of the appellant's reforestation liability should be treated as a capital expenditure and, thus, it cannot be deducted from the appellant's income.

6. Whether the Judge erred in allocating the \$11 000 000 in respect of the silviculture liability to the timber resource property as opposed to goodwill?

[101] The appellant submits that if additional amounts must be included in its proceeds of disposition for the 1999 taxation year, these amounts should be allocated to goodwill rather than in respect of the timber resource property transferred to Tolko.

[98] Encore une fois, je ne puis souscrire à cet argument. Comme l'indique l'intimée, l'appelante a été indemnisée par Tolko à l'égard des coûts de reboisement. Par conséquent, même s'il est possible que l'appelante soit poursuivie par l'Alberta au sujet des coûts de reboisement qu'elle a cédés à Tolko, cela reste très improbable. Je ne pense pas que le fait que la législation albertaine ne libère pas l'appelante de son obligation de reboisement transforme la nature de sa dépense de capital en revenu.

[99] L'appelante soutient également qu'elle ne devrait pas être imposée différemment que si elle avait payé Tolko à part pour la libérer de son obligation de reboisement. Je ne puis être de cet avis. Comme nous l'avons noté précédemment, la seule question dont la Cour est saisie concerne ce que les parties ont fait, et non ce qu'elles auraient pu faire. De toutes les manières, cette transaction serait elle aussi probablement considérée comme se rapportant à un capital, dans la mesure où elle fournirait à l'appelante l'avantage durable de ne plus avoir à assumer l'obligation de reboisement qui se rattache à sa tenure. En outre, une telle transaction est purement hypothétique puisque la législation albertaine exige que le propriétaire de la tenure et le titulaire de l'obligation de reboisement qui y est rattachée soient la même personne.

[100] Je ne vois donc aucune raison de contester la conclusion du juge selon laquelle la prise en charge par Tolko de l'obligation de reboisement de l'appelante doit être traitée comme une dépense en immobilisation; par conséquent, celle-ci ne peut pas être déduite du revenu de l'appelante.

6. Le juge a-t-il commis une erreur en allouant les 11 000 000 \$ se rapportant à l'obligation relative à la silviculture à l'avoir forestier plutôt qu'à la survaleur?

[101] L'appelante soutient que s'ils doivent être inclus dans son produit de disposition pour l'année d'imposition 1999, les montants additionnels devraient être alloués à la « survaleur » plutôt qu'au transfert de l'avoir forestier à Tolko.



[102] The Judge allocated the entirety of the proceeds of disposition pertaining to the silviculture liability to the timber resource property. He did not make any allocation to “goodwill”. In my view, the Judge’s approach is perfectly understandable, considering that it was admitted by the parties that neither the appellant nor Tolko had attributed any value to goodwill in the sale of High Level and the transfer of the forest tenure.

[103] The respondent argues that parties cannot reallocate consideration in a transaction “when it suits them for tax purposes” (paragraph 49 of respondent’s memorandum of fact and law). I agree. Consideration in the form of the assumption of silviculture liability cannot be allocated to anything other than the forest tenure to which it is inextricably linked, given that the reforestation obligation is integral to the transfer of the forest tenure under the FMA (see: appeal book, Vol. IV, page 460, paragraphs 23 to 27), it is clear that the FMA could not have been assigned without the accompanying silviculture liability (see appeal book, Vol. II, page 197 and supplementary agreed statement of facts, paragraphs 3 and 4) and a forestry company cannot obtain a licence to cut timber without assuming a silviculture liability to reforest.

[104] In their contract, the appellant and Tolko allocated only portions of the cash proceeds to the forest tenure and did not allocate the assumption of liability portion of the proceeds, as they did not want to identify it separately (see: appeal book, Vol. V, at page 734). While the appellant’s Contract with Tolko allocated particular amounts to its timber rights, it did not allocate any amount to goodwill “because they did not think that they had to” (see: appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 64).

[105] I see no basis to allocate any of the proceeds of disposition to goodwill, unless the unreported component of the sale is properly classified as goodwill on its own. The appellant has not satisfied me that the Judge’s implicit finding that the unreported proceeds ought to be allocated to the timber rights, and not to goodwill,

[102] Le juge a alloué l’entièreté du produit de disposition se rapportant à l’obligation relative à la sylviculture à l’avoir forestier, sans rien allouer à la survaleur. Cette approche me semble tout à fait compréhensible, puisque les parties ont reconnu que ni l’appelante ni Tolko n’ont attribué de valeur à la survaleur dans la vente de High Level et le transfert de la tenure.

[103] L’intimée fait valoir que les parties ne peuvent réallouer la contrepartie dans une transaction [TRADUCTION] « lorsque cela les arrange aux fins de l’impôt » (paragraphe 49 du mémoire des faits et du droit de l’intimée). Je suis d’accord. La contrepartie qui consiste à prendre en charge l’obligation relative à la sylviculture ne peut être allouée à autre chose qu’à la tenure à laquelle elle est inextricablement liée, étant donné que l’obligation de reboisement fait partie intégrante du transfert de la tenure aux termes de l’entente d’aménagement forestier (voir : dossier d’appel, vol. IV, page 460, paragraphes 23 à 27); cette entente n’aurait manifestement pas été arrêtée sans l’obligation relative à la sylviculture afférente (voir le dossier d’appel, vol. II, page 197, ainsi que l’exposé conjoint des faits supplémentaire, paragraphes 3 et 4), et les entreprises forestières ne peuvent obtenir de permis de coupe du bois d’œuvre sans prendre en charge une obligation en matière de sylviculture pour le reboisement.

[104] Dans leur contrat, l’appelante et Tolko n’ont alloué qu’une partie des produits en liquidités à la tenure et aucune à la prise en charge de l’obligation, car elles ne voulaient pas la définir séparément (voir : dossier d’appel, vol. V, à la page 734). Même si le contrat de l’appelante avec Tolko attribuait des montants précis à ses droits de coupe, aucun montant n’a été alloué à la survaleur [TRADUCTION] « puisqu’elles [les parties] ne pensaient pas être tenues de le faire » (voir : mémoire des faits et du droit de l’appelante, au paragraphe 64).

[105] Je ne vois aucune raison d’allouer une partie du produit de disposition à la survaleur, à moins que la partie de la vente qui n’a pas été déclarée soit, à proprement parler, définie comme de la survaleur en tant que telle. L’appelante ne m’a pas convaincu que la conclusion implicite du juge selon laquelle les parties non

constitutes a palpable and overriding error. The Judge, at paragraph 45 of his reasons, indicated that the reforestation liability was “part and parcel of the forest tenures” and that, consequently, no transfer of the timber rights was possible unless Tolko assumed the corresponding liability.

[106] Thus, I have no difficulty concluding that the assumption of liability by Tolko should be allocated to the timber rights as it constitutes an integral part of the transfer of the forest tenure.

#### 7. Were the Judge’s reasons adequate?

[107] The appellant submits that the Judge’s reasons are inadequate. On the basis of the Supreme Court’s decisions in *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869 and in *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3 [cited above], the appellant argues that the Judge’s reasons are deficient in two respects. First, it says that the reasons are deficient with respect to the question of whether the future reforestation obligations were too uncertain to be included in its proceeds of disposition, adding that “he summarily dismissed these decisions [prior case law on the issue] as being too broad to have any application, with no reasons for having come to this conclusion”. Second, the appellant says that the Judge’s reasons are inadequate with respect to the question of the valuation of the reforestation obligations. In its view, although the Judge enumerated qualitative factors, “there is no logical connection between the enumerated qualitative factors and the quantitative valuation that he produced” (appellant’s memorandum of fact and law on the appeal, at paragraph 67), adding that the Judge’s failure to explain why, in the absence of any valuation evidence, he was entitled to value the obligations constitutes further proof of the inadequacy of his reasons.

[108] Although the respondent has not pursued the adequacy of the Judge’s reasons as a separate ground in its cross-appeal, it does note that the Tax Court “appears to have simply applied its conclusion on the High Level sale, to the Brewster Division sale” (respondent’s

déclarées du produit de disposition devaient être attribuées aux droits de coupe, et non à la survaleur, relève d’une erreur manifeste et dominante. Au paragraphe 45 de ses motifs, le juge a indiqué que l’obligation relative au reboisement faisait « partie intégrante des tenures » et donc qu’il était impossible de transférer les droits de coupe sans que Tolko ne prenne en charge l’obligation.

[106] Par conséquent, il m’est aisé de conclure que la prise en charge de l’obligation par Tolko devrait être allouée aux droits de coupe puisqu’elle fait partie intégrante du transfert de la tenure.

#### 7. Les motifs énoncés par le juge étaient-ils adéquats?

[107] L’appelante soutient que les motifs du juge sont inadéquats. S’appuyant sur les arrêts de la Cour suprême *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; et *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3 [précité], elle fait valoir que les motifs du juge sont déficients à deux égards. Tout d’abord, elle estime qu’ils sont insuffisants pour établir si les obligations futures relatives au reboisement étaient trop incertaines pour être incluses dans son produit de disposition, et que le juge [TRADUCTION] « a sommairement écarté ces décisions [jurisprudence existante sur la question] au motif qu’elles étaient trop générales pour trouver application, sans justifier cette conclusion ». L’appelante soutient par ailleurs que les motifs du juge sont inadéquats en ce qui a trait à l’évaluation des obligations relatives au reboisement. D’après elle, même si le juge a énuméré des facteurs qualitatifs, [TRADUCTION] « il n’existe aucun lien logique entre ceux-ci et l’évaluation quantitative qu’il a effectuée » (mémoire des faits et du droit de l’appelante relatif à l’appel, au paragraphe 67), ajoutant que l’insuffisance de ses motifs se démontrait encore par son défaut d’expliquer pourquoi, en l’absence de preuves touchant l’évaluation, il s’était cru autorisé à évaluer les obligations.

[108] Bien que l’intimée n’ait pas invoqué le caractère adéquat des motifs du juge comme fondement distinct de son appel incident, elle fait observer que la Cour de l’impôt [TRADUCTION] « semble avoir simplement appliqué ses conclusions concernant la vente de High Level

memorandum of fact and law, at paragraph 99). The respondent also argues that the Judge's discount approach was arbitrary and unsupported by the evidence (respondent's memorandum of fact and law, at paragraph 100).

[109] I have concluded that the parties to the Contract for the sale of High Level did agree to a value with respect to the reforestation liability. Although I have come to a conclusion different from that reached by the Judge, his reasons are, in my view, sufficient to allow us to perform our appellate role. I can find no basis on which we could conclude that the Judge's reasons are inadequate in regard to the issues which are determinative both of this appeal and the cross-appeal insofar as they pertain to the High Level sale. However, there is a need to consider the adequacy of the Judge's reasons with regard to the sale of Brewster to Seehta. I now turn to that issue.

[110] The Judge found that the sale of Brewster to Seehta should be treated the same way as the sale of High Level to Tolko (Judge's reasons, at paragraph 52). The Agreement reached between the appellant and Seehta is more precise than the Tolko Contract with regard to the treatment of the purchaser's reforestation liability. Section 3.1(b) thereof provides that "[a]s of the Effective Time, the Purchaser will assume and be responsible for all of the following obligations and liabilities of DMI [the appellant]:... (b) notwithstanding that the Purchaser will not be given credit for reforestation liability in the determination of Net Purchase Working Capital, all reforestation liabilities [are assumed by the purchaser]".

[111] The respondent argues that the appellant's comptroller, a chartered accountant, admitted in discovery that the value of the reforestation liability assumed by Seehta was \$2 996 380 (respondent's memorandum, at paragraph 93), adding that this admission was not withdrawn (respondent's memorandum, at paragraph 94).

[112] The respondent further contends that the appellant's own internal memo described the purchase price

à la vente de la division Brewster (mémoire des faits et du droit de l'intimée, au paragraphe 99). L'intimée soutient également que la réduction opérée par le juge était arbitraire et non corroborée par la preuve (mémoire des faits et du droit de l'intimée, paragraphe 100).

[109] J'ai conclu que les parties au contrat de vente de High Level s'étaient entendues pour attribuer une valeur à l'obligation de reboisement. Bien que ma conclusion diffère de celle du juge, ses motifs me paraissent suffisants pour nous permettre de nous acquitter de notre rôle de tribunal d'appel. Je ne vois rien qui m'autorise à conclure que les motifs du juge sont inadéquats à l'égard des questions déterminantes pour les présents appel et appel incident, dans la mesure où ils se rapportent à la vente de High Level. Il convient toutefois de s'interroger sur le caractère adéquat des motifs du juge en ce qui a trait à la vente de Brewster à Seehta. C'est la question que j'examinerai maintenant.

[110] Le juge a estimé que la vente de Brewster à Seehta devait être traitée de la même manière que celle de High Level à Tolko (motifs du juge, paragraphe 52). L'entente à laquelle sont parvenues l'appelante et Seehta est plus précise que le contrat avec Tolko pour ce qui est du traitement de l'obligation de reboisement de l'acquéreur. L'alinéa 3.1b) de ladite entente prévoit que [TRADUCTION] « [à] la date de prise d'effet, l'acquéreur prendra en charge les obligations et dettes suivantes de DMI [l'appelante] : [...] b) bien que les obligations relatives au reboisement n'aient pas été portées au crédit de l'acquéreur dans la détermination du fonds de roulement net visé par l'achat, les obligations à court et à long termes relatives au reboisement de la division [sont prises en charge par l'acquéreur] ».

[111] L'intimée soutient que le contrôleur de l'appelante, un comptable agréé, a reconnu à l'interrogatoire préalable que la valeur de l'obligation de reboisement prise en charge par Seehta était de 2 996 380 \$ (mémoire de l'intimée, paragraphe 93), et rappelle que cette admission n'a pas été retirée (mémoire de l'intimée, paragraphe 94).

[112] L'intimée avance en outre que la note de service de l'appelante même fait état d'un prix d'achat de

as \$7 000 000, being the \$10 000 000 figure from the bank's evaluation of the assets less the short term and long term reforestation liability (appeal book, Vol. 5, page 682). Further, the respondent argues that the appellant identified that amount as its reforestation liability associated with Brewster (appeal book, Vol. 2, page 170). The respondent also says that on August 20, 1999, the CIBC—which valued the appellant's assets—informed a different bidder that the reforestation obligations were, as of that date, \$2 900 000 (appeal book, Vol. 5, page 683).

[113] In response, the appellant makes three arguments. First, it argues that the Seehta contract clearly states in Section 3.1(b) that the purchaser was not being given credit for assuming the reforestation liability (appellant's memorandum on cross-appeal, paragraph 31). Second, the appellant argues that the \$2 900 000 figure that the respondent attributed to the reforestation liability appears nowhere in the Seehta contract signed on August 11, 2000, or the financial statements attached thereto (appellant's memorandum on cross-appeal, paragraph 32), adding that this figure came from the appellant's working paper for the period ending December 31, 2000. Thus, the appellant says that \$2 900 000 could not possibly be a correct value because it was one that did not exist at the time the contract was signed. Third, the appellant argues that the admission by its comptroller that the value of the reforestation liability was \$2 900 000 was inadmissible opinion evidence (appellant's memorandum of fact and law on cross-appeal, paragraph 61).

[114] Unfortunately, we do not have the benefit of the Judge's reasons. He made no factual findings on these points, but simply stated that he saw "no difference in the fact situation of the Seehta matter to reach any different conclusion" (Judge's reasons, paragraph 52).

[115] While the extent of reasons required of a judge obviously depends on the circumstances of each case, it is my view that the Judge's reasons herein are

7 000 000 \$, qui correspond aux 10 000 000 \$ en actifs évalués par la banque, moins les obligations à court et à long termes relatives au reboisement (dossier d'appel, vol. 5, à la page 682). Elle ajoute que l'appelante a défini ce montant comme la valeur de son obligation de reboisement relativement à Brewster (dossier d'appel, vol. 2, à la page 170). L'intimée affirme aussi que le 20 août 1999, la CIBC — qui a évalué les actifs de l'appelante — a informé un autre soumissionnaire que les obligations relatives au reboisement s'élevaient alors à 2 900 000 \$ (dossier d'appel, vol. 5, à la page 683).

[113] L'appelante fait valoir trois arguments en réponse. Premièrement, elle soutient que le contrat avec Seehta précise clairement à l'alinéa 3.1b) que la prise en charge de l'obligation de reboisement ne serait pas créditée à l'acquéreur (mémoire de l'appelante relatif à l'appel incident, paragraphe 31). Deuxièmement, elle affirme que le montant de 2 900 000 \$ que l'intimée a attribué à l'obligation de reboisement n'apparaît nulle part dans le contrat signé le 11 août 2000 avec Seehta, ni dans les états financiers qui y sont joints (mémoire de l'appelante relatif à l'appel incident, paragraphe 32), et que ce chiffre provient des documents de travail de l'appelante pour la période se terminant le 31 décembre 2000. L'appelante affirme ainsi que ces 2 900 000 \$ ne pouvaient pas représenter la valeur correcte puisque celle-ci n'était pas établie au moment de la signature du contrat. Troisièmement, l'appelante soutient que l'admission par son contrôleur que la valeur de l'obligation relative au reboisement s'élevait à 2 900 000 \$ était une opinion inadmissible en preuve (mémoire des faits et du droit de l'appelante relatif à l'appel incident, paragraphe 61).

[114] Malheureusement, nous ne pouvons bénéficier des motifs du juge à cet égard. Il n'a formulé aucune conclusion factuelle sur ces questions, et s'est contenté d'affirmer qu'il ne voyait, « en ce qui concerne la situation factuelle qui existe dans le cas de Seehta, aucune différence [lui] permettant d'arriver à une conclusion différente » (motifs du juge, paragraphe 52).

[115] Bien que l'ampleur des motifs qu'on attend d'un juge dépende évidemment des circonstances de chaque affaire, je suis d'avis que les motifs du juge sont

inadequate. In *Brokenhead First Nation v. Canada*, 2011 FCA 148, [2011] 3 C.N.L.R. 115, I had occasion to discuss whether the reasons of the Federal Court were sufficient so as to permit meaningful appellate review. At paragraphs 31, 32, 33 and 50, I wrote the following:

In so concluding, I am mindful that “[s]erious remedies such as a new trial require serious justification”: *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869 at paragraph 22 [*Sheppard*], and that the Judge’s Reasons are 23 pages long. However, as this Court has held, “adequacy of reasons is not measured by the pound”: *Ralph v. Canada (Attorney General)*, 2010 FCA 256, 410 N.R. 175, at paragraph 18.

Recently, in *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3 [*R.E.M.*], the Supreme Court of Canada addressed the issue of adequacy of reasons when it said that reasons must be read in their whole context, which includes the evidentiary record and the submissions of counsel: at paragraph 55. The Supreme Court also said that reasons are especially crucial in circumstances — such as in the present matter — where there are both difficult questions of law before the court and a confusing evidentiary record: *ibid.* Ultimately, reasons must be intelligible insofar as they establish a “logical connection between the evidence and the law on one hand, and the verdict on the other”: at paragraphs 35, 41.

The purpose for this minimal standard is to permit meaningful appellate review. At paragraph 11 in *R.E.M.*, the Chief Justice, writing for a unanimous Supreme Court, explained the need for adequate reasons so as to allow for effective appellate review:

[11] ...

3. ... A clear articulation of the factual findings facilitates the correction of errors and enables appeal courts to discern the inferences drawn, while at the same time inhibiting appeal courts from making factual determinations “from the lifeless transcript of evidence, with the increased risk of factual error”: M. Taggart, “*Should Canadian judges be legally required to give reasoned decisions in civil cases?*” (1983), 33 U.T.L.J. 1, at p. 7. Likewise, appellate review for an error of law will be greatly aided where the trial judge has articulated her understanding of the legal principles governing the outcome of the case. Moreover, parties and lawyers rely on reasons in order to decide whether an appeal is warranted and, if so, on what grounds.

inadéquats en l’espèce. Dans l’arrêt *Première nation de Brokenhead c. Canada*, 2011 CAF 148, j’ai été appelé à décider si les motifs de la Cour fédérale étaient suffisants pour permettre un examen valable en appel. J’ai écrit ce qui suit aux paragraphes 31, 32, 33 et 50 :

En tirant cette conclusion, je n’oublie pas que « [s]eule une raison sérieuse peut justifier une réparation aussi sérieuse qu’un nouveau procès », *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, au paragraphe 22 [*Sheppard*], et que les motifs du juge font 23 pages. Toutefois, comme la Cour d’appel l’a statué, « [l]e caractère suffisant des motifs ne se mesure pas par la quantité » : *Ralph c. Canada (Procureur général)*, 2010 CAF 256, 410 N.R. 175, au paragraphe 18.

Récemment, dans l’arrêt *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3 [*R.E.M.*], la Cour suprême du Canada s’est penchée sur la question de la suffisance des motifs et a déclaré, au paragraphe 55, que les motifs devaient être examinés dans leur contexte global, avec la preuve versée au dossier et les observations des avocats. La Cour suprême a aussi déclaré que les motifs sont particulièrement importants dans des circonstances — comme celles de l’espèce — où la cour se trouve en présence d’une question de droit épineuse et d’éléments de preuve contradictoires : *ibid.* En définitive, les motifs doivent être intelligibles, « en faisant ressortir un lien logique entre, d’une part, la preuve et le droit et, d’autre part, le verdict » : aux paragraphes 35 et 41.

L’objectif de ce critère minimal est de permettre un examen valable en appel. Au paragraphe 11 de l’arrêt *R.E.M.*, exprimant la décision unanime de la Cour suprême, la juge en chef explique pourquoi des motifs suffisants sont nécessaires pour permettre un examen efficace en appel :

[11] [...]

3. [...] Un énoncé clair des conclusions de fait facilite la correction des erreurs et permet aux tribunaux d’appel de discerner les inférences tirées, tout en les empêchant de tirer des conclusions de fait [TRADUCTION] « fondées sur une terne transcription de la preuve, avec le risque accru d’erreurs de fait que cela comporte » : M. Taggart, « *Should Canadian Judges be legally required to give reasoned decisions in civil cases?* » (1983), 33 U.T.L.J. 1, p. 7. De même, la révision en appel d’une erreur de droit sera grandement facilitée si le juge du procès a exposé son interprétation des principes de droit sur lesquels repose l’issue de la cause. En outre, les parties et leurs avocats se fondent sur les motifs pour décider s’il y a lieu d’interjeter appel et, dans l’affirmative, quels moyens invoquer.

...

[...]

I therefore conclude that the Judge's reasons are inadequate. They do not grapple with and attempt to resolve the difficult legal issues and the confusing evidentiary record that were before him. At paragraph 55 of her Reasons in *R.E.M.*, the Chief Justice sets forth what, in her view, appellate courts should be looking for when attempting to determine whether a judge's reasons are adequate:

[55] The appellate court, proceeding with deference, must ask itself whether the reasons, considered with the evidentiary record, the submissions of counsel and the live issues at the trial, reveals the basis for the verdict reached. It must look at the reasons in their entire context. It must ask itself whether, viewed thus, the trial judge appears to have seized the substance of the critical issues on the trial. If the evidence is contradictory or confusing, the appellate court should ask whether the trial judge appears to have recognized and dealt with the contradictions. If there is a difficult or novel question of law, it should ask itself if the trial judge has recognized and dealt with that issue.

[116] On the basis of these principles, I am satisfied that the Judge's reasons, as they pertain to the Brewster sale, are inadequate. The Judge failed to address the factual differences between the sale of High Level and that of Brewster and to make findings concerning whether the appellant and Seehta's agreement was unambiguously expressed therein or what, if anything, can be inferred from the additional evidence put forth by the parties.

[117] Additionally, at least three of the six contextual factors set out by the Judge at paragraph 40 of his reasons were closely related to the sale of High Level, but had little relevance to the sale of Brewster (Judge's reasons, paragraphs 40(II) (the accounting estimates), 40(III) (the effect of the price adjustment formula), 40(IV) (the nature of the appellant's and Tolko's Agreement on the estimated silviculture liability)). In my opinion, the Judge's failure to discuss or analyse the issues pertaining to the sale of Brewster renders his reasons inadequate to serve as a basis for meaningful appellate review.

[118] While it is always open to this Court to render the judgment that ought to have been rendered by the

Je conclus donc que les motifs du juge sont insuffisants. Le juge ne tente pas de démêler les difficiles questions juridiques et les éléments de preuve contradictoires dont il disposait ni de résoudre ces problèmes. Au paragraphe 55 de ses motifs dans l'arrêt *R.E.M.*, la juge en chef établit ce que les cours d'appel doivent se demander lorsqu'il leur faut déterminer si les motifs d'un juge sont suffisants :

[55] La cour d'appel doit se demander, en faisant preuve de retenue, si les motifs considérés avec la preuve versée au dossier, les observations des avocats et les questions en litige au procès font ressortir le fondement du verdict. Elle doit examiner les motifs dans leur contexte global. Elle doit déterminer si, de ce point de vue, le juge du procès semble avoir saisi l'essentiel des questions fondamentales en litige au procès. Si les éléments de preuve sont embrouillés ou contradictoires, la cour d'appel doit se demander si le juge du procès a manifestement relevé et résolu les contradictions. En présence d'une question de droit épineuse ou de droit nouveau, elle doit se demander si le juge du procès a relevé et résolu cette question.

[116] Compte tenu de ces principes, je suis convaincu que les motifs du juge, en ce qui a trait à la vente de Brewster, sont inadéquats. Il n'a pas abordé les différences factuelles entre la vente de High Level et celle de Brewster et ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si l'entente entre l'appelante et Seehta était formulée en des termes non équivoques, ni sur ce qu'il était possible ou non d'inférer de la preuve additionnelle présentée par les parties.

[117] De plus, au moins trois des six facteurs contextuels énoncés par le juge au paragraphe 40 de ses motifs concernaient étroitement la vente de High Level, mais n'avaient que peu de pertinence à l'égard de celle de Brewster (motifs du juge, paragraphe 40, points (II) (les estimations comptables), (III) (l'effet de la formule de rajustement du prix) et (IV) (la nature de l'entente de l'appelante et de Tolko quant à l'obligation estimative relative à la silviculture)). À mon avis, l'omission de la part du juge d'aborder ou d'analyser les questions touchant la vente de Brewster rend ses motifs impropres à servir à un examen valable en appel.

[118] Bien qu'il soit toujours loisible à notre Cour de rendre la décision à laquelle le juge aurait dû parvenir,

Judge, I do not believe that it would be appropriate in the circumstances, i.e. absent any relevant factual findings by the Judge or any substantive discussion on his part regarding the critical issues before him, for us to determine the relevant issues pertaining to the sale of Brewster. As in *Brokenhead First Nation*, the only alternative open to us would be to embark upon a fact-finding mission and then to make determinations of law based on these findings; barring special circumstances, this is not our role. The Judge's reasons do not leave us in a position to conduct meaningful appellate review regarding the issues arising from the sale of Brewster to Seehta.

8. Were the respondent's pleadings sufficient to ground the Judge's findings?

[119] The appellant argues that the respondent did not plead in its reply to the notice of appeal that the parties to the Contract for the sale of High Level agreed that the accounting estimates of the silviculture liability constituted the value of that liability. Rather, according to the appellant, the respondent pleaded that "the Appellant and purchaser assumed the value of the silviculture obligation of the High Level Division to be \$11,000,000" and the "value of the silviculture obligation of the Brewster Lumber Division to be \$2,966,380" (respondent's reply to Tax Court notice of appeal, at paragraphs 17(g), (j); appellant's memorandum of fact and law on cross-appeal, paragraph 16).

[120] Nevertheless, for the reasons that follow, I am satisfied that the pleadings before the Judge properly raised issues in respect of which the Judge could adjudicate the matter, despite the fact that the respondent did not explicitly plead an agreement as to the value of the silviculture liability.

[121] The appellant claims that, "[s]urely if the fundamental basis of the Crown's case is that the parties to a transaction agreed to something, the Crown is obligated to plead the existence of the agreement" (appellant's memorandum of fact and law on cross-appeal, paragraph 27). The appellant's argument, in my view, ignores the fact that the fundamental basis of the

je ne pense pas que cette démarche soit indiquée en l'occurrence étant donné l'absence de conclusions factuelles pertinentes ou d'analyses approfondies sur les questions cruciales dont il était saisi qui nous auraient permis de définir les bons enjeux relativement à la vente de Brewster. Comme dans l'arrêt *Première nation de Brokenhead*, notre seul choix serait de nous lancer dans une mission de recherche des faits et de formuler ensuite des conclusions de droit reposant sur ces faits; sauf circonstances spéciales, ce n'est pas là notre rôle. Les motifs du juge n'autorisent pas un examen valable en appel des questions découlant de la vente de Brewster à Seehta.

8. Les plaidoiries de l'intimée étaient-elles suffisantes pour justifier les conclusions du juge?

[119] L'appelante soutient que l'intimée n'a pas plaidé, dans sa réponse à l'avis d'appel, que les parties au contrat de vente de High Level avaient convenu du fait que les estimations comptables de l'obligation relative à la silviculture représentaient sa valeur. D'après l'appelante, l'intimée a plutôt plaidé que [TRADUCTION] « l'appelante et l'acquéreur ont présumé que la valeur de l'obligation relative à la silviculture de la division High Level était de 11 000 000 \$ » et que [TRADUCTION] « la valeur de l'obligation relative à la silviculture de la division du bois d'œuvre Brewster était de 2 966 380 \$ » (réponse de l'intimée à l'avis d'appel de la Cour de l'impôt, aux alinéas 17g) et j); mémoire des faits et du droit de l'appelante relatif à l'appel incident, paragraphe 16).

[120] Néanmoins, pour les motifs exposés ci-après, je suis convaincu que les plaidoiries présentées au juge soulevaient correctement les questions nécessaires pour qu'il statue sur l'affaire, quoique l'intimée n'ait pas explicitement fait valoir qu'il existait une entente sur la valeur de l'obligation relative à la silviculture.

[121] L'appelante soutient qu'[TRADUCTION] « [i]l ne fait aucun doute que si les arguments de la Couronne reposent essentiellement sur l'idée que les parties à une transaction ont convenu de quelque chose, la Couronne est tenue de plaider qu'il existe une entente » (mémoire des faits et du droit de l'appelante relatif à l'appel incident, paragraphe 27). À mon avis, l'argument de

respondent's case was that the amounts the parties assumed to be the value of the silviculture liability were properly included in the Minister's reassessments as unreported proceeds of disposition (respondent's Tax Court reply, paragraph 21). The respondent also took the position that the appellant's proceeds of disposition would include the fair market value of the assumed obligations (respondent's Tax Court reply, paragraph 20), although it did not directly quantify that fair market value. This is not inconsistent with the other submissions made by the respondent in its Tax Court Reply, namely: that the High Level sale Agreement included "a final estimate of the silviculture obligation for the purposes of the sale" (respondent's reply, paragraph 6), that consideration received for the High Level sale included "the assumption of \$11,000,000 estimated silviculture obligations" (paragraph 17(h)), and that the fair market value of the liability was part of the consideration for the sale (respondent's reply, paragraph 17(g)).

[122] More importantly, the appellant's notice of appeal to the Tax Court is proof positive that it understood the Minister's position to be that it "must include in [its] proceeds amounts equal to the accounting estimates of the silviculture obligations because [it] agreed with the purchasers on estimates of [its] silviculture obligations; *ergo* [it] received consideration equal to these estimates by having the obligations assumed by the purchasers" (appellant's Tax Court notice of appeal, paragraph 20).

[123] These pleadings therefore put in issue the question of whether the parties agreed on the price of the silviculture liability, whether they agreed on estimated amounts for some other purposes, whether those amounts reflected the fair market value of the liability, and more generally, whether the appellant improperly failed to report those amounts as proceeds of disposition. As a result, the Judge could properly consider these

l'appelante ne tient pas compte du fait que la thèse de l'intimée consiste fondamentalement à dire que les montants qui, selon ce que les parties présumaient, correspondaient à la valeur de l'obligation relative à la silviculture ont correctement été inclus dans les nouveaux avis de cotisation du ministre à titre de produit de disposition non déclaré (réponse de l'intimée à la Cour de l'impôt, paragraphe 21). L'intimée a également avancé que le produit de disposition devait inclure la juste valeur marchande des obligations prises en charge (réponse de l'intimée à la Cour de l'impôt, paragraphe 20), bien qu'elle ne l'ait pas directement quantifiée. Cette prétention n'est pas incompatible avec les autres observations présentées par l'intimée dans sa réponse à la Cour de l'impôt, à savoir : que l'entente se rapportant à la vente de High Level comprenait [TRADUCTION] « une estimation finale de l'obligation relative à la silviculture aux fins de la vente » (réponse de l'intimée, paragraphe 6), que la contrepartie reçue pour la vente de High Level comprenait [TRADUCTION] « la prise en charge d'obligations relatives à la silviculture estimées à 11 000 000 \$ » (alinéa 17h)), et que la juste valeur marchande de l'obligation était incluse dans la contrepartie afférente à la vente (réponse de l'intimée, alinéa 17g)).

[122] Plus important encore, l'avis d'appel qu'elle a produit devant la Cour de l'impôt prouve formellement que l'appelante a bien compris que la position du ministre était qu'elle devait [TRADUCTION] « inclure dans [ses] produits des montants égaux aux estimations comptables des obligations relatives à la silviculture étant donné [qu'elle] s'était mise d'accord avec les acquéreurs sur celles-ci; par conséquent, [elle] a reçu une contrepartie équivalente à ces estimations en laissant les acquéreurs prendre en charge les obligations » (avis d'appel de l'appelante à la Cour de l'impôt, paragraphe 20).

[123] Ces plaidoiries soulèvent donc la question de savoir si les parties se sont entendues sur le prix de l'obligation relative à la silviculture, si elles ont convenu de montants estimatifs destinés à d'autres fins, si ces montants reflétaient la juste valeur marchande de l'obligation et, plus généralement, si l'appelante a failli en ne les déclarant pas à titre de produit de disposition. Le juge pouvait donc légitimement examiner ces



issues, and this Court may similarly render judgment in respect of these issues on appeal.

### Disposition

[124] For these reasons, I would render the following judgment. With respect to the appellant's 1999 taxation year (the High Level disposition), I would dismiss the appeal, allow the cross-appeal and set aside the Judge's decision. Rendering the judgment which ought to have been rendered, I would dismiss the appellant's appeal from the Minister's reassessment of its 1999 taxation year. With respect to the appellant's 2000 taxation year (the Brewster disposition), I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, set aside the Judge's decision and return the matter to him for reconsideration of the issues in the light of these reasons. Finally, because the respondent has been more successful, I would allow it 50 percent of its costs in this Court and in the Court below.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

\* \* \*

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

[125] MAINVILLE J.A. (dissenting): Forest tenures are a form of timber resource property and attract a hybrid treatment for tax purposes. A "timber resource property" under the meaning of subsection 13(21) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act) is treated as capital property for the purposes of capital cost allowance but if it is sold, the entire proceeds are taxed as income. As noted by the Crown in its memorandum, forest tenures are, in this sense, anomalous. Subparagraph 39(1)(a)(iv) of the Act specifically excludes a timber resource property from capital gains treatment. As a result, by virtue of subsection 13(1) and the definition of "undepreciated capital cost" in subsection 13(21), the proceeds of disposition in excess of the capital cost of the timber resource property are included in the vendor's income.

questions, comme notre Cour peut statuer sur celles-ci en appel.

### Dispositif

[124] Pour ces motifs, je rendrais le jugement suivant. En ce qui concerne l'année d'imposition 1999 de l'appelante (la disposition de High Level), je rejetterais l'appel, je ferais droit à l'appel incident et j'annulerais la décision du juge. Quant à la décision qui aurait dû être rendue, je rejetterais l'appel de l'appelante contre le nouvel avis de cotisation du ministre pour l'année d'imposition 1999. Pour ce qui est de l'année d'imposition 2000 de l'appelante (la disposition de Brewster), je ferais droit à l'appel, je rejetterais l'appel incident, j'annulerais la décision du juge et je lui renverrais l'affaire pour qu'il statue à nouveau sur les questions en litige à la lumière des présents motifs. Finalement, comme l'intimée a eu davantage gain de cause, je lui adjugerais 50 p. 100 de ses dépens devant notre Cour et la cour d'instance inférieure.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

\* \* \*

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

[125] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. (dissident) : Les tenures forestières sont une forme d'avoir forestier soumis à un traitement hybride aux fins de l'impôt. Aux termes du paragraphe 13(21) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la Loi), un « avoir forestier » est considéré comme un bien en immobilisation aux fins de déduction pour amortissement, mais en cas de vente, tous les produits sont imposés à titre de revenu. Comme l'a noté la Couronne dans son mémoire, les tenures sont, en ce sens, une anomalie. Le sous-alinéa 39(1)(a)(iv) de la Loi prévoit expressément qu'aucun gain en capital ne peut être imputé à un avoir forestier. Par conséquent, compte tenu du paragraphe 13(1) et de la définition de la « fraction non amortie du coût en capital » contenue au paragraphe 13(21), le produit de disposition qui excède le coût en capital de l'avoir forestier est inclus dans le revenu du vendeur.

[126] Under the regulatory framework governing forest tenures in Alberta, and in order to improve the sustainability of such tenures, silvicultural works must be carried out over time on the tenures until a sufficient reforestation crop passes a free-growing growth point. This may take a few years, but, as noted by my colleague Nadon J.A. at paragraph 9 of his reasons, generally 8 to 14 years are required. These silvicultural works are referred to by the Tax Court Judge as “reforestation liabilities”; though this expression is deficient as it does not reflect the true nature of the silvicultural works at issue, I will nevertheless adopt it in these reasons for consistency purposes.

[127] This appeal requires this Court to interpret the meaning of the expression “proceeds of disposition” found in subsection 13(21) of the Act within the context of the transactions at issue in these proceedings. Specifically, we must decide whether the value of the reforestation liabilities in the context of the sale of forest tenures is to be treated separately from the tenures themselves and thus included within the expression “proceeds of disposition”, taking into account the entire scheme of the Act as it relates to forest harvesting operations, timber resource properties and forest harvesting businesses.

[128] In my view, the Tax Court Judge erred in this case by assuming that the assumptions of the reforestation liabilities by the purchasers in the sales transactions at issue were a separate and distinct consideration for the sales of the tenures whose value necessarily had to be added to the proceeds of the disposition of the sales. I am rather of the view that the reforestation liabilities form an integral part of the forest tenures, and though they affect the value of the tenures, they are not a separate consideration of the sale transactions involving the tenures, and should thus not be added to the vendor’s proceeds of disposition resulting from those sales.

[129] The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis in order to find a meaning that is harmonious with the act as a whole: *Canada Trustco Mortgage Co. v.*

[126] En vertu du cadre réglementaire auquel les tenures sont assujetties en Alberta, et pour améliorer leur pérennité, des travaux de sylviculture doivent être effectués au fil du temps sur les tenures jusqu’à ce qu’un peuplement forestier reboisé suffisant passe le point de croissance libre. Cela peut prendre quelques années, mais comme l’a noté mon collègue le juge Nadon au paragraphe 9 de ses motifs, il faut 8 à 14 ans en général. Ces travaux de sylviculture sont désignés par le juge de la Cour de l’impôt comme des « obligations relatives au reboisement »; bien que cette expression soit imparfaite en ce sens qu’elle ne reflète pas la nature véritable des travaux en question, je l’adopterai néanmoins dans ces motifs par souci de cohérence.

[127] La Cour est tenue en l’espèce d’interpréter l’expression « produit de disposition », qui figure au paragraphe 13(21) de la Loi, dans le contexte des transactions dont il est ici question. Plus précisément, nous devons décider si la valeur des obligations relatives au reboisement dans le contexte de la vente des tenures doit être traitée séparément des tenures elles-mêmes et donc visée par l’expression « produit de disposition », compte tenu du régime complet de la Loi relatif aux opérations d’exploitation forestière, aux avoirs forestiers et aux entreprises d’exploitation forestière.

[128] À mon avis, le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur dans la présente affaire en présumant que la prise en charge des obligations relatives au reboisement par les acquéreurs dans ces ventes constituait une contrepartie séparée et distincte pour la vente des tenures, dont la valeur devait nécessairement se rajouter au produit de disposition. J’estime plutôt que les obligations relatives au reboisement font partie intégrante des tenures; même si elles ont une incidence sur leur valeur, elles ne forment pas une contrepartie distincte des transactions de vente touchant les tenures et ne devraient donc pas se rajouter au produit de disposition du vendeur découlant de ces ventes.

[129] L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble : *Hypothèques*

*Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10. Where the provisions of the Act may be subject to varying interpretations, the meaning which is most harmonious with the scheme of the Act is to be preferred. The interpretation of the expression “proceeds of disposition” taken by the Tax Court Judge and approved by my colleague Nadon J.A. leads to a “lack of symmetry in how the assumption of the reforestation liability is treated for tax purposes” as was aptly noted by the Tax Court Judge in his reasons at paragraph 47. In the absence of a statutory constraint to the contrary, I prefer an interpretation which promotes symmetry and fairness through a harmonious taxation scheme, to an interpretation which promotes neither of these values.

[130] The proper approach in these proceedings is to recognize that the reforestation liabilities at issue depress the value of the timber resources properties to which they are inextricably linked, and that consequently the vendor in this case received a lower price on the sale of these properties than it might have otherwise received. On this basis alone, I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal.

[131] The background to these proceedings and the essential facts are extensively set out in the reasons of Nadon J.A. and need not be repeated. I need simply highlight some salient facts.

[132] In his reasons, the Tax Court Judge found that the consent of the competent authorities of the province of Alberta is required for assigning forest tenures in that province. The Tax Court Judge also found that this consent is not provided unless the assignee or purchaser assumes the reforestation liabilities associated with the tenures. Moreover, the Albertan authorities hold that, upon the transfer of the forest tenures, the assignor or vendor is no longer liable for the reforestation liabilities. Based on these findings, the Tax Court Judge then identified in paragraph 22 of his reasons the fundamental question before him as whether the undertakings by the purchasers to incur expenditures in the future to meet the province of Alberta’s reforestation requirements for the tenures was a “consideration” in their purchase of

*Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10. Lorsque les dispositions de la Loi se prêtent à diverses interprétations, c’est le sens qui s’harmonise le mieux avec le régime de la Loi qui doit être privilégié. L’interprétation de l’expression « produit de disposition » retenue par le juge de la Cour de l’impôt et confirmée par mon collègue le juge Nadon conduit à un « manque de symétrie dans la façon dont la prise en charge de l’obligation relative au reboisement est traitée aux fins fiscales », comme le notait judicieusement le juge de la Cour de l’impôt au paragraphe 47 de ses motifs. À défaut d’une contrainte légale à l’effet contraire, je privilégie une interprétation qui favorise la symétrie et l’équité assurée par un régime d’imposition harmonieux à une interprétation qui ne prône aucune de ces valeurs.

[130] Dans le cas présent, la bonne approche consiste à reconnaître que les obligations relatives au reboisement dont il est question diminuent la valeur des avoirs forestiers auxquels elles sont inextricablement liées, et donc que le vendeur a reçu en l’espèce pour ces avoirs un prix de vente plus faible que celui qu’il aurait pu autrement obtenir. Sur ce seul motif, je ferais droit à l’appel et rejetterais l’appel incident.

[131] Le contexte de la présente instance et les faits essentiels sont décrits en détail dans les motifs du juge Nadon; il est inutile de les rappeler. Je soulignerai simplement certains faits saillants.

[132] Dans ses motifs, le juge de la Cour de l’impôt a conclu que le consentement des autorités compétentes de la province d’Alberta était nécessaire pour effectuer une cession de tenures forestières dans cette province. Il a également conclu que ce consentement n’était obtenu que dans la mesure où le cessionnaire ou l’acquéreur prenne à sa charge les obligations relatives au reboisement associées aux tenures. De plus, les autorités albertaines considèrent qu’en transférant les tenures, le cédant ou le vendeur n’est plus lié par les obligations relatives au reboisement. Fort de ces conclusions, le juge de la Cour de l’impôt affirme ensuite, au paragraphe 22 de ses motifs, que la question fondamentale dont il est saisi est de savoir si l’engagement des acquéreurs d’engager des dépenses dans le futur pour satisfaire aux exigences de

Daishowa's forest tenures, such that the value of these undertakings became taxable in the hands of the vendor Daishowa. He answered that question as follows at paragraph 26 of his reasons:

What is the nature of the liability, the relief of which leads to some benefit to Daishowa? It is not one that, as I initially thought, passes automatically with the forest tenures. From a careful review of the Alberta legislation and the Parties' agreed facts, it is clear that the Province of Alberta will not approve of a transfer of the forest tenures, unless a purchaser assumes the reforestation liability. This is quite different from any suggestion that the liability, simply by the operation of Alberta statutes, flows with the property; in other words, whoever owns the forest tenures is legally responsible for the reforestation obligation. No, the situation in Alberta is that the Province effectively forces the purchaser to assume the reforestation liability: no assumption — no transfer of forest tenures. Does the fact that a third party, the Government of Alberta, forces an assumption of liability, make the assumption of that liability any less consideration? No, it does not affect the nature of the assumption of liability as consideration, though it may affect the value of that assumption.

[133] As already noted, the Tax Court Judge recognized that his approach resulted in a “lack of symmetry in how the assumption of the reforestation liability is treated for tax purposes” since “the value of the assumption of that very liability to incur those costs falls into income as proceeds in one fell swoop, with no recognition that the income recipient has no future opportunity to deduct such expenses”: Tax Court reasons, at paragraph 47. The Tax Court Judge thus proposed a discount method to alleviate the objectionable tax consequences resulting from this asymmetry and thus applied an 80 percent discount on the long-term portion of the reforestation liabilities included in Daishowa's “proceeds of disposition” resulting from the sale.

[134] I agree with my colleague Nadon J.A. that the Tax Court Judge could not propose a discount method

the province d'Alberta en matière de reboisement des tenures constituait une « contrepartie » à leur achat des tenures de Daishowa, de sorte que la valeur de ces engagements soit devenue imposable pour le vendeur Daishowa. Il répond ainsi à cette question au paragraphe 26 de ses motifs :

Quelle est la nature de l'obligation, dont la libération donne lieu à un certain avantage pour Daishowa? Il ne s'agit pas d'une obligation qui, comme je le pensais initialement, est nécessairement transmise avec les tenures. Il ressort clairement d'un examen minutieux de la législation de l'Alberta et des faits sur lesquels les parties se sont entendues que la province n'approuvera pas un transfert de tenures, à moins que l'acquéreur ne prenne en charge l'obligation relative au reboisement. Cela est tout à fait différent de toute idée selon laquelle l'obligation, simplement par application des lois de l'Alberta, va de pair avec le bien; en d'autres termes, le titulaire des tenures est légalement responsable de l'obligation relative au reboisement. La situation, en Alberta, est plutôt la suivante : la province contraint effectivement l'acquéreur à prendre en charge l'obligation relative au reboisement : si l'acquéreur ne prend pas cette obligation en charge, il ne peut pas y avoir transfert des tenures. Si un tiers, le gouvernement de l'Alberta, exige la prise en charge d'une obligation, cela a-t-il pour effet de faire de la prise en charge de cette obligation autre chose qu'une contrepartie? Non, cela ne change rien à la nature de la prise en charge de l'obligation à titre de contrepartie, mais cela peut influencer sur la valeur de cette prise en charge.

[133] Comme je l'ai déjà indiqué, le juge de la Cour de l'impôt a reconnu que son approche conduisait à un « manque de symétrie dans la façon dont la prise en charge de l'obligation relative au reboisement est traitée aux fins fiscales » étant donné que « la valeur de la prise en charge de cette obligation d'engager ces frais est imputable au revenu à titre de produit d'un seul coup, sans qu'il soit reconnu que celui qui obtient ce revenu n'a aucune possibilité future de déduire pareilles dépenses » : motifs de la Cour de l'impôt, au paragraphe 47. Le juge de la Cour de l'impôt a donc proposé une méthode de réduction pour atténuer les conséquences fiscales malvenues résultant de cette asymétrie; il a ainsi appliqué une réduction de 80 p. 100 aux obligations à long terme relatives au reboisement incluses dans le « produit de disposition » de Daishowa découlant de la vente.

[134] Je conviens avec mon collègue le juge Nadon que le juge de la Cour de l'impôt ne pouvait pas

to alleviate the perceived objectionable tax consequences of his findings, though this is not, in my view, the fundamental issue raised by these proceedings.

[135] However, respectfully disagreeing with my colleague Nadon J.A., I am also of the view that the Tax Court Judge erred in answering the fundamental issue before him, and that on a proper construction of these sales transactions and of the reforestation liabilities at issue, no tax consequences befall on the vendor (Daishowa) from the compulsory assumption by the purchasers of the reforestation liabilities which form an integral part of the forest tenures which were sold.

[136] As found by the Tax Court Judge, the vendor and the purchasers had no alternative but to transfer the reforestation liabilities related to the forest tenures upon the transfer or sale of the forest tenures. Indeed, since the Albertan authorities would not consent to the transfer of the tenures without the correlative transfer of the liabilities, Daishowa could not hold on to the liabilities, carry out the reforestation works in the manner it deemed appropriate and claim the resulting tax deductions. Rather, it was obliged to transfer the liabilities to the purchasers if it wished to complete the sale transactions. This was emphasized by the Tax Court Judge at paragraph 45 of his reasons: “As has been made clear in Alberta, the forest tenures could not be transferred without the Purchaser assuming the reforestation liability. It is part and parcel of the forest tenures: you own the forest tenures and you are therefore responsible for the reforestation.” In my view, whether the reforestation liabilities pass automatically from the vendor to the purchasers of the forest tenures by operation of the legislation or as a result of the conditions attached to the required consent of the Albertan authorities is of no consequence; in either case the reforestation liabilities are inextricably linked to the forest tenures and form an integral part thereof.

proposer une méthode de réduction pour pallier les conséquences fiscales regrettables résultant de ses conclusions, bien qu’il ne s’agisse pas, à mon avis, de la question fondamentale soulevée par la présente instance.

[135] Cependant, et en respectueux désaccord avec mon collègue le juge Nadon, je suis également d’avis que le juge de la Cour de l’impôt a erré en répondant à la question fondamentale dont il était saisi; à mon sens, si l’on interprète correctement ces transactions de vente et les obligations relatives au reboisement dont il est question, le vendeur (Daishowa) ne devrait s’exposer à aucune conséquence fiscale du fait de la prise en charge obligatoire par les acquéreurs des obligations relatives au reboisement qui forment une partie intégrante des tenures vendues.

[136] Comme l’a conclu le juge de la Cour de l’impôt, le vendeur et les acquéreurs n’avaient d’autre choix que de transférer les obligations relatives au reboisement rattachées aux tenures lors de la cession ou de la vente de ces tenures. D’ailleurs, comme les autorités albertaines ne consentent pas à ce que les tenures soient transférées sans que les obligations afférentes le soient aussi, Daishowa ne pouvait conserver les obligations, effectuer les travaux de reforestation de la manière qu’elle jugeait adéquate et réclamer les déductions fiscales en résultant. Elle devait plutôt transférer les obligations aux acquéreurs pour conclure les transactions de vente. C’est sur cet aspect que le juge de la Cour de l’impôt a insisté au paragraphe 45 de ses motifs : « Comme l’Alberta l’a clairement indiqué, les tenures ne pourraient pas être transférées sans que l’acquéreur prenne en charge l’obligation relative au reboisement. Cela fait partie intégrante des tenures : la personne qui possède les tenures est responsable de leur reboisement. » À mon avis, la question de savoir si les obligations relatives au reboisement passent automatiquement du vendeur aux acquéreurs des tenures par application de la législation ou à la suite des conditions liées au consentement obligatoire des autorités albertaines est sans conséquence; dans un cas comme dans l’autre, les obligations relatives au reboisement sont inextricablement liées aux tenures dont elles forment une partie intégrante.

[137] In this context, it is neither reasonable nor correct to conclude that the compulsory assumptions of the responsibilities for the future reforestation works by the purchasers were a “sale” or “disposition” of “liabilities” resulting in “proceeds of disposition” in the hands of Daishowa under the meaning of subsection 13(21) of the Act. Rather, the framework under which the reforestation liabilities are managed in Alberta is such that the liabilities run with the forest tenures; consequently whoever holds these tenures at any given time must assume the entire associated reforestation liabilities. The reforestation liabilities and the forest tenures are thus inextricably linked. Consequently, the reforestation liabilities depress the value of the underlying tenures in proportion to the estimated costs associated with the future reforestation works required for the tenures: see by analogy Ian J. Gamble, *Taxation of Canadian Mining*, loose-leaf. Toronto: Carswell, 2004, at pages 6-10 to 6-13 under “6.6 Assumption of future reclamation on sale”.

[138] Though the reforestation liabilities are taken into account in determining the selling price of the tenures, since they form part of the tenures their “value” is not to be treated separately from the value of the tenures themselves. Consequently, this “value” does not form a distinct part of the “proceeds of disposition” resulting from the sales of the tenures. A simple example serves to illustrate the matter. All other economic factors being equal, if a forest tenure can generate \$10 000 000 over 10 years (on the basis of \$1 000 000 a year) and requires \$2 000 000 in reforestation works over this period (on the basis of \$200 000 a year) under the applicable regulatory framework, the value of the tenure to its holder over 10 years is \$8 000 000. Should the holder of the tenure not carry out reforestation works during the first year and extract \$1 million worth of value out of the tenure, the value of the tenure would then be \$7 000 000 (\$10 000 000, less \$1 000 000 extracted, less \$2 000 000 in future reforestation work). On the other hand, should the holder of the tenure carry out \$500 000 worth of reforestation work in that first year, the value of the tenure would increase to \$7 500 000 since the reforestation “liability” affecting the value would have decreased to \$1 500 000 million.

[137] Dans ce contexte, il n’est ni raisonnable ni correct de conclure que la nécessaire prise en charge par les acquéreurs des obligations relatives aux travaux de reboisement futurs constituait une « vente » ou une « disposition » d’« obligations » donnant lieu à un « produit de disposition » aux mains de Daishowa aux termes du paragraphe 13(21) de la Loi. Le cadre auquel les obligations relatives au reboisement sont assujetties en Alberta fait plutôt en sorte que ces obligations suivent les tenures; par conséquent, quiconque détient des tenures à un moment ou à un autre doit prendre en charge l’ensemble des obligations relatives au reboisement qui y sont associées. Les obligations relatives au reboisement et les tenures sont donc inextricablement liées; les obligations relatives au reboisement diminuent donc la valeur des tenures sous-jacentes en proportion des coûts estimatifs associés aux travaux futurs de reboisement que nécessiteront les tenures : voir par analogie Ian J. Gamble, *Taxation of Canadian Mining*, feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 2004, aux pages 6-10 à 6-13, à la section « 6.6 Assumption of future reclamation on sale ».

[138] Bien que les obligations relatives au reboisement soient prises en compte dans l’établissement du prix de vente des tenures, leur « valeur » ne doit pas être traitée séparément de celle des tenures elles-mêmes puisqu’elles en font partie. Par conséquent, cette « valeur » ne constitue pas une partie distincte du « produit de disposition » résultant de la vente des tenures. Un exemple simple permet d’illustrer ce raisonnement. Tous les autres facteurs économiques étant égaux, si une tenure peut générer 10 000 000 \$ sur 10 ans (à raison de 1 000 000 \$ par année) et qu’elle nécessite 2 000 000 \$ de travaux de reboisement durant cette période (à raison de 200 000 \$ par année), en vertu du cadre réglementaire applicable, la valeur de la tenure pour son détenteur est de 8 000 000 \$ sur 10 ans. Si le titulaire n’effectue pas les travaux de reboisement durant la première année et qu’il extrait 1 000 000 \$ de la tenure, la valeur de celle-ci est alors de 7 000 000 \$ (10 000 000 \$, moins le 1 000 000 \$ extrait, moins 2 millions de dollars pour les futurs travaux de reboisement). D’autre part, si le détenteur de la tenure effectue 500 000 \$ de travaux de reboisement durant la première année, la valeur de la tenure passe à 7 500 000 \$, car l’« obligation » relative au reboisement affectant la valeur aurait diminué de 1 500 000 \$.

[139] This example is far from perfect and fails to take into account timing and other considerations, but it nevertheless illustrates the market mechanisms at work. The important point is that the value of the forest tenures underlying the forest harvesting business fluctuates in accordance with both the extent of estimated required future reforestation works inextricably attached to the tenures and the extent of reforestation works actually carried out at the time of the sale.

[140] I use the analogy of the sale of a building which needs repairs and improvements to bring it up to building code standards, such as new public access facilities for persons with disabilities or new fire safety systems, and which must be installed or completed within a specific number of years under a compulsory regulatory framework. If the building is sold prior to the repairs and improvements being completed by the vendor, its value would be less than if these repairs and improvements had been previously completed by the vendor. Yet, the “liability” represented by the costs of these repairs and improvements which the purchaser assumes would be factored into the sale price, but would not be deemed proceeds of the sale for taxation purposes. In such a context, no “proceeds of disposition” under the meaning of subsection 13(21) of the *Income Tax Act* would be received by the vendor resulting from the assumption of the “liabilities” by the purchaser upon the sale. I see no fundamental difference here in regard to future reforestation works associated with forest tenures.

[141] In my view, excessive weight has been placed in these proceedings on the issue of the value of the liabilities. The underlying assumption in the Crown’s position and in the Tax Court Judge’s reasons is that since the parties agreed on the value of the assumed reforestation liabilities in order to calculate the final sale price, that value is a “consideration” which forms part of the “proceeds of disposition”. The Crown however recognizes that had the value of the reforestation liabilities not been ascertained or ascertainable, it may not have been a consideration forming part of the “proceeds of disposition”.

[139] Cet exemple est loin d’être parfait et ne tient pas compte du moment choisi et d’autres considérations, mais il illustre néanmoins les mécanismes du marché à l’œuvre. L’idée importante est que la valeur des tenures qui est à la base du secteur de l’exploitation forestière fluctue conformément à l’ampleur de l’estimation des futurs travaux de reboisement requis, lesquels sont inextricablement liés aux tenures et à l’étendue des travaux véritablement effectués au moment de la vente.

[140] J’utiliserais l’analogie de la vente d’un immeuble nécessitant, pour le rendre conforme aux normes du code du bâtiment, des réparations et des améliorations, comme l’installation de nouvelles voies d’accès public pour les personnes handicapées ou de nouveaux systèmes de sécurité-incendie, qui doivent être effectuées en totalité dans un nombre précis d’années en vertu d’un cadre réglementaire obligatoire. Si le bâtiment est vendu avant que le vendeur n’ait achevé les réparations et les améliorations requises, sa valeur est moindre que si le vendeur avait pu les compléter à temps. Pourtant, les « obligations » que représente le coût de ces réparations et améliorations et que prend en charge l’acquéreur entreraient en ligne de compte dans le prix de vente, mais ne seraient pas considérées comme des produits de la vente aux fins de l’impôt. Dans un tel contexte, le vendeur ne recevrait aucun « produit de disposition » au sens du paragraphe 13(21) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* du fait de la prise en charge des « obligations » par l’acquéreur lors de la vente. Je ne vois ici aucune différence fondamentale avec les travaux futurs de reboisement associés aux tenures.

[141] À mon avis, on a accordé dans la présente instance un poids excessif à la question de la valeur des obligations. La position de la Couronne et les motifs du juge de la Cour de l’impôt reposent sur la présomption sous-jacente que, comme les parties se sont entendues sur la valeur des obligations relatives au reboisement prises en charge pour calculer le prix final de vente, cette valeur constitue une « contrepartie » à inclure dans le « produit de disposition ». La Couronne reconnaît toutefois que si la valeur n’avait pas été évaluée ou n’était pas évaluable, elle n’aurait peut-être pas constitué une contrepartie à inclure dans le « produit de disposition ».

[142] Thus, following the Crown's approach, in circumstances where parties to a forest tenure sale transaction would not identify the value of the reforestation liabilities, those liabilities may well not be included in the proceeds of disposition and thus escape taxation in the hands of the vendor, while in circumstances where the parties are transparent in their transactions and clearly identify the value of the reforestation liabilities, these would be accordingly included in the vendors' taxable proceeds resulting from the transaction. I have great difficulty with this approach.

[143] The reforestation liabilities either form an integral part of the forest tenures and depress their value and are thus not to be included as separate elements in the proceeds of disposition upon the sale of the tenures; or they are distinct from the tenures and their value is included in the proceeds of disposition upon their assumption by the purchaser. Whether the parties have agreed or not to the value of the liabilities has little bearing on whether or not these liabilities form part of the "proceeds of disposition". I consequently respectfully disagree with my colleague Nadon J.A. that the sale of Brewster Division to Seehta Forest Products Ltd. could be treated differently from the sale of the High Level Division to Tolko Industries Ltd. since this implies that the different manners in which the values of the respective reforestation liabilities were treated in the sale agreements and related documentation could somehow impact on the "proceeds of disposition" for taxation purposes resulting from both transactions.

[144] I would consequently grant the appeal with costs, dismiss the cross-appeal with costs, and, rendering the judgment which ought to have been rendered, I would grant the appellant's appeal from the Minister's reassessment of the appellant's 1999 and 2000 taxation years and return the matter to the Minister for reconsideration and reassessment in accordance with these reasons.

[142] Donc, suivant l'approche de la Couronne, si les parties à une transaction de vente de tenure ne définissent pas la valeur des obligations relatives au reboisement, celles-ci pourraient ne pas être incluses dans le produit de disposition et échapper ainsi à l'imposition aux mains du vendeur, alors que si les mêmes parties procèdent avec transparence et définissent clairement la valeur de ces obligations, celles-ci seraient incluses dans le produit imposable du vendeur découlant de la transaction. Cette approche me paraît très problématique.

[143] Les obligations relatives au reboisement forment une partie intégrante des tenures, elles en diminuent la valeur, et donc ne doivent pas être incluses séparément dans le produit de disposition lors de la vente des tenures; ou alors, elles sont distinctes des tenures et leur valeur doit être incluse dans le produit de disposition au moment de la prise en charge par l'acquéreur. La question de savoir si les parties se sont entendues ou non sur la valeur des obligations a peu de rapport avec celle de savoir si elles font partie du « produit de disposition ». Par conséquent je suis, en toute déférence, en désaccord avec mon collègue le juge Nadon, qui estime que la vente de la division Brewster à Seehta Forest Products Ltd. pouvait être traitée différemment de celle de la division High Level à Tolko Industries Ltd., car cela implique que les différences de traitement des valeurs des obligations respectives de reboisement dans les ententes de vente et la documentation afférente pouvaient, d'une manière ou d'une autre, avoir un impact sur le « produit de disposition » résultant des deux transactions aux fins de l'impôt.

[144] Par conséquent, j'accueillerais l'appel avec dépens, je rejetterais l'appel incident avec dépens et, quant au jugement qui aurait dû être rendu, j'accueillerais l'appel de l'appelante formé contre la nouvelle cotisation du ministre pour les années d'imposition 1999 et 2000, et je renverrais l'affaire au ministre pour qu'il la réexamine et établisse de nouveaux avis de cotisation conformément aux présents motifs.



A-468-10  
2011 FCA 297

A-468-10  
2011 CAF 297

**Canadian Human Rights Commission** (*Appellant*)

**Commission canadienne des droits de la personne**  
(*appelante*)

v.

c.

**Richard Warman and Terry Tremaine** (*Respondents*)

**Richard Warman et Terry Tremaine** (*intimés*)

*INDEXED AS: WARMAN v. TREMAINE*

*RÉPERTORIÉ : WARMAN c. TREMAINE*

Federal Court of Appeal, Noël, Pelletier and Dawson JJ.A.—Vancouver, September 19; Ottawa, October 26, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Pelletier et Dawson, J.C.A.—Vancouver, 19 septembre; Ottawa, 26 octobre 2011.

*Practice — Contempt of Court — Appeal from Federal Court decision dismissing contempt proceedings against respondent — Canadian Human Rights Tribunal ordering respondent Tremaine, white supremacist, to cease communicating hate messages on Internet — Respondent not notified that Tribunal order filed with Federal Court pursuant to Canadian Human Rights Act, s. 57 — Messages not removed from Internet, others posted — Federal Court finding respondent in contempt of Tribunal, not of Federal Court — Applying civil contempt test in Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.), finding respondent unaware of filing — Whether Federal Court could hold, in context of Act, s. 57 filing, that knowledge of Tribunal order alone not giving rise to finding of contempt — Federal Court erring in holding that violation of Tribunal order not contempt of Court — Whether order enforced under Act, s. 57 order of Tribunal or Federal Court — S. 57 allowing decisions of lower tribunals to be enforced — Tribunal order enforced as though Federal Court order — No legislative requirement to give notice of registration — Knowledge of order only prerequisite with respect to civil contempt test — Appeal allowed — Per Pelletier J.A. (dissenting): Upon filing, Tribunal order becoming order of Federal Court for purposes of enforcement — Otherwise, Tribunal order by itself could not engage Federal Courts Rules, r. 466(b) requiring breach of an order or other constraining measure of the Court — Person having to be notified of filing with Federal Court before being found in contempt thereof — Such reasoning not inconsistent with United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General) — Respondent not in contempt of Court for acts committed prior to knowledge of filing — Notice of filing not mere technicality, important to administration of justice.*

*Pratique — Outrage au tribunal — Appel d'un jugement de la Cour fédérale rejetant la procédure d'outrage contre l'intimé — Le Tribunal canadien des droits de la personne a ordonné à l'intimé Tremaine, tenant de la suprématie blanche, de cesser de communiquer de la propagande haineuse sur Internet — Il n'a pas été signifié à l'intimé qu'une ordonnance du Tribunal avait été déposée au greffe de la Cour fédérale en vertu de l'art. 57 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les messages n'ont pas été enlevés du site Internet, et d'autres y ont été affichés — La Cour fédérale a conclu que l'intimé a commis un outrage au Tribunal, mais non à la Cour fédérale — Le critère de l'outrage civil, exposé dans l'arrêt Services aux enfants et adultes de Prescott-Russell c. G. (N.), a été appliqué, et la Cour a conclu que l'intimé n'était pas au courant du dépôt de l'ordonnance — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale pouvait dire, dans le cas où une ordonnance a été déposée en vertu de l'art. 57 de la Loi, que la connaissance de l'ordonnance du Tribunal ne saurait, à elle seule, autoriser une conclusion d'outrage — La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la violation de l'ordonnance du Tribunal ne pouvait donner lieu à une conclusion d'outrage — Il s'agissait de déterminer si l'ordonnance exécutée en vertu de l'art. 57 était l'ordonnance du Tribunal ou celle de la Cour — L'art. 57 autorise l'exécution des décisions des tribunaux d'instance inférieure — L'ordonnance du Tribunal a été exécutée comme si elle était une ordonnance de la Cour fédérale — Il n'existe aucune exigence légale selon laquelle l'avis d'enregistrement doit être signifié — La connaissance de l'ordonnance du Tribunal est la seule exigence en tant que critère de l'outrage civil — Appel accueilli — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) : Après dépôt de l'ordonnance à la Cour fédérale, l'ordonnance du Tribunal devient*

*une ordonnance judiciaire aux fins de son exécution — Sinon, l'ordonnance du Tribunal ne pourrait pas, en elle-même, faire intervenir l'art. 466b) des Règles des Cours fédérales, qui requiert la désobéissance à une ordonnance ou à un autre moyen de contrainte de la Cour — Il faut que le dépôt d'une ordonnance au greffe de la Cour fédérale soit signifié à une personne avant que celle-ci puisse être reconnue coupable d'outrage au tribunal — Ce raisonnement n'est pas incompatible avec l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)* — Les actes commis par l'intimé avant qu'il n'apprenne le dépôt de l'ordonnance ne sauraient autoriser une conclusion d'outrage — La signification d'un avis de dépôt n'est pas un simple point de détail; elle est importante pour l'administration de la justice.*

*Human Rights — Judgments and orders — Enforcement — Canadian Human Rights Tribunal ordering respondent Tremaine, white supremacist, to cease communicating hate messages on Internet — Respondent not notified that Tribunal order filed with Federal Court pursuant to Canadian Human Rights Act, s. 57 — Messages not removed from Internet, others posted — Federal Court finding respondent in contempt of Tribunal, not of Federal Court — Whether order enforced under Act, s. 57 order of Tribunal or Federal Court — S. 57 allowing decisions of lower tribunals to be enforced — Tribunal order enforced as though Federal Court order — No legislative requirement to give notice of registration — Knowledge of order only prerequisite with respect to civil contempt test.*

*Droits de la personne — Jugements et ordonnances — Exécution — Le Tribunal canadien des droits de la personne a ordonné à l'intimé Tremaine, tenant de la suprématie blanche, de cesser de communiquer de la propagande haineuse sur Internet — Il n'a pas été signifié à l'intimé qu'une ordonnance du Tribunal avait été déposée au greffe de la Cour fédérale, en vertu de l'art. 57 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les messages n'ont pas été enlevés du site Internet, et d'autres y ont été affichés — La Cour fédérale a conclu que l'intimé a commis un outrage au Tribunal, mais non à la Cour fédérale — Il s'agissait de déterminer si l'ordonnance exécutée en vertu de l'art. 57 était l'ordonnance du Tribunal ou celle de la Cour fédérale — L'art. 57 autorise l'exécution des décisions des tribunaux d'instance inférieure — L'ordonnance du Tribunal a été exécutée comme si elle était une ordonnance de la Cour fédérale — Il n'existe aucune exigence légale selon laquelle l'avis d'enregistrement doit être signifié — La connaissance de l'ordonnance du Tribunal est la seule exigence en tant que critère de l'outrage civil.*

This was an appeal from a decision by the Federal Court dismissing contempt proceedings brought against the respondent Terry Tremaine based on his alleged failure to abide by the cease and desist order issued against him by the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal).

Il s'agissait d'un appel d'un jugement de la Cour fédérale rejetant la procédure d'outrage introduite contre l'intimé Terry Tremaine parce que celui-ci aurait fait défaut de se conformer à l'ordonnance de cesser et de s'abstenir rendue contre lui par le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal).

The Tribunal found that the respondent, a white supremacist, had engaged in discriminatory practices prohibited under section 13 of the *Canadian Human Rights Act* (Act) by posting hate messages on the Internet. The Tribunal ordered the respondent to cease communicating telephonically material or messages that are in violation of subsection 13(1) of the Act. The appellant filed a certified copy of the Tribunal's order with the Federal Court Registry pursuant to section 57 of the Act. While the respondent had knowledge of the Tribunal's order, he was not notified that it had been registered with the Federal Court. Following the issuance of the Tribunal's order, many of the hate messages remained on the Internet

Le Tribunal a conclu que l'intimé, tenant de la suprématie blanche, s'était livré à des actes discriminatoires interdits en vertu de l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), en affichant de la propagande haineuse sur Internet. Le Tribunal a ordonné à l'intimé de cesser d'utiliser un téléphone pour communiquer du matériel ou des messages qui contreviennent au paragraphe 13(1) de la Loi. L'appelante a déposé au greffe de la Cour fédérale une copie certifiée conforme de l'ordonnance du Tribunal, en vertu de l'article 57 de la Loi. Malgré que l'intimé ait eu connaissance de l'ordonnance rendue par le Tribunal, il ne lui avait pas été signifié que celle-ci avait été enregistrée auprès de la Cour fédérale.

and additional messages were posted. Although the Federal Court found that the respondent had acted in contempt of the order of the Tribunal, it did not find him in contempt of the Federal Court. Focusing on the second element of the tripartite test for civil contempt set out by the Supreme Court of Canada in *Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)*, the Federal Court found that the respondent did not know that the Tribunal's order had been registered with the Federal Court. As such, the respondent was found not guilty of contempt with respect to material posted on the Internet before he had knowledge that the Tribunal's order was registered.

The principal issue was whether the Federal Court could hold, in the specific context where an order of the Tribunal has been filed with the Federal Court for enforcement purposes pursuant to section 57 of the Act, that knowledge of the Tribunal order alone cannot give rise to a finding of contempt.

*Held* (Pelletier J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

The Federal Court erred in holding that the deliberate violation of the order of the Tribunal could not in itself give rise to a finding of contempt. The issue raised herein turned on the registration provision set out in section 57 of the Act, and in particular whether the order enforced under the authority of that provision was the order of the Tribunal or the order of the Federal Court. The Supreme Court of Canada found in *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)* that there is no legal principle that restricts the use of contempt powers to orders issued by superior courts. Decisions of lower tribunals can be enforced on their own account through contempt proceedings because they, like decisions of the superior courts, are considered by the legislator to be deserving of the respect which the contempt powers are intended to impose. This is what section 57 achieves with respect to orders made by the Tribunal under section 53 of the Act. In the present case, the Tribunal order was enforced by the Federal Court pursuant to section 57 as though it was an order of that Court. There is no requirement in the Act, the *Federal Courts Act* or the *Federal Courts Rules* that notice of registration be given. If there is such a requirement, it must be shown to exist under the common law. The only prerequisite derived from the Supreme Court's case law with respect to the second component of the civil contempt test is that there must be actual knowledge of a legally binding order such that it can be shown beyond a reasonable doubt that the order is being disobeyed deliberately or wilfully by the alleged contemnor. This is what the evidence established in the present case.

Après que le Tribunal eut rendu son ordonnance, nombre des messages haineux sont demeurés sur Internet, et plusieurs messages additionnels y ont été affichés. Bien que la Cour fédérale a conclu que l'intimé avait commis un outrage lié à l'ordonnance du Tribunal, elle ne l'a pas jugé coupable d'outrage à la Cour fédérale. S'intéressant au deuxième volet du triple critère de l'outrage civil exposé par la Cour suprême dans l'arrêt *Services aux enfants et adultes de Prescott-Russell c. (G.) N.*, la Cour fédérale a conclu que l'intimé ne savait pas que l'ordonnance du Tribunal avait été enregistrée auprès de la Cour fédérale. L'intimé ne pouvait donc pas être reconnu coupable d'outrage pour les messages affichés sur Internet avant d'avoir appris que l'ordonnance du Tribunal avait été enregistrée.

La principale question était de savoir si la Cour fédérale peut dire, dans le cas précis où une ordonnance du Tribunal a été déposée au greffe de la Cour fédérale à des fins d'exécution conformément à l'article 57 de la Loi, que la connaissance de l'ordonnance du Tribunal ne saurait à elle seule autoriser une conclusion d'outrage.

*Arrêt* (le juge Pelletier, J.C.A., dissident) : l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la violation délibérée de l'ordonnance du Tribunal ne pouvait pas, à elle seule, donner lieu à une conclusion d'outrage. La question soulevée en l'espèce porte sur l'enregistrement des ordonnances aux termes de l'article 57 de la Loi, et en particulier la question de savoir si l'ordonnance exécutée en vertu de cette disposition est l'ordonnance du Tribunal ou celle de la Cour fédérale. Dans l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, la Cour suprême du Canada a conclu qu'il n'existe aucun principe juridique limitant la procédure de l'outrage aux seules ordonnances rendues par les cours supérieures. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure peuvent être exécutées en elles-mêmes par l'entremise de procédures d'outrage parce que, comme pour les décisions des cours supérieures, le législateur estime qu'elles méritent le respect que les procédures d'outrage sont censées assurer. C'est ce que fait l'article 57 pour les ordonnances rendues par le Tribunal en vertu de l'article 53 de la Loi. En l'espèce, l'ordonnance du Tribunal a été exécutée par la Cour fédérale conformément à l'article 57, comme si elle était une ordonnance de cette Cour. Il n'existe aucune exigence légale, qu'il s'agisse de la Loi, de la *Loi sur les Cours fédérales* ou des *Règles des Cours fédérales*, selon laquelle l'avis d'enregistrement doit être signifié. S'il y a une obligation de signifier l'enregistrement, il faut prouver cette obligation selon la common law. L'unique exigence qui puisse être déduite de la jurisprudence de la Cour suprême quant au deuxième volet du critère de l'outrage civil est qu'il doit y avoir connaissance

The decision of the Federal Court was set aside, the respondent found in contempt of the order of the Tribunal, and the matter remitted to the Federal Court for sentencing.

*Per Pelletier J.A. (dissenting):* The Tribunal order was, as of the date of its filing in the Federal Court, an order of the Federal Court. Before a person can be found to be in contempt of the Federal Court as a result of disobeying a tribunal order, that person must have notice that the tribunal order was filed in the Federal Court so that they are aware that they are disobeying what is now a Court order. Upon filing with the Federal Court, a tribunal order becomes a Court order for the purposes of enforcement. Section 57 of the Act and Part 12 of the *Federal Courts Rules* (Rules) are elements of a legislative scheme enacted by Parliament for the enforcement of tribunal orders. The final element of that legislative scheme is the recognition that the tribunal order remains a tribunal order for all purposes other than enforcement, so that the tribunal retains the ability to alter or rescind its original order. The combined effect of these various elements is that upon being filed in the Federal Court, a tribunal order becomes an order of the Federal Court. The French version of section 57 of the Act does not support the view that Tribunal orders do not become orders of the Court upon being filed. When the words “*assimilées aux ordonnances rendues par celle-ci*” are read in the context of the legislative scheme, the shared meaning of the English and French versions of section 57 that emerges is that a Tribunal order becomes a Court order upon being filed in the Federal Court. If it did not, the Tribunal order by itself could not engage paragraph 466(b) of the Rules, which requires a breach of an order or other constraining measure of the Court. This reasoning is not inconsistent with *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*. In that decision, the Supreme Court did nothing more than settle the constitutional question as to whether provincial legislatures could provide that a breach of an order made by a provincially created tribunal would have the same consequences as a breach of an order of a superior court. Acts committed prior to the respondent’s knowledge that the order of the Tribunal had been filed in Federal Court cannot support a finding of contempt of Court. The requirement revealed by the second element of the test in *Prescott-Russell*, i.e. the party who disobeys the order must do so deliberately and wilfully, must be read in conjunction with paragraph 466(b) of the Rules. One can only deliberately and wilfully disobey a Court order if one knows that it is a Court order. The need to give notice that a tribunal order has been filed in the Federal Court is not a

effective d’une ordonnance juridiquement contraignante, de sorte qu’il puisse être prouvé hors de tout doute raisonnable que l’ordonnance est transgressée délibérément ou volontairement par la personne qui aurait commis l’outrage. C’est ce que la preuve établit en l’espèce.

La décision de la Cour fédérale a été annulée, l’intimé a été déclaré coupable d’avoir commis un outrage lié à l’ordonnance du Tribunal, et l’affaire a été renvoyée à la Cour fédérale pour qu’elle détermine la peine à imposer.

Le juge Pelletier, J.C.A. (dissent) : L’ordonnance du Tribunal était, à la date de son dépôt devant la Cour fédérale, une ordonnance de la Cour fédérale. Avant que l’on puisse être déclaré coupable d’outrage pour avoir contrevenu à une ordonnance de la Cour fédérale, il faut être informé du fait que l’ordonnance a été déposée au greffe de la Cour fédérale, et c’est alors que l’on saura que l’on désobéit à ce qui est maintenant une ordonnance judiciaire. Après dépôt de l’ordonnance à la Cour fédérale, l’ordonnance du tribunal administratif devient une ordonnance judiciaire aux fins de son exécution. L’article 57 de la Loi et la partie 12 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles) s’inscrivent dans un mécanisme législatif portant sur l’exécution des ordonnances des tribunaux administratifs. Le dernier élément du mécanisme législatif est le fait qu’il est reconnu que l’ordonnance demeure une ordonnance du tribunal administratif à toutes fins autres que son exécution, de sorte que ce tribunal conserve la possibilité de modifier ou de rescinder son ordonnance initiale. L’effet combiné de ces divers éléments est que, une fois déposée devant la Cour fédérale, l’ordonnance du tribunal administratif devient une ordonnance de la Cour fédérale. La version française de l’article 57 de la Loi ne confirme pas l’idée que les ordonnances des tribunaux administratifs ne deviennent pas les ordonnances de cours de justice après qu’elles y sont déposées. Si on lit les mots « *assimilées aux ordonnances rendues par celle-ci* » dans le contexte du mécanisme législatif évoqué plus haut, alors le sens commun qui apparaît à la lecture des deux versions de l’article 57 est qu’une ordonnance du Tribunal devient une ordonnance judiciaire dès son dépôt au greffe de la Cour. Si tel n’était pas le cas, l’ordonnance d’un tribunal administratif ne pourrait pas, en elle-même, faire intervenir l’alinéa 466(b) des Règles, qui requiert la désobéissance à une ordonnance ou à un autre moyen de contrainte de la Cour. Ce raisonnement n’est pas incompatible avec l’arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*. Dans cet arrêt, la Cour suprême ne faisait rien de plus que régler la question constitutionnelle de savoir si les lois provinciales pouvaient prévoir que la désobéissance à une ordonnance rendue par un tribunal administratif de création provinciale aurait les mêmes conséquences que la désobéissance à une ordonnance d’une cour supérieure. Les actes commis avant que l’intimé n’apprenne que l’ordonnance du Tribunal avait été déposée devant la

mere technicality. The prevention of breaches of tribunal orders by timely notice is as important to the administration of justice as the enforcement of those orders by contempt proceedings when they have been breached.

Cour fédérale ne sauraient autoriser une conclusion d'outrage. Le deuxième volet du critère dans l'arrêt *Prescott-Russell*, c.-à-d. que « la partie qui désobéit à l'ordonnance doit le faire de façon délibérée et volontaire », doit être lue en corrélation avec l'alinéa 466*b*) des Règles. On ne peut désobéir délibérément et volontairement à une ordonnance judiciaire que si l'on sait qu'il s'agit d'une ordonnance judiciaire. La nécessité de donner avis du dépôt de l'ordonnance d'un tribunal administratif devant la Cour fédérale n'est pas un simple point de détail. Le fait de prévenir la transgression des ordonnances de tribunaux administratifs en faisant connaître rapidement les conséquences possibles d'une telle transgression est au moins aussi important pour l'administration de la justice que l'exécution de telles ordonnances au moyen d'une procédure d'outrage lorsque les ordonnances ont été transgressées.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, s. 13.  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.  
*Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C., 1985, c. O-7, ss. 1 (as am. by S.C. 1992, c. 35, s. 2), 13.  
*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, s. 33 (as am. by S.C. 2007, c. 19, s. 6).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 13 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 88), 53 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27), 54 (as am. *idem*, s. 28), 57 (as am. *idem*, s. 29).  
*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 8 (as am. by S.C. 2002, c. 16, s. 16.1).  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 66.7 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 2002, c. 8, s. 131(F)), 67.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1997, c. 24, s. 45; S.C. 2001, c. 34, s. 35(E)).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 127 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 185(F); S.C. 2005, c. 32, s. 1).  
*Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44, s. 31.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 423 (as am. *idem*, s. 33), 424, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472.  
*Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, c. L-1.1, s. 142(7).  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228.  
*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 17.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 99 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7).  
*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, s. 52.  
*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 63.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 127 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 185(F); L.C. 2005, ch. 32, art. 1).  
*Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, ch. L-1.1, art. 142(7).  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 13 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 88), 53 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 54 (mod., *idem*, art. 28), 57 (mod., *idem*, art. 29).  
*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 13.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 66.7 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 2002, ch. 8, art. 131(F)), 67.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1997, ch. 24, art. 45; L.C. 2001, ch. 34, art. 35(A)).  
*Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44, art. 31.  
*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 8 (mod. par L.C. 2002, ch. 16, art. 16.1).  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 99 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).  
*Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. (1985), ch. O-7, art. 1 (mod. par L.C. 1992, ch. 35, art. 2), 13.  
*Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228.  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, art. 52.  
*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 63.  
*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 33 (mod. par L.C. 2007, ch. 19, art. 6).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686, 271 D.L.R. (4th) 750, 214 O.A.C. 146 (C.A.); *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, (1992), 71 C.C.C. (3d) 225, 135 N.R. 321.

## DISTINGUISHED:

*Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217, (1990), 71 D.L.R. (4th) 84, 44 Admin. L.R. 1; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, (1990), 75 D.L.R. (4th) 577, 3 C.R.R. (2d) 116.

## CONSIDERED:

*Warman v. Tremaine*, 2007 CHRT 2; *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada) Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388, (1983), 2 D.L.R. (4th) 621, 1 C.I.P.R. 46; *Telus Mobility v. Telecommunications Workers Union*, 2002 FCT 656, 220 F.T.R. 291; *Ajax and Pickering General Hospital et al. and Canadian Union of Public Employees et al. (Re)* (1982), 35 O.R. (2d) 293, 132 D.L.R. (3d) 270 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Tremaine v. Warman*, 2008 FC 1032, 334 F.T.R. 78; *Warman v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, 2010 FC 680; *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976, (1979), 108 D.L.R. (3d) 17, 51 C.C.C. (2d) 1; *SOCAN – Tariff 22 (Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service not covered under Tariff Nos. 16 or 17)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (Copyright Board of Canada, available online at: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf>>); *Skipper Fisheries Ltd. v. Thorbourne* (1997), 157 N.S.R. (2d) 241, 45 D.L.R. (4th) 28 (C.A.); *Peel Financial Holdings Ltd. v. Western Delta Lands Partnership*, 2003 BCCA 551, 21 B.C.L.R. (4th) 340, 188 B.C.A.C. 58, 42 C.P.C. (5th) 1.

APPEAL from a decision by the Federal Court (2010 FC 1198, 378 F.T.R. 299) dismissing contempt proceedings brought against the respondent Terry Tremaine based on his alleged failure to abide by the cease and

*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 17.

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 423 (mod., *idem*, art. 33), 424, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Services aux enfants et adultes de Prescott-Russell c. G. (N.)*, 2006 CanLII 21037, 82 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 669 (C.A.); *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Warman c. Tremaine*, 2007 TCDP 2; *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada) Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388; *Telus Mobilité c. Syndicat des travailleurs des télécommunications*, 2002 CFPI 656; *Ajax and Pickering General Hospital et al. and Canadian Union of Public Employees et al. (Re)* (1982), 35 O.R. (2d) 293, 132 D.L.R. (3d) 270 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Tremaine c. Warman*, 2008 CF 1032; *Warman c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2010 CF 680; *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976; *SOCAN – Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)* (Commission du droit d'auteur du Canada, en ligne : <<http://www.sb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf>>); *Skipper Fisheries Ltd. v. Thorbourne* (1997), 157 N.S.R. (2d) 241, 45 D.L.R. (4th) 28 (C.A.); *Peel Financial Holdings Ltd. v. Western Delta Lands Partnership*, 2003 BCCA 551, 21 B.C.L.R. (4th) 340, 188 B.C.A.C. 58, 42 C.P.C. (5th) 1.

APPEL d'un jugement de la Cour fédérale (2010 CF 1198) rejetant la procédure d'outrage contre l'intimé Terry Tremaine, parce que celui-ci aurait fait défaut de se conformer à l'ordonnance de cesser et de s'abstenir

desist order issued against him by the Canadian Human Rights Tribunal. Appeal allowed, Pelletier J.A. dissenting.

rendue contre lui par le Tribunal canadien des droits de la personne. Appel accueilli, le juge Pelletier, J.C.A., étant dissident.

## APPEARANCES

*Daniel Poulin* for appellant.  
*Douglas H. Christie* for respondent Terry Tremaine.  
 No one appearing for respondent Richard Warman.

## ONT COMPARU

*Daniel Poulin* pour l'appelante.  
*Douglas H. Christie* pour l'intimé Terry Tremaine.  
 Aucune représentation pour l'intimé Richard Warman.

## SOLICITORS OF RECORD

*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for appellant.  
*Douglas H. Christie*, Victoria, British Columbia, for respondent Terry Tremaine.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour l'intimé.  
*Douglas H. Christie*, Victoria (Colombie-Britannique), pour l'intimé Terry Tremaine.

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

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

[1] NOËL J.A.: This is an appeal by the Canadian Human Rights Commission (the Commission or the appellant) from a decision of Harrington J. of the Federal Court [2010 FC 1198, 378 F.T.R. 299] (the Federal Court Judge) wherein he dismissed the contempt proceedings brought against Terry Tremaine (the respondent or Mr. Tremaine) based on his alleged failure to abide by the cease and desist order issued against him by the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal).

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : La Commission canadienne des droits de la personne (la Commission, ou l'appelante) fait appel d'un jugement par lequel le juge Harrington, de la Cour fédérale [2010 CF 1198] (le juge de la Cour fédérale), a rejeté la procédure d'outrage que la Commission avait introduite contre Terry Tremaine (l'intimé, ou M. Tremaine) parce que celui-ci aurait fait défaut de se conformer à l'ordonnance de cesser et de s'abstenir rendue contre lui par le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal).

[2] Although the Federal Court Judge found that Mr. Tremaine acted in contempt of the order of the Tribunal, he held that contempt could only be pronounced for a deliberate breach of an order of the Federal Court and that as at the material time Mr. Tremaine was not advised that the Tribunal order had been registered in the Federal Court, he could not be found in contempt. The appellant contends that in so holding, the Federal Court Judge committed a number of legal errors.

[2] Bien que le juge de la Cour fédérale ait conclu que M. Tremaine a commis un outrage lié à l'ordonnance du Tribunal, il a jugé que l'outrage ne pouvait être prononcé que pour une violation délibérée d'une ordonnance de la Cour fédérale puisque, à l'époque pertinente, M. Tremaine n'était pas informé que l'ordonnance du Tribunal avait été enregistrée à la Cour fédérale, et qu'il ne pouvait donc être déclaré coupable d'outrage. L'appelante soutient que, statuant ainsi, le juge de la Cour fédérale a commis plusieurs erreurs de droit.

[3] For the reasons which follow, I am of the view that the appeal should be allowed and that Mr. Tremaine should be found in contempt for having defied the order of the Tribunal.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appel devrait être accueilli et que M. Tremaine devrait être déclaré coupable d'outrage pour s'être soustrait à l'ordonnance du Tribunal.

## FACTUAL BACKGROUND

[4] On October 13, 2004, Richard Warman (the complainant) filed a complaint against the respondent under section 13 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 88] of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the Act) with the Commission. The complainant, a former employee of the Commission, stated that he has been monitoring for many years the activities of “white supremacist” and “neo-Nazi groups” in Canada and abroad. The complainant contended that the respondent had engaged in discriminatory practices on the grounds of religion, national or ethnic origin, race and color on the Internet. The Commission investigated the complaint and referred it to the Tribunal.

[5] On February 2, 2007, the Tribunal found the complaint to be well founded [*Warman v. Tremaine*, 2007 CHRT 2]. At the hearing, the complainant testified that he had been monitoring the website <stormfront.org> for many years and that he specifically investigated postings by someone with the pseudonym “mathdokter99”. It is not disputed that the identity of the author of the postings under the pseudonym “mathdokter99” is Mr. Tremaine (Tribunal reasons, at paragraph 52). The complainant also referred the Tribunal to the creation by the respondent of the website <nspanada.nfshost.com> where the respondent posted what he claimed to be the political program of the National-Socialist Party of Canada, a party “dedicated to the creation of a White racialist state in Canada” (Tribunal reasons, at paragraphs 80 and 82).

[6] The Tribunal reviewed the evidence and concluded that the messages conveyed by the respondent were likely to expose persons of the Jewish faith, Blacks and other non-white minorities to hatred or contempt and that a discriminatory practice under subsection 13(1) of the Act had been established (Tribunal reasons, at paragraphs 140 to 142). The Tribunal issued a cease and desist order and fined Mr. Tremaine \$4 000. The order reads in part (Tribunal reasons, at paragraph 169):

## LES FAITS

[4] Le 13 octobre 2004, Richard Warman (le plaignant) a déposé une plainte contre l’intimé auprès de la Commission en vertu de l’article 13 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 88] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi). Le plaignant, un ancien employé de la Commission, affirmait avoir surveillé durant de nombreuses années les activités de groupes « suprémacistes blancs » et « néonazis » menées au Canada et à l’étranger. Le plaignant prétendait que l’intimé s’était livré, sur Internet, à des actes discriminatoires fondés sur la religion, l’origine nationale ou ethnique, la race et la couleur. La Commission a enquêté sur la plainte et l’a renvoyé au Tribunal.

[5] Le 2 février 2007, le Tribunal a jugé que la plainte était fondée [*Warman c. Tremaine*, 2007 TCDP 2]. Au cours de l’audience tenue devant le Tribunal, le plaignant avait témoigné qu’il surveillait depuis de nombreuses années le site Web <stormfront.org> et qu’il suivait en particulier les messages affichés par une personne employant le pseudonyme « mathdokter99 ». Il n’est pas contesté que l’auteur des messages portant le pseudonyme « mathdokter99 » est M. Tremaine (motifs du Tribunal, au paragraphe 52). Le plaignant a aussi renvoyé le Tribunal au site Web <nspanada.nfshost.com> établi par l’intimé, un site où celui-ci affichait ce qu’il disait être le programme politique du Parti national-socialiste du Canada, un parti « résolu à établir au Canada un État raciste blanc » (motifs du Tribunal, aux paragraphes 80 et 82).

[6] Le Tribunal, après examen de la preuve, a conclu que les messages transmis par l’intimé étaient susceptibles d’exposer à la haine ou au mépris les personnes de religion juive, les Noirs et autres minorités non blanches, et qu’un acte discriminatoire aux termes du paragraphe 13(1) de la Loi avait été établi (motifs du Tribunal, aux paragraphes 140 à 142). Le Tribunal a rendu une ordonnance de cesser et de s’abstenir et a imposé une amende de 4 000 \$ à M. Tremaine. L’ordonnance contient le passage suivant (motifs du Tribunal, au paragraphe 169) :



... the Tribunal finds that the complaint against [Mr.] Tremaine is substantiated and orders that:

1. [Mr.] Tremaine, and any other individuals who act in concert with Mr. Tremaine, cease the discriminatory practice of communicating telephonically or causing to be communicated telephonically by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, material of the type that was found to violate [sub]section 13(1) in the present case, or any other messages of a substantially similar content, that are likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination, contrary to [sub]section 13(1) of the [Act].

[7] On February 13, 2007, the Commission filed a certified copy of the Tribunal's order with the Federal Court Registry, pursuant to section 57 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 29] of the Act (appeal book, at page 73). The respondent was not given notification of this procedure.

[8] The respondent sought judicial review of the Tribunal's order before the Federal Court. On September 12, 2008, in *Tremaine v. Warman*, 2008 FC 1032, 334 F.T.R. 78, Snider J. dismissed his application. The respondent did not appeal.

[9] Since the issuance of the Tribunal's order, many of the messages that had been found to violate section 13 of the Act by the Tribunal have remained on the Internet and a number of additional messages have been posted. The complainant has filed two affidavits attesting to these "fresh" messages and the continued presence of the earlier ones as of February 12, 2009 and March 19, 2010 respectively (appeal book, Vol. 1, at page 122; and Vol. 3, at page 713).

[10] In March 2009, the Commission moved for a show cause order pursuant to rule 467 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (the *Federal Courts Rules* [or Rules]). On June 22, 2010 the Federal Court Judge, satisfied that a *prima facie* case of contempt had been made out, issued a show cause order in *Warman v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, 2010 FC 680.

[...] le Tribunal affirme que la plainte déposée contre [M.] Tremaine est fondée et il ordonne ce qui suit :

1. que [M.] Tremaine, et les autres personnes qui agissent en concertation avec lui, mettent fin à l'acte discriminatoire consistant à utiliser ou à faire utiliser un téléphone en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunications relevant de la compétence du Parlement, pour communiquer des messages du genre de ceux qui ont ici été déclarés contraires au paragraphe 13(1), ou tout autre message présentant un contenu sensiblement analogue, qui sont susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison d'un motif de distinction illicite, contrevenant ainsi au paragraphe 13(1) de la [Loi];

[7] Le 13 février 2007, la Commission a déposé au greffe de la Cour fédérale une copie certifiée conforme de l'ordonnance du Tribunal, en vertu de l'article 57 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 29] de la Loi (dossier d'appel, à la page 73). L'intimé n'a pas reçu avis de ce dépôt.

[8] L'intimé a sollicité le contrôle judiciaire de l'ordonnance du Tribunal devant la Cour fédérale. Le 12 septembre 2008, dans la décision *Tremaine c. Warman*, 2008 CF 1032, la juge Snider a rejeté sa demande. L'intimé n'a pas fait appel.

[9] Depuis que le Tribunal a rendu son ordonnance, nombre des messages qui avaient été déclarés contraires à l'article 13 de la Loi sont demeurés sur Internet et plusieurs messages additionnels y ont été affichés. Le plaignant a déposé deux affidavits qui témoignent de ces « nouveaux » messages, ainsi que du maintien des précédents messages, au 12 février 2009 et au 19 mars 2010 respectivement (dossier d'appel, vol. 1, à la page 122; et vol. 3, à la page 713).

[10] En mars 2009, la Commission, conformément à la règle 467 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les *Règles des Cours fédérales*), a présenté une requête en ordonnance de justifier. Le 22 juin 2010, le juge de la Cour fédérale, estimant qu'une preuve *prima facie* de l'outrage avait été apportée, a rendu une ordonnance de justifier, dans la décision *Warman c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2010 CF 680.

## DECISION OF THE FEDERAL COURT

[11] The Federal Court Judge first questioned whether the case before him was one of criminal or civil contempt. He proceeded to conduct his analysis on the basis that civil contempt was being alleged (reasons, at paragraph 9).

[12] The Federal Court Judge adopted the tripartite test for civil contempt set out in *Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686 (C.A.) (*Prescott-Russell*). Focusing on the second element of that test, i.e. that there must be a deliberate breach of an order, the Federal Court Judge identified Mr. Tremaine's "overriding defence" as follows (reasons, at paragraph 23):

... he did not know the Tribunal's order had been registered with this Court until August 2010, when he was specifically so served. He had no intention of defying this Court.

The Federal Court Judge later identified March 2009 rather than August 2010, as the date on which Mr. Tremaine was made aware of this registration, a finding which is not being challenged in this appeal (reasons, at paragraph 25).

[13] As to the offensive material which remained on the Internet after that date, the Federal Court Judge noted Mr. Tremaine's further argument that the order of the Tribunal was not sufficiently clear to require him to remove this material (reasons, at paragraphs 22 and 29).

[14] Addressing the argument that Mr. Tremaine was not notified that the order had been registered, the Federal Court Judge acknowledged that there is no statutory requirement that this be done (reasons, at paragraph 6). However, he found that the common law of contempt requires the Commission to establish that the alleged contemnor had knowledge of a "Court order" as opposed to an order of a lower Tribunal. In this respect, the Federal Court Judge cited two passages from *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217 (*Bhatnager*) and *Canada (Human*

## DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[11] Le juge de la Cour fédérale s'est d'abord demandé si la procédure dont il était saisi concernait un outrage criminel ou un outrage civil. Il a entrepris de faire son analyse en tenant pour acquis que c'était un outrage civil qui était allégué (motifs, au paragraphe 9).

[12] Le juge de la Cour fédérale a adopté le triple critère de l'outrage civil, exposé dans l'arrêt *Services aux enfants et adultes de Prescott-Russell c. G. (N.)*, 2006 CanLII 21037, 82 R.J.O (3<sup>e</sup>) 669 (C.A.) (l'arrêt *Prescott-Russell*). S'intéressant au deuxième volet de ce critère, c'est-à-dire le principe selon lequel il doit y avoir manquement délibéré à une ordonnance, le juge de la Cour fédérale a défini comme suit le « moyen de défense primordial » de M. Tremaine (motifs, au paragraphe 23) :

[...] il a appris seulement en août 2010, lorsqu'il en a reçu signification, que l'ordonnance du Tribunal avait été enregistrée à la Cour. Il n'avait aucune intention de défier la Cour.

Le juge de la Cour fédérale a plus tard indiqué mars 2009 plutôt qu'août 2010 comme date à laquelle M. Tremaine avait été informé de cet enregistrement, conclusion qui n'est pas contestée dans le présent appel (motifs, au paragraphe 25).

[13] Quant aux messages choquants qui sont demeurés sur Internet après cette date, le juge de la Cour fédérale a pris note de l'argument additionnel de M. Tremaine selon lequel l'ordonnance du Tribunal n'était pas suffisamment précise pour l'obliger à supprimer ces messages (motifs, aux paragraphes 22 et 29).

[14] S'exprimant quant à l'argument selon lequel l'enregistrement de l'ordonnance n'a pas été signifié à M. Tremaine, le juge de la Cour fédérale a reconnu qu'il n'existait aucune obligation légale de signification de l'enregistrement (motifs, au paragraphe 6). Cependant, il a estimé que, selon la common law relative à l'outrage, la Commission est tenue d'établir que la personne qui aurait commis l'outrage savait qu'une « ordonnance de la cour » avait été rendue, par opposition à une ordonnance d'un tribunal de juridiction inférieure. À cet égard, le juge de la Cour fédérale citait deux précédents,

*Rights Commission*) v. *Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892 (*Taylor*) as authority for the proposition that there must be a breach of an order of the Court before one can be pronounced in contempt of Court (reasons, at paragraphs 24 and 27).

[15] While the respondent had knowledge of the Tribunal's February 2, 2007 order, he did not have knowledge that the order had been registered with the Court until at least March 2009—when a copy of the certificate was included in the show cause materials (reasons, at paragraph 25). As such, he could not be found guilty of contempt with respect to material posted on the Internet before that date (reasons, at paragraph 28).

[16] As to the material which Mr. Tremaine allowed to remain on the Internet after March 2009, the Federal Court Judge accepted the respondent's argument that the order did not make it sufficiently clear that he was to remove this material (reasons, at paragraph 29). In his view, the reference to "material of the type" in the Tribunal's order refers to material that is distinct and separate from the material which was actually found by the Tribunal to violate subsection 13(1) [of the Act].

[17] Having so found, the Federal Court Judge dismissed the application brought by the Commission seeking to have Mr. Tremaine found guilty of contempt (reasons, at paragraphs 28 and 29).

[18] Although it was not necessary for him to do so, the Federal Court Judge addressed the other elements of the respondent's defence. Specifically, he rejected the contention that the respondent did not "communicate" within the meaning of subsection 13(1) of the Act. This argument was dismissed for a variety of reasons, notably on account of the fact that it had not been raised before the Tribunal or before the Federal Court in the prior proceedings (reasons, at paragraphs 33 and 35). Finally, the argument that Mr. Tremaine was prohibited

l'arrêt *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217 (*Bhatnager*), et l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892 (*Taylor*), qui selon lui permettaient d'affirmer qu'il doit y avoir manquement à une ordonnance de la Cour avant qu'on puisse être reconnu coupable d'outrage (motifs, aux paragraphes 24 et 27).

[15] Malgré que l'intimé ait eu connaissance de l'ordonnance du 2 février 2007 rendue par le Tribunal, il n'a pas su avant au moins mars 2009 que l'ordonnance avait été enregistrée auprès de la Cour — lorsqu'une copie du certificat a été insérée parmi les pièces de la requête en ordonnance de justifier (motifs, au paragraphe 25). Il ne pouvait donc pas être reconnu coupable d'outrage pour les messages affichés sur Internet avant cette date (motifs, au paragraphe 28).

[16] Quant aux messages que M. Tremaine a laissés sur Internet après mars 2009, le juge de la Cour fédérale a admis l'argument de l'intimé selon lequel l'ordonnance ne précisait pas d'une manière suffisamment claire qu'il devait les supprimer (motifs, au paragraphe 29). Selon le juge, les mots « articles du genre de », dans l'ordonnance du Tribunal, renvoient à des messages qui sont distincts de ceux à l'égard desquels le Tribunal a effectivement conclu à une violation du paragraphe 13(1) [de la Loi].

[17] Le juge de la Cour fédérale a donc rejeté la demande de la Commission qui le priait de déclarer M. Tremaine coupable d'outrage (motifs, aux paragraphes 28 et 29).

[18] Bien qu'il ne fût pas nécessaire pour lui de le faire, le juge de la Cour fédérale a examiné les autres aspects de la défense de l'intimé. Plus précisément, il a rejeté l'affirmation selon laquelle l'intimé n'avait pas « communiqué » au sens du paragraphe 13(1) de la Loi. Cet argument a été rejeté pour diverses raisons, notamment parce qu'il n'avait pas été avancé devant le Tribunal ou devant la Cour fédérale dans les procédures antérieures (motifs, aux paragraphes 33 et 35). Enfin, l'argument selon lequel il était interdit à M. Tremaine

from accessing the Internet as a result of a bail condition in criminal proceedings against him in Saskatchewan was also dismissed as that condition was only issued in January 2008, and had no bearing on his contemptuous behaviour.

d'accéder à Internet à cause de l'une des conditions de sa mise en liberté sous caution, dans le cadre d'une procédure criminelle engagée contre lui en Saskatchewan, a lui aussi été rejeté, car cette condition ne lui avait été imposée qu'en janvier 2008 et qu'elle était sans rapport avec l'outrage.

#### RELEVANT LEGISLATIVE PROVISIONS

[19] Section 57 of the Act provides for the enforcement of orders of the Tribunal as follows:

Enforcement of order

**57.** An order under section 53 or 54 may, for the purpose of enforcement, be made an order of the Federal Court by following the usual practice and procedure or by the Commission filing in the Registry of the Court a copy of the order certified to be a true copy.

[20] Rule 424 of the *Federal Courts Rules* provides for the enforcement of such orders through the Federal Court as follows:

Enforcement of order of tribunal

**424.** (1) Where under an Act of Parliament the Court is authorized to enforce an order of a tribunal and no other procedure is required by or under that Act, the order may be enforced under this Part.

Filing of order

(2) An order referred to in subsection (1) shall be filed together with a certificate from the tribunal, or an affidavit of a person authorized to file such an order, attesting to the authenticity of the order.

[21] Rules 466 to 472 of the *Federal Courts Rules* have codified the law of contempt as follows:

Contempt

**466.** Subject to rule 467, a person is guilty of contempt of Court who

(a) at a hearing fails to maintain a respectful attitude, remain silent or refrain from showing approval or disapproval of the proceeding;

(b) disobeys a process or order of the Court;

#### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[19] L'article 57 de la Loi prévoit ce qui suit, pour l'exécution des ordonnances du Tribunal :

**57.** Aux fins de leur exécution, les ordonnances rendues en vertu des articles 53 et 54 peuvent, selon la procédure habituelle ou dès que la Commission en dépose au greffe de la Cour fédérale une copie certifiée conforme, être assimilées aux ordonnances rendues par celle-ci.

[20] La règle 424 des *Règles des Cours fédérales* dispose ainsi, pour l'exécution de telles ordonnances par l'entremise de la Cour fédérale :

**424.** (1) Lorsque la Cour est autorisée, en vertu d'une loi fédérale, à poursuivre l'exécution forcée de l'ordonnance d'un office fédéral et qu'aucune autre procédure n'est prévue aux termes de cette loi ou de ses textes d'application, l'exécution forcée de l'ordonnance est assujettie à la présente partie.

(2) L'ordonnance visée au paragraphe (1) est déposée avec un certificat de l'office fédéral ou un affidavit de la personne autorisée à la déposer, attestant l'authenticité de l'ordonnance.

[21] Les règles 466 à 472 des *Règles des Cours fédérales* ont codifié ainsi les règles applicables à l'outrage :

**466.** Sous réserve de la règle 467, est coupable d'outrage au tribunal quiconque :

a) étant présent à une audience de la Cour, ne se comporte pas avec respect, ne garde pas le silence ou manifeste son approbation ou sa désapprobation du déroulement de l'instance;

b) désobéit à un moyen de contrainte ou à une ordonnance de la Cour;

Exécution des ordonnances

Exécution de l'ordonnance d'un office fédéral

Dépôt de l'ordonnance

Outrage

	<p>(c) acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the Court;</p> <p>(d) is an officer of the Court and fails to perform his or her duty; or</p> <p>(e) is a sheriff or bailiff and does not execute a writ forthwith or does not make a return thereof or, in executing it, infringes a rule the contravention of which renders the sheriff or bailiff liable to a penalty.</p>	<p>c) agit de façon à entraver la bonne administration de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour;</p> <p>d) étant un fonctionnaire de la Cour, n'accomplit pas ses fonctions;</p> <p>e) étant un shérif ou un huissier, n'exécute pas immédiatement un bref ou ne dresse pas le procès-verbal d'exécution, ou enfreint une règle dont la violation le rend passible d'une peine.</p>	
Right to a hearing	<p><b>467.</b> (1) Subject to rule 468, before a person may be found in contempt of Court, the person alleged to be in contempt shall be served with an order, made on the motion of a person who has an interest in the proceeding or at the Court's own initiative, requiring the person alleged to be in contempt</p>	<p><b>467.</b> (1) Sous réserve de la règle 468, avant qu'une personne puisse être reconnue coupable d'outrage au tribunal, une ordonnance, rendue sur requête d'une personne ayant un intérêt dans l'instance ou sur l'initiative de la Cour, doit lui être signifiée. Cette ordonnance lui enjoint :</p>	Droit à une audience
	<p>(a) to appear before a judge at a time and place stipulated in the order;</p> <p>(b) to be prepared to hear proof of the act with which the person is charged, which shall be described in the order with sufficient particularity to enable the person to know the nature of the case against the person; and</p> <p>(c) to be prepared to present any defence that the person may have.</p>	<p>a) de comparaître devant un juge aux date, heure et lieu précisés;</p> <p>b) d'être prête à entendre la preuve de l'acte qui lui est reproché, dont une description suffisamment détaillée est donnée pour lui permettre de connaître la nature des accusations portées contre elle;</p> <p>c) d'être prête à présenter une défense.</p>	
Ex parte motion	<p>(2) A motion for an order under subsection (1) may be made <i>ex parte</i>.</p>	<p>(2) Une requête peut être présentée <i>ex parte</i> pour obtenir l'ordonnance visée au paragraphe (1).</p>	Requête <i>ex parte</i>
Burden of proof	<p>(3) An order may be made under subsection (1) if the Court is satisfied that there is a <i>prima facie</i> case that contempt has been committed.</p>	<p>(3) La Cour peut rendre l'ordonnance visée au paragraphe (1) si elle est d'avis qu'il existe une preuve <i>prima facie</i> de l'outrage reproché.</p>	Fardeau de preuve
Service of contempt order	<p>(4) An order under subsection (1) shall be personally served, together with any supporting documents, unless otherwise ordered by the Court.</p>	<p>(4) Sauf ordonnance contraire de la Cour, l'ordonnance visée au paragraphe (1) et les documents à l'appui sont signifiés à personne.</p>	Signification de l'ordonnance
Contempt in presence of a judge	<p><b>468.</b> In a case of urgency, a person may be found in contempt of Court for an act committed in the presence of a judge and condemned at once, if the person has been called on to justify his or her behaviour.</p>	<p><b>468.</b> En cas d'urgence, une personne peut être reconnue coupable d'outrage au tribunal pour un acte commis en présence d'un juge et condamnée sur-le-champ, pourvu qu'on lui ait demandé de justifier son comportement.</p>	Outrage en présence d'un juge
Burden of proof	<p><b>469.</b> A finding of contempt shall be based on proof beyond a reasonable doubt.</p>	<p><b>469.</b> La déclaration de culpabilité dans le cas d'outrage au tribunal est fondée sur une preuve hors de tout doute raisonnable.</p>	Fardeau de preuve

Evidence to be oral	<b>470.</b> (1) Unless the Court directs otherwise, evidence on a motion for a contempt order, other than an order under subsection 467(1), shall be oral.	<b>470.</b> (1) Sauf directives contraires de la Cour, les témoignages dans le cadre d'une requête pour une ordonnance d'outrage au tribunal, sauf celle visée au paragraphe 467(1), sont donnés oralement.	Témoignages oraux
Testimony not compellable	(2) A person alleged to be in contempt may not be compelled to testify.	(2) La personne à qui l'outrage au tribunal est reproché ne peut être contrainte à témoigner.	Témoignage facultatif
Assistance of Attorney General	<b>471.</b> Where the Court considers it necessary, it may request the assistance of the Attorney General of Canada in relation to any proceedings for contempt.	<b>471.</b> La Cour peut, si elle l'estime nécessaire, demander l'assistance du procureur général du Canada dans les instances pour outrage au tribunal.	Assistance du procureur général
Penalty	<p><b>472.</b> Where a person is found to be in contempt, a judge may order that</p> <p>(a) the person be imprisoned for a period of less than five years or until the person complies with the order;</p> <p>(b) the person be imprisoned for a period of less than five years if the person fails to comply with the order;</p> <p>(c) the person pay a fine;</p> <p>(d) the person do or refrain from doing any act</p> <p>(e) in respect of a person referred to in rule 429, the person's property be sequestered; and</p> <p>(f) the person pay costs.</p>	<p><b>472.</b> Lorsqu'une personne est reconnue coupable d'outrage au tribunal, le juge peut ordonner :</p> <p>a) qu'elle soit incarcérée pour une période de moins de cinq ans ou jusqu'à ce qu'elle se conforme à l'ordonnance;</p> <p>b) qu'elle soit incarcérée pour une période de moins de cinq ans si elle ne se conforme pas à l'ordonnance;</p> <p>c) qu'elle paie une amende;</p> <p>d) qu'elle accomplisse un acte ou s'abstienne de l'accomplir;</p> <p>e) que les biens de la personne soient mis sous séquestre, dans le cas visé à la règle 429;</p> <p>f) qu'elle soit condamnée aux dépens.</p>	Peine
[22] Finally, it is useful to reproduce section 13 of the Act:	<p><b>13.</b> (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.</p>	[22] Finalement, il est utile de reproduire ici l'article 13 de la Loi :	Propagande haineuse
Interpretation	(2) For greater certainty, subsection (1) applies in respect of a matter that is communicated	(2) Il demeure entendu que le paragraphe (1) s'applique à l'utilisation d'un ordinateur, d'un	Interprétation

by means of a computer or a group of interconnected or related computers, including the Internet, or any similar means of communication, but does not apply in respect of a matter that is communicated in whole or in part by means of the facilities of a broadcasting undertaking.

Interpretation

(3) For the purposes of this section, no owner or operator of a telecommunication undertaking communicates or causes to be communicated any matter described in subsection (1) by reason only that the facilities of a telecommunication undertaking owned or operated by that person are used by other persons for the transmission of that matter.

ensemble d'ordinateurs connectés ou reliés les uns aux autres, notamment d'Internet, ou de tout autre moyen de communication semblable mais qu'il ne s'applique pas dans les cas où les services d'une entreprise de radiodiffusion sont utilisés.

Interprétation

(3) Pour l'application du présent article, le propriétaire ou exploitant d'une entreprise de télécommunication ne commet pas un acte discriminatoire du seul fait que des tiers ont utilisé ses installations pour aborder des questions visées au paragraphe (1).

#### POSITION OF THE APPELLANT

[23] The appellant submits that the finding by the Federal Court Judge that the respondent was in contempt of the Tribunal's order in circumstances where this order had been filed in the Federal Court could only lead to a pronouncement of contempt, and that the Federal Court Judge erred in holding otherwise.

[24] Like the Federal Court Judge, the appellant submits that the test for civil contempt is found in *Prescott-Russell* and requires a clear and unequivocal order and a deliberate intent to disobey the order, beyond a reasonable doubt. Unlike the Federal Court Judge, however the appellant submits that it is knowledge of the order of the Tribunal that is material.

[25] The appellant submits that the Federal Court Judge erred in determining that the order of the Tribunal "became" an order of the Federal Court for purposes of section 57 of the Act. It points to the French text where it is stated that the order is "*assimilée*" to an order of the Federal Court. According to the appellant, the order thus remains an order of the Tribunal (appellant's memorandum, at paragraph 59).

[26] The appellant argues that aside from the requirements set out in section 57 of the Act and rule 424 of the

#### POSITION DE L'APPELANTE

[23] D'après l'appelante, la conclusion du juge de la Cour fédérale selon laquelle l'intimé a commis un outrage lié à l'ordonnance du Tribunal alors même que cette ordonnance avait été déposée au greffe de la Cour fédérale doit nécessairement déboucher sur une conclusion d'outrage, et le juge de la Cour fédérale a donc commis une erreur en statuant différemment.

[24] Comme le juge de la Cour fédérale, l'appelante soutient que le critère de l'outrage civil, exposé dans l'arrêt *Prescott-Russell*, requiert une ordonnance claire et sans équivoque ainsi qu'une intention délibérée, hors de tout doute raisonnable, d'y contrevenir. Toutefois, contrairement au juge de la Cour fédérale, l'appelante affirme que c'est la connaissance de l'ordonnance du Tribunal qui importe.

[25] Selon l'appelante, le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en disant que l'ordonnance du Tribunal « est devenue » une ordonnance de la Cour fédérale pour l'application de l'article 57 de la Loi. Elle signale la version française de cette disposition, où il est précisé que l'ordonnance est « assimilée » à une ordonnance de la Cour fédérale. Selon l'appelante, l'ordonnance demeure donc une ordonnance du Tribunal (mémoire de l'appelante, au paragraphe 59).

[26] L'appelante fait valoir que, hormis les conditions énoncées dans l'article 57 de la Loi et dans la règle 424

*Federal Courts Rules*, there exists no other obligation to enforce an order of the Tribunal as an order of the Federal Court. Nowhere in the statutes is knowledge of registration required. The appellant notes that the certificate issued by the Federal Court is not signed by a judge, contains no obligations and does not contain any reasons.

[27] Alternatively, the appellant submits that rule 466(c) of the *Federal Courts Rules* applies. It relies on *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388 (*Baxter Travenol*), a case in which the Supreme Court ruled that as soon as a judge has made his reasons public, disobeying them would constitute contempt, even if the contemptuous acts were to occur before the formal judgment is entered. The Supreme Court reasoned that holding otherwise would obstruct the course of justice and “subvert the whole process of going to court to settle disputes” (*Baxter Travenol*, at page 397).

#### POSITION OF THE RESPONDENT

[28] The main contention of the respondent is that the act of filing the Tribunal order in Federal Court is a separate and distinct discretionary act and is not automatic (respondent’s memorandum, at paragraph 2). He argues that the Federal Court Judge correctly applied the *Prescott-Russell* test for civil contempt. Like the Federal Court Judge, the respondent relies on *Bhatnager* to suggest that the alleged contemnor must have personal knowledge of the Court order and that this must be proven beyond a reasonable doubt (respondent’s memorandum, at paragraph 16). The respondent also refers to *Telus Mobility v. Telecommunications Workers Union*, 2002 FCT 656, 200 F.T.R. 291 (*Telus*), wherein a prothonotary of the Federal Court found that an arbitrator’s order under the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, only came into effect when it had been filed with the Federal Court and served on all the relevant parties—the mere filing being insufficient (*Telus*, at paragraph 4). The respondent emphasizes that

des *Règles des Cours fédérales*, il n’existe aucune autre obligation de faire exécuter une ordonnance du Tribunal en tant qu’ordonnance de la Cour fédérale. Nulle part dans les lois n’est requise la connaissance de l’enregistrement. L’appelante fait remarquer que le certificat délivré par la Cour fédérale n’est pas signé par un juge, qu’il ne contient pas d’obligations et qu’il ne contient pas de motifs.

[27] Subsidièrement, l’appelante soutient que l’alinéa 466(c) des *Règles des Cours fédérales* est applicable. Elle se fonde sur l’arrêt *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388 (l’arrêt *Baxter Travenol*), où la Cour suprême a conclu que, dès qu’un juge a rendu publics ses motifs, y contrevenir constitue un outrage, même si les faits d’outrage devaient survenir avant l’inscription du jugement officiel. La Cour suprême expliquait qu’une conclusion contraire aurait pour effet d’entraver le cours de la justice et de « min[er] tout le processus de recours aux tribunaux pour régler des différends » (arrêt *Baxter Travenol*, à la page 397).

#### POSITION DE L’INTIMÉ

[28] Le principal argument de l’intimé est que l’acte consistant à déposer l’ordonnance du Tribunal au greffe de la Cour fédérale est un acte discrétionnaire séparé et distinct et qu’il n’est pas automatique (mémoire de l’intimé, au paragraphe 2). Il fait valoir que le juge de la Cour fédérale a bien appliqué le critère de l’arrêt *Prescott-Russell* applicable à l’outrage civil. Tout comme lui, l’intimé se fonde sur l’arrêt *Bhatnager* pour affirmer que la personne qui aurait commis l’outrage doit avoir une connaissance personnelle de l’ordonnance de la Cour et que cette connaissance doit être prouvée hors de tout doute raisonnable (mémoire de l’intimé, au paragraphe 16). L’intimé se réfère aussi au jugement *Telus Mobilité c. Syndicat des travailleurs des télécommunications*, 2002 CFPI 656 (la décision *Telus*), où un protonotaire de la Cour fédérale concluait qu’une ordonnance arbitrale rendue en vertu du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, ne prenait effet que lorsqu’elle avait été déposée auprès de la Cour fédérale



Mr. Tremaine did not know that an order had been filed in the Federal Court, and suggests that the Commission might have purposefully kept him in the dark so as to bait him (respondent's memorandum, at paragraph 18).

[29] In addition, the respondent contends that he did not communicate or cause to be communicated subsequent to the Tribunal order. He submits that the Court order is clear and only required Mr. Tremaine to cease communicating or causing to be communicated. The respondent submits that the data that was already uploaded to the Internet prior to the order cannot be understood to have been communicated since the order, as communication requires transmission of a thought. He understands the order to only have targeted new acts of communication. The respondent relies on *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976 and *SOCAN – Tariff 22 (Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service not covered under Tariff Nos. 16 or 17)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (Copyright Board), for the interpretation of a “communication”. He further contends that uploading information to a foreign server was not an act of communication. It is rather the person downloading the information that performed the communication (respondent's memorandum, at paragraph 13).

[30] With respect to this last contention, I note that despite the use of the words “foreign web server” (respondent's memorandum, at paragraph 14) no submissions are made with reference to the fact that the server is located outside Canada.

[31] Finally, the respondent recalls that he was prohibited from accessing the Internet by a bail order and that as such he was precluded from removing the messages during the period of the alleged contempt.

et signifiée à toutes les parties concernées — le simple dépôt ne suffisant pas (décision *Telus*, au paragraphe 4). L'intimé souligne que M. Tremaine ne savait pas qu'une ordonnance avait été déposée au greffe de la Cour fédérale et il laisse entendre que la Commission avait pu à dessein le laisser dans l'ignorance de ce fait pour le piéger (mémoire de l'intimé, au paragraphe 18).

[29] En outre, l'intimé prétend que, après l'ordonnance du Tribunal, il n'a pas communiqué ni fait communiquer de nouveaux messages. Selon lui, l'ordonnance judiciaire est sans ambiguïté et l'obligeait uniquement à cesser de communiquer ou de faire communiquer. Selon l'intimé, on ne saurait prétendre que les données qui étaient déjà téléversées sur Internet avant l'ordonnance ont été communiquées depuis l'ordonnance, puisque la communication suppose la transmission d'une pensée. L'ordonnance, d'après lui, ne visait que de nouveaux actes de communication. Pour l'interprétation de ce que signifie une « communication », il se fonde sur l'arrêt *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976, et sur la décision *SOCAN – Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)* (Commission du droit d'auteur). Il prétend aussi que le téléversement vers un serveur étranger n'était pas un acte de communication. C'est plutôt la personne téléchargeant le message qui accomplit la communication (mémoire de l'intimé, au paragraphe 13).

[30] En ce qui concerne ce dernier argument, j'observe que, malgré l'emploi des mots [TRADUCTION] « serveur Web étranger » (mémoire de l'intimé, au paragraphe 14), aucune conclusion de l'intimé ne porte sur le fait que le serveur est situé en dehors du Canada.

[31] Finalement, l'intimé rappelle qu'une ordonnance de remise en liberté sous caution lui interdisait d'accéder à Internet et qu'il était donc empêché de supprimer les messages durant la période où l'outrage aurait été commis.

## ANALYSIS

*Knowledge of a “Court order” as a pre-requisite of contempt*

[32] It is important to note at the onset that Mr. Tremaine does not defend his case on the basis that he questioned whether the order of the Tribunal could legally be enforced because he was not informed that it had been registered with the Federal Court. Mr. Tremaine made it clear during his examination in chief that he was oblivious to the section 57 registration procedure (transcript, Vol. 3, at page 474, lines 7 to 15).

[33] According to Mr. Tremaine’s testimony, the reason why he chose to disregard the order of the Tribunal is that he had contempt for the Tribunal (transcript, Vol. 3, at page 476, lines 8 to 15) and believed that his views had to be addressed regardless of the Tribunal order (transcript, Vol. 3, at page 564, lines 5 to 7; see also appeal book, Vol. 4, at page 964):

My purpose in ignoring the cease and desist order was to address the urgent matter of impending white extinction.

[34] Relying on Mr. Tremaine’s testimony, the Federal Court Judge had no difficulty in finding that Mr. Tremaine was in contempt of the order of the Tribunal (reasons, at paragraph 1). However, he held that contempt could only be pronounced for the breach of an order of the Federal Court, and that as a result, Mr. Tremaine could not be found guilty of contempt with respect to anything done before March 2009, when he first became aware of the registration of the order of the Tribunal in the Federal Court.

[35] Both parties submitted, and the Federal Court Judge agreed, that the relevant test for civil contempt is that set out by the Ontario Court of Appeal in *Prescott-Russell*. Only the second prong of this test is in issue in this case (*Prescott-Russell*, at paragraph 27):

## ANALYSE

*La connaissance d’une « ordonnance de la Cour » comme condition préalable à une conclusion d’outrage*

[32] Il importe de souligner au départ que M. Tremaine ne prétend pas que l’ordonnance du Tribunal ne pouvait pas juridiquement être exécutée parce qu’il n’était pas informé qu’elle avait été enregistrée auprès de la Cour fédérale. M. Tremaine a clairement souligné durant son interrogatoire principal qu’il était ignorant de la procédure d’enregistrement indiquée à l’article 57 (transcription, vol. 3, à la page 474, lignes 7 à 15).

[33] Selon le témoignage de M. Tremaine, la raison pour laquelle il a décidé de ne pas respecter l’ordonnance du Tribunal est qu’il ressentait du mépris pour le Tribunal (transcription, vol. 3, à la page 476, lignes 8 à 15) et que selon lui ses idées devaient être considérées, sans égard à l’ordonnance du Tribunal (transcription, vol. 3, à la page 564, lignes 5 à 7; voir aussi le dossier d’appel, vol. 4, à la page 964) :

[TRADUCTION] En ignorant l’ordonnance de cesser et de s’abstenir, je cherchais à faire reconnaître l’urgence d’empêcher l’extinction de la race blanche.

[34] S’appuyant sur le témoignage de M. Tremaine, le juge de la Cour fédérale n’a eu aucune difficulté à conclure que M. Tremaine avait commis un outrage relié à l’ordonnance du Tribunal (motifs, au paragraphe 1). Cependant, il a jugé qu’il ne pouvait conclure à l’outrage que pour la violation d’une ordonnance de la Cour fédérale et que par conséquent, il ne pouvait être trouvé coupable d’outrage à l’égard de quoi que ce soit fait avant mars 2009, lorsqu’il a eu connaissance de l’enregistrement de l’ordonnance du Tribunal auprès de la Cour fédérale.

[35] Les deux parties ont fait valoir, et le juge de la Cour fédérale a reconnu, que le critère applicable à l’outrage civil est le critère exposé par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Prescott-Russell*. Seul le deuxième volet de ce critère est en cause ici (arrêt *Prescott-Russell*, au paragraphe 27) :

The criteria applicable to a contempt of court conclusion are settled law. A three-pronged test is required. First, the order that was breached must state clearly and unequivocally what should and should not be done. Secondly, the party who disobeys the order must do so deliberately and wilfully. Thirdly, the evidence must show contempt beyond a reasonable doubt. Any doubt must clearly be resolved in favour of the person or entity alleged to have breached the order. [Citations omitted; my emphasis.]

[36] As the Federal Court Judge made clear, a person cannot knowingly disobey an order unless he or she has knowledge of it. The issue in this case is whether the Federal Court Judge could hold, in the specific context where an order of the Tribunal has been filed with the Federal Court for enforcement purposes pursuant to section 57 of the Act, that knowledge of the Tribunal order alone cannot give rise to a finding of contempt. The issue so described gives rise to a question of law which stands to be assessed on a standard of correctness.

[37] In holding that knowledge of a “Court order” was required, the Federal Court Judge relied on brief passages from two decisions of the Supreme Court where knowledge of a Court order was said to be a condition precedent to a finding of contempt (reasons, at paragraphs 24 and 27). However, neither decision dealt with the issue with which we are concerned. In *Taylor*, the central element of the analysis is that there must be knowledge by the alleged contemnor that he or she is breaching an order (*Taylor*, at pages 933 and 934). In *Bhatnager*, the reference by Sopinka J. to a Court order is explained by the fact that the only order sought to be enforced in that case was an order of the Federal Court. Again, the central element of the analysis is knowledge that an order is being breached.

[38] In my view, the issue raised in this appeal turns on the registration provision set out in section 57 of the Act, and in particular whether the order enforced under

Les critères qui s’appliquent à une conclusion de culpabilité d’outrage au tribunal sont bien établis. Un test à trois volets s’impose. D’abord, l’ordonnance qui n’a pas été respectée doit énoncer clairement et sans équivoque ce qui doit être fait ou ne doit pas être fait. Deuxièmement, la partie qui désobéit à l’ordonnance doit le faire de façon délibérée et volontaire. Troisièmement, la preuve doit établir l’outrage hors de tout doute raisonnable. C’est clair que tout doute doit être résolu en faveur de la personne ou de l’entité alléguée d’avoir violé l’ordonnance. [Références omises; non souligné dans l’original.]

[36] Comme l’a bien précisé le juge de la Cour fédérale, une personne ne saurait sciemment contrevenir à une ordonnance à moins d’en avoir connaissance. La question qui se pose en l’espèce est de savoir si le juge de la Cour fédérale pouvait dire, dans le cas précis où une ordonnance du Tribunal a été déposée au greffe de la Cour fédérale à des fins d’exécution conformément à l’article 57 de la Loi, que la connaissance de l’ordonnance du Tribunal ne saurait à elle seule autoriser une conclusion d’outrage. La question ainsi décrite donne lieu à une question de droit qui doit être revue selon la norme de la décision correcte.

[37] En affirmant qu’il fallait la connaissance d’une « ordonnance de la Cour », le juge de la Cour fédérale se fondait sur de brefs extraits de deux arrêts de la Cour suprême, où l’on peut lire que, pour être reconnu coupable d’outrage, il faut avoir connaissance de l’existence d’une ordonnance de la Cour (motifs, aux paragraphes 24 et 27). Cependant, aucun de ces deux précédents n’abordait la question qui nous intéresse ici. Dans l’arrêt *Taylor*, l’élément central de l’analyse est que la personne qui aurait commis l’outrage doit savoir qu’elle contrevient à une ordonnance (arrêt *Taylor*, aux pages 933 et 934). Dans l’arrêt *Bhatnager*, la mention par le juge Sopinka d’une ordonnance de la Cour s’explique par le fait que l’unique ordonnance que l’on cherchait à faire exécuter dans ce précédent était une ordonnance de la Cour fédérale. Là encore, l’élément central de l’analyse est la connaissance de la violation d’une ordonnance.

[38] Selon moi, la question soulevée dans le présent appel porte sur l’enregistrement des ordonnances aux termes de l’article 57 de la Loi, et en particulier la

the authority of that provision is the order of the Tribunal or the order of the Court.

[39] The answer to that question is relatively straight forward when one considers that the only order being enforced under this scheme is that of the Tribunal and that there is today no legal principle that restricts the use of contempt powers to orders issued by superior courts.

[40] This last proposition flows from the decision of the Supreme Court in *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901 (*United Nurses*). The issue in that case turned on subsection 142(7) of the *Labour Relations Act* of Alberta, R.S.A. 1980, c. L-1.1, a provision analogous to section 57 of the Act:

**142. ...**

(7) If any directive made by the Board pursuant to subsection (5) or (6) is not complied with, the Board may, ... file a copy of the directive with the clerk of the Court [of Queen's Bench] ... and thereupon the directive is enforceable as a judgment or order of the Court.

[41] At issue was whether criminal contempt proceedings could validly be initiated further to the filing of a Board directive under that provision with the Alberta Court of Queen's Bench. One of the arguments made was that at common law, the power to punish for criminal contempt is available only in relation to orders of superior courts, and since the directive sought to be enforced was that of a lower tribunal, the Court did not have the jurisdiction to invoke its contempt powers in support of it (*United Nurses*, at page 940).

[42] McLachlin J. (as she then was) writing for the majority, rejected this argument. She explained that although Board orders are not the same as Court orders, that does not mean that they are any less enforceable by superior courts through contempt proceedings (*United*

question de savoir si l'ordonnance exécutée en vertu de cette disposition est l'ordonnance du Tribunal ou celle de la Cour.

[39] La réponse à cette question est relativement simple si l'on considère que l'unique ordonnance exécutée selon ce régime est celle du Tribunal et qu'il n'existe aujourd'hui aucun principe juridique limitant la procédure de l'outrage aux seules ordonnances rendues par les cours supérieures.

[40] Ce dernier principe découle de l'arrêt de la Cour suprême *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901 (l'arrêt *United Nurses*). La question posée dans ce précédent concernait le paragraphe 142(7) du *Labour Relations Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. L-1.1, une disposition analogue à l'article 57 de la Loi :

[TRADUCTION]

**142. [...]**

(7) En cas de violation d'une directive émise par la Commission en conformité avec les paragraphes (5) et (6), la Commission peut, [...] déposer, au greffe de la Cour [du banc de la Reine] [...] une copie de la directive, qui est alors exécutoire au même titre qu'un jugement ou une ordonnance de la Cour.

[41] La question était de savoir si une procédure d'outrage criminel pouvait valablement être engagée après qu'une directive de la Commission albertaine a été déposée en vertu de cette disposition auprès de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta. L'un des arguments avancés était que, en common law, le pouvoir de punir un outrage criminel n'existe que pour les ordonnances des cours supérieures et, puisque la directive à exécuter était celle d'un tribunal de juridiction inférieure, la Cour du banc de la Reine de l'Alberta n'était pas habilitée à invoquer ses pouvoirs de punir pour outrage pour faire respecter la directive (arrêt *United Nurses*, à la page 940).

[42] La juge McLachlin (maintenant juge en chef) s'exprimant pour les juges majoritaires, a rejeté cet argument. Elle expliquait que, bien que les ordonnances de la Commission albertaine ne soient pas des ordonnances de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta, cela ne

*Nurses*, at page 940). In so holding, she adopted the reasoning of Blair J.A. in *Ajax and Pickering General Hospital et al. and Canadian Union of Public Employees et al. (Re)* (1982), 35 O.R. (2d) 293 (C.A.) (*Ajax*), who held that a Board order issued pursuant to the equivalent provision of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, was enforceable as such from the time it was filed in the Court (*Ajax*, at paragraphs 63 to 83).

[43] Earlier on in her reasons, McLachlin J. explained that there was a time when only orders of superior courts were considered to be deserving of the respect which contempt proceedings are intended to secure. However, that time has passed; the question whether criminal contempt powers should be available with respect to orders of lower tribunals no longer raises an issue of jurisdiction but one of policy (*United Nurses*, at page 939):

It questions whether the legislature should enact that breach of a tribunal order is subject to the same consequences as breach of a Court order. The power of the legislature to do this cannot be questioned; legislatures routinely make changes in the law which empower or require federally appointed judges to impose certain remedies. Thus the question is one of policy; policy moreover, which can be debated. Against the argument that the contempt power is so serious that it should only be available for breaches of orders actually made by s. 96 judges, can be raised the argument that in reality important portions of our law are administered not by s. 96 judges but by inferior tribunals, and that these decisions, like court decisions, form part of the law and deserve respect and consequently the support of the contempt power.

[44] It is now settled law that decisions of lower tribunals can be enforced on their own account through contempt proceedings because they, like decisions of the superior courts, are considered by the legislator to be deserving of the respect which the contempt powers

signifie pas que les cours supérieures sont de ce fait moins habilitées à les faire exécuter par l'entremise de procédures d'outrage (arrêt *United Nurses*, à la page 940). Elle adoptait ainsi le raisonnement suivi par le juge Blair dans un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Ajax and Pickering General Hospital et al. and Canadian Union of Public Employees et al. (Re)* (1982), 35 O.R. (2d) 293 (C.A.) (*Ajax*), pour qui l'ordonnance rendue par une commission conformément à la disposition correspondante de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 228, était exécutoire, en elle-même, dès son dépôt devant la Cour supérieure de justice (arrêt *Ajax*, aux paragraphes 63 à 83).

[43] Plus haut dans ses motifs, la juge McLachlin expliquait qu'autrefois seules les ordonnances des cours supérieures étaient considérées comme méritant le respect qu'une procédure d'outrage est censée assurer. Cependant, il n'en est plus ainsi; la question de savoir si les pouvoirs de sanction de l'outrage criminel devraient pouvoir être exercés pour les ordonnances des tribunaux de juridiction inférieure ne porte plus sur une question de compétence, mais sur une question de principe (arrêt *United Nurses*, à la page 939) :

Il soulève la question de savoir si le législateur provincial devrait décréter que la violation d'une ordonnance d'un tribunal est assujettie aux mêmes conséquences que la violation d'une ordonnance d'une cour de justice. Le pouvoir de la législature d'agir ainsi ne peut être mis en doute; les législatures apportent couramment à la loi des modifications qui exigent que les juges nommés par le gouvernement fédéral imposent certaines réparations ou qui leur en donnent le pouvoir. Par conséquent, il s'agit d'une question de principe qui, par ailleurs, peut être contestée. À la prétention que le pouvoir de condamner pour outrage est tellement important qu'il ne devrait être exercé que dans les cas de violation d'ordonnances rendues par les juges nommés en vertu de l'art. 96, on peut opposer la prétention que, en réalité, d'importantes parties de notre droit sont administrées non pas par ces juges, mais par des tribunaux inférieurs, et que ces décisions, comme celles des cours de justice, font partie du droit et méritent le respect et, par conséquent, le soutien qu'offre le pouvoir de condamner pour outrage.

[44] Il est aujourd'hui bien établi que les décisions des tribunaux de juridiction inférieure peuvent être exécutées en elles-mêmes par l'entremise de procédures d'outrage parce que, comme pour les décisions des cours supérieures, le législateur estime qu'elles méritent le

are intended to impose. This is what section 57 achieves with respect to orders made by the Tribunal under sections 53 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27] and 54 [as am. *idem*, s. 28] of the Act.

[45] It follows that in the present case, there is only one order—the Tribunal order—which is enforced by the Federal Court pursuant to section 57 as though it was an order of that Court. This intent is best reflected by the French text according to which: “*les ordonnances rendues en vertu des articles 53 et 54 peuvent [...] être assimilées aux ordonnances rendues par celle-ci [i.e., la Cour fédérale]*” [emphasis added].

[46] The Federal Court Judge therefore erred when he held that the deliberate violation of the order of the Tribunal could not in itself give rise to a finding of contempt (reasons, at paragraph 28).

[47] Counsel for Mr. Tremaine maintains that even if the violation of the order of the Tribunal can give rise to a finding of contempt, notice that the order of the Tribunal was registered with the Federal Court remains a prerequisite.

[48] I note that there is no requirement in any of the statutory law with which we are concerned—whether it be the Act, the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] or Rules—that notice of registration be given. It follows that if there is such a requirement, it must be shown to exist under the common law.

[49] The only case on point appears to be the decision of Prothonotary Hargrave in *Telus* where he found, relying on *Bhatnager*, that knowledge of the “filed order”, as opposed to the order itself, was a prerequisite (*Telus*, at paragraphs 3, 4 and 5). However, as explained earlier, *Bhatnager* was not a registration case. The issue was whether acceptance of service of an order of the Federal Court by the solicitor for the two ministers who were

respect que les procédures d’outrage sont censées assurer. C’est ce que fait l’article 57 pour les ordonnances rendues par le Tribunal en vertu des articles 53 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] et 54 [mod., *idem*, art. 28] de la Loi.

[45] Il s’ensuit que, dans la présente affaire, il n’y a qu’une seule ordonnance — l’ordonnance du Tribunal — qui est exécutée par la Cour fédérale conformément à l’article 57, comme si elle était une ordonnance de cette Cour. Cette intention est on ne peut mieux exprimée par la version française, selon laquelle : « les ordonnances rendues en vertu des articles 53 et 54 peuvent [...] être assimilées aux ordonnances rendues par celle-ci [c’est-à-dire la Cour fédérale] » [non souligné dans l’original].

[46] Le juge de la Cour fédérale a donc commis une erreur lorsqu’il a conclu que la violation délibérée de l’ordonnance du Tribunal ne pouvait pas à elle seule donner lieu à une conclusion d’outrage (motifs, au paragraphe 28).

[47] L’avocat de M. Tremaine soutient que, même si la violation de l’ordonnance du Tribunal peut donner lieu à une conclusion d’outrage, l’avis de l’enregistrement de l’ordonnance du Tribunal auprès de la Cour fédérale demeure une condition préalable.

[48] J’observe qu’il n’existe aucune exigence légale — qu’il s’agisse de la Loi, de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] ou des *Règles des Cours fédérales* — selon laquelle l’avis de l’enregistrement doit être signifié. Il s’ensuit que, s’il y a obligation de signifier l’enregistrement, il faut prouver cette obligation selon la common law.

[49] Le seul précédent pertinent semble être une décision du protonotaire Hargrave, la décision *Telus*, dans laquelle, se fondant sur l’arrêt *Bhatnager*, il concluait que la connaissance de l’« ordonnance déposée », par opposition à la connaissance de l’ordonnance, était une condition préalable (décision *Telus*, aux paragraphes 3, 4 et 5). Cependant, comme je l’expliquais plus haut, l’arrêt *Bhatnager* ne concernait pas l’enregistrement

targeted by the order was sufficient to impart knowledge of that order on the ministers so as to make them liable for contempt. Sopinka J., writing for the Court, held that it was not. According to him, the only common law requirement is that there be personal service or actual personal knowledge of the order sought to be enforced (*Bhatnager*, at paragraph 16).

[50] It is common ground in this case that Mr. Tremaine had this knowledge.

[51] Counsel for Mr. Tremaine correctly points out that in *United Nurses*, as well as in all the cases that were brought to our attention where an analogous enforcement procedure was used, the evidence shows that the alleged contemnor had been notified of the registration of the Tribunal or Board order.

[52] It is easy to understand why that is so. As alluded to earlier, questions can arise about the enforceability of such orders before they are registered. However, such questions disappear altogether when the order is registered. In the present case, the order had been registered when the alleged acts of contempt took place and nothing turns on the fact that Mr. Tremaine was not so advised as he made it clear that this had no impact on the course of action which he chose to take.

[53] In my view, the only prerequisite which can be derived from the Supreme Court's jurisprudence with respect to the second component of the civil contempt test is that there must be actual knowledge of a legally binding order such that it can be shown beyond a reasonable doubt that the order is being disobeyed deliberately or willfully by the alleged contemnor. This is what the evidence establishes in the present case.

d'une ordonnance. Il s'agissait de savoir si l'acceptation de la signification d'une ordonnance de la Cour fédérale par l'avocat des deux ministres qui étaient visés par l'ordonnance suffisait pour considérer que les ministres aient connaissance de ladite ordonnance et puissent ainsi être reconnus coupables d'outrage. Le juge Sopinka, s'exprimant pour la Cour suprême, avait répondu par la négative. D'après lui, l'unique exigence de common law est qu'il doit y avoir signification en main propre ou connaissance personnelle effective de l'ordonnance à exécuter (arrêt *Bhatnager*, au paragraphe 16).

[50] En l'espèce, il est établi que M. Tremaine avait cette connaissance.

[51] L'avocat de M. Tremaine fait observer avec raison que, dans l'arrêt *United Nurses*, comme dans tous les précédents qui ont été portés à notre attention et où fut employée une procédure analogue d'exécution, il se trouve que la personne qui aurait commis l'outrage avait reçu signification de l'enregistrement de l'ordonnance du Tribunal ou de la Commission.

[52] Il est facile de comprendre pourquoi il en est ainsi. Comme j'y faisais allusion plus haut, on peut s'interroger sur le caractère exécutoire de telles ordonnances avant leur enregistrement. Cependant, les doutes se dissipent entièrement quand l'ordonnance est enregistrée. En l'espèce, l'ordonnance avait été enregistrée quand le prétendu outrage a eu lieu, et le fait que M. Tremaine n'en était pas informé importe peu puisqu'il a bien précisé que cela n'avait eu aucun effet sur la ligne de conduite qu'il avait décidé de suivre.

[53] À mon avis, l'unique exigence qui puisse être déduite de la jurisprudence de la Cour suprême quant au deuxième volet du critère de l'outrage civil est qu'il doit y avoir connaissance effective d'une ordonnance juridiquement contraignante de sorte qu'il puisse être prouvé hors de tout doute raisonnable que l'ordonnance est transgressée délibérément ou volontairement par la personne qui aurait commis l'outrage. C'est ce que la preuve établit en l'espèce.

[54] Given that all the contemptuous acts were committed after Mr. Tremaine became aware of the Tribunal order, it is not necessary to address the appellant's alternative argument based on *Baxter Travenol*.

#### *Scope of the Tribunal order*

[55] The Federal Court Judge also accepted the respondent's argument that the order of the Tribunal was too vague to require him to remove the postings which the Tribunal had found to be offensive. Although it would be a strange result if the order of the Tribunal was construed as permitting the respondent to leave on the Internet the very material which the Tribunal found to be offensive, it is not necessary to spend time on this issue because the messages posted by Mr. Tremaine after he was made aware of the Tribunal order are clearly in breach of it. Indeed, counsel for the respondent acknowledged that the order requires Mr. Tremaine "to cease and desist, which is to stop and not do again" (respondent's memorandum, at paragraph 22 (my emphasis)) and Mr. Tremaine chose to do exactly the opposite (appeal book, Vol. 1, at pages 249 and 250; Vol. 2, at pages 294, 301 to 305, 312 to 315, 356 to 359, 366 to 368, 457 to 463). I therefore find that Mr. Tremaine acted in contempt of the order of the Tribunal when he continued to post offensive messages after February 2, 2007 when he became aware of the Tribunal order.

#### *Did the respondent "communicate"?*

[56] The respondent notes that the order uses the language "communicating telephonically", without further description (respondent's memorandum, at paragraphs 8 and 9). He contends that this is not sufficiently precise to capture communications which take place on the Internet.

[57] In this respect, I note, as the Federal Court Judge did, that the Tribunal order itself cannot be dissociated

[54] Puisque tous les faits d'outrage ont été commis après que M. Tremaine eut appris l'existence de l'ordonnance du Tribunal, il n'est pas nécessaire d'examiner l'autre argument de l'appelante fondé sur l'arrêt *Baxter Travenol*.

#### *Portée de l'ordonnance du Tribunal*

[55] Le juge de la Cour fédérale a aussi admis l'argument de l'intimé selon lequel l'ordonnance du Tribunal était trop vague pour l'obliger à supprimer les messages que le Tribunal avait déclarés choquants. Bien qu'il serait étrange si l'ordonnance du Tribunal était interprétée d'une manière qui permette à l'intimé de laisser sur Internet les messages mêmes que le Tribunal a déclarés choquants, il n'est pas nécessaire de consacrer du temps à cette question parce que les messages affichés par M. Tremaine après qu'il eut connaissance de l'ordonnance du Tribunal contreviennent manifestement à l'ordonnance. D'ailleurs, l'avocat de l'intimé a reconnu que l'ordonnance oblige M. Tremaine « à cesser et à s'abstenir, ce qui signifie arrêter et ne pas recommencer » (mémoire de l'intimé, au paragraphe 22 (non souligné dans l'original)), et M. Tremaine a décidé de faire exactement l'opposé (dossier d'appel, vol. 1, aux pages 249 et 250; vol. 2, aux pages 294, 301 à 305, 312 à 315, 356 à 359, 366 à 368, 457 à 463). J'arrive donc à la conclusion que M. Tremaine a commis un outrage lié à l'ordonnance du Tribunal quand il a continué d'afficher des messages choquants après le 2 février 2007, date à laquelle il a eu connaissance de l'ordonnance du Tribunal.

#### *L'intimé a-t-il « communiqué »?*

[56] L'intimé fait remarquer que les mots « utiliser un téléphone pour communiquer » sont employés dans l'ordonnance sans autre description (mémoire de l'intimé, aux paragraphes 8 et 9). Il prétend que ces mots ne sont pas suffisamment précis pour englober les communications qui ont eu lieu sur Internet.

[57] Sur ce point, j'observe, comme l'a fait le juge de la Cour fédérale, que l'ordonnance elle-même du



from the reasons given for its issuance (reasons, at paragraph 34). When regard is had to the reasons, it is clear that the respondent was prohibited from communicating on the Internet (see for example the decision of the Tribunal, at paragraph 149).

[58] The respondent further submits that the mere uploading of data on a foreign web server does not constitute an act of communication (respondent's memorandum, at paragraphs 13 to 15). Rather, the respondent maintains that (respondent's memorandum, at paragraph 13):

Any communication of Mr. Tremaine's thoughts, ideas, words or information resulted from the new intervening act of the person who downloaded them, in this case the complainant, Richard Warman.

[59] There is again no merit to this contention. In the present case, the evidence establishes beyond a reasonable doubt that Mr. Tremaine placed his messages on a website where they could be and were accessed at least by like-minded individuals (see for example, appeal book, Vol. 1, at pages 249 and 250; Vol. 2, at pages 294, 301 to 305, 312 to 315, 356 to 359). Nothing more is required in order to establish that Mr. Tremaine "communicated" his messages as section 13 contemplates (section 13 of the Act).

*The respondent's defence relating to the bail order*

[60] Finally, the respondent argues that he could not remove the Internet messages because his bail conditions prohibited him from accessing the Internet. However, as found by the Federal Court Judge, the bail conditions were only issued in January 2008, and therefore cannot have had any bearing on Mr. Tremaine's contemptuous behaviour before that date. Furthermore, the record reveals that Mr. Tremaine did access the Internet after January 2008 despite the conditions imposed on him (appeal book, Vol. 4, at page 959).

Tribunal ne peut être dissociée des motifs exposés pour la justifier (motifs, au paragraphe 34). Si l'on se reporte aux motifs, il est clair qu'il était interdit à l'intimé de communiquer sur Internet (voir par exemple la décision du Tribunal, au paragraphe 149).

[58] L'intimé affirme aussi que le simple téléversement de données sur un serveur Web étranger ne constitue pas une communication (mémoire de l'intimé, aux paragraphes 13 à 15). L'intimé soutient plutôt que (mémoire de l'intimé, au paragraphe 13) :

[TRADUCTION] Toute communication des pensées, des idées, des mots ou des renseignements de M. Tremaine résultait du nouvel acte intermédiaire de la personne qui les téléchargeait, en l'occurrence le plaignant, Richard Warman.

[59] Cette prétention est elle aussi dépourvue de bien-fondé. En l'espèce, la preuve montre hors de tout doute raisonnable que M. Tremaine plaçait ses messages sur un site Web où ils pouvaient être consultés, et étaient consultés, à tout le moins par des individus animés des mêmes idées que lui (voir par exemple le dossier d'appel, vol. 1, aux pages 249 et 250; vol. 2, aux pages 294, 301 à 305, 312 à 315, 356 à 359). Il n'en faut pas davantage pour établir que M. Tremaine « communiquait » ses messages comme l'envisage l'article 13 (l'article 13 de la Loi).

*La défense de l'intimé fondée sur l'ordonnance de remise en liberté sous caution*

[60] Enfin, l'intimé fait valoir qu'il lui était impossible de supprimer les messages affichés sur Internet parce que les conditions de sa mise en liberté sous caution lui interdisaient d'y accéder. Cependant, comme l'écrivait le juge de la Cour fédérale, les conditions en question n'ont été imposées qu'en janvier 2008, et elles ne pouvaient donc avoir aucune incidence avant cette date sur l'insoumission de M. Tremaine. Par ailleurs, le dossier révèle que M. Tremaine a bel et bien accédé à Internet après janvier 2008, en dépit des conditions qui lui avaient été imposées (dossier d'appel, vol. 4, à la page 959).

## DISPOSITION

[61] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Federal Court Judge and giving the judgment which he ought to have given, I would find Mr. Tremaine in contempt of the order of the Tribunal for having communicated through the Internet prohibited material after February 2, 2007, and would remit the matter to the Federal Court Judge for sentencing, the whole with costs in favour of the Commission throughout.

DAWSON J.A.: I agree.

\* \* \*

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

[62] PELLETIER J.A. (DISSENTING): I have read the reasons of my colleague Noël J.A. in draft. I am unable to agree with his disposition of this appeal. I would dismiss the appeal with costs to Mr. Tremaine.

[63] The difference between our positions is that, in my view, before a person can be found to be in contempt of Court as a result of disobeying a tribunal order, that person must have notice that the tribunal order was filed in the Federal Court so that they are aware that they are disobeying what is now a Court order. As I understand my colleague's reasons, his position is that notice of filing of the tribunal order in the Federal Court is not necessary to support a finding of contempt of Court. It is enough that the person knowingly and wilfully disobeys a tribunal order. While the filing of the order in Federal Court is a necessary step in the enforcement of the order so as to seize the Court with jurisdiction over the matter, notice that the order has been filed is not a necessary condition for a finding of contempt of Court since it is knowledge of the tribunal order which is material.

## DÉCISION

[61] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision du juge de la Cour fédérale et, rendant le jugement qu'il aurait dû rendre, je déclarerais M. Tremaine coupable d'avoir commis un outrage lié à l'ordonnance du Tribunal en communiquant par l'entremise d'Internet, après le 2 février 2007, des messages interdits, et je renverrais l'affaire au juge de la Cour fédérale pour qu'il détermine la peine à imposer, les dépens étant adjugés à la Commission pour l'ensemble des procédures.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

\* \* \*

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

[62] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (DISSIDENT) : J'ai lu l'ébauche des motifs de mon collègue, le juge Noël. Il m'est impossible de souscrire à la manière dont il dispose du présent appel. Je rejetterais l'appel et accorderais les dépens à M. Tremaine.

[63] Ce qui nous fait chacun conclure différemment, c'est que, selon moi, avant que l'on puisse être déclaré coupable d'outrage pour avoir contrevenu à l'ordonnance d'un tribunal administratif, il faut être informé que l'ordonnance a été déposée au greffe de la Cour fédérale, et c'est alors que l'on saura que l'on désobéit à ce qui est maintenant une ordonnance judiciaire. Si je comprends bien les motifs de mon collègue, un avis de dépôt de l'ordonnance du tribunal administratif devant la Cour fédérale n'est pas, selon lui, nécessaire pour autoriser une conclusion d'outrage. Il suffit que l'intéressé enfreigne sciemment et volontairement l'ordonnance. Le dépôt de l'ordonnance devant la Cour fédérale est une étape nécessaire de l'exécution de l'ordonnance, au sens où l'affaire ressortira dès lors à la Cour, mais l'avis du dépôt de l'ordonnance n'est pas une condition nécessaire à une conclusion d'outrage puisque ce qui importe c'est la connaissance de l'existence de l'ordonnance du tribunal administratif.

[64] The difference which underlies our two positions is the nature of the order being enforced. In my view, upon filing with the Federal Court, a tribunal order becomes a Court order for the purposes of enforcement. My colleague's position, as I understand it, is that the tribunal order remains a tribunal order, and only a tribunal order, even after it has been filed in the Federal Court. Nevertheless, a person who wilfully disobeys a tribunal order is liable to be found in contempt of Court. For reasons which I will set out below, I am unable to agree with this position.

[65] Parliament has enacted a scheme for the enforcement of tribunal orders; it is a key element of that scheme that tribunal orders become court orders upon being filed in the court.

[66] Section 57 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the CHRA), reproduced below, is one example of the type of statutory provision which Parliament has adopted in furtherance of its legislative scheme:

Enforcement of order

**57.** An order under section 53 or 54 may, for the purpose of enforcement, be made an order of the Federal Court by following the usual practice and procedure or by the Commission filing in the Registry of the Court a copy of the order certified to be a true copy.

[67] Other statutory provisions of the same kind can be found in the following federal statutes: *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, section 13; *Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C. 1985, c. O-7 [s. 1 (as am. by S.C. 1992, c. 35, s. 2)], section 13; *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, section 33 [as am. by S.C. 2007, c. 19, s. 6]; *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, section 66.7 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 2002, c. 8, s. 131(F)]; *Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44, section 31; *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, section 17; *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, section 99 [as enacted by S.C. 1993, c. 2,

[64] La différence à l'origine de nos deux points de vue est la nature de l'ordonnance à exécuter. Selon moi, après dépôt de l'ordonnance à la Cour fédérale, l'ordonnance du tribunal administratif devient une ordonnance judiciaire aux fins de son exécution. Selon mon collègue, d'après ce que je crois comprendre, l'ordonnance du tribunal administratif demeure une ordonnance du tribunal administratif, et uniquement une ordonnance de ce tribunal, même après qu'elle a été déposée devant la Cour fédérale. Néanmoins, une personne qui enfreint volontairement une ordonnance du tribunal administratif peut être reconnue coupable d'outrage. Pour les motifs que j'exposerai maintenant, il m'est impossible de partager cette manière de voir.

[65] Le législateur a établi un mécanisme portant sur l'exécution des ordonnances de tribunaux administratifs; l'un des éléments clés de ce mécanisme est que les ordonnances des tribunaux administratifs deviennent des ordonnances judiciaires après avoir été déposées devant la Cour.

[66] L'article 57 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP), reproduit ci-après, est un exemple du genre de dispositions que le législateur a adoptées pour donner effet au mécanisme susdit :

**57.** Aux fins de leur exécution, les ordonnances rendues en vertu des articles 53 et 54 peuvent, selon la procédure habituelle ou dès que la Commission en dépose au greffe de la Cour fédérale une copie certifiée conforme, être assimilées aux ordonnances rendues par celle-ci

Exécution des ordonnances

[67] On peut trouver d'autres dispositions du même genre dans les lois fédérales suivantes : *Loi sur la radio-diffusion*, L.C. 1991, ch. 11, article 13; *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. (1985), ch. O-7 [art. 1 (mod. par L.C. 1992, ch. 35, art. 2)], article 13; *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, article 33 [mod. par L.C. 2007, ch. 19, art. 6]; *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, article 66.7 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 2002, ch. 8, art. 131(F)]; *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44, article 31; *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7,

s. 7]; *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, section 52; *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, section 63. All of these provisions have a common thrust: the tribunal order is made an order of the Federal Court or of a provincial superior court by being filed in that court. The reference to the provincial superior courts does not make a material difference to the scheme. It simply provides the tribunal with the alternative of taking enforcement proceedings in the provincial superior court. For the purposes of this discussion, I will simply refer to the filing of a tribunal order in the Federal Court.

[68] Another element of the legislative scheme is Part 12 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules). Part 12 of the Rules, which includes rules 423 [as am. by SOR/2004-283, s. 33] and 424, is entitled “Enforcement of Orders”:

Where brought **423.** All matters relating to the enforcement of orders shall be brought before the Federal Court.

Enforcement of order of tribunal **424.** (1) Where under an Act of Parliament the Court is authorized to enforce an order of a tribunal and no other procedure is required by or under that Act, the order may be enforced under this Part.

Filing or order (2) An order referred to in subsection (1) shall be filed together with a certificate from the tribunal, or an affidavit of a person authorized to file such an order, attesting to the authenticity of the order.

[69] Part 12 then deals with all aspects of the enforcement of Court orders including contempt of Court. Paragraph 466(b) provides that a person who disobeys an order or process of the Court is guilty of contempt of Court. The French version of the rule provides that a person is guilty of contempt of Court if they disobey “un

article 17; *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, article 99 [édicte par L.C. 1993 ch. 2, art. 7]; *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, article 52; *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, article 63. Toutes ces dispositions s’appuient sur le même principe : l’ordonnance du tribunal administratif devient une ordonnance de la Cour fédérale ou d’une cour supérieure provinciale après avoir été déposée au greffe d’une telle cour. La mention des cours supérieures provinciales ne change pas grand-chose au mécanisme. Le tribunal administratif a simplement le loisir d’amorcer la procédure d’exécution devant la cour supérieure provinciale. Pour les besoins de la présente analyse, je n’évoquerai que le dépôt d’une ordonnance du tribunal administratif devant la Cour fédérale.

[68] Un autre élément du mécanisme législatif est la partie 12 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles). La partie 12 des Règles, qui comprend les règles 423 [mod. par DORS/2004-283, art. 33] et 424, est intitulé « Exécution forcée des ordonnances » :

**423.** Toute question concernant l’exécution forcée d’une ordonnance relève de la Cour fédérale. Compétence exclusive

**424.** (1) Lorsque la Cour est autorisée, en vertu d’une loi fédérale, à poursuivre l’exécution forcée de l’ordonnance d’un office fédéral et qu’aucune autre procédure n’est prévue aux termes de cette loi ou de ses textes d’application, l’exécution forcée de l’ordonnance est assujettie à la présente partie. Exécution de l’ordonnance d’un office fédérale

(2) L’ordonnance visée au paragraphe (1) est déposée avec un certificat de l’office fédéral ou un affidavit de la personne autorisée à la déposer, attestant l’authenticité de l’ordonnance. Dépôt de l’ordonnance

[69] La partie 12 traite ensuite de tous les aspects de l’exécution forcée des ordonnances judiciaires, notamment de l’outrage. Selon l’alinéa 466(b), est coupable d’outrage au tribunal quiconque désobéit à un moyen de contrainte ou à une ordonnance de la Cour. (Selon la version anglaise de cette disposition, est coupable

*moyen de contrainte ou à une ordonnance de la Cour*” which I translate as an order, or a constraining measure, of the Court.

[70] The final element of the legislative scheme is the recognition, where a tribunal has a continuing interest in the subject-matter of the order, that the tribunal order remains a tribunal order for all purposes other than enforcement, so that the tribunal retains the ability to alter or rescind its original order. When the original tribunal order is amended or rescinded the court order is vacated. An example of such a disposition is found in the *Telecommunications Act*:

**63. ...**

Effect of  
revocation  
or  
amendment

(3) Where a decision of the Commission that has been made an order of a court is rescinded or varied by a subsequent decision of the Commission, the order of the court is vacated and the decision of the Commission as varied may be made an order of the court in accordance with subsection (2).

[71] Other examples of this kind of provision are found in the following statutes: *Broadcasting Act*, subsection 13(3); *Canada Oil and Gas Operations Act*, subsection 13(3); *Canada Transportation Act*, subsection 33(3); *Copyright Act*, subsection 67.1(4) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1997, c. 24, s. 45; S.C. 2001, c. 34, s. 35(E)) and the *Patent Act*, subsection 99(3). Such a disposition would not be necessary if tribunal orders, once filed in the Federal Court, did not become orders of the Court.

[72] Provisions of this sort do not foreclose the possibility that tribunal orders remain tribunal orders for all purposes within the tribunal’s jurisdiction, even after they are filed in the Federal Court. They simply deal with the problem of amendments to a tribunal order after it has been filed.

d’outrage au tribunal quiconque désobéit à « *an order or process of the Court* ».)

[70] Le dernier élément du mécanisme législatif est le fait qu’il est reconnu que, lorsque l’intérêt du tribunal administratif dans l’objet de l’ordonnance est interrompu, alors l’ordonnance demeure une ordonnance du tribunal administratif à toutes fins autres que son exécution, de sorte que ce tribunal conserve la possibilité de modifier ou de rescinder son ordonnance initiale. Lorsque l’ordonnance initiale du tribunal administratif est modifiée ou rescindée, son assimilation à une ordonnance judiciaire devient caduque. On trouve un exemple de cette disposition dans la *Loi sur les télécommunications* :

**63. [...]**

(3) Les décisions assimilées peuvent être annulées ou modifiées par le Conseil, auquel cas l’assimilation devient caduque. Les décisions qui sont modifiées peuvent, selon les modalités énoncées au paragraphe (2), faire à nouveau l’objet d’une assimilation.

Annulation  
ou  
modification

[71] D’autres exemples de cette disposition se trouvent dans les lois suivantes : *Loi sur la radiodiffusion*, paragraphe 13(3); *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, paragraphe 13(3); *Loi sur les transports au Canada*, paragraphe 33(3); *Loi sur le droit d’auteur*, paragraphe 67.1(4) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1997, ch. 24, art. 45; L.C. 2001, ch. 34, art. 35(A)); et *Loi sur les brevets*, paragraphe 99(3). Une telle disposition ne serait pas nécessaire si les ordonnances des tribunaux administratifs, une fois déposées devant la Cour fédérale, ne devenaient pas des ordonnances de la Cour.

[72] Les dispositions de cette nature n’empêchent pas les ordonnances des tribunaux administratifs de demeurer telles à toutes fins relevant de la compétence du tribunal administratif, même après qu’elles sont déposées devant la Cour fédérale. Elles intéressent simplement la question des modifications apportées à une ordonnance du tribunal administratif après son dépôt.

[73] The combined effect of these various elements is that upon being filed in the Federal Court, a tribunal order becomes an order of the Federal Court. Disobedience of such an order is disobedience of a Court order within the meaning of paragraph 466(b) of the Rules so as to constitute contempt of Court. The procedures by which allegations of contempt of Court are adjudicated are set out in Part 12 of the Rules, as well as in the common law of contempt. When the underlying tribunal order is varied or rescinded, the Court order which results from the filing of the order is also rescinded. The transformation of a tribunal order into a Court order is an essential element of this scheme.

[74] I do not agree with my colleague's position that the French version of section 57 of the CHRA supports the view that tribunal orders do not become orders of the Court upon being filed. When the words "*assimilées aux ordonnances rendues par celle-ci*" are read in the context of the legislative scheme discussed above, the shared meaning of the English and French versions of section 57 which emerges is that a Tribunal order becomes a Court order upon being filed in the Court. If it did not, the Tribunal order by itself could not engage paragraph 466(b) [of the Rules], which requires a breach of an order or other constraining measure *of the Court*.

[75] I do not believe that my reasoning is inconsistent with the decision of the Supreme Court in *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901 (*United Nurses of Alberta*), upon which my colleague relies. The debate in that case was whether non-compliance with a tribunal order which had been filed with the Court of Queen's Bench for Alberta was punishable by criminal contempt proceedings. There was no issue in that case about notice being given to the persons who were alleged to be in contempt of Court. One of the arguments advanced on behalf of the latter was that only disobedience of orders made by superior courts was punishable by criminal contempt. The passage quoted by my colleague occurs in the context of

[73] L'effet combiné de ces divers éléments est que, une fois déposée devant la Cour fédérale, l'ordonnance du tribunal administratif devient une ordonnance de la Cour fédérale. La transgression d'une telle ordonnance est une transgression d'une ordonnance judiciaire au sens de l'alinéa 466b) des Règles et constitue un outrage au tribunal. Les procédures qui président à l'instruction des allégations d'outrage sont énoncées dans la partie 12 des Règles, de même que dans la jurisprudence en la matière. Quand l'ordonnance du tribunal administratif est modifiée ou rescindée, l'ordonnance judiciaire qui résulte du dépôt de l'ordonnance est elle aussi rescindée. La conversion d'une ordonnance du tribunal administratif en ordonnance judiciaire est un élément essentiel de ce mécanisme.

[74] Je ne partage pas l'avis de mon collègue pour qui la version française de l'article 57 de la LCDP confirme l'idée que les ordonnances des tribunaux administratifs ne deviennent pas les ordonnances de cours de justice après qu'elles y sont déposées. Si on lit les mots « *assimilées aux ordonnances rendues par celle-ci* » dans le contexte du mécanisme législatif évoqué plus haut, alors le sens commun qui apparaît à la lecture des deux versions de l'article 57 est qu'une ordonnance du Tribunal devient une ordonnance judiciaire dès son dépôt au greffe de la Cour. Si tel n'était pas le cas, l'ordonnance d'un tribunal administratif ne pourrait pas en elle-même faire intervenir l'alinéa 466b) [des Règles], qui requiert la désobéissance à une ordonnance ou à un autre moyen de contrainte *de la Cour*.

[75] Je ne crois pas que mon raisonnement soit incompatible avec l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901 (*United Nurses of Alberta*), de la Cour suprême, sur lequel s'appuie mon collègue. Dans cette affaire, la Cour examinait si l'inobservation de l'ordonnance d'un tribunal administratif qui avait été déposée auprès de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta pouvait être l'objet de poursuites pour outrage criminel. Il n'était pas question d'un avis signifié aux personnes accusées d'avoir commis un outrage. L'un des arguments avancés en leur nom était que seules les personnes qui désobéissaient à des ordonnances rendues par les cours supérieures étaient susceptibles de poursuites pour outrage criminel. Le passage cité par

McLachlin J.'s disposition of that question. In order to understand McLachlin J.'s reasoning, it is important to read the paragraph which precedes the passage quoted by my colleague. Both are reproduced below (*United Nurses of Alberta*, cited above, at pages 939–940):

But, it may be asked, is it right that the order of an inferior tribunal can be given the status of a court order by legislative fiat, leading to the consequence that its breach is elevated from breach of tribunal order to contempt of court? Should the common law offence of criminal contempt be available to protect orders of an inferior tribunal, or should it be restricted to orders actually made by the court? Criminal contempt is a serious offence, it is argued, and one which it is neither necessary nor appropriate to use in a civil labour dispute.

This argument is not one of jurisdiction, but of policy. It questions whether the legislature should enact that breach of a tribunal order is subject to the same consequences as breach of a court order. The power of the legislature to do this cannot be questioned; legislatures routinely make changes in the law which empower or require federally appointed judges to impose certain remedies. Thus the question is one of policy; policy moreover, which can be debated. Against the argument that the contempt power is so serious that it should only be available for breaches of orders actually made by s. 96 judges, can be raised the argument that in reality important portions of our law are administered not by s. 96 judges but by inferior tribunals, and that these decisions, like court decisions, form part of the law and deserve respect and consequently the support of the contempt power....Whatever the answers to these difficult issues, where the legislature has acted properly within its jurisdiction, it is not open to the courts to substitute their views on the proper policy of the law for the views of the legislature. [My emphasis.]

[76] On my reading of this passage, McLachlin J. did nothing more than settle the constitutional question as to whether provincial legislatures could provide that a breach of an order made by a provincially created tribunal would have the same consequences as a breach of an order of a superior court. She found that the legislature

mon collègue se trouve dans les propos de la juge McLachlin se rapportant à cette question. Pour bien comprendre le raisonnement de la juge McLachlin, il importe de lire le paragraphe qui précède le passage cité par mon collègue. Tous deux sont reproduits ci-après (*United Nurses of Alberta*, précité, aux pages 939 et 940) :

Mais, peut-on se demander, est-ce à bon droit qu'une ordonnance rendue par un tribunal inférieur peut revêtir le caractère d'une ordonnance d'une cour de justice par autorisation législative, avec pour résultat que la violation d'une ordonnance d'un tribunal devient un outrage au tribunal? Devrait-on pouvoir utiliser l'infraction de common law d'outrage criminel pour protéger les ordonnances des tribunaux inférieurs, ou cette infraction devrait-elle être restreinte aux ordonnances rendues par la cour elle-même? L'outrage criminel est une infraction grave, prétend-on, qu'il n'est ni justifié ni nécessaire d'invoquer lors d'un conflit de travail de nature civile.

Ce moyen porte non pas sur la compétence, mais sur une question de principe. Il soulève la question de savoir si le législateur provincial devrait décréter que la violation d'une ordonnance d'un tribunal est assujettie aux mêmes conséquences que la violation d'une ordonnance d'une cour de justice. Le pouvoir de la législature d'agir ainsi ne peut être mis en doute; les législatures apportent couramment à la loi des modifications qui exigent que les juges nommés par le gouvernement fédéral imposent certaines réparations ou qui leur en donnent le pouvoir. Par conséquent, il s'agit d'une question de principe qui, par ailleurs, peut être contestée. À la prétention que le pouvoir de condamner pour outrage est tellement important qu'il ne devrait être exercé que dans les cas de violation d'ordonnances rendues par les juges nommés en vertu de l'art. 96, on peut opposer la prétention que, en réalité, d'importantes parties de notre droit sont administrées non pas par ces juges, mais par des tribunaux inférieurs, et que ces décisions, comme celles des cours de justice, font partie du droit et méritent le respect et, par conséquent, le soutien qu'offre le pouvoir de condamner pour outrage [...]. Quelles que soient les réponses à ces questions épineuses, si la législature a agi à bon droit à l'intérieur de sa compétence, il n'appartient pas aux cours de justice de substituer leurs opinions sur le principe juridique approprié à celle de la législature. [Non souligné dans l'original.]

[76] Selon mon interprétation de cet extrait de l'arrêt, la juge McLachlin ne faisait rien de plus que régler la question constitutionnelle de savoir si les lois provinciales pouvaient prévoir que la désobéissance à une ordonnance rendue par un tribunal administratif de création provinciale aurait les mêmes conséquences que

could indeed do so; whether it chose to do so or not was a policy decision, a decision which raised the considerations she identified in the balance of this passage. As I understand the Supreme Court's decision, it held that the language used by the Alberta legislature had the effect of making directives of the Alberta Labour Relations Board, once filed in the Alberta Court of Queen's Bench, Court orders for the purpose of enforcement.

[77] I am confirmed in this view by the fact that this is the very issue on which Sopinka J. dissented from the decision of the majority in that case: see *United Nurses of Alberta*, cited above, at page 943.

[78] Parliament has considerable latitude in deciding what status to accord tribunal orders. It may, as it did in the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp), c. 19, confer on the tribunal all the powers of a superior court of record in relation to the enforcement of its orders, including the power of enforcement by contempt: see section 8 [as am. by S.C. 2002, c. 16, s. 16.1]. Or, it can (and it did) establish a scheme, applicable to various statutory tribunals, allowing for the enforcement of their orders as court orders, including recourse to contempt proceedings.

[79] It would be a curious result if this legislative scheme which has been in place for a long time were now to be displaced by a passing reference in *United Nurses of Alberta*, a case decided in 1992.

[80] As a result, I find that the order which the Commission seeks to enforce against Mr. Tremaine is, as of the date of its filing in the Federal Court, an order of the Federal Court.

[81] This leads to the question of whether notice that the order has been filed with the Court is a precondition

la désobéissance à une ordonnance d'une cour supérieure. D'après elle, une loi provinciale pouvait effectivement renfermer une telle disposition; c'est au législateur provincial qu'il revenait de prendre cette décision, une décision qui faisait intervenir les considérations évoquées par elle dans le reste de cet extrait. Si je comprends bien l'arrêt *United Nurses of Alberta*, la Cour suprême disait que les mots employés par la législature albertaine avaient pour effet de convertir les directives de la Labour Relations Board de l'Alberta, après leur dépôt devant la Cour du banc de la Reine de l'Alberta, en ordonnances judiciaires aux fins de leur exécution.

[77] Je suis conforté dans cette manière de voir par le fait que c'est la question même sur laquelle l'opinion du juge Sopinka différerait de celle des juges majoritaires dans ce précédent : voir l'arrêt *United Nurses of Alberta*, précité, à la page 943.

[78] Le législateur fédéral a toute latitude de décider du statut qu'il accordera aux ordonnances des tribunaux administratifs. Il peut, comme il l'a fait dans la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, conférer au tribunal tous les pouvoirs d'une cour supérieure d'archives pour ce qui concerne l'exécution de ses ordonnances, y compris le pouvoir d'exécution au moyen d'une procédure d'outrage : voir l'article 8 [mod. par L.C. 2002, ch. 16, art. 16.1]. Ou bien il peut établir (ce qu'il a déjà fait) un mécanisme, applicable à divers tribunaux administratifs, autorisant l'exécution de leurs ordonnances en tant qu'ordonnances judiciaires, y compris le recours à des procédures d'outrage.

[79] On se trouverait devant un résultat étrange si ce mécanisme législatif, qui a déjà une longue existence, devait maintenant être supplanté par une brève mention dans l'arrêt *United Nurses of Alberta*, une affaire jugée en 1992.

[80] Je suis donc d'avis que l'ordonnance que la Commission voudrait faire exécuter contre M. Tremaine est, à la date de son dépôt devant la Cour fédérale, une ordonnance de la Cour fédérale.

[81] Il faut maintenant se demander si l'avis de dépôt de l'ordonnance devant la Cour est une condition



to finding a person in contempt of that order. I agree with my colleague that the three-part test in *Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686 (C.A.) applies. The second leg of the test is that [at paragraph 27] “the party who disobeys the order must do so deliberately and willfully”. This requirement must be read in conjunction with paragraph 466(b) [of the Rules] which stipulates that a person who disobeys a Court order is liable to be found in contempt. Taking the two requirements together, a person who deliberately and willfully disobeys a Court order is liable to be found in contempt of Court. One can only deliberately and willfully disobey a Court order if one knows that it is a Court order. The deliberate and willful disobedience of a tribunal order is discreditable conduct for which other remedies are provided (see section 127 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 185(F); S.C. 2005, c. 32, s. 1] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46) but it is not contempt of Court unless, to the knowledge of the person, the tribunal order has the legal and moral status of an order of the Federal Court.

[82] I agree with my colleague that the jurisprudence on this question is thin and that most of it can be distinguished, as he has done. The fact that there is little jurisprudence on this question, and that what little there is all points in the direction of requiring notice suggests that there has long been a common understanding that knowledge of the status of the order was required in order to support a finding of contempt of Court. Since this requirement is easy to meet, persons seeking to enforce tribunal orders have generally organized themselves to meet it, as they could easily have done here. The complete absence of jurisprudence in support of the position taken by my colleague, I suggest, is more significant than the limited jurisprudence in support of the position which I advance.

préalable à une conclusion d’outrage pour refus d’obéir à ladite ordonnance. Je partage l’avis de mon collègue pour qui le triple critère énoncé dans l’arrêt *Services aux enfants et adultes de Prescott-Russell c. G. (N.)*, 2006 CanLII 21037, 82 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 669 (C.A.) est applicable. Selon le deuxième volet du critère [au paragraphe 27], « la partie qui désobéit à l’ordonnance doit le faire de façon délibérée et volontaire ». Cette condition doit être lue en corrélation avec l’alinéa 466(b) [des Règles], selon lequel est coupable d’outrage au tribunal quiconque désobéit à un moyen de contrainte ou à une ordonnance de la Cour. Si l’on considère ensemble les deux conditions, alors quiconque désobéit délibérément et volontairement à une ordonnance judiciaire peut être déclaré coupable d’outrage. On ne peut désobéir délibérément et volontairement à une ordonnance judiciaire que si l’on sait qu’il s’agit d’une ordonnance judiciaire. La désobéissance délibérée et volontaire à l’ordonnance d’un tribunal est une conduite déshonorante pour laquelle d’autres recours sont prévus (voir l’article 127 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 185(F); L.C. 2005, ch. 32, art. 1] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46), mais ce n’est pas un outrage sauf si, d’après ce que sait l’intéressé, l’ordonnance du tribunal administratif a le statut juridique et moral d’une ordonnance de la Cour fédérale.

[82] Je reconnais avec mon collègue que les précédents sur la question sont peu nombreux et que la plupart d’entre eux ne sont pas assimilables à la présente espèce, comme il a pu le constater. Le fait que la jurisprudence sur la question soit mince et que les quelques précédents existants soulignent tous la nécessité d’un avis donné à penser qu’il est depuis longtemps admis qu’il faut avoir connaissance de l’existence de l’ordonnance pour être reconnu coupable d’outrage. Comme c’est là une condition qu’il est facile de remplir, ceux qui cherchent à faire exécuter les ordonnances de tribunaux administratifs s’organisent en général eux-mêmes pour y satisfaire, comme ils auraient facilement pu le faire ici. L’absence totale de jurisprudence appuyant le point de vue adopté par mon collègue est, d’après moi, plus éloquente que la jurisprudence restreinte appuyant la position que je préconise.

[83] I do not regard the need to give notice that a tribunal order has been filed in the Federal Court as a mere technicality. Knowledge of the filing of a tribunal order in the Federal Court puts a person on notice that the stakes have changed, which may well operate as a deterrent in many cases. It seems to me that the prevention of breaches of tribunal orders by timely notice of the possible consequences is at least as important to the administration of justice as the enforcement of those orders by contempt proceedings when they have been breached. The giving of notice of filing of the tribunal order in the Federal Court advances both goals at very little cost to the party seeking to enforce the order.

[84] It follows from this that, in the case of Mr. Tremaine, acts committed, or a state of affairs which was allowed to continue, prior to his knowledge that the order of the Canadian Human Rights Tribunal had been filed in Federal Court cannot support a finding of contempt of Court. The Federal Court Judge found that Mr. Tremaine was first made aware that the Tribunal's decision had been filed in the Federal Court in March 2009. The Federal Court Judge found that since the postings which formed the basis of the show cause summons were posted prior to that time, Mr. Tremaine could not be found in contempt of Court (see paragraph 28 of the Federal Court Judge's reasons for decision). The Federal Court Judge also found that the order was not sufficiently clear to require Mr. Tremaine to remove from the Internet the material which had been found by the Tribunal to offend section 13 of the CHRA.

[85] Did Mr. Tremaine breach the Tribunal order after he had notice that it had been filed in the Federal Court? The Commission filed the entire Tribunal decision in the Federal Court, but the Tribunal order itself reads as follows [at paragraph 169]:

1. Terry Tremaine, and any other individuals who act in concert with Mr. Tremaine, cease the discriminatory practice of communicating telephonically or causing to

[83] Je ne considère pas comme un simple point de détail la nécessité de donner avis du dépôt de l'ordonnance d'un tribunal administratif devant la Cour fédérale. Lorsque la personne concernée apprend que l'ordonnance a été déposée devant la Cour fédérale, elle est réputée savoir que la situation n'est plus la même, ce qui peut fort bien dans de nombreux cas avoir un effet dissuasif. Il me semble que le fait de prévenir la transgression des ordonnances de tribunaux administratifs en faisant connaître rapidement les conséquences possibles d'une telle transgression est au moins aussi important pour l'administration de la justice que l'exécution de telles ordonnances au moyen d'une procédure d'outrage lorsque les ordonnances ont été transgressées. La signification d'un avis de dépôt d'une ordonnance rendue par un tribunal administratif auprès de la Cour fédérale favorise les deux objectifs, à un coût très faible pour la partie qui veut faire exécuter l'ordonnance.

[84] Il en résulte que, s'agissant de M. Tremaine, les actes commis, ou la situation qui a perduré, avant qu'il n'apprenne que l'ordonnance du Tribunal canadien des droits de la personne avait été déposée devant la Cour fédérale, ne sauraient autoriser une conclusion d'outrage. Le juge de la Cour fédérale a constaté que M. Tremaine avait appris en mars 2009 que la décision du Tribunal avait été déposée devant la Cour fédérale. Il en a conclu que, puisque les messages qui étaient à l'origine de l'ordonnance de justifier avaient été affichés avant cette date, M. Tremaine ne pouvait pas être reconnu coupable d'outrage (voir le paragraphe 28 des motifs du juge de la Cour fédérale). Le juge de la Cour fédérale a conclu aussi que l'ordonnance n'était pas suffisamment précise pour obliger M. Tremaine à supprimer d'Internet les messages que le Tribunal avait jugés contraires à l'article 13 de la LCDP.

[85] M. Tremaine a-t-il enfreint l'ordonnance du Tribunal après avoir appris que l'ordonnance avait été déposée auprès de la Cour fédérale? La Commission a déposé la décision intégrale du Tribunal auprès de la Cour fédérale, mais l'ordonnance elle-même du Tribunal contient le passage suivant [au paragraphe 169] :

1. que Terry Tremaine, et les autres personnes qui agissent en concertation avec lui, mettent fin à l'acte discriminatoire consistant à utiliser ou à faire utiliser un téléphone

be communicated telephonically by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, material of the type that was found to violate section 13(1) in the present case, or any other messages of a substantially similar content, that are likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination, contrary to section 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*.

[86] I note that section 53 of the CHRA provides that where the Tribunal is satisfied that a complaint is substantiated, it may make an order of a specified kind against the respondent. Section 57 then provides for the filing of that order in the Federal Court. There is no basis for the filing of the Tribunal's reasons for its order in the Federal Court. Only the order is to be filed. This is significant because only the order can be made an order of the Federal Court. The reasons for decision do not acquire any coercive effect by being filed in the Federal Court.

[87] Mr. Tremaine's defence is that the Tribunal order did not require him to remove, or take down from the Internet the material which the tribunal found was in contravention of the CHRA. As for the subsequent postings, Mr. Tremaine relies on the fact that they were made before the Tribunal order was filed in the Federal Court.

[88] The law of contempt is an aspect of the rule of law. Those who are subject to an order of the court must comply with that order according to its terms. If there were no means of enforcing such compliance, the constitutional promise that disputes will be adjudicated impartially and according to law would be empty and the administration of justice would be brought into disrepute. Contempt of Court is the means by which compliance with court orders is enforced.

[89] But the rule of law is a double-edged sword. The Court will only enforce orders according to their terms. The order the Court makes is the order to be enforced, not the order which the Court could have made, nor even

en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunications relevant de la compétence du Parlement, pour communiquer des messages du genre de ceux qui ont ici été déclarés contraires au paragraphe 13(1), ou tout autre message présentant un contenu sensiblement analogue, qui sont susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison d'un motif de distinction illicite, contrevenant ainsi au paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*;

[86] Je fais remarquer que l'article 53 de la LCDP prévoit que, lorsque le Tribunal juge la plainte fondée, il peut rendre contre l'auteur de l'acte discriminatoire l'une de plusieurs ordonnances. Puis l'article 57 prévoit le dépôt de cette ordonnance auprès de la Cour fédérale. Rien n'exige que soient déposés au greffe de la Cour fédérale les motifs de l'ordonnance du Tribunal. Seule l'ordonnance elle-même doit être déposée. Ce point a son importance, parce que seule l'ordonnance peut devenir une ordonnance de la Cour fédérale. Le dépôt des motifs auprès de la Cour fédérale ne leur confère aucun effet coercitif.

[87] La défense de M. Tremaine est que l'ordonnance du Tribunal ne l'obligeait pas à supprimer les messages que le Tribunal avait jugés contraires à la LCDP, ni à éliminer le site Web. Quant aux messages affichés ultérieurement, M. Tremaine invoque le fait qu'ils avaient été affichés avant le dépôt de l'ordonnance du Tribunal auprès de la Cour fédérale.

[88] Les règles régissant l'outrage constituent un volet de la primauté du droit. Ceux qui sont soumis à une ordonnance de la Cour doivent s'y conformer selon ses termes. S'il n'y avait aucun moyen d'assurer le respect des ordonnances judiciaires, la promesse constitutionnelle selon laquelle les différends seront tranchés d'une manière impartiale et en conformité avec le droit serait vide, et l'administration de la justice risquerait d'être déconsidérée. La procédure d'outrage est le moyen par lequel est assurée l'observation des ordonnances judiciaires.

[89] Mais la primauté du droit est une arme à double tranchant. La Cour n'exécutera les ordonnances que selon leurs termes. L'ordonnance que rend la Cour est l'ordonnance à exécuter, non celle qu'elle aurait pu

the order which the Court intended to make. The person who is subject to a Court order must be able to tell from the order itself what he or she is to do or refrain from doing.

[90] For this reason, it has always been held that the order sought to be enforced by contempt proceedings must be clear and unambiguous: see *Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686 (C.A.) [cited above], at paragraph 27; *Skipper Fisheries Ltd. v. Thorbourne* (1997), 157 N.S.R. (2d) 241 (C.A.), at paragraphs 31, 76; *Peel Financial Holdings Ltd. v. Western Delta Lands Partnership*, 2003 BCCA 551, 21 B.C.L.R. (4th) 340, at paragraph 36.

[91] In my view, the order made here does not contain a clear and unambiguous requirement that Mr. Tremaine remove from the Internet the material which the Tribunal found to be in violation of section 13 of the CHRA. In its material parts, the order reads:

Terry Tremaine ... cease the discriminatory practice of communicating ... material of the type that was found to violate section 13(1) in the present case....

[92] As the Federal Court Judge pointed out, “material of the type” is not the original material: see paragraph 29 of the Federal Court Judge’s reasons for decision. It would have been easy enough for the Tribunal to order Mr. Tremaine to take down the website which he controlled and to cause to be removed from the Stormfront website the offensive material which he had posted there and to stipulate a date by which these things must be done. It did not do so; it contented itself with repeating substantial portions of section 13 of the CHRA and adding a direct reference to Mr. Tremaine and those acting in concert with him. In my view, this is insufficient to support a finding of contempt.

[93] I note that no date was specified by which the order was to be complied with. This is consistent with the view that the order dealt with prospective conduct only.

rendre, ni même celle qu’elle entendait rendre. La personne qui est soumise à une ordonnance judiciaire doit pouvoir dire, au vu de l’ordonnance elle-même, ce qu’elle est censée faire ou s’abstenir de faire.

[90] Pour cette raison, il est de jurisprudence constante que l’ordonnance que l’on cherche à faire exécuter au moyen d’une procédure d’outrage doit être claire et sans équivoque : voir l’arrêt *Services aux enfants et adultes de Prescott-Russell c. G. (N.)*, 2006 CanLII 21037, 82 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 669 (C.A.) [précité], au paragraphe 27; *Skipper Fisheries Ltd v. Thorbourne* (1997), 157 N.S.R. (2d) 241 (C.A.), aux paragraphes 31 et 76; *Peel Financial Holdings Ltd. v. Western Delta Lands Partnership*, 2003 BCCA 551, 21 B.C.L.R. (4th) 340, au paragraphe 36.

[91] À mon avis, l’ordonnance dont il s’agit ici n’oblige pas clairement et sans équivoque M. Tremaine à enlever d’Internet les messages que le Tribunal a jugés contraires à l’article 13 de la LCDP. Dans sa partie essentielle, l’ordonnance renferme ce qui suit :

que Terry Tremaine [...] mett[e] fin à l’acte discriminatoire consistant à utiliser [...] un téléphone [...] pour communiquer des messages du genre de ceux qui ont ici été déclarés contraires au paragraphe 13(1) [...]

[92] Comme le faisait observer le juge de la Cour fédérale, les « messages du genre de » ne sont pas les messages initiaux : voir le paragraphe 29 de ses motifs. Il aurait été assez facile pour le Tribunal d’ordonner à M. Tremaine d’éliminer le site Web qu’il dirigeait et de faire enlever du site Web Stormfront les messages choquants qu’il y avait affichés, avec indication de la date à laquelle cela devait se faire. Il ne l’a pas fait; il s’est contenté de répéter les parties essentielles de l’article 13 de la LCDP et de faire directement référence à M. Tremaine et à ceux qui agissaient en concertation avec lui. Selon moi, cela n’est pas suffisant pour qu’on puisse conclure à un outrage.

[93] Je souligne qu’aucune date limite n’était indiquée pour l’observation de l’ordonnance. Cette omission s’accorde avec l’idée que l’ordonnance ne portait que sur une conduite future.

[94] As for the postings which preceded Mr. Tremaine's receipt of notice of the filing of the Tribunal order in the Federal Court, I find that while they may well constitute a breach of the Tribunal order, they do not constitute a willful and deliberate refusal to comply with a Court order. This is because Mr. Tremaine had no notice that the Tribunal order was a Court order at the time he made the postings.

[95] As a result, I would dismiss the appeal with costs to Mr. Tremaine. I anticipate that some will find that this is an inadequate response to Mr. Tremaine's egregious conduct. I would simply point out that, to the extent that the result turns on the drafting of the Tribunal order and the time of service of the notice of filing of the Tribunal order in the Federal Court, the outcome of this case is a self-inflicted wound.

[94] S'agissant des messages antérieurs à la date à laquelle M. Tremaine a reçu avis du dépôt de l'ordonnance du Tribunal auprès de la Cour fédérale, je suis d'avis que, même si ces messages pourraient bien constituer une transgression de l'ordonnance du Tribunal, ils ne constituent pas un refus volontaire et délibéré de se conformer à une ordonnance judiciaire. En effet, M. Tremaine ne savait pas que l'ordonnance du Tribunal était une ordonnance judiciaire à la date des messages en question.

[95] Je rejetterais donc l'appel, avec dépens en faveur de M. Tremaine. J'imagine que d'aucuns trouveront qu'il s'agit là d'une réponse mal adaptée à la conduite odieuse de M. Tremaine. Je ferais simplement remarquer que, dans la mesure où ma conclusion tient à la formulation de l'ordonnance du Tribunal et à la date de signification de l'avis de dépôt de l'ordonnance du Tribunal auprès de la Cour fédérale, l'issue de la présente affaire est une blessure auto-infligée.

T-846-10  
2011 FC 1099

T-846-10  
2011 CF 1099

**Lieutenant-Colonel (Ret'd) W. H. Garrick, Major J. P. P. Kirschner, Major B. Hudson, Major J. T. M. Zybala, Major R. R. Gribble, Chief Warrant Officer B. Watson, Master Warrant Officer (Ret'd) J. Y. Girard, Brigadier-General J. A. V. R. Blanchette and the Attorney General of Canada** (*Applicants*)

**Lieutenant-colonel (à la retraite) W. H. Garrick, major J.P.P. Kirschner, major B. Hudson, major J. T. M. Zybala, major R. R. Gribble, adjudant-chef B. Watson, adjudant-maître (à la retraite) J. Y. Girard, brigadier-général J. A. V. R. Blanchette et le procureur général du Canada** (*demandeurs*)

v.

c.

**Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association** (*Respondents*)

**Amnesty International Canada et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique** (*intimées*)

and

et

**The Military Police Complaints Commission** (*Intervener*)

**La Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire** (*intervenante*)

**INDEXED AS: GARRICK v. AMNESTY INTERNATIONAL CANADA**

**RÉPERTORIÉ : GARRICK c. AMNESTY INTERNATIONAL CANADA**

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa, March 28, 29 and September 29, 2011.

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa, 28 et 29 mars et 29 septembre 2011.

*Armed Forces — Consolidated judicial reviews challenging interlocutory decisions of Military Police Complaints Commission (MPCC) made during public interest hearing held under National Defence Act, Part IV — Hearing aimed at examining respondents' complaint alleging military police members' failure to investigate potential wrongdoing by Canadian Forces officers who directed transfer of detainees to Afghan authorities — First application challenging summons issued by MPCC for production of certain documents; second application alleging MPCC's refusal to hear motion on ruling on standard against which applicants' professional conduct will be assessed; third application contesting ruling MPCC issuing on standard — Respondents making two complaints regarding military police — On judicial review, Federal Court quashing respondents' first complaint but upholding MPCC's jurisdiction to inquire into second complaint regarding failure to investigate but solely on basis of what military police subjects of complaint knew or had "means of knowing" — MPCC issuing two rulings in response to applicants' motions on how MPCC would interpret "means of knowing" standard — Whether Federal Court should exercise discretion to consider applications pertaining to MPCC's interlocutory decisions or dismiss as premature; if Federal Court intervening, whether MPCC erring in law by failing to articulate standard by which would assess applicants' conduct before calling witnesses*

*Forces armées — Procédures regroupées de contrôle judiciaire contestant les décisions interlocutoires de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire (la Commission) rendues dans le cadre d'une audience d'intérêt public tenue en vertu de la partie IV de la Loi sur la défense nationale — L'audience visait à examiner une plainte faite par les intimées, alléguant que des policiers militaires n'avaient pas enquêté sur des crimes potentiels commis par des officiers des Forces canadiennes responsables du transfèrement des détenus aux autorités afghanes — La première demande visait à contester les sommations que la Commission a délivrées concernant la production de certains documents; dans la deuxième demande, il était allégué que la Commission a refusé d'instruire la requête visant à obtenir une décision sur la norme au regard de laquelle la conduite professionnelle des demandeurs sera évaluée; la troisième demande visait à contester la décision de la Commission à propos de cette norme — Les intimées ont déposé deux plaintes concernant la police militaire — Lors d'un contrôle judiciaire, la Cour fédérale a annulé la première plainte des intimées, mais a confirmé que la Commission avait compétence pour enquêter sur la deuxième plainte, relative à l'omission d'enquêter, uniquement en se fondant sur ce que les policiers militaires visés par la plainte savaient ou « pouvaient savoir » — La Commission a rendu deux décisions, en réponse aux requêtes des demandeurs*

— MPCC’s alleged lack of jurisdiction regarding “means of knowing” standard not demonstrated beyond reasonable doubt — Act not delineating precisely MPCC’s jurisdiction regarding conduct complaint; not providing clear answer as to circumstances that should prompt military police officer to investigate — “Means of knowing” standard not well-defined, not referring to shared understanding of parameters in context of Canadian criminal or military law — MPCC careful not to bind itself to any particular understanding of “means of knowing” standard — Applications premature, waste of judicial resources since content of MPCC’s final report unknown — If dissatisfied with inquiry’s result, applicants entitled to challenge final report by judicial review — As external oversight body, MPCC must be left with discretion to determine for itself what military police officers subject of inquiry knowing or had means of knowing — To fulfill mandate, MPCC must be left with room to manoeuvre, to determine for itself what is or not relevant — Would be premature for Federal Court to declare standard according to which determination must be made as to what applicants had means of knowing — Since applicants’ applications premature, no need to address issue of whether MPCC erring in law by failing to articulate “means of knowing” standard — Military police officers subject of inquiry knowing enough about particulars of complaint, allegations, legal principles to be applied to make their case, to respond fully — Applications dismissed.

*Armed Forces — Investigations — Evidence — Summons Military Police Complaints Commission (MPCC) issuing to government officials to compel production of documents challenged by judicial review — Document disclosure fundamental to MPCC’s ability to discharge mandate, conduct full investigation into complaint — Reason why National Defense Act, s. 250.41(1)(a) granting MPCC power to require production of documents considered necessary to full, independent investigation — Thus, MPCC authorized by statute to make*

*qui désiraient connaître la norme qui servirait à la Commission pour interpréter l’expression « pouvaient savoir » — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner les demandes ayant trait aux décisions interlocutoires de la Commission, ou si ces demandes devraient être rejetées au motif qu’elles étaient prématurées; dans la mesure où la Cour interviendrait, il s’agissait de déterminer si la Commission a commis une erreur de droit en n’énonçant pas la norme qui devait servir à évaluer la conduite des demandeurs avant d’entendre les témoins — L’absence de compétence alléguée de la Commission concernant la norme relative à l’expression « pouvaient savoir » n’a pas été prouvée hors de tout doute raisonnable — La Loi ne délimite pas précisément la compétence de la Commission en matière de plaintes pour inconduite; elle ne donne pas de réponse claire quant aux circonstances qui devraient pousser un policier militaire à faire enquête — La norme relative à l’expression « pouvaient savoir » n’a pas de sens bien défini et ne fait pas référence à une compréhension commune de ses paramètres, du moins en droit criminel ou militaire canadien — La Commission a pris bien soin de ne pas adopter une interprétation particulière de la norme relative à l’expression « pouvaient savoir » — Les demandes étaient prématurées et constituaient un gaspillage de ressources judiciaires, étant donné que le contenu du rapport final de la Commission n’était pas connu — S’ils sont insatisfaits des résultats de l’enquête, les demandeurs ont le droit de contester le rapport final par voie de contrôle judiciaire — En tant qu’organisme de surveillance externe, la Commission doit avoir le pouvoir de déterminer ce que les policiers militaires faisant l’objet de l’enquête savaient ou pouvaient savoir — En vue de s’acquitter de son mandat, la Commission devrait avoir une certaine marge de manœuvre pour déterminer elle-même ce qui est pertinent et ce qui ne l’est pas — Il serait prématuré pour la Cour fédérale de faire connaître la norme qui servira à déterminer ce que les demandeurs pouvaient savoir — Étant donné que les demandes des demandeurs étaient prématurées, il n’était pas nécessaire de déterminer si la Commission a commis une erreur de droit en n’énonçant pas la norme relative à l’expression « pouvaient savoir » — Les policiers militaires faisant l’objet de l’enquête connaissaient suffisamment les détails de la plainte, les allégations, et les principes juridiques applicables pour présenter leur cause et donner une réponse complète — Demandes rejetées.*

*Forces armées — Enquêtes — Preuve — Les sommations délivrées par la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire (la Commission) à des représentants du gouvernement pour forcer la production de documents ont été contestées par voie de contrôle judiciaire — La divulgation des documents était indispensable pour que la Commission puisse s’acquitter de son mandat et mener une enquête complète et indépendante sur la plainte — C’est la raison pour laquelle l’art. 250.41(1)a de la Loi sur la défense nationale*

*decision thereon — Should not have to rely on selected documents provided on basis of opaque screening process conducted in-house by government officials — Therefore, MPCC not exceeding jurisdiction when issuing summons for production of documents relating to screening process, guidelines applied by government departments in response to previous summons — Relief applicants seeking in relation to summons premature.*

*Administrative Law — Practice — Judgments and orders — Interlocutory decisions — Consolidated judicial reviews challenging interlocutory decisions of Military Police Complaints Commission (MPCC) made during public interest hearing held under National Defence Act, Part IV — Interlocutory decisions of administrative bodies not subject to judicial review until final decision issued — Applicants' first application for judicial review clearly moot since applicants' motion ultimately heard, decided before application for judicial review could be determined — Absent exceptional circumstances, courts not interfering with ongoing administrative processes until running their course — Applicants' argument that interlocutory decisions challenged herein raising exceptional circumstances rejected — Allegation that commission or tribunal exceeding jurisdiction in rendering interlocutory decision not sufficient for intervention.*

These were three consolidated applications for judicial review challenging interlocutory decisions of the Military Police Complaints Commission (MPCC) made in the course of a public interest hearing held under Part IV of the *National Defence Act*. The hearing is to examine a complaint made by the respondents back in June 2008 alleging that military police members had failed in their duty to investigate potential wrongdoing by Canadian Forces officers who directed the transfer of detainees to Afghan authorities. The first judicial review application challenged the summons issued *proprio motu* by the MPCC to one of the applicants directing the production of a number of documents. The second application alleged the MPCC's refusal to hear a motion made by the applicants at the early stage of the hearing seeking a ruling on the standard against which their professional conduct will be assessed. The third application contested the ruling eventually made by the MPCC on that standard.

*confère à la Commission le pouvoir d'exiger la production de documents qu'elle estime nécessaires à une enquête complète et indépendante — La Commission est donc expressément autorisée par la loi à rendre une décision à cet égard — Elle ne devrait pas être forcée de s'en remettre aux documents qui ont été choisis à la suite d'un processus obscur de sélection effectué à l'interne par des fonctionnaires — Par conséquent, la Commission n'a pas outrepassé sa compétence quand elle a délivré une sommation ordonnant la production des documents se rapportant au processus de sélection et des directives appliquées par les ministères fédéraux en réponse aux sommations précédentes — La réparation demandée par les demandeurs relativement aux sommations était prématurée.*

*Droit administratif — Pratique — Jugements et ordonnances — Décisions interlocutoires — Les décisions interlocutoires des organismes administratifs ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue — La première demande de contrôle judiciaire des demandeurs est donc clairement théorique puisque la requête des demandeurs a finalement été entendue et tranchée avant qu'une décision soit rendue au sujet de la demande de contrôle judiciaire — À défaut de circonstances exceptionnelles, les cours n'interviennent pas, tant que le processus administratif suit son cours — L'argument des demandeurs, selon lequel les décisions interlocutoires contestées en l'espèce soulevaient des circonstances exceptionnelles, a été rejeté — Une alléga­tion selon laquelle une commission ou un tribunal outre­passe sa compétence en rendant une décision interlocutoire ne suf­fit pas pour justifier une intervention.*

Il s'agissait de trois demandes de contrôle judiciaire regroupées en une seule demande, contestant les décisions interlocutoires de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire (la Commission) rendues dans le cadre d'une audience d'intérêt public tenue en vertu de la partie IV de la *Loi sur la défense nationale*. L'audience visait à examiner une plainte faite par les intimées en juin 2008, alléguant que des policiers militaires n'avaient pas enquêté sur les crimes potentiels commis par des officiers des Forces canadiennes responsables du transfèrement des détenus aux autorités afghanes. La première demande de contrôle judiciaire visait à contester les sommations que la Commission avait délivrées de son propre chef à l'un des demandeurs, ordonnant de produire un certain nombre de documents. Dans la deuxième demande, il était allégué que la Commission a refusé d'instruire la requête présentée par les demandeurs au début de l'audience visant à obtenir une décision sur la norme au regard de laquelle leur conduite professionnelle sera évaluée. La troisième demande visait à contester la décision que rendrait la Commission à propos de cette norme.



The MPCC is an investigative body established pursuant to Part IV of the Act to provide oversight and greater accountability on the part of the Canadian Forces' Military Police. It was vested with the power and responsibility to examine complaints about the conduct of military police members in the exercise of their policing duties and functions. To carry out this mandate, the Chair of the MPCC has the power to investigate complaints, convene public hearings, render findings and make recommendations based on those findings.

The respondents have, through various proceedings, challenged matters affecting the issue of the transfer of detainees by Canada to Afghan authorities. The respondents first called into question the legality of the policy of the Government of Canada to transfer to Afghan authorities the detainees captured by the Canadian Forces operating in Afghanistan but this challenge proved unsuccessful. They also disputed the legality of the implementation of this policy by filing two conduct complaints with the MPCC. The first complaint (detainee complaint) related to the involvement of the military police in the actual transfer of detainees to Afghan authorities and the MPCC later decided to hold a public interest hearing into that complaint. The respondents filed a second conduct complaint (failure to investigate complaint) alleging, in particular, that military police members had failed in their duty to investigate potential wrongdoing by Canadian Forces officers who directed the transfer of detainees to Afghan authorities. The MPCC decided to conduct a public interest hearing into the failure to investigate complaints under Part IV of the Act.

The MPCC's jurisdiction to inquire into the respondents' complaints was challenged by judicial review. The respondents' first complaint was quashed by the Federal Court since the handling of detainees was not a policing function *per se* and therefore the MPCC could not examine the duties of the military police in that regard. However, the MPCC's jurisdiction to inquire into the failure to investigate complaint was upheld but only on the basis of what the military police subjects of the complaint knew or had the "means of knowing". When the public hearings commenced, the MPCC issued summons to government officials to compel production of documents. By way of judicial review, the applicants sought to have the summons set aside.

Shortly after the Federal Court's ruling, the applicants brought two motions to the MPCC for a determination on how the MPCC would interpret the Federal Court's

La Commission est un organisme d'enquête qui a été constitué en vertu de la partie IV de la Loi dans le but d'assurer une surveillance et de faire en sorte que la police militaire des Forces canadiennes fasse preuve d'une plus grande responsabilisation. Il lui a été conféré le pouvoir et la responsabilité d'examiner les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires dans l'exercice de leurs fonctions de nature policière. Pour s'acquitter de son mandat, le président de la Commission a le pouvoir d'enquêter sur les plaintes, de convoquer des audiences publiques, de tirer des conclusions et de faire des recommandations fondées sur ces conclusions.

Les intimées ont, dans diverses instances, contesté des affaires portant sur la question du transfèrement des détenus des autorités canadiennes aux autorités afghanes. Les intimées ont d'abord mis en doute la légalité de la politique du gouvernement du Canada de transférer aux autorités afghanes les détenus capturés par les Forces canadiennes en Afghanistan, mais cette question a été contestée sans succès. Les intimées ont aussi contesté la légalité de la mise en œuvre de cette politique en déposant deux plaintes pour inconduite auprès de la Commission. La première plainte (la plainte relative aux détenus) se rapportait à l'implication de la police militaire dans le transfèrement des détenus aux autorités afghanes, et la Commission a annoncé par la suite son intention de tenir une audience d'intérêt public sur cette plainte. Les intimées ont déposé une deuxième plainte pour inconduite (la plainte relative à l'omission d'enquêter), alléguant que des policiers militaires avaient omis d'enquêter sur les crimes potentiels commis par les officiers des Forces canadiennes responsables du transfèrement des détenus aux autorités afghanes. La Commission a décidé de tenir une audience d'intérêt public à propos de l'omission d'enquêter sur les plaintes en vertu de la partie IV de la Loi.

La compétence de la Commission d'enquêter sur les plaintes des intimées a été contestée par voie de contrôle judiciaire. La Cour fédérale a annulé la première plainte des intimées, étant donné que le traitement des détenus n'était pas une fonction policière en soi et, par conséquent, la Commission ne pouvait pas examiner les fonctions de la police militaire à cet égard. Cependant, la compétence de la Commission d'enquêter sur la plainte relative à l'omission d'enquêter a été confirmée, mais uniquement en se fondant sur ce que les policiers militaires visés par la plainte savaient ou « pouvaient savoir ». Lorsque les audiences d'intérêt public ont débuté, la Commission a délivré des sommations à des représentants du gouvernement pour forcer la production de documents. Les intimées ont cherché à faire annuler les sommations par voie de contrôle judiciaire.

Peu après le prononcé de la décision de la Cour fédérale, les demandeurs ont présenté à la Commission deux requêtes visant à réexaminer la façon dont la Commission devrait

expression “means of knowing” since they claimed that they were entitled to know the case they had to meet. The MPCC issued two rulings in response to the motions but the applicants contended that they were no further ahead in knowing the case they had to meet as a result of the last decision. Therefore, they brought a third application for judicial review.

The issues were whether the Federal Court should exercise its discretion to consider the applications pertaining to interlocutory decisions made by the MPCC in the course of its investigation or dismiss them as premature and, to the extent that the Federal Court were to intervene, whether it can be said that the MPCC erred in law by failing to articulate the standard by which it will assess the applicants’ conduct before calling witnesses.

*Held*, the applications should be dismissed.

Interlocutory decisions of administrative bodies are not subject to judicial review until a final decision is issued. As to the applicants’ first application for judicial review, it was clearly moot since the applicants’ motion was ultimately heard and decided before the application for judicial review could be determined. Therefore, nothing more needed to be said concerning this first application.

Courts will not interfere with ongoing administrative processes until they have run their course, absent exceptional circumstances. The applicants’ argument that the interlocutory decisions challenged herein raised exceptional circumstances was not accepted. Case law shows that the “exceptional circumstances” allowing the courts to intervene and to review interlocutory decisions have been quite narrowly defined. While exceptional circumstances may not be exhaustively defined, courts have held that such will exist when the impugned decision is dispositive of a substantive right of a party, raises a constitutional issue or goes to the legality of the tribunal itself. An allegation that a commission or tribunal has somehow exceeded its jurisdiction in the course of rendering an interlocutory decision will not be sufficient.

As to the “means of knowing standard”, this was not a case where the alleged lack of jurisdiction was demonstrated beyond any reasonable doubt. Moreover, the Act itself does not delineate with precision the MPCC’s jurisdiction with respect to a conduct complaint and certainly does not provide a clear answer as to the circumstances that should prompt a military

interpréter l’expression de la Cour fédérale « pouvaient savoir », étant donné qu’ils soutenaient avoir le droit de comprendre la nature de l’instance. La Commission a rendu deux décisions en réponse aux requêtes, mais les demandeurs ont fait valoir qu’ils ne connaissaient toujours pas la nature de l’instance par suite de la dernière décision. En conséquence, ils ont présenté une troisième demande de contrôle judiciaire.

Les questions en litige étaient de savoir si la Cour fédérale devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner les demandes sur ce qui constitue des décisions interlocutoires rendues par la Commission dans le cadre de son enquête, ou les rejeter au motif qu’elles sont prématurées, et dans la mesure où la Cour fédérale interviendrait, il s’agissait de déterminer si l’on pouvait dire que la Commission avait commis une erreur de droit en n’énonçant pas la norme qui devait servir à évaluer la conduite des demandeurs avant d’entendre les témoins.

*Jugement* : les demandes doivent être rejetées.

Les décisions interlocutoires des organismes administratifs ne peuvent pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire jusqu’à ce qu’une décision définitive soit rendue. Quant à la première demande de contrôle judiciaire des demandeurs, elle était clairement théorique, puisque la requête des demandeurs a finalement été entendue et tranchée avant qu’une décision soit rendue au sujet de la demande de contrôle judiciaire. Par conséquent, il n’y avait rien de plus à dire concernant la première demande.

À défaut de circonstances exceptionnelles, les cours n’interviennent pas, tant que le processus administratif suit son cours. L’argument des demandeurs, selon lequel les décisions interlocutoires contestées en l’espèce soulevaient des circonstances exceptionnelles, a été rejeté. La jurisprudence démontre que les « circonstances exceptionnelles » permettant aux cours d’intervenir et de contrôler les décisions interlocutoires ont été étroitement définies. Bien que ces circonstances ne soient pas définies de façon exhaustive, les cours de justice ont conclu qu’il existe une telle circonstance lorsque la décision contestée règle définitivement un droit substantiel d’une partie, soulève une question constitutionnelle, ou implique la légalité du tribunal. Une allégation selon laquelle une commission ou un tribunal a, d’une manière ou d’une autre, outrepassé sa compétence en rendant une décision interlocutoire ne suffira pas.

En ce qui concerne la norme relative à l’expression « pouvaient savoir », il ne s’agissait pas d’une affaire où l’absence de compétence a été prouvée hors de tout doute raisonnable. De plus, la Loi en soi ne délimite pas précisément la compétence de la Commission en matière de plaintes pour inconduite et elle ne donne certainement pas une réponse

police officer to investigate. It is therefore much more difficult to demonstrate with reasonable certainty that the MPCC not only erred in crafting such a standard but exceeded its jurisdiction. Nor did the MPCC contravene the Federal Court decision since the decision simply stressed that the MPCC could not use its limited jurisdiction as a springboard to investigate government policy at large. As well, it cannot be said that the “means of knowing” standard carries a well-defined meaning and refers to a shared understanding of its parameters, at least in the context of Canadian criminal or military law. Moreover, the MPCC was very careful not to bind itself to any particular understanding of the “means of knowing” standard. While it rejected the “effective control” test on the basis that it is without support in the case law, the MPCC went no further than accepting what both parties had previously agreed upon, that is, that the “means of knowing” standard captures “information which a reasonable military police officer would have obtained by making reasonable inquiries. It added that a determination as to whether a military police officer acted reasonably is obviously an issue that cannot be decided in the abstract because it heavily depends on the evidence. The MPCC did not overstep its mandate and go beyond its jurisdiction in addressing the applicants’ complaint regarding the “means of knowing” standard.

It could not be speculated what the MPCC would say in its final report, which is why the applications were premature and a waste of judicial resources. It would be premature for the Federal Court to articulate the standard of conduct applicable to the complaint of failure to investigate. It did not have the benefit of either the MPCC’s knowledge of the complaint, of the proceedings or evidence. Making a ruling in a factual vacuum and looking over the shoulders of an administrative tribunal carrying out its mandate would be at odds with fundamental principles of administrative law. The Federal Court would be in a much better position to intervene, if required, once the MPCC has made its own findings on the basis of all the evidence. In the absence of a compelling demonstration that the MPCC exceeded its jurisdiction, it must be allowed to complete its final report before an application for judicial review could be entertained.

The argument that the MPCC attempted to investigate beyond the conduct of military police officers and into government policy, as evidenced in its treatment of witnesses and in the nature of the documents sought, was examined. The MPCC, as an external oversight body, must be left with

claire quant aux circonstances qui devraient pousser un policier militaire à faire enquête. Il est donc beaucoup plus difficile de démontrer avec une certitude raisonnable que la Commission a non seulement commis une erreur en élaborant une telle norme, mais qu’elle a aussi outrepassé sa compétence. Il n’est pas possible, non plus, d’affirmer que la Commission est allée à l’encontre de la décision rendue par la Cour fédérale, étant donné que la décision soulignait simplement que la Commission ne pouvait pas utiliser sa compétence restreinte comme un « moyen d’enquêter » sur la politique gouvernementale en général. En outre, on ne saurait affirmer que la norme relative à l’expression « pouvaient savoir » a un sens bien défini et qu’elle fait référence à une compréhension commune de ses paramètres, du moins en droit criminel ou militaire canadien. Par ailleurs, la Commission a pris bien soin de ne pas adopter une interprétation particulière de la norme relative à l’expression « pouvaient savoir ». Bien qu’elle ait rejeté le critère du « contrôle effectif » au motif qu’il n’est pas étayé par la jurisprudence, la Commission s’est contentée d’accepter ce que les parties avaient convenu, c’est-à-dire que la norme relative à l’expression « pouvaient savoir » vise les renseignements que « les policiers militaires auraient raisonnablement pu obtenir simplement en se renseignant ». La Commission a ajouté que la question de savoir si un policier militaire a agi de façon raisonnable est clairement une question qui ne peut pas être tranchée dans l’abstrait puisqu’elle dépend largement de la preuve. La Commission n’a pas outrepassé son mandat ni excédé sa compétence en traitant la plainte des demandeurs au sujet de la norme relative à l’expression « pouvaient savoir ».

On ne peut pas faire de conjectures sur ce que la Commission pourrait dire dans son rapport final; c’est pourquoi les demandes étaient prématurées et constituaient un gaspillage de ressources judiciaires. Il serait prématuré pour la Cour fédérale de formuler la norme de conduite applicable à la plainte relative à l’omission d’enquêter. La Cour ne connaissait pas la plainte, les procédures ou les éléments de preuve comme la Commission. Il serait contraire aux principes fondamentaux de droit administratif de rendre une décision dans un vide factuel et de surveiller un tribunal administratif dans l’exercice de son mandat. La Cour fédérale serait bien mieux placée pour intervenir, si nécessaire, une fois que la Commission aurait tiré ses propres conclusions, au vu de toute la preuve. En l’absence d’une preuve convaincante établissant que la Commission a outrepassé sa compétence, celle-ci est autorisée à terminer son rapport final avant qu’une demande de contrôle judiciaire puisse être entendue.

L’argument selon lequel la Commission a tenté d’aller au-delà de la conduite des policiers militaires et d’enquêter sur la politique gouvernementale, comme le révèle le traitement qu’elle a réservé aux témoins et la nature des documents dont elle a demandé la production, a été examiné. La Commission,

the discretion to determine for itself, as a result of its investigation, what the military police officers that are the subject of its inquiry know or had the means of knowing. To fulfill its mandate, the MPCC ought to be left with some room to manoeuvre and be given the latitude to determine for itself what is relevant and what is not. It would be premature for the Federal Court to declare the standard according to which a determination must be made as to what the applicants had the means of knowing.

Although inferior bodies, such as the MPCC, have no common law power to compel the production of evidence, either testimonial or documentary, document disclosure is fundamental to the MPCC's ability to discharge its mandate and conduct a full, independent investigation into the complaint. That is precisely why paragraph 250.41(a) of the Act grants the MPCC the power to require the production of documents that it considers necessary to a full investigation. That is a decision that the MPCC is authorized by statute to make based on its assessment of the needs of its investigative effort.

It is the MPCC's responsibility to make its own independent decision as to what documents it considers necessary for a full investigation of the complaint. It should not have to rely on selected documents provided on the basis of an opaque screening process conducted in-house by government officials. Section 250.41 of the Act must be broad enough to allow the MPCC to inquire into the screening process and the guidelines used by the government in response to its summons for documents when it appears that one of the impediments to a full investigation is the lack of production of information. If the MPCC does not have full access to relevant documents, which are the lifeblood of an inquiry, there cannot be a full and independent investigation. Therefore, the MPCC did not clearly exceed its jurisdiction when it issued a summons for the production of documents relating to the screening process and the guidelines applied by government departments in response to its previous summons. Consequently, the relief sought by the applicants in relation to the summons was similarly dismissed as being premature.

Given the conclusion that the applicants' applications were premature, there was no need to address the second issue as to whether the MPCC erred in law by failing to articulate the "means of knowing" standard. Nevertheless, a few comments were made. The applicants were not denied the right to make full answer and defence guaranteed by paragraph 250.44(a) of the Act. A commission of inquiry is not a criminal court and

en tant qu'organisme de surveillance externe, doit avoir le pouvoir de déterminer, à la suite de son enquête, ce que les policiers militaires faisant l'objet de l'enquête savaient ou pouvaient savoir. Pour s'acquitter de son mandat, la Commission devrait avoir une certaine marge de manœuvre pour déterminer elle-même ce qui est pertinent et ce qui ne l'est pas. Il serait prématuré pour la Cour fédérale de faire connaître la norme qui servira à déterminer ce que les demandeurs pouvaient savoir.

Bien que des organismes administratifs inférieurs, comme la Commission, n'aient aucun pouvoir de common law leur permettant d'exiger la production d'éléments de preuve, qu'ils soient testimoniaux ou documentaires, la divulgation des documents est indispensable pour que la Commission puisse s'acquitter de son mandat et mener une enquête complète et indépendante sur la plainte. C'est d'ailleurs pour cette raison précise que l'alinéa 250.41(1)a) de la Loi confère à la Commission le pouvoir d'exiger la production de documents qu'elle estime nécessaires à une enquête complète. Il s'agit d'une décision que la Commission est expressément autorisée par la loi à rendre, selon son évaluation des besoins pour mener à bien l'enquête.

La Commission doit rendre sa propre décision indépendante au sujet des documents qu'elle considère nécessaires à une enquête complète. Elle ne devrait pas être forcée de s'en remettre aux documents qui ont été choisis à la suite d'un processus obscur de sélection effectué à l'interne par des fonctionnaires. L'article 250.41 de la Loi doit être suffisamment large pour permettre à la Commission de s'enquérir du processus de sélection et des directives appliquées par le gouvernement en réponse à ses sommations visant à obtenir des documents lorsqu'il semble qu'un des obstacles à une enquête complète est le fait que des renseignements n'ont pas été communiqués. Si la Commission n'a pas entièrement accès aux documents pertinents, lesquels sont essentiels aux enquêtes, elle ne peut pas mener une enquête complète et indépendante. La Commission n'a donc pas clairement outrepassé sa compétence quand elle a délivré une sommation ordonnant la production des documents se rapportant au processus de sélection et des directives appliquées par les ministères fédéraux en réponse aux sommations précédentes. Par conséquent, la réparation demandée par les demandeurs relativement aux sommations devait également être rejetée puisqu'elle était prématurée.

Étant donné la conclusion selon laquelle les demandes des demandeurs étaient prématurées, il était inutile de traiter la deuxième question, soit de déterminer si la Commission a commis une erreur de droit en n'énonçant pas la norme relative à l'expression « pouvaient savoir ». Quelques commentaires ont toutefois été faits. Les demandeurs n'ont pas été privés du droit de présenter une défense pleine et entière,

the task of the MPCC is not to determine guilt or innocence but to make a report setting out its findings and recommendations with respect to the complaint. Also, there is a limit how far down the road a commission should go in completely articulating the legal standards according to which it will make its findings. In the case at bar, the commission did provide some insights as to how it purported to apply the “means of knowing” standard of conduct. Finally, the military police officers who are the subject of the inquiry know enough about the particulars of the complaint and the substance of the allegations, as well as the applicable legal principles to be applied, to make their case and to respond fully. They have been afforded all the rights provided for by section 250.44 of the Act, and if ever they are dissatisfied with the inquiry’s result and final report, they will be entitled to challenge the final report by way of judicial review.

garanti par l’article 250.44 de la Loi. Une commission d’enquête ne constitue pas un tribunal de juridiction criminelle, et la tâche qui incombe à la Commission ne consiste pas à se prononcer sur la culpabilité ou l’innocence, mais à établir un rapport qui expose ses conclusions et ses recommandations en ce qui a trait à la plainte. De plus, il y a une limite à vouloir détailler les normes juridiques qu’une commission appliquera pour rendre sa décision. Dans la présente affaire, la Commission a fourni quelques précisions quant à la façon dont elle voulait appliquer la norme de conduite relative à l’expression « pouvaient savoir ». Enfin, les policiers militaires faisant l’objet de l’enquête connaissent suffisamment les détails de la plainte, le fond des allégations et les principes juridiques applicables pour présenter leur cause et donner une réponse complète. Ils ont pu exercer tous les droits prévus à l’article 250.44 de la Loi, et s’ils ne sont pas satisfaits du résultat de l’enquête et du rapport final, ils pourront contester le rapport final par voie de contrôle judiciaire.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38–38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141).  
*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].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tariff B, Column IV.  
*Military Police Professional Code of Conduct*, SOR/2000-14.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 118(2)(c) (as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 32), 124, Part III (as enacted *idem*, s. 18), Part IV (as enacted *idem*, s. 82), 302 (as am. *idem*, s. 90).  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 8(1),(2) (as am. by S.C. 2004, c. 11, s. 37; 2006, c. 10, s. 33).  
*Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces*, Vol. II, c. 106, art. 106.02(1), online: <<http://www.admfincs-smafinsm.forces.gc.ca/qro-orf/index-eng.asp>>.  
*Rules of Procedure for Hearings Before the Military Police Complaints Commission*, SOR/2002-241, s. 7.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

- Zündel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255, (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 135, 256 N.R. 125

#### 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].  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Code de déontologie de la police militaire*, DORS/2000-14.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 118(2)c) (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 32), 124, partie III (éditée, *idem*, art. 18), partie IV (éditée, *idem*, art. 82), 302 (mod., *idem*, art. 90).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16 (édités par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8(1),(2) (mod. par L.C. 2004, ch. 11, art. 37; 2006, ch. 10, art. 33).  
*Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, vol. II, ch. 106, art. 106.02(1), en ligne : <<http://www.admfincs-smafinsm.forces.gc.ca/qro-orf/index-fra.asp>>.  
*Règles de procédure des audiences de la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire*, DORS/2002-241, art. 7.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B, colonne IV.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255 (C.A.); *C.B. Powell Limited c. Canada*

(C.A.); *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, 400 N.R. 367.

DISTINGUISHED:

*Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.) et al.*, [1979] 1 S.C.R. 218, (1978), 90 D.L.R. (3d) 161, 43 C.C.C. (2d) 49; *Re Nelles et al. and Grange et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 210, 9 D.L.R. (4th) 79, 42 C.P.C. 109 (C.A.); *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, (1990), 68 D.L.R. (4th) 641, 55 C.C.C. (3d) 472.

CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. Amnesty International Canada*, 2009 FC 918, [2010] 4 F.C.R. 182; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1997] 2 F.C. 36, (1997), 142 D.L.R. (4th) 237, 207 N.R. 1 (C.A.), affd [1997] 3 S.C.R. 440, (1997), 151 D.L.R. (4th) 1, 48 Admin. L.R. (2d) 1.

REFERRED TO:

*Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2007 FC 1147, 287 D.L.R. (4th) 35, 73 Admin. L.R. (4th) 206, 162 C.R.R. (2d) 308; *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2008 FC 162, 79 Admin. L.R. (4th) 91, 320 F.T.R. 300; *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2008 FC 336, [2008] 4 F.C.R. 546, 292 D.L.R. (4th) 127, 81 Admin. L.R. (4th) 190, affd 2008 FCA 401, [2009] 4 F.C.R. 149, 305 D.L.R. (4th) 741, 182 C.R.R. (2d) 203, leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] 1 S.C.R. v; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, 285 D.L.R. (4th) 620, 64 Admin. L.R. (4th) 163; *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333, 25 Imm. L.R. (2d) 70, 170 N.R. 58 (F.C.A.); *Canada v. Schnurer Estate*, [1997] 2 F.C. 545, 208 N.R. 339 (C.A.); *Sherman v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2006 FC 715, 54 Admin. L.R. (4th) 274, 295 F.T.R. 274; *CHC Global Operations v. Global Helicopter Pilots Assn.*, 2008 FCA 345; *Cannon v. Canada (Assistant Commissioner, RCMP)*, [1998] 2 F.C. 104, (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 246 (T.D.); *Greater Moncton International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada*, 2008 FCA 68; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, 2001 FCA 139, 270 N.R. 399; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Varela*, 2003 FCA 42, 238 F.T.R. 200, 26 Imm. L.R. (3d) 20, 300 N.R. 183; *Jamieson v. City of Edmonton* (1916), 54 S.C.R. 443, 36 D.L.R. 465, [1917] 1 W.W.R. 1510; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, [1989] 1 W.W.R. 577, (1988), 44 C.C.C. (3d) 513.

(*Agence des services frontaliers*), 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.) et autre*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Re Nelles et al. and Grange et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 210, 9 D.L.R. (4th) 79, 42 C.P.C. 109 (C.A.); *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Procureur général) c. Amnesty International Canada*, 2009 CF 918, [2010] 4 R.C.F. 182; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36 (C.A.), conf. par [1997] 3 R.C.S. 440.

DÉCISIONS CITÉES :

*Amnesty International Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2007 CF 1147; *Amnesty International Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 162; *Amnestie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546, conf. par 2008 CAF 401, [2009] 4 R.C.F. 149, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 1 R.C.S. v; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 934 (C.A.) (QL); *Canada c. Succession Schnurer*, [1997] 2 C.F. 545 (C.A.); *Sherman c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2006 CF 715; *CHC Global Operations c. Global Helicopter Pilots Assn.*, 2008 CAF 345; *Cannon c. Canada (Commissaire adjoint, GRC)*, [1998] 2 C.F. 104 (1<sup>re</sup> inst.); *Direction de l'aéroport international du Grand Moncton c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2008 CAF 68; *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, 2001 CAF 139; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Varela*, 2003 CAF 42; *Jamieson v. City of Edmonton* (1916), 54 R.C.S. 443, 36 D.L.R. 465, [1917] 1 W.W.R. 1510; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903.

## AUTHORS CITED

Ratushny, Ed. *The Conduct of Public Inquiries: Law, Policy and Practice*. Toronto: Irwin Law, 2009.

APPLICATIONS for judicial review challenging interlocutory decisions of the Military Police Complaints Commission made in the course of a public interest hearing held under Part IV of the *National Defence Act*. Applications dismissed.

## APPEARANCES

*Alain Préfontaine* for applicants.  
*Paul Champ* for respondents.  
*Ronald Lunau* for intervenor.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicants.  
*Champ & Associates*, Ottawa, for respondents.  
*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for intervenor.

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

[1] DE MONTIGNY J.: The applicants have filed three applications for judicial review that were consolidated into this proceeding, challenging interlocutory decisions of the Military Police Complaints Commission (the Commission or MPCC) made in the course of a public interest hearing held under Part IV [ss. 250–250.53 (as enacted by S.C. 1998, c. 35, s. 82)] of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 (the Act); partially reproduced in the Appendix to these reasons. The hearing is to examine a complaint made by the respondents on June 12, 2008, alleging that military police members [MPs] had failed in their duty to investigate potential wrongdoing by Canadian Forces officers who directed the transfer of detainees to Afghan authorities.

[2] The application in file number T-846-10 challenges the summons issued *proprio motu* by the MPCC

## DOCTRINE CITÉE

Ratushny, Ed. *The Conduct of Public Inquiries: Law, Policy and Practice*. Toronto : Irwin Law, 2009.

DEMANDES de contrôle judiciaire contestant les décisions interlocutoires de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire rendues dans le cadre d'une audience d'intérêt public tenue en vertu de la partie IV de la *Loi sur la défense nationale*. Demandes rejetées.

## ONT COMPARU

*Alain Préfontaine* pour les demandeurs.  
*Paul Champ* pour les intimées.  
*Ronald Lunau* pour l'intervenante.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour les demandeurs.  
*Champ & Associates*, Ottawa, pour les intimées.  
*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Les demandeurs ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire, lesquelles ont été regroupées en une seule demande, contestant les décisions interlocutoires de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire (la Commission ou CPPM) rendues dans le cadre d'une audience d'intérêt public tenue en vertu de la partie IV [art. 250 à 250.53 (éditée par L.C. 1998, ch. 35, art. 82)] de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 (la Loi), laquelle est en partie reproduite en annexe. L'audience vise à examiner une plainte faite par les intimées le 12 juin 2008, alléguant que des policiers militaires n'avaient pas enquêté sur les crimes potentiels commis par des officiers des Forces canadiennes responsables du transfèrement des détenus aux autorités afghanes.

[2] La demande au dossier numéro T-846-10 vise à contester les sommations que la CPPM a délivrées de

to Major Gagnon, subsequently replaced by Brigadier-General Blanchette, directing them to produce a number of documents. The second judicial review application, filed under Court File No. T-1126-10, alleges a refusal by the Commission to hear a motion made by the applicants at the early stage of the hearings seeking a ruling on the standard against which their professional conduct will be assessed. The third application, filed under Court File No. T-2110-10, contests the ruling eventually made by the Commission on that standard.

[3] These applications raise important issues with respect to the jurisdiction of the MPCC and the role of this Court in overseeing investigative bodies, and commissions of inquiries in particular. For the reasons that follow, I find that these applications are premature and, for that reason, ought to be dismissed.

#### 1. Background

[4] The MPCC is an investigative body established pursuant to Part IV of the Act to provide oversight and greater accountability on the part of the Canadian Forces' military police. Parliament vested it with the power and responsibility to examine complaints about the conduct of military police members in the exercise of their policing duties and functions (subsection 250.18(1) of the Act). To carry out this mandate, the Chair of the Commission has the power to investigate complaints, convene public hearings, render findings and make recommendations based on those findings. The MPCC reports to Parliament through the Minister of National Defence, but in the discharge of its functions, the MPCC is independent from both the Department of National Defence (DND) and the Canadian Forces.

[5] There is no need to expand on Canada's role in Afghanistan, or on the role of the military police both as custodian of Afghan prisoners and as an investigative unit. This has been covered extensively by Justices

son propre chef au major Gagnon, plus tard remplacé par le brigadier-général Blanchette, les ordonnant de produire un certain nombre de documents. Dans la deuxième demande de contrôle judiciaire, déposée au dossier numéro T-1126-10, il est allégué que la Commission a refusé d'instruire la requête présentée par les demandeurs au début de l'audience visant à obtenir une décision sur la norme au regard de laquelle leur conduite professionnelle sera évaluée. La troisième demande, déposée au dossier numéro T-2110-10, vise à contester la décision qu'a rendue la Commission à propos de cette norme.

[3] Les présentes demandes soulèvent des questions importantes à propos de la compétence de la CPPM et du rôle de notre Cour au niveau de la surveillance des organismes d'enquête, et des commissions d'enquête en particulier. Pour les motifs qui suivent, j'estime que ces demandes sont prématurées et que, par conséquent, elles doivent être rejetées.

#### 1. Contexte

[4] La CPPM est un organisme d'enquête qui a été constitué en vertu de la partie IV de la Loi dans le but d'assurer une surveillance et de faire en sorte que la police militaire des Forces canadiennes fasse preuve d'une plus grande responsabilisation. Le législateur lui a conféré le pouvoir et la responsabilité d'examiner les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires dans l'exercice de leurs fonctions de nature policière (paragraphe 250.18(1) de la Loi). Pour s'acquitter de son mandat, le président de la Commission a le pouvoir d'enquêter sur les plaintes, de convoquer des audiences publiques, de tirer des conclusions et de faire des recommandations fondées sur ces conclusions. La CPPM rend compte au Parlement par l'intermédiaire du ministre de la Défense nationale, mais dans l'exercice de ses fonctions, la CPPM est indépendante du ministère de la Défense nationale (MDN) et des Forces canadiennes.

[5] Il n'est pas nécessaire d'expliquer davantage le rôle du Canada en Afghanistan, ou le rôle de la police militaire comme gardienne des prisonniers afghans et comme unité d'enquête. Ce sujet a été largement abordé



Mactavish and Harrington in previous Federal Court decisions, to which I shall refer below.

[6] Amnesty International and the British Columbia Civil Liberties Association (to whom I shall refer collectively as “Amnesty”) have, through various proceedings beginning in 2007, challenged matters affecting the issue of the transfer of detainees by Canada to Afghan authorities. Amnesty first called into question the legality of the policy of the Government of Canada to transfer to Afghan authorities, the detainees captured by the Canadian Forces operating in Afghanistan. Amnesty pursued this unsuccessful challenge all the way to the Supreme Court of Canada: see *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2007 FC 1147, 287 D.L.R. (4th) 35; *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2008 FC 162, 79 Admin. L.R. (4th) 91 (*Amnesty – Canadian Forces*); *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2008 FC 336, [2008] 4 F.C.R. 546, affd 2008 FCA 401, [2009] 4 F.C.R. 149, leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] 1 S.C.R. v (*Canada – Amnesty International*). It is now settled law that the *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] (the Charter), does not apply to the detention of non-Canadians by the Canadian Forces or to their transfer to the Afghan authorities.

[7] Amnesty also disputed the legality of the implementation of this policy by filing two conduct complaints with the Commission. The first complaint (the detainee complaint) related to the involvement of the military police in the actual transfer of detainees to Afghan authorities and was filed on February 21, 2007. On February 26, 2007, the Commission decided to initiate an investigation of that complaint in the public interest, and on March 12, 2008, the Commission announced its intention to hold a public interest hearing into that complaint.

[8] On June 12, 2008, the respondents filed a second conduct complaint (the failure to investigate complaint), seeking an extension of the timeframe of its first complaint and, as a distinct issue, alleging that military

par les juges Mactavish et Harrington dans des décisions antérieures de la Cour fédérale, auxquelles je ferai référence plus loin.

[6] Amnesty International et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (ci-après appelées « Amnesty ») ont, dans diverses instances depuis 2007, contesté des affaires portant sur la question du transfèrement des détenus des autorités canadiennes aux autorités afghanes. Amnesty a d'abord mis en doute la légalité de la politique du gouvernement du Canada de transférer aux autorités afghanes les détenus capturés par les Forces canadiennes en Afghanistan. Amnesty a contesté cette question sans succès jusqu'en Cour suprême du Canada : voir *Amnesty International Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2007 CF 1147; *Amnesty International Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 162 (*Amnesty – Forces canadiennes*); *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546, conf. par 2008 CAF 401, [2009] 4 R.C.F. 149, autorisation d'appel refusée à la C.S.C., [2009] 1 R.C.S. v (*Canada – Amnistie internationale*). Il est bien établi en droit que la *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] (la Charte), ne s'applique pas à la détention de non-ressortissants du Canada par les Forces canadiennes ou à leur transfèrement aux autorités afghanes.

[7] Amnesty a aussi contesté la légalité de la mise en œuvre de cette politique en déposant deux plaintes pour inconduite auprès de la Commission. La première plainte (la plainte relative aux détenus) se rapportant à l'implication de la police militaire dans le transfèrement des détenus aux autorités afghanes a été déposée le 21 février 2007. Le 26 février 2007, la Commission a décidé de mener une enquête d'intérêt public, et le 12 mars 2008, la Commission a annoncé son intention de tenir une audience d'intérêt public sur cette plainte.

[8] Le 12 juin 2008, les intimées ont déposé une deuxième plainte pour inconduite (la plainte relative à l'omission d'enquêter), demandant une prorogation du délai de sa première plainte et, comme question

police members had failed in their duty to investigate potential wrongdoing by Canadian Forces officers who directed the transfer of detainees to Afghan authorities. The complaint was based on information obtained in the previous Court application to halt the transfers on Charter grounds, to which Madam Justice Mactavish refers in her decision to dismiss an application for an interlocutory injunction filed by Amnesty: see *Amnesty – Canadian Forces*, above, at paragraphs 85–87. The substance of this complaint reads as follows (June 12, 2008 complaint, respondents’ record, Vol. II, at pages 245–251):

Amnesty International Canada and the B.C. Civil Liberties Association hereby file a new, discrete conduct complaint pursuant to section 250.18 of the *National Defence Act*, concerning the failure of certain members of the Military Police to investigate crimes or potential crimes committed by senior officers in command of Task Force Afghanistan, from May 3, 2007 to the present [which is when Canada signed a new detainee agreement with Afghanistan that permitted Canadian officials to visit and inspect detainees in Afghan custody].

Specifically, members of the National Investigation Service (NIS) in Kandahar and the Task Force Provost Marshall (TFPM) have been aware that former Canadian Forces (CF) detainees were likely tortured by Afghan authorities, yet they failed to investigate whether any members of the CF should be charged for their role in facilitating these crimes. In particular, senior officers occupying the position of Commander of Task Force Afghanistan ordered the transfer of detainees to the custody of the Afghan secret police during the relevant period, despite compelling first-hand reports that previous CF detainees were tortured by those authorities.

In our submission, when officers in the chain of command order a detainee to be transferred to the custody of Afghan authorities, in full knowledge that the Afghan authorities are predisposed to torture these persons, a number of possible criminal offences warrant investigation....

[9] It is worth noting that on or about November 6, 2007, the acting Commander of Task Force Afghanistan issued a temporary moratorium on detainee transfers. This followed a report by a Canadian official who interviewed a detainee held by the Afghan secret police

distincte, alléguant que des policiers militaires avaient omis d’enquêter sur les crimes potentiels commis par les officiers des Forces canadiennes responsables du transfèrement des détenus aux autorités afghanes. La plainte était fondée sur des renseignements obtenus dans le cadre de la demande précédente visant à mettre fin aux transfèvements pour des motifs liés à la Charte, à laquelle la juge Mactavish fait référence dans sa décision de rejeter une demande d’injonction interlocutoire déposée par Amnesty : voir *Amnesty – Forces canadiennes*, précitée, aux paragraphes 85 à 87. Voici le fond de la plainte (plainte du 12 juin 2008, dossier des intimées, vol. II, aux pages 245 à 251) :

Amnesty International Canada et l’Association des libertés civiles de la C.-B. déposent par la présente une nouvelle plainte distincte pour inconduite en vertu de l’article 250.18 de la *Loi sur la défense nationale*, relativement au défaut de certains membres de la police militaire d’enquêter sur des crimes réellement ou potentiellement commis par des officiers supérieurs chargés du commandement de la Force opérationnelle en Afghanistan du 3 mai 2007 jusqu’à ce jour [qui correspond à la date à laquelle le Canada a signé un nouvel accord sur les détenus avec l’Afghanistan, lequel permet aux représentants canadiens de visiter et d’examiner les personnes qui sont détenues par les autorités afghanes].

Plus particulièrement, les membres du Service national des enquêtes (SNE) à Kandahar et le grand prévôt de la Force opérationnelle (GPFO) savaient que d’anciens prisonniers des Forces canadiennes (FC) étaient vraisemblablement torturés par les autorités afghanes, mais n’ont pas mené d’enquête quant à savoir si des accusations devraient être portées contre des membres des FC pour leur rôle dans la facilitation de ces crimes. Des officiers supérieurs occupant le poste de commandant de la Force opérationnelle en Afghanistan ont notamment ordonné le transfert de prisonniers à la police secrète afghane pendant la période pertinente, malgré des rapports directs convaincants selon lesquels d’anciens prisonniers des FC étaient torturés par ces autorités.

À notre avis, lorsque des officiers de la chaîne de commandement ordonnent qu’un prisonnier soit transféré aux autorités afghanes tout en sachant très bien que celles-ci sont prédisposées à le torturer, il est justifié d’enquêter sur un nombre d’infractions criminelles possibles [...]

[9] Il convient de noter que le 6 novembre 2007 ou vers cette date, le commandant par intérim de la force opérationnelle en Afghanistan a décrété un moratoire temporaire sur les transfèvements. Ce moratoire avait été précédé par le rapport d’un fonctionnaire canadien ayant

on November 5, 2007, in which the detainee alleged that he was knocked unconscious during a first interrogation and was then beaten with electrical wires and rubber hose during a second one.

[10] Given the seriousness of the subject-matter, the complexity of the legal and factual issues involved, and the public interest in the issues, the MPCC decided on September 30, 2008, to conduct a public interest hearing into the failure to investigate complaints under Part IV of the Act.

[11] Lieutenant-Colonel (Ret) W. H. Garrick, Major J. P. P. Kirschner, Major B. Hudson, Major J. T. M. Zybala, Major R. R. Gribble, Chief Warrant Officer B. Watson and Master Warrant Officer (Ret) J.Y. Girard are seven of the eight subjects later named by the Commission for the failure to investigate complaint. Brigadier-General Blanchette is a witness summonsed by the Commission, *ex proprio motu*, to produce documents in the control of DND and the Canadian Forces.

[12] The Attorney General challenged the MPCC's jurisdiction to inquire into the respondents' 2007 and 2008 complaints. The applications for judicial review were heard together and, on September 16, 2009, the Court issued a judgment quashing the respondents' first complaint: see *Canada (Attorney General) v. Amnesty International Canada*, 2009 FC 918, [2010] 4 F.C.R. 182. According to Justice Harrington, the handling of detainees was not a policing function *per se*, and therefore the MPCC could not examine the duties of the military police in that regard. However, he upheld the jurisdiction of the MPCC to inquire into the failure to investigate complaint. The gist of his decision is captured in the following two paragraphs (12–13):

Although the Attorney General's position may be somewhat overstated, and although the detention of insurgents in Afghanistan and their subsequent release to the Afghan authorities may possibly be described as policing duties or functions which were performed by members of the military police in Afghanistan pertaining to the arrest or custody of persons, those duties or functions, policing or not, relate to military operations that resulted from established military

parlé avec un détenu sous la garde de la police secrète afghane le 5 novembre 2007. Le détenu avait déclaré avoir été assommé pendant un premier interrogatoire et battu avec des fils électriques et un boyau en caoutchouc pendant un deuxième interrogatoire.

[10] Compte tenu de la gravité de l'affaire, de la complexité des questions juridiques et factuelles en cause et de l'intérêt qu'a le public dans ces questions, la CPPM a décidé le 30 septembre 2008 de tenir une audience d'intérêt public à propos de l'omission d'enquêter sur les plaintes en vertu de la partie IV de la Loi.

[11] Le lieutenant-colonel (à la retraite) W. H. Garrick, le major J. P. P. Kirschner, le major B. Hudson, le major J. T. M. Zybala, le major R. R. Gribble, l'adjudant-chef B. Watson et l'adjudant-maître (à la retraite) J.Y. Girard sont sept des huit personnes dont la Commission a ultérieurement donné le nom dans le cadre de la plainte relative à l'omission d'enquêter. Le brigadier-général Blanchette est un témoin que la Commission a convoqué, de son propre chef, pour produire des documents qui sont en la possession du MDN et des Forces canadiennes.

[12] Le procureur général a contesté la compétence de la CPPM d'enquêter sur les plaintes déposées par les intimées en 2007 et en 2008. Les demandes de contrôle judiciaire ont été entendues simultanément et, le 16 septembre 2009, la Cour a rendu un jugement annulant la première plainte des intimées : voir *Canada (Procureur général) c. Amnesty International Canada*, 2009 CF 918, [2010] 4 R.C.F. 182. Selon le juge Harrington, le traitement des détenus n'était pas une fonction policière en soi et, par conséquent, la CPPM ne pouvait pas examiner les fonctions de la police militaire à cet égard. Cependant, il a confirmé que la CPPM avait compétence pour enquêter sur les plaintes relatives à l'omission d'enquêter. L'essence de sa décision se trouve dans les deux paragraphes suivants (12 et 13) :

Bien que la position du procureur général puisse paraître quelque peu exagérée et que la détention des insurgés en Afghanistan ainsi que leur transfert subséquent aux autorités afghanes peuvent être présentés comme des fonctions de nature policière accomplies par des policiers militaires en Afghanistan se rapportant à l'arrestation ou la détention de personnes, ces fonctions, qu'elles soient de nature policière ou non, se rapportent à des opérations d'ordre militaire qui découlent de

custom or practice and, therefore, are beyond the jurisdiction of the Commission.

With respect to the second complaint, the “failure to investigate” complaint, I am satisfied that this is a policing duty or function in that the conduct of an investigation within the meaning of the Regulations includes a failure to investigate. However, as the *National Defence Act* makes clear, the Commission is limited to considering the conduct of members of the military police in the performance of their policing duties or functions. It has no jurisdiction to inquire into the conduct of the military at large, much less the conduct of persons who are not members of the military. Thus, while the Commission may legitimately inquire as to what any member of the military police knew, or had the means of knowing, it would be an excess of jurisdiction to investigate government policy and to inquire as to the state of knowledge of the Government of Canada at large, and more particularly the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), and to the extent, if any, it had relevant information to question why that information was not shared with the military police.

[13] While acknowledging the jurisdiction of the Commission with respect to the second complaint, the Court cautioned that it could not use this complaint as a “springboard” into investigating government policies or practices (at paragraph 62):

On this second complaint, I re-emphasize that the jurisdiction of the Commission is to investigate complaints about members of the military police in carrying out their policing functions. The Commission does not have jurisdiction to investigate complaints about government officials, whether or not they are carrying out policing functions. If one were to take the Commission’s approach to the extreme, there would be no question of military police misconduct in Afghanistan if Canadian Forces were not there. The whys and wherefores of that policy decision are beyond the reach of the Commission and of this Court.

[14] As a result, the Court quashed the decisions of the MPCC to investigate the detainee transfer complaint. With respect to the failure to investigate complaint, the Court declared that “the Military Police Complaints Commission may only investigate what the military police subjects of the complaint knew, or had the means of knowing.” It is in the context of the hearing of this failure to investigate complaint that the impugned decisions were made by the MPCC.

coutumes ou pratiques militaires établies et ne relèvent donc pas de la compétence de la Commission.

En ce qui concerne la seconde plainte, je suis d’avis que l’omission d’enquêter sur une plainte est une fonction de nature policière puisque la conduite d’une enquête au sens du Règlement comporte l’omission d’enquêter. Toutefois, comme il ressort clairement de la *Loi sur la défense nationale*, la Commission ne peut examiner que la conduite des policiers militaires dans l’exercice des fonctions de nature policière. Elle n’a pas compétence pour mener une enquête sur la conduite des militaires en général, encore moins celle des personnes qui ne sont pas des militaires. Par conséquent, bien que la Commission puisse légitimement s’enquérir de ce que savaient les policiers militaires, ou pouvaient savoir, ce serait outrepasser sa compétence que d’enquêter sur la politique gouvernementale et de chercher à connaître l’état des connaissances du gouvernement du Canada en général, plus précisément du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI), et dans la mesure où le Ministère disposait de renseignements pertinents, que de se demander pourquoi les renseignements n’ont pas été communiqués à la police militaire.

[13] Bien qu’elle ait reconnu la compétence de la Commission en ce qui a trait à la deuxième plainte, la Cour a fait une mise en garde selon laquelle il ne faut pas se servir de cette plainte comme tremplin pour enquêter sur les politiques ou pratiques gouvernementales (au paragraphe 62) :

En ce qui a trait à la seconde plainte, je tiens à souligner de nouveau que la Commission a compétence pour enquêter sur des plaintes visant des policiers militaires dans l’exercice de leurs fonctions de nature policière. Elle n’a pas compétence pour enquêter sur des plaintes visant des fonctionnaires, qu’ils exercent ou non des fonctions de nature policière. S’il fallait pousser l’approche de la Commission jusqu’à l’extrême, il ne serait pas question de l’inconduite des policiers militaires en Afghanistan en l’absence des Forces canadiennes. Les tenants et aboutissants de cette décision de principe échappent au contrôle de la Commission et de la Cour.

[14] Par conséquent, la Cour a annulé les décisions de la CPPM d’enquêter sur la plainte relative aux transfèrements des détenus. En ce qui concerne la plainte relative à l’omission d’enquêter, la Cour a déclaré que « la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire peut uniquement enquêter sur ce que les policiers militaires visés par la plainte savaient, ou pouvaient savoir ». C’est dans le cadre de l’audience portant sur cette plainte que la CPPM a rendu les décisions contestées.

## 2. The impugned decisions

### (a) The summons (application T-846-10)

[15] Throughout the public interest hearings before the MPCC, it is fair to say that many issues and concerns have arisen in connection with the scope, pace and completeness of document production by the government in response to Commission summons, and in response to requests for documents identified by witnesses during their testimony. These issues of document production have caused significant delays to the MPCC hearing of the complaint, and have raised concerns as to how documents were being vetted and selected by the government for disclosure to the Commission.

[16] As previously mentioned, the Commission began to conduct a public interest investigation into the initial complaint in February 2007, and until March 2008, DND apparently provided documents without censoring or redacting them for national security purposes. However, the production of documents stopped when the Commission announced that it would hold a public interest hearing in March 2008. When the hearings commenced on the two complaints in the spring of 2009, an adjournment had to be called after two weeks because the Commission had yet to receive any disclosure from the subjects or the Attorney General. The government took the position that the Commission was not allowed to receive unredacted documents once it decided to convene public hearings, by virtue of section 38 [sections 38 to 38.16 inclusive (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. It explained the delay in providing documents on the grounds that those documents needed to be reviewed and redacted in accordance with that legislative provision. It appears that the government took the position that no disclosure would be made until all documents requested by the Commission had been reviewed and redacted.

[17] Concerned that the requested documents would not be produced voluntarily, the MPCC sought to compel

## 2. Les décisions contestées

### a) Les sommations (demande T-846-10)

[15] Au cours des audiences d'intérêt public tenues devant la CPPM, il est juste de dire que plusieurs questions et préoccupations ont été soulevées en ce qui concerne la portée, le rythme et l'exhaustivité de la production de documents de la part du gouvernement en réponse aux sommations de la Commission et aux demandes de documents mentionnés par les témoins lors de leur témoignage. Ces questions relatives à la production de documents ont causé d'importants retards dans l'audition de la plainte devant la CPPM et ont soulevé des inquiétudes quant à la façon dont les documents étaient expurgés et choisis par le gouvernement avant d'être communiqués à la Commission.

[16] Comme je l'ai déjà dit, la Commission a entrepris une enquête d'intérêt public au sujet de la plainte initiale en février 2007, et jusqu'en mars 2008, le MDN aurait produit les documents sans les censurer ou les expurger pour la sécurité nationale. Cependant, la production de documents a cessé quand la Commission a annoncé qu'elle tiendrait une audience d'intérêt public en mars 2008. Les audiences relatives aux deux plaintes ont débuté au printemps 2009, mais ont dû être ajournées après deux semaines parce que la Commission n'avait pas encore reçu les documents de la part des personnes faisant l'objet de la plainte ou du procureur général. Le gouvernement était d'avis que la Commission ne pouvait pas recevoir des documents non censurés après avoir décidé de tenir des audiences publiques, en vertu de l'article 38 [articles 38 à 38.16 inclusivement (édictees par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Il a expliqué le délai dans la production de documents en faisant valoir que ces documents devaient être examinés et expurgés conformément à cette disposition législative. Il semble que le gouvernement se soit montré d'avis qu'aucun document ne serait communiqué jusqu'à ce que tous les documents demandés par la Commission aient été examinés et expurgés.

[17] Comme elle craignait que les documents demandés ne soient pas communiqués volontairement, la

production through the issuance of summons in July 2009 to senior officials in the Canadian Forces (Brigadier-General Blanchette) and the Department of Foreign Affairs and International Trade Canada (DFAIT) (Deputy Minister Edwards). Despite government counsel's written assurances that outstanding document requests would be provided shortly, no further documents had been produced when the Commission reconvened shortly after the issuance of the judgment of Justice Harrington in October 2009. Counsel for the Commission also explained that some government officials were prevented from producing documents by the Attorney General. Captain Moore, the former Canadian Forces Provost Marshal, was provided with documents to assist him in preparing for his case. He was however required to sign an undertaking that specifically prohibited him from providing them to the Commission. Similarly, Mr. Colvin, a DFAIT official, indicated that he would attend a pre-hearing interview and would provide the Commission with documents pursuant to the summons served on him. However, he was prevented from doing so because he was issued a notice under section 38 of the *Canada Evidence Act* over the entirety of the information that he may have to provide: see MPCC transcripts, October 7, 2009, in respondents' record, Vol. II, at pages 263–264 and 266–268.

[18] A five-month adjournment ensued to give the government more time to produce documents. To push the process along, the MPCC issued new summons on October 26, 2009 to Deputy Minister Edwards and on October 21, 2009 to Brigadier-General Blanchette (applicants' record, Vol. I, at pages 38 and 46). In keeping with the guidance of Justice Harrington, the summons often referred to categories of documents either directly communicated to military police members "or that were otherwise available to the military police chain of command and/or technical chain". The MPCC also issued a direction on December 10, 2009 that required parties to produce all other relevant and necessary documents by February 19, 2010 (respondents' record, Vol. II, at page 402).

CPPM a voulu forcer la production en délivrant des sommations en juillet 2009 aux officiers supérieurs des Forces canadiennes (brigadier-général Blanchette) et au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI) (sous-ministre Edwards). Malgré les garanties écrites données par l'avocat du gouvernement selon lesquelles les demandes de documents en suspens seraient satisfaites sous peu, aucun autre document n'avait été produit quand la Commission a repris l'audience peu de temps après la publication du jugement du juge Harrington en octobre 2009. L'avocat de la Commission a aussi expliqué que le procureur général avait interdit à certains représentants du gouvernement de produire des documents. Le capitaine Moore, l'ancien grand prévôt des Forces canadiennes, a reçu certains documents pour l'aider à préparer sa cause, mais il a dû signer un engagement aux termes duquel il ne pouvait pas les communiquer à la Commission. De même, M. Colvin, un fonctionnaire du MAECI, a indiqué qu'il se présenterait à l'entrevue préparatoire et qu'il fournirait des documents à la Commission conformément à la sommation qui lui avait été signifiée. Cependant, il n'a pas pu le faire parce qu'il a reçu un avis en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* quant à la totalité des renseignements qu'il pouvait communiquer : voir les transcriptions de la CPPM, 7 octobre 2009, dossier des intimées, vol. II, aux pages 263, 264 et 266 à 268.

[18] Il y a donc eu un ajournement de cinq mois pour donner au gouvernement plus de temps pour produire les documents. Pour faire avancer le processus, la CPPM a délivré de nouvelles sommations, le 26 octobre 2009 au sous-ministre Edwards, et le 21 octobre 2009 au brigadier-général Blanchette (dossier des demandeurs, vol. I, aux pages 38 et 46). En gardant à l'esprit les lignes directrices établies par le juge Harrington, les sommations se rapportaient souvent aux catégories de documents qui étaient directement communiqués aux policiers militaires [TRADUCTION] « ou auxquels la chaîne de commandement de la police militaire et/ou la chaîne technique avait autrement accès ». Le 10 décembre 2009, la CPPM a aussi donné la directive selon laquelle les parties devaient produire les autres documents pertinents et nécessaires au plus tard le 19 février 2010 (dossier des intimées, vol. II, à la page 402).

[19] When the hearings resumed on March 22, 2010, many documents had been disclosed but many more remained outstanding. The hearings proceeded on the basis that the Attorney General would produce documents as quickly as possible. On April 1, 2010, the respondents obtained documents through a request under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 consisting largely of communications between Canadian Forces officers in Kandahar and civilian officials in Ottawa concerning the decision to suspend transfers on November 6, 2007.

[20] The Commission counsel reviewed the documents and wrote to counsel for the Attorney General on April 8, 2010. Commission counsel was of the view that the documents collected in response to the access to information request would also be relevant to the subject-matter of the Commission's inquiries, and found it "inconceivable" that these documents, many of which were addressed or copied to individuals who are summonsed as witnesses, could have been considered irrelevant to the matters under inquiry.

[21] The Department of Justice and the MPCC exchanged further letters on this issue. In a letter dated April 9, 2010, counsel for the Attorney General indicated that the documents were not produced "because they were not communicated to any military police members, including the subjects of the complaint and there is no evidence that they were otherwise available to them" (applicants' record, Vol. I, at page 73). In other words, the Attorney General takes the position that it is the government's prerogative to determine whether the documents were shared with military police members or were "within their means of knowing". In response, MPCC counsel strongly disagreed with that position and wrote: "We believe it is the Commission's mandate to determine whether or not there is evidence that documents were communicated to, or available to, Military Police members. This cannot be determined by government officials looking at the face of the documents and deciding not to produce them" (applicants' record, Vol. I, at page 82). This is clearly the nub of the dispute between the Attorney General and the Commission.

[19] À la reprise de l'audience le 22 mars 2010, plusieurs documents avaient été communiqués, mais plusieurs autres se faisaient attendre. L'audience reposait sur le fait que le procureur général communiquerait les documents le plus rapidement possible. Le 1<sup>er</sup> avril 2010, les intimées ont obtenu les documents grâce à une demande de communication de documents faite en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, laquelle comprenait principalement des communications échangées entre des officiers des Forces canadiennes à Kandahar et des fonctionnaires à Ottawa à propos de la décision de suspendre les transfèvements prise le 6 novembre 2007.

[20] L'avocat de la Commission a examiné les documents et a écrit à l'avocat du procureur général le 8 avril 2010. Il était d'avis que les documents obtenus en réponse à la demande de communication de documents étaient aussi pertinents à l'objet des enquêtes de la Commission et qu'il était [TRADUCTION] « inconcevable » que ces documents, dont plusieurs étaient adressés ou avaient été envoyés aux personnes citées à comparaître, aient pu être considérés comme non pertinents.

[21] Le ministère de la Justice et la CPPM ont échangé d'autres lettres à ce propos. Dans une lettre datée du 9 avril 2010, l'avocat du procureur général a indiqué que les documents ne pouvaient pas être produits [TRADUCTION] « parce qu'ils n'étaient communiqués à aucun policier militaire, y compris les personnes faisant l'objet de la plainte, et qu'il n'y avait aucune preuve que ces documents leur étaient autrement accessibles » (dossier des demandeurs, vol. I, à la page 73). En d'autres mots, le procureur général estime qu'il appartient au gouvernement de déterminer si les documents ont été communiqués aux policiers militaires ou [TRADUCTION] « mis à leur disposition ». En réponse, l'avocat de la CPPM, qui était en profond désaccord, a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous croyons que la Commission a pour mandat de décider s'il existe une preuve selon laquelle les documents ont été communiqués aux policiers militaires ou mis à leur disposition. Cette décision n'appartient pas aux fonctionnaires » (dossier des demandeurs, vol. I, à la page 82). Il s'agit clairement du cœur du litige entre le procureur général et la Commission.

[22] There were further tense exchanges of oral and written communication between counsel on this issue. Deputy Minister Edwards and Brigadier-General Blanchette were then ordered to appear before the Commission to explain how they were determining which documents should or should not be produced to the Commission (MPCC transcripts, April 21, 2010, respondents' record, Vol. II, at pages 788–790).

[23] Brigadier-General Blanchette appeared before the MPCC with Major Denis Gagnon on April 27, 2010. The military officers testified jointly about the Canadian Forces' work in gathering and disclosing documents. They were questioned at length about the following issues:

- (a) The means by which the government made determinations regarding the responsiveness of documents to the Commission's summons;
- (b) Whether written or oral guidelines had been provided to the departments as to a document's responsiveness to a summons;
- (c) Staffing issues;
- (d) The structure of the teams dealing with matters related to detainee hearings and information;
- (e) The preparation of witnesses for testimony before the Commission;
- (f) The procedure for producing documents subject to a notice under section 38 of the *Canada Evidence Act*;
- (g) Whether instructions had been given to witnesses to deliberately slow the production of documents to the Commission;
- (h) The storage of documents in Afghanistan and their repatriation;

[22] Les avocats ont échangé d'autres communications orales et écrites, lesquelles étaient plutôt tendues, à ce propos. Le sous-ministre Edwards et le brigadier-général Blanchette ont ensuite reçu l'ordre de comparaître devant la Commission pour expliquer comment ils déterminaient si les documents devaient être communiqués à la Commission ou non (transcriptions de la CPPM, 21 avril 2010, dossier des intimées, vol. II, aux pages 788 à 790).

[23] Le 27 avril 2010, le brigadier-général Blanchette a comparu devant la CPPM avec le major Denis Gagnon. Ils ont témoigné conjointement à propos du travail des Forces canadiennes dans la collecte et la communication de documents. Ils ont été longuement interrogés sur les sujets suivants :

- a) la façon dont le gouvernement statuait sur la pertinence des documents en réponse aux sommations de la Commission;
- b) la question de savoir si des lignes directrices, écrites ou orales, avaient été données aux ministères quant à la pertinence d'un document en réponse à une sommation;
- c) les questions de dotation en personnel;
- d) la structure des équipes responsables des audiences des détenus et des renseignements les concernant;
- e) la préparation des témoins cités à comparaître devant la Commission;
- f) la procédure de production de documents faisant l'objet d'un avis donné en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*;
- g) la question de savoir si les témoins avaient reçu la directive de délibérément ralentir la communication des documents à la Commission;
- h) la conservation des documents en Afghanistan et leur rapatriement;



(i) Whether DFAIT site visit reports would have been publicly released if not summonsed by the Commission; and

(j) Whether the subject of the reappointment of the former Chair of the Commission had been discussed at the Deputy Ministerial meetings on Afghanistan.

[24] Brigadier-General Blanchette and Major Gagnon testified that documents were first screened out when they were deemed not to be responsive to the summons. This was determined by examining who it was addressed to, the content of the document, and whether the MPs knew or should have known about the content of those documents (MPCC transcripts, April 27, 2010, at pages 46–47 and 52; applicants' record, Vol. I, at pages 244–245 and 250). Once a document has been deemed relevant and responsive to the summons, it is then reviewed for any potential section 38 claims.

[25] On April 29, 2010, the MPCC served a new summons upon Major Gagnon, requiring him to produce several new categories of documents. On August 25, 2010, the Commission released Major Gagnon from his summons and issued an identical summons to Brigadier-General Blanchette. These summons were not requested by the respondents. Rather, they were issued by the MPCC *ex proprio motu*, pursuant to the granting of authority under paragraph 250.41(1)(a) of the Act, apparently because it considered it necessary for its full investigation and consideration of the matters before it.

[26] These summons required the production of 16 categories of documents, which can be grouped into five different classes:

(a) Documents related to the response of DND and of the Canadian Forces to a previous summons (items 1–6 and 8);

(b) Documents not produced to the Commission as being non-responsive to the summons (items 7 and 9);

i) la question de savoir si les rapports de visite du MAECI auraient été publiés s'ils n'avaient pas fait l'objet d'une sommation de la Commission;

j) la question de savoir si le sujet de la renomination de l'ancien président de la Commission avait été abordée aux réunions sous-ministérielles sur l'Afghanistan.

[24] Le brigadier-général Blanchette et le major Gagnon ont déclaré que les documents étaient d'abord éliminés quand ils étaient jugés non pertinents en réponse aux sommations. Il fallait alors examiner qui était le destinataire du document, le contenu du document et la question de savoir si les policiers militaires en connaissaient le contenu, ou aurait dû le connaître (transcriptions de la CPPM, 27 avril 2010, aux pages 46, 47 et 52; dossier des demandeurs, vol. I, aux pages 244, 245 et 250). Une fois que le document est réputé pertinent en réponse aux sommations, il est examiné afin de déterminer s'il fait l'objet d'une demande faite en vertu de l'article 38.

[25] Le 29 avril 2010, la CPPM a signifié une nouvelle sommation au major Gagnon, l'obligeant à produire plusieurs nouvelles catégories de documents. Le 25 août 2010, la Commission a libéré le major Gagnon de sa sommation et a délivré une sommation identique au brigadier-général Blanchette. Ces sommations n'ont pas été demandées par les intimées; elles ont été délivrées par la CPPM de son propre chef, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'alinéa 250.41(1)a) de la Loi, apparemment parce qu'elle le jugeait nécessaire pour une enquête et une étude complètes.

[26] Ces sommations exigeaient la production de 16 catégories de documents, qui peuvent être regroupées en cinq différents groupes :

a) documents relatifs à la réponse du MDN et des Forces canadiennes à une sommation antérieure (sources 1 à 6 et 8);

b) documents qui n'ont pas été communiqués à la Commission au motif qu'ils n'étaient pas pertinents en réponse aux sommations (sources 7 et 9);

(c) Documents recording the factors considered by the Commander of the Joint Task Force Afghanistan (JTFA) in deciding to transfer a detainee to Afghan authorities (items 10–12);

(d) A list of any witness met by DND officials in connection with the hearing (item 13); and

(e) Three uncontroversial items, since produced.

[27] The Attorney General of Canada challenged these summons by way of judicial review. On May 28, 2010, the application bearing file number T-846-10 was issued. The applicants seek to have the summons set aside and other declaratory relief on the basis that the Commission has exceeded its jurisdiction.

(b) The “means of knowing” (application T-1126-10)

[28] Shortly after the Federal Court’s ruling on September 16, 2009, the applicants brought two motions to the Commission for a determination on how the Commission would interpret the Court’s expression “means of knowing”. Relying on the right to make full answer and defence to the allegations of misconduct brought against them, as guaranteed by paragraph 250.44(a) of the Act, they essentially argued that they were entitled to know the standard by which their actions would be assessed, in advance of evidence being called. Delaying this determination to a later point, they submitted, effectively brings to naught the right of the subjects to understand the case that they have to meet of any meaning or substance, to decide what evidence they need to lead, to determine which testimony they should challenge by cross-examination, and why.

[29] The MPCC adjourned the motion, along with other procedural issues, until the hearing reconvened. The applicants filed written submissions with the Commission on March 22, 2010, and the “means of

c) documents détaillant les facteurs pris en considération par le commandant de la force opérationnelle interarmées en Afghanistan (FOIA) au moment de décider de transférer un détenu aux autorités afghanes (sources 10 à 12);

d) liste des témoins rencontrés par les fonctionnaires du ministère de la Défense nationale en lien avec l’audience (source 13);

e) trois catégories non contestées, dont les documents ont été produits depuis.

[27] Le procureur général du Canada a contesté ces sommations par voie de contrôle judiciaire. Le 28 mai 2010, la demande portant le numéro T-846-10 a été déposée. Les demandeurs veulent faire annuler les sommations et sollicitent un autre jugement déclaratoire au motif que la Commission a outrepassé sa compétence.

b) « Pouvaient savoir » (demande T-1126-10)

[28] Peu après le prononcé de la décision de la Cour fédérale le 16 septembre 2009, les demandeurs ont présenté à la Commission deux requêtes visant à réexaminer la façon dont la Commission devrait interpréter l’expression de la Cour « pouvaient savoir ». En se fondant sur le droit de présenter une défense pleine et entière en réponse aux allégations d’inconduite portées contre eux, comme le prévoit l’article 250.44 de la Loi, ils ont essentiellement fait valoir qu’ils avaient le droit de connaître la norme devant servir à évaluer leurs actes avant la production des éléments de preuve. Selon eux, retarder cet examen à plus tard rend inutile le droit de comprendre la nature de l’instance, de décider quels éléments de preuve doivent être présentés et de déterminer quels témoignages devraient être contestés au moyen d’un contre-interrogatoire, et pourquoi.

[29] La CPPM a ajourné la requête, ainsi que d’autres questions procédurales, jusqu’à la reprise de l’audience. Les demandeurs ont présenté des observations écrites à la Commission le 22 mars 2010 et la requête portant sur

knowing” motion was argued on March 24, 2010. It is interesting to note that in his written submissions, counsel for the applicants took the position (relying on Justice Harrington’s decision on the legal environment of investigations and on previous judicial consideration of “means of knowing”) that this concept is “limited to that information which might have been gleaned by any inquiries made by a reasonable Military Police officer in like circumstances, without recourse to the investigative and enforcement powers bestowed by law on peace officers”: respondents’ record, Vol. II, page 404, at paragraph 2.

[30] In oral submissions, the applicants’ counsel expanded on this interpretation and further clarified his clients’ understanding about the “means of knowing” concept in the following terms (respondents’ record, Vol. II, at pages 492–493):

The only thing that is relevant to the review of the conduct of the subjects is what these other actors shared with them by way of information, or the information that they would have shared if they had been asked. I think that’s a fair construction of the word “means of knowing”.

[31] The respondents largely agreed with the applicants’ definition of the “means of knowing”, although they would have expanded it to encompass information in the public domain, information available to the subjects by virtue of their station and rank, and information that the subjects should have known by virtue of their duties. Instead they took the position that it was premature for the Commission to rule on that matter. They suggested that the Commission may, at times, hear evidence that did not necessarily fall within the strict definition of “means of knowing”, as this may sometimes be necessary to understand the context of the interactions between certain actors. Finally, the respondents submitted that there are other means at the disposal of the Commission to provide procedural fairness to the subjects as the case goes on; for example, issuing updated notices of adverse findings as the hearings progress.

l’expression « pouvaient savoir » a été plaidée le 24 mars 2010. Il est intéressant de souligner que dans ses observations écrites, l’avocat des demandeurs soutenait (en se fondant sur la décision du juge Harrington sur le contexte juridique des enquêtes et sur un examen judiciaire antérieur de l’expression « pouvaient savoir ») que ce concept est [TRADUCTION] « limité aux renseignements obtenus grâce aux enquêtes menées par un policier militaire raisonnable dans des circonstances semblables, sans avoir recours aux pouvoirs d’enquête et d’exécution conférés par la loi aux agents de la paix » : dossier des intimées, vol. II, page 404, au paragraphe 2.

[30] Dans sa plaidoirie, l’avocat des demandeurs a développé cette interprétation et a clarifié davantage la compréhension qu’avaient ses clients de l’expression « pouvaient savoir » (dossier des intimées, vol. II, aux pages 492 et 493) :

[TRADUCTION] La seule question qui est pertinente dans le cadre de l’examen de la conduite des personnes faisant l’objet de la plainte est celle de savoir quels sont les renseignements que les autres acteurs leur ont communiqués ou qu’ils leur auraient communiqués si on leur avait demandé. J’estime qu’il s’agit d’une interprétation juste de l’expression « pouvaient savoir ».

[31] Les intimées souscrivaient en grande partie à la définition donnée par les demandeurs de l’expression « pouvaient savoir », bien qu’ils l’auraient élargie afin d’englober les renseignements faisant partie du domaine public, les renseignements dont disposent les personnes concernées en raison de leur poste et de leur grade et les renseignements que les personnes concernées auraient dû connaître en raison de leurs fonctions. Ils ont donc affirmé qu’il était prématuré pour la Commission de statuer sur cette affaire. Ils ont indiqué que la Commission pouvait, de temps à autre, entendre la preuve qui ne répondait pas nécessairement à la définition stricte de l’expression « pouvaient savoir », puisque cela pouvait parfois être nécessaire pour comprendre le contexte des interactions entre certains acteurs. Enfin, selon les intimées, la Commission dispose d’autres moyens pour respecter son obligation d’équité procédurale envers les personnes concernées à mesure que l’affaire progresse; par exemple, elle peut, au cours de l’audience, émettre des avis mis à jour à propos des conclusions défavorables.

[32] The Commission issued two separate decisions on the applicants' motion on April 1, 2010. The Commission concluded in its "means of knowing" decision that it was not advisable to issue a ruling at that early stage, stating that such determinations would be "inherently factual and contextual, and must not be ruled on in a factual vacuum" (applicants' record, Vol. I, page 61, at paragraph 12), particularly in light of submissions that factors such as security clearances and need to know principles might affect what military police had the means of knowing (applicants' record, Vol. I, page 61, at paragraph 15). The Commission similarly found in its "standard of conduct" ruling that it would be inadvisable to try to set out a conclusive standard by which the subject military police members' conduct will ultimately be judged (respondents' record, Vol. I, at pages 123–130). The MPCC did reiterate the significance of the "reasonable police officer" standard, as found in *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, and affirmed that it would be relevant to whether the military police had the means of knowing certain information (applicants' record, Vol. I, page 61, at paragraph 14).

[33] The applicants did not seek judicial review of either of the MPCC's April 1, 2010 decisions, and the MPCC thereafter proceeded to receive the testimony of 20 non-subject witnesses. During the course of their examination, the Commission explored wide ranging issues to which counsel for the applicants objected, on the basis that they relate to government policy and the state of knowledge of the government at large. To provide some context relevant to the case at bar, counsel for the applicants drew the attention of the Court to some of the lines of examination permitted by the Commission (memorandum of argument, applicants' record, Vol. IV, at paragraphs 17–18; all references to the transcript are found in these paragraphs):

- An employee of the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) who conducted prison visits and interviewed detainees transferred by the Canadian Forces to ascertain their post-transfer

[32] Le 1<sup>er</sup> avril 2010, la Commission a rendu deux décisions distinctes sur la requête des demandeurs. Dans sa décision sur la requête portant sur l'expression « pouvaient savoir », elle a conclu qu'il ne convenait pas de rendre une décision à ce stade préliminaire, faisant valoir qu'une telle décision serait [TRADUCTION] « intrinsèquement factuelle et contextuelle, et qu'elle ne devait pas être rendue dans un vide factuel » (dossier des demandeurs, vol. I, page 61, au paragraphe 12), surtout vu les observations selon lesquelles des facteurs tels que les attestations de sécurité et les principes régissant le besoin de connaître risquent d'avoir une incidence sur ce que les policiers militaires pouvaient savoir (dossier des demandeurs, vol. I, page 61, au paragraphe 15). La Commission a aussi conclu dans sa décision relative à la « norme de conduite » qu'il serait prématuré d'établir une norme définitive au regard de laquelle la conduite des policiers militaires sera jugée (dossier des intimées, vol. I, aux pages 123 à 130). La CPPM a réitéré l'importance de la norme du « policier raisonnable », élaborée dans *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, et a affirmé qu'elle serait pertinente pour évaluer si les policiers militaires pouvaient savoir certains renseignements (dossier des demandeurs, vol. I, page 61, au paragraphe 14).

[33] Les demandeurs n'ont pas demandé le contrôle judiciaire de l'une ou l'autre des décisions rendues par la CPPM le 1<sup>er</sup> avril 2010. La CPPM a ensuite entendu 20 témoins ne faisant pas l'objet de la plainte. Au cours de leur interrogatoire, la Commission a abordé de larges questions auxquelles l'avocat des demandeurs s'est opposé, au motif qu'elles portaient sur la politique gouvernementale et sur l'état des connaissances du gouvernement en général. Afin de mettre la présente affaire en contexte, l'avocat des demandeurs a attiré l'attention de la Cour sur certaines des questions autorisées par la Commission (exposé des arguments, dossier des demandeurs, vol. IV, aux paragraphes 17 et 18; tous les renvois à la transcription se trouvent dans ces paragraphes) :

- Un employé du MAECI qui a visité des prisons et discuté avec des détenus transférés par les Forces canadiennes afin d'évaluer le traitement qu'ils subissaient après le transfert, a été interrogé sur les sujets suivants :

treatment, was asked about the following: the training he received on detecting signs of torture; the procedure followed on prison visits; the purpose and distribution of site visit reports; and specific allegations of mistreatment which were included in the site visit reports which evidence indicates were not provided to members of the military police;

- Another employee of DFAIT, acting as the political advisor to the Commander of the JTFA, was questioned on the following: the reporting structure within DFAIT; the procedure for distributing site visit reports within JTFA and the determination of who should receive them; whether medically unfit detainees had ever been transferred; allegations by a former translator regarding threats made by a senior official of the National Directorate of Security; legal obligations on public servants to make and keep records of their actions, his knowledge of allegations made to U.K. forces; and whether his advice to the Commander was informed by allegations of mistreatment contained in newspaper articles;

- The Commander himself of the JTFA was asked about specific human rights reports he might have read or which individuals were tasked with briefing him on their contents, whether information regarding detainees was shared with or received from Canada's allies in Afghanistan, the factors he took into account when deciding whether to authorize the transfer of detainees to Afghan authorities, whether DFAIT or DND was the cause of difficulties in conducting prison visits, and his personal view on the possibility of having a full-time Canadian presence in Afghan prisons.

[34] On June 7, 2010, counsel for the applicants brought a second motion to the Commission seeking a ruling on the “means of knowing” standard. At this time, the MPCC was well into hearing the testimony of the non-subject witnesses, but a number of non-subject witnesses remained to be heard. In its notice of motion, counsel for the applicants stated that since the Commission had declined to rule on the applicants’ first

la formation reçue pour déceler les signes de torture; la procédure adoptée lors des visites; l’objet et le mode de distribution des rapports de visite; et les allégations particulières de mauvais traitement qui figuraient dans les rapports de visite, lesquels, selon la preuve, n’ont pas été communiqués aux policiers militaires;

- Un autre employé du MAECI, agissant en tant que conseiller politique du commandant de la FOIA, a été interrogé sur les sujets suivants : la structure hiérarchique au sein du MAECI; la procédure de distribution des rapports de visite au sein de la FOIA et la question de savoir qui devrait les recevoir; la question de savoir si des détenus médicalement inaptes ont déjà été transférés; les allégations formulées par un ancien traducteur concernant des menaces proférées par un officier supérieur de la Direction de la sécurité nationale; les obligations juridiques qui incombent aux fonctionnaires de tenir un registre de leurs actes; sa connaissance des allégations présentées aux forces britanniques; la question de savoir si les conseils qu’il a donnés au commandant reposaient sur les allégations de mauvais traitement avancées dans des articles de journaux;

- Le commandant de la FOIA lui-même a été interrogé à propos des rapports sur les droits de la personne qu’il a pu lire ou dont il a été mis au courant, de la question de savoir si les renseignements concernant les détenus étaient communiqués ou reçus par des alliés du Canada en Afghanistan, les facteurs qu’il a pris en considération au moment de décider s’il devait autoriser le transfèrement des détenus aux autorités afghanes, la question de savoir si le MAECI ou le MDN était la cause des difficultés rencontrées lors des visites des prisons, et son opinion personnelle sur la possibilité de maintenir une présence canadienne constante dans les prisons afghanes.

[34] Le 7 juin 2010, l’avocat des demandeurs a présenté à la Commission une deuxième requête visant à obtenir une décision sur l’expression « pouvaient savoir ». À ce moment-là, la CPPM avait déjà commencé à entendre les témoins ne faisant pas l’objet de la plainte, mais un certain nombre d’entre eux devaient encore témoigner. Dans son avis de requête, l’avocat des demandeurs a indiqué que, depuis que la Commission avait

“means of knowing” motion, it sought production of information relating to the risk of mistreatment of a detainee transferred to Afghan authorities might face, regardless of whether the information was known to the subjects or whether they reasonably had the means of knowing it. Counsel also reproached Commission counsel to have explored not only the recollection of witnesses concerning information which military police knew or had the means of knowing, but also the witnesses’ recollection about the risk of mistreatment a detainee transferred to Afghan authorities might face—thus addressing matters that are beyond the Commission’s jurisdiction.

[35] By letter dated June 10, 2010, Commission counsel advised the parties that the Commission would schedule the applicants’ second “means of knowing” motion after the remaining non-subject witnesses had testified, consistent with its ruling on April 1, 2010 in the original “means of knowing” motion. The panel was then asked by counsel for the applicants to confirm this orally during the hearings on June 15, 2010, which they did. This led to the second judicial review application filed by the applicants under Court File No. T-1126-10, alleging a refusal by the Commission to hear their motion.

[36] The hearings continued and several more witnesses were heard. As the Commission had indicated, it set down the applicants’ second “means of knowing” motion after all the non-subject witnesses were heard, but before any evidence was heard from the subjects. The last non-subject witness testified on October 13, 2010, and the next day, the Commission heard the motion.

[37] In their written submissions filed on September 29, 2010, counsel for the applicants repeated that the

refusé de statuer sur la première requête des demandeurs portant sur l’expression « pouvaient savoir », elle demandait la production des renseignements liés aux risques de mauvais traitements auxquels seraient exposés les détenus transférés aux autorités afghanes, peu importe si les personnes faisant l’objet de la plainte connaissaient ces renseignements ou pouvaient raisonnablement les connaître. L’avocat a aussi reproché à l’avocat de la Commission d’avoir examiné non seulement les souvenirs des témoins au sujet des renseignements que les policiers militaires savaient ou pouvaient savoir, mais aussi leurs souvenirs à propos des risques de mauvais traitements auxquels seraient exposés les détenus transférés aux autorités afghanes — abordant ainsi des questions qui outrepassent la compétence de la Commission.

[35] Dans une lettre datée du 10 juin 2010, l’avocat de la Commission a avisé les parties que cette dernière fixerait l’audition de la deuxième requête des demandeurs portant sur l’expression « pouvaient savoir » après que les autres témoins ne faisant pas l’objet de la plainte eurent livré leur témoignage, conformément à sa décision rendue le 1<sup>er</sup> avril 2010 dans le cadre de requête initiale portant sur l’expression « pouvaient savoir ». L’avocat des demandeurs a ensuite demandé au jury de confirmer cela verbalement pendant les audiences du 15 juin 2010, ce qu’il a fait. Cela a mené à la deuxième demande de contrôle judiciaire présentée par les demandeurs, portant le numéro de dossier T-1126-10, dans laquelle ils affirmaient que la Commission avait refusé d’instruire leur requête.

[36] Les audiences se sont poursuivies et plusieurs autres témoins ont été entendus. Comme la Commission l’avait dit, elle a mis au rôle la deuxième requête des demandeurs portant sur l’expression « pouvaient savoir » après que tous les témoins ne faisant pas l’objet de la plainte eurent livré leur témoignage, mais avant que les témoins faisant l’objet de la plainte soient entendus. Le dernier témoin ne faisant pas l’objet de la plainte a été entendu le 13 octobre 2010, et le lendemain, la Commission a instruit la requête.

[37] Dans ses observations écrites déposées le 29 septembre 2010, l’avocat des demandeurs a répété que

applicants were entitled to know the case they had to meet, and ought to know how the Commission would interpret the concept of “means of knowing”. In the applicants’ view, the “means of knowing” is a legal standard that can be established by a declarative ruling in advance, without reference to facts or context, and is part and parcel of the standard of conduct. As for the proper interpretation of “means of knowing”, counsel apparently departed from the representations he had made on the first motion and adopted a more restrictive definition of that concept, which is captured in the overview of his submissions at paragraph 2 (respondents’ record, Vol. I, at page 14):

The subjects’ conduct can only legitimately be assessed on the basis of what they knew, or information over which they had effective control. In the absence of actual knowledge by the Military Police subjects, the “means of knowing” is not whether queries were made or could have been made but rather whether Military Police exercised effective control of information sufficient to warrant a police investigation or other appropriate action.

[38] Fearing that the Commission intended to impute the subjects with knowledge of all information available to the Government of Canada or publicly available, and also with the knowledge of all information which might have been shared with military police if they had requested it, regardless of whether the subjects would have had any reason or duty to seek out that information, counsel further elaborated as to what he saw as the proper mandate of the Commission, in the following terms (respondents’ record, Vol. I, page 20, at paragraph 20):

The subjects’ conduct must not be assessed as if the subjects knew or had the means of knowing the vast array of documents and testimony the Commission has heard. Rather the assessment must be much more precise. In the absence of actual knowledge on the part of the Military Police subjects, the “means of knowing” test is defined by an examination of whether the subjects exercised effective control over the requisite information. Effective control means the physical custody or possession of the information whether or not that information was actively accessed within their control. It would be sufficient to establish effective control if it is demonstrated

ces derniers avaient le droit de connaître la nature de l’instance et qu’ils devaient savoir comment la Commission allait interpréter l’expression « pouvaient savoir ». Selon les demandeurs, l’expression « pouvaient savoir » constitue une norme juridique qui peut être établie à l’avance par un jugement déclaratoire, sans renvoi aux faits ou au contexte, et qui fait partie intégrante de la norme de conduite applicable. En ce qui concerne l’interprétation qu’il convient de donner à cette expression, l’avocat s’est manifestement écarté des observations qu’il avait formulées dans le cadre de la première requête et a adopté une définition plus restrictive, laquelle est indiquée dans l’aperçu de ses observations au paragraphe 2 (dossier des intimées, vol. I, à la page 14) :

[TRADUCTION] La conduite des personnes visées par la plainte ne peut qu’être légitimement évaluée en fonction de ce qu’elles savaient, ou des renseignements dont elles avaient un contrôle effectif. Si les policiers militaires faisant l’objet de la plainte ne sont pas au courant des renseignements, ce qu’ils « pouvaient savoir » ne consiste pas à savoir s’ils ont présenté des demandes d’information ou s’ils avaient pu le faire, mais plutôt à savoir s’ils exerçaient un contrôle effectif sur l’information suffisant pour justifier une enquête policière ou une autre mesure appropriée.

[38] Craignant que la Commission ait l’intention d’accuser les personnes faisant l’objet de la plainte de connaître tous les renseignements dont dispose le gouvernement du Canada ou accessibles au public, ainsi que tous les renseignements qui auraient pu être communiqués aux policiers militaires si ces derniers les avaient demandés, peu importe que ces personnes aient eu des raisons d’obtenir ces renseignements, l’avocat a expliqué ce qu’il estimait être le mandat de la Commission dans les termes suivants (dossier des intimées, vol. I, page 20, au paragraphe 20) :

[TRADUCTION] La conduite des personnes faisant l’objet de la plainte ne doit pas être évaluée comme si ces personnes connaissaient ou pouvaient connaître la vaste gamme de documents et de témoignages entendus par la Commission. L’évaluation doit être beaucoup plus précise. Si les policiers militaires visés par la plainte ne sont pas au courant, le test relatif à l’expression « pouvaient savoir » est défini en fonction d’un examen permettant de savoir si les policiers exerçaient un contrôle effectif sur l’information nécessaire. Le contrôle effectif est fondé sur la garde physique ou la possession de l’information, que l’information ait été communiquée pendant

that access to the requisite information was the exclusive province of the subjects.

[39] In response, counsel for the respondents reiterated much of the position he had taken in the context of the first “means of knowing” motion. He emphasized once again that the conduct of military police subjects should be assessed “based on what they could have learned through making simple inquiries”, and repeated that whether the subjects should have made those inquiries are matters better left for final submissions on a full evidentiary record. The following paragraphs capture the essence of the parties’ disagreement as to the proper standard to be applied (respondents’ record, Vol. I, pages 30–31, at paragraph 11):

The Complainants allow and agree that the Military Police subjects cannot be imputed with all the knowledge of different actors across the Government of Canada. But they should be held responsible for information they could have reasonably obtained through simple inquiries. Practically all witnesses who have testified before the Commission have had direct contact with one or more of the Military Police subjects. Many of those witnesses — including and most recently Lt. General Gauthier — gave evidence that they would have shared information about detainee transfers with the Military Police had they been asked.

[40] The Commission rendered its ruling on the second “means of knowing” motion on November 3, 2010, prior to any of the subjects appearing as witnesses. The Commission rejected the notion that the subjects should only be responsible for information over which they had “effective control”. The Commission agreed that the standard “captures information which a reasonable Military Police officer would have obtained by making reasonable enquiries”. This, in the Commission’s view, entails a subjective element based on what the military police officer knew, and an objective element as to what a reasonable military police officer would have done in the circumstances to seek out more information “to fill the gaps”.

qu’elle était sous leur contrôle ou non. Il suffirait d’établir le contrôle effectif s’il est démontré que seules les personnes faisant l’objet de la plainte avaient accès à l’information.

[39] En réponse, l’avocat des intimées a réitéré la majeure partie de la position qu’il avait adoptée dans le cadre de la première requête portant sur l’expression « pouvaient savoir ». Il a souligné une fois de plus que la conduite des policiers militaires faisant l’objet de la plainte devrait être évaluée [TRADUCTION] « en fonction de ce qu’ils auraient pu apprendre simplement en se renseignant » et il a répété que la question de savoir si ces policiers militaires auraient dû se renseigner est une question qu’il vaut mieux trancher dans le cadre des observations finales une fois toute la preuve entendue. Les paragraphes suivants permettent de bien saisir l’essence du désaccord entre les parties à propos de la norme qu’il convient d’appliquer (dossier des intimées, vol. I, pages 30 et 31, au paragraphe 11) :

[TRADUCTION] Les plaignants conviennent que les policiers militaires faisant l’objet de la plainte ne sont pas responsables du fait que différents acteurs du gouvernement du Canada soient au courant. Cependant, ils devraient être tenus responsables des renseignements qu’ils auraient raisonnablement pu obtenir simplement en se renseignant. Presque tous les témoins ayant comparu devant la Commission ont eu un contact direct avec un ou plusieurs de ces policiers militaires. Plusieurs de ces témoins — dont récemment le Lieutenant-général Gauthier — ont affirmé qu’ils auraient communiqué des renseignements à propos des transfèvements de détenus aux policiers militaires si on leur avait demandé.

[40] La Commission a rendu sa décision sur la deuxième requête portant sur l’expression « pouvaient savoir » le 3 novembre 2010, avant que les personnes faisant l’objet de la plainte livrent leur témoignage. Elle a rejeté la notion selon laquelle ces personnes ne devraient être responsables que des renseignements dont ils avaient le « contrôle effectif ». La Commission a reconnu que la norme « vise l’information qu’un officier de la police militaire raisonnable aurait obtenue en effectuant des démarches raisonnables pour s’informer ». Selon la Commission, cette norme comporte un élément subjectif fondé sur ce que le policier militaire savait, et un élément objectif fondé sur ce qu’un policier militaire raisonnable aurait fait dans les circonstances pour



[41] The Commission considered that it would be inadvisable to make pronouncements as to whether a duty to investigate was triggered in this case, or whether and to what extent the subjects were under some duty to seek out information that would be relevant to any decision to initiate a formal investigation. As the Commission stated (applicants' record, Vol. III, at page 1371):

Whether viewed as part of the consideration of the duty to investigate, or as a distinct analytical step preliminary to considering the duty to investigate, the scope of what the subjects had a duty to know may only be fairly established on a full evidentiary record.

[42] Responding to the argument that it was straying beyond the confines of their jurisdiction by enquiring into government policy and the state of knowledge of the Government of Canada at large, the Commission emphasized that the "means of knowing" test does not exist in a factual vacuum and that to determine whether a person had the means of knowing something, one has to know whether that something existed to be known. That being said, the Commission conceded that some information that is relevant to the subject-matter of the complaint might ultimately be found to fall outside of this perimeter. It went on (applicants' record, Vol. III, at page 1372):

The mere fact that information relating to the subject matter of the complaint has been adduced at these proceedings does not mean that the Commission is going to impute knowledge of all this information to any or all of the subjects. The breadth of the inquiry to date has been a function of the need to gather evidence that is considered pertinent to the grounds set out in the complaint. It does not reflect an assumption or a pre-determination by the Commission that the individual subjects knew, or could have or should have accessed such information.

[43] Contending that they were no further ahead in knowing the case they have to meet as a result of that decision, the applicants brought a third judicial review application under Court File No. T-2110-10. Eventually,

obtenir plus d'information « pour combler les lacunes du dossier ».

[41] La Commission était d'avis qu'il serait déconseillé de se prononcer sur la question de savoir si l'obligation d'enquêter s'appliquait en l'espèce, ou si les personnes faisant l'objet de la plainte étaient tenues d'obtenir les renseignements pertinents quant à la décision de mener une enquête formelle, et ce, dans quelle mesure. Voici ce que la Commission a déclaré (dossier des demandeurs, vol. III, à la page 1371) :

[TRADUCTION] Qu'elle soit considérée comme un élément de l'examen de l'obligation d'enquêter ou comme une étape analytique distincte qui soit préliminaire à l'examen de l'obligation d'enquêter, l'étendue de ce que les personnes visées par la plainte avaient l'obligation de savoir ne peut être équitablement déterminée qu'une fois toute la preuve entendue.

[42] En réponse à l'argument qu'elle outrepassait sa compétence en enquêtant sur la politique gouvernementale et l'état des connaissances du gouvernement du Canada en général, la Commission a souligné le fait que le test relatif à l'expression « pouvaient savoir » n'existe pas dans un vide factuel et que pour déterminer si une personne pouvait savoir quelque chose, cette personne doit savoir que cette chose existe. Cela étant dit, la Commission a reconnu qu'une partie de l'information qui est pertinente à l'objet de la plainte pourrait, en fin de compte, être considérée comme extérieure à son périmètre. Elle a ajouté ce qui suit (dossier des demandeurs, vol. III, à la page 1372) :

[TRADUCTION] Le simple fait que des renseignements concernant l'objet de la plainte ont été présentés dans le cadre de la présente procédure ne signifie pas que la Commission va imputer leur connaissance à certaines ou à chacune des personnes visées par la plainte. Jusqu'à ce jour, l'étendue de l'enquête a été déterminée par la nécessité de recueillir les éléments de preuve jugés pertinents aux motifs énoncés dans la plainte. Cette étendue ne dénote pas que la Commission présume ou a déjà déterminé que les personnes visées par la plainte connaissaient ces renseignements, ni qu'elles pouvaient ou auraient dû exercer un droit d'accès à leur égard.

[43] Faisant valoir qu'ils ne connaissaient toujours pas la nature de l'instance par suite de cette décision, les demandeurs ont présenté une troisième demande de contrôle judiciaire sous le numéro de dossier T-2110-10.

the three applications for judicial review were consolidated by orders of prothonotary Aronovitch dated August 31, 2010 and December 22, 2010, and were heard together by this Court on March 28 and 29, 2011.

### 3. Issues

[44] The parties have raised a number of issues in the course of their written and oral arguments. These issues, as I see them, may be stated as follows:

(a) Should the Court exercise its discretion to consider these applications, or should they all be dismissed as premature?

(b) To the extent the Court were to intervene, can it be said that the Commission erred in law by failing to articulate the standard by which it will assess the applicants' conduct before calling witnesses?

### 4. Analysis

(a) Should the Court rule on interlocutory decisions?

[45] The first question to be determined in the context of these three applications for judicial review is whether the Court should intervene and rule on what are essentially interlocutory decisions made by the MPCC in the course of its investigation. Counsel for the respondents and for the intervener have strenuously argued that it would be improper and at variance with the prevailing case law, for the Court to entertain the challenges brought by the Attorney General. Conversely, counsel for the applicants acknowledged that, as a general rule, interlocutory decisions made during the course of a tribunal proceeding do not usually warrant the intervention of courts, but submitted that the decisions now being disputed fall under the exception to the rule, as they would clearly bring the MPCC outside of its jurisdiction.

Enfin, dans les ordonnances du 31 août 2010 et du 22 décembre 2010, le protonotaire Aronovitch a réuni les trois demandes de contrôle judiciaire, et notre Cour les a entendues simultanément les 28 et 29 mars 2011.

### 3. Questions en litige

[44] Les parties ont soulevé un certain nombre de questions dans leurs arguments écrits et oraux. Selon moi, ces questions peuvent être formulées de la manière suivante :

a) La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner ces demandes, ou ces demandes devraient-elles être rejetées au motif qu'elles sont prématurées?

b) Dans la mesure où la Cour interviendrait, peut-on dire que la Commission a commis une erreur de droit en n'énonçant pas la norme qui devait servir à évaluer la conduite des demandeurs avant d'entendre les témoins?

### 4. Analyse

a) La Cour devrait-elle se prononcer sur les décisions interlocutoires?

[45] La première question à trancher dans les trois demandes de contrôle judiciaire est celle de savoir si la Cour devrait intervenir et se prononcer sur ce qui constitue essentiellement des décisions interlocutoires rendues par la CPPM dans le cadre de son enquête. L'avocat des intimées et celui de l'intervenante ont soutenu avec vigueur qu'il serait inapproprié et contraire à la jurisprudence applicable que la Cour entende les contestations formulées par le procureur général. À l'inverse, l'avocat des demandeurs a reconnu qu'en règle générale les décisions interlocutoires rendues dans le cours d'une instance devant un tribunal ne justifient habituellement pas l'intervention de la cour, mais il a affirmé que les décisions contestées sont une exception à la règle puisqu'elles outrepassent clairement la compétence de la CPPM.

## (i) General principles

[46] It is trite law that interlocutory decisions of administrative bodies are not subject to judicial review until a final decision is issued. For a variety of reasons, this rule has been upheld both by this Court and the Federal Court of Appeal on numerous occasions. Firstly, the application may well be rendered moot and unnecessary by the ultimate outcome of the case, and the tribunal may change its original position once it reaches its final decision. Similarly, an application may be overtaken by events. The second application for judicial review in the current proceedings is a case in point.

[47] It will be recalled that counsel for the applicants delivered a notice of motion on June 7, 2010, requesting a hearing for a motion before the MPCC dealing with the “means of knowing” standard. At this time, the MPCC was well into hearing the testimony of the non-subject witnesses, but a number of non-subject witnesses remained to be heard. Consistent with its ruling of April 1, 2010, the Commission advised the parties that it would schedule the applicants’ motion after the remaining non-subject witnesses had testified. As it happens, the motion was ultimately heard by the Commission on October 14, 2010 and decided on November 3, 2010, after all the witnesses were heard but before any of the subjects-applicants were scheduled to testify. This application for judicial review, therefore, is clearly moot, as the motion of the applicants was ultimately heard and decided before the application for judicial review could be determined. As a result, I shall say no more of this application.

[48] Moreover, the judicial review of interlocutory decisions creates the risk of fragmenting the process, with the attendant consequences in terms of costs and delays. Finally, a court is obviously at a disadvantage when ruling on an objection brought at an early stage of the proceedings, as it lacks a full record and the relevant background to assess how the disputed ruling may actually play out in the actual determination of the case.

## i) Principes généraux

[46] Il est bien établi en droit que les décisions interlocutoires des organismes administratifs ne peuvent pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire jusqu’à ce qu’une décision définitive soit rendue. Pour diverses raisons, cette règle a été confirmée à maintes reprises par notre Cour ainsi que par la Cour d’appel fédérale. Tout d’abord, la demande peut bien devenir théorique et inutile par suite de la décision définitive et le tribunal peut changer d’idée lorsqu’il rend sa décision définitive. De même, une demande peut ne plus être valable à la suite de certains événements. C’est le cas de la deuxième demande de contrôle judiciaire.

[47] Il faut se rappeler que l’avocat des demandeurs a présenté un avis de requête le 7 juin 2010, demandant qu’une audience soit tenue devant la CPPM sur la requête portant sur la norme relative à l’expression « pouvaient savoir ». À ce moment-là, la CPPM avait déjà commencé à entendre les témoins ne faisant pas l’objet de la plainte, mais un certain nombre devaient encore être entendus. Conformément à sa décision du 1<sup>er</sup> avril 2010, la Commission a avisé les parties qu’elle instruirait la requête des demandeurs une fois que les autres témoins auraient livré leur témoignage. Or, la requête a finalement été entendue par la Commission le 14 octobre 2010 et a été tranchée le 3 novembre 2010, après que tous les témoins eurent été entendus, mais avant que les demandeurs faisant l’objet de la plainte soient appelés à témoigner. La demande de contrôle judiciaire est donc clairement théorique puisque la requête des demandeurs a finalement été entendue et tranchée avant qu’une décision soit rendue au sujet de la demande de contrôle judiciaire. Par conséquent, je ne dirai rien de plus à ce sujet.

[48] En outre, le contrôle judiciaire des décisions interlocutoires risque de fragmenter le processus, avec les frais et les retards qui en résulteront. Une cour est évidemment désavantagée lorsqu’elle statue sur une objection soulevée au début des procédures puisqu’elle ne dispose pas d’un dossier complet et des renseignements pertinents pour voir quel rôle la décision risque de jouer, en dernière analyse, dans le règlement du litige.

[49] These considerations have been aptly summarized in *Zündel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255, where the Court of Appeal stated (at paragraph 10):

Are the applications for judicial review premature? As a general rule, absent jurisdictional issues, rulings made during the course of a tribunal's proceeding should not be challenged until the tribunal's proceedings have been completed. The rationale for this rule is that such applications for judicial review may ultimately be totally unnecessary: a complaining party may be successful in the end result, making the applications for judicial review of no value. Also, the unnecessary delays and expenses associated with such appeals can bring the administration of justice into disrepute. For example, in the proceedings at issue in this appeal, the Tribunal made some 53 rulings. If each and every one of the rulings was challenged by way of judicial review, the hearing would be delayed for an unconscionably long period. As this Court held in *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, "a right, vested in a party who is reluctant to have the tribunal finish its job, to have the Court review separately each position taken, or ruling made, by a tribunal in the course of a long hearing would, in effect, be a right vested in such a party to frustrate the work of the tribunal." [Footnotes omitted.]

See also: *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332 (*Canada (Border Services Agency)*), at paragraphs 30–32; *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (F.C.A.), at paragraph 4; *Canada v. Schnurer Estate*, [1997] 2 F.C. 545 (C.A.), at paragraphs 11–12; *Sherman v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2006 FC 715, 54 Admin. L.R. (4th) 274, at paragraphs 39–41; *CHC Global Operations v. Global Helicopter Pilots Assn.*, 2008 FCA 345.

[50] As a result, courts will not interfere with ongoing administrative processes until they have run their course, absent exceptional circumstances. As previously mentioned, counsel for the applicants does not dispute this principle, but argued that the interlocutory decisions now being challenged do raise exceptional circumstances. According to counsel, the decisions underlying the three applications for judicial review do not merely arguably, but clearly, bring the MPCC outside of its

[49] La Cour d'appel a bien résumé ces considérations dans l'arrêt *Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255 (au paragraphe 10) :

Les demandes de contrôle judiciaire sont-elles prématurées? En règle générale, si aucune question de compétence ne se pose, les décisions qui sont rendues dans le cours d'une instance devant un tribunal ne devraient pas être contestées tant que l'instance engagée devant le tribunal n'a pas été menée à terme. Cette règle est fondée sur le fait que pareilles demandes de contrôle judiciaire peuvent en fin de compte être tout à fait inutiles : un plaignant peut en fin de compte avoir gain de cause, de sorte que la demande de contrôle judiciaire n'a plus aucune valeur. De plus, les retards et frais inutiles associés à pareils appels peuvent avoir pour effet de jeter le discrédit sur l'administration de la justice. Ainsi, dans l'instance en cause, le Tribunal a rendu environ 53 décisions. Si chacune des décisions était contestée au moyen d'un contrôle judiciaire, l'audience serait retardée pour une période déraisonnablement longue. Comme notre Cour l'a affirmé dans *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, « si une des parties, peu désireuse de voir le tribunal s'acquitter de sa tâche, avait le droit de demander à la Cour d'examiner séparément chaque position prise ou chaque décision rendue par un tribunal, lors de la conduite d'une longue audience, elle aurait en fait le droit de faire obstacle au tribunal ». [Notes en bas de page omises.]

Voir aussi : *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332 (*Canada (Agence des services frontaliers)*), aux paragraphes 30 à 32; *Szczejka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 934 (C.A.) (QL), au paragraphe 4; *Canada c. Succession Schnurer*, [1997] 2 C.F. 545 (C.A.), aux paragraphes 11 et 12; *Sherman c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2006 CF 715, aux paragraphes 39 à 41; *CHC Global Operations c. Global Helicopter Pilots Assn.*, 2008 CAF 345.

[50] Par conséquent, à défaut de circonstances exceptionnelles, les cours n'interviennent pas tant que le processus administratif suit son cours. Comme je l'ai déjà mentionné, l'avocat des demandeurs ne conteste pas ce principe, mais il a affirmé que les décisions interlocutoires contestées soulèvent des circonstances exceptionnelles. Selon lui, les décisions à l'origine des trois demandes de contrôle judiciaire outrepassent clairement la compétence de la CPPM. Elles permettraient

jurisdiction. They would effectively allow the Commission to investigate beyond the conduct of members of the military police and into both government policy and the military at large. This would be in direct contradiction to the previous decision of this Court, which cautioned the Commission that it could not use the conduct complaint as a “springboard” into investigating government policies or practices.

[51] I have not been persuaded by this line of reasoning, for a number of reasons. A review of the case law shows that the “exceptional circumstances” allowing the courts to intervene and to review interlocutory decisions have been quite narrowly defined. While exceptional circumstances may not be exhaustively defined, courts have held that such will exist when the impugned decision is dispositive of a substantive right of a party (*Canada v. Schnurer Estate*, [1997] 2 F.C. 545 [cited above]), raises a constitutional issue (*Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.) et al.*, [1979] 1 S.C.R. 218 (*Keable*)), or goes to the legality of the tribunal itself (*Cannon v. Canada (Assistant Commissioner RCMP)*, [1998] 2 F.C. 104 (T.D.)). More recently, the Federal Court of Appeal has gone so far as to say that even those circumstances may not qualify as “exceptional”, if there is an internal administrative remedy available (*Canada (Border Services Agency)*, above, at paragraph 33):

Courts across Canada have enforced the general principle of non-interference with ongoing administrative processes vigorously. This is shown by the narrowness of the “exceptional circumstances” exception. Little need be said about this exception, as the parties in this appeal did not contend that there were any exceptional circumstances permitting early recourse to the courts. Suffice to say, the authorities show that very few circumstances qualify as “exceptional” and the threshold for exceptionality is high: see, generally, D. J. M. Brown and J.M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf) (Toronto: Canvasback, 1998), at paragraphs 3:2200, 3:2300 and 3:4000 and David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001), at pages 485–494. Exceptional circumstances are best illustrated by the very few modern cases where courts have granted prohibition or injunction against administrative decision makers before or during their proceedings. Concerns about procedural fairness or bias, the presence of an important legal or constitutional issue, or the fact that all parties have consented to early

effectivement à la Commission d’enquêter au-delà de la conduite des policiers militaires, soit la politique gouvernementale et l’armée en général. Cela serait tout à fait contraire à la décision antérieure de notre Cour, qui a fait remarquer à la Commission qu’elle ne pouvait pas utiliser la plainte contre les policiers militaires comme un « moyen d’enquêter » sur la politique ou les pratiques gouvernementales.

[51] Ce raisonnement ne m’a pas convaincu, et ce, pour diverses raisons. Un examen de la jurisprudence montre que les « circonstances exceptionnelles » permettant aux cours d’intervenir et de contrôler les décisions interlocutoires ont été étroitement définies. Bien que ces circonstances ne soient pas définies de façon exhaustive, les cours de justice ont conclu qu’il existe une telle circonstance lorsque la décision contestée règle définitivement un droit substantiel d’une partie (*Canada c. Succession Schnurer*, [1997] 2 C.F. 545 [précité]), soulève une question constitutionnelle (*Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.) et autre*, [1979] 1 R.C.S. 218 (*Keable*)), ou implique la légalité du tribunal (*Cannon c. Canada (Commissaire adjoint, GRC)*, [1998] 2 C.F. 104 (1<sup>re</sup> inst.)). Plus récemment, la Cour d’appel fédérale est allée jusqu’à dire que même ces circonstances peuvent ne pas être qualifiées d’« exceptionnelles », s’il existe un recours administratif interne (*Canada (Agences des services frontaliers)*, précité, au paragraphe 33) :

Partout au Canada, les cours de justice ont reconnu et appliqué rigoureusement le principe général de non-ingérence dans les procédures administratives, comme l’illustre la portée étroite de l’exception relative aux « circonstances exceptionnelles ». Il n’est pas nécessaire d’épiloguer longuement sur cette exception, puisque les parties au présent appel ne prétendent pas qu’il existe des circonstances exceptionnelles qui permettraient un recours anticipé aux tribunaux judiciaires. Qu’il suffise de dire qu’il ressort des précédents que très peu de circonstances peuvent être qualifiées d’« exceptionnelles » et que le critère minimal permettant de qualifier des circonstances d’exceptionnelles est élevé (voir à titre général l’ouvrage de D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (édition à feuilles mobiles) (Toronto : Canvasback, 1998), aux paragraphes 3:2200, 3:2300 et 3:4000, ainsi que l’ouvrage de David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto : Irwin Law, 2001), aux pages 485 à 494). Les meilleurs exemples de circonstances exceptionnelles se trouvent dans les très rares décisions récentes dans lesquelles

recourse to the courts are not exceptional circumstances allowing parties to bypass an administrative process, as long as that process allows the issues to be raised and an effective remedy to be granted: see *Harelkin*, above; *Okwuobi*, above, at paragraphs 38–55; *University of Toronto v. C.U.E.W., Local 2* (1988), 65 O.R. (2d) 268 (Div. Ct.). As I shall soon demonstrate, the presence of so-called jurisdictional issues is not an exceptional circumstance justifying early recourse to courts.

[52] An allegation that a commission or tribunal has somehow exceeded its jurisdiction in the course of rendering an interlocutory decision will not be sufficient. The whole approach of attempting to intervene in interlocutory decisions of commissions by labelling them as “jurisdictional”, has been discarded by the Courts.

[53] The Federal Court of Appeal has not accepted the position that the assertion of a jurisdictional issue is, by itself, an exceptional circumstance allowing a party to launch judicial review before the administrative process has been completed. The Court has repeatedly eschewed interference with intermediate or interlocutory administrative rulings and has forbidden interlocutory forays to the Court, even where the impugned “decision” is alleged to address a jurisdictional issue (*Canada (Border Services Agency)*, above, at paragraphs 39–42 and 45):

When “jurisdictional” grounds are present or where “jurisdictional” determinations have been made, can a party proceed to court for that reason alone? Put another way, is the presence of a “jurisdictional” issue, by itself, an exceptional circumstance that allows a party to launch a judicial review before the administrative process has been completed?

les tribunaux ont accordé un bref de prohibition ou une injonction contre des décideurs administratifs avant le début de la procédure ou au cours de celle-ci. Les préoccupations soulevées au sujet de l'équité procédurale ou de l'existence d'un parti pris, de l'existence d'une question juridique ou constitutionnelle importante ou du fait que toutes les parties ont accepté un recours anticipé aux tribunaux ne constituent pas des circonstances exceptionnelles permettant aux parties de contourner le processus administratif dès lors que ce processus permet de soulever des questions et prévoit des réparations efficaces (voir *Harelkin*, précité; *Okwuobi*, précité, aux paragraphes 38 à 55; et *University of Toronto v. C.U.E.W., Local 2* (1988), 65 O.R. (2d) 268 (C. div.)). Ainsi que je le démontrerai sous peu, l'existence de ce qu'il est convenu d'appeler des questions de compétence ne constitue pas une circonstance exceptionnelle justifiant un recours anticipé aux tribunaux.

[52] Une allégation selon laquelle une commission ou un tribunal a, d'une manière ou d'une autre, outrepassé sa compétence en rendant une décision interlocutoire ne suffira pas. La façon de faire qui consistait à intervenir dans les décisions interlocutoires rendues par les commissions en les qualifiant de « décisions portant compétence » a été écartée par les cours de justice.

[53] La Cour d'appel fédérale n'a pas accepté le point de vue selon lequel l'affirmation d'une question de compétence est, en soi, une circonstance exceptionnelle permettant à une partie de déposer une demande de contrôle judiciaire avant la fin du processus administratif. La Cour a soigneusement évité de s'immiscer dans les décisions administratives intermédiaires ou interlocutoires et elle a interdit le recours aux tribunaux judiciaires lorsque le processus administratif est encore en cours, et ce, même lorsque la « décision » contestée semble porter sur une question de compétence (*Canada (Agence des services frontaliers)*, précité, aux paragraphes 39 à 42 et 45) :

Lorsque des motifs « de compétence » sont invoqués ou qu'une décision « en matière de compétence » a été rendue, un plaideur peut-il s'adresser aux tribunaux pour cette seule raison? En d'autres termes, l'existence d'une question « de compétence » constitue-t-elle en soi une circonstance exceptionnelle qui permet à une partie d'introduire une demande de contrôle judiciaire avant que le processus administratif ne soit complété?

In my view, the answer to these questions are negative. An affirmative answer would resurrect an approach discarded long ago.

Long ago, courts interfered with preliminary or interlocutory rulings by administrative agencies, tribunals and officials by labelling the rulings as “preliminary questions” that went to “jurisdiction”: see, e.g., *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. By labelling tribunal rulings as “jurisdictional,” courts freely substituted their view of the matter for that of the tribunal, even in the face of clear legislation instructing them not to do so.

Over 30 years ago, that approach was discarded: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227. In that case, Dickson J. (as he then was), writing for a unanimous Supreme Court declared (at page 233), “The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.” Recently, the Supreme Court again commented on the old discarded approach, disparaging it as “a highly formalistic, artificial ‘jurisdiction’ test that could easily be manipulated”: *Dunsmuir*, above, at paragraph 43. Quite simply, the use of the label “jurisdiction” to justify judicial interference with ongoing administrative decision-making processes is no longer appropriate.

...

It is not surprising, then, that courts all across Canada have repeatedly eschewed interference with intermediate or interlocutory administrative rulings and have forbidden interlocutory forays to court, even where the decision appears to be a so-called “jurisdictional” issue: see e.g., *Matsqui Indian Band*, above; *Greater Moncton International Airport Authority*, above, at paragraph 1; *Air Canada v. Lorenz*, [2000] 1 F.C. 494 (T.D.), at paragraphs 12 and 13; *Delmas*, above; *Myers v. Law Society of Newfoundland* (1998), 165 Nfld. & P.E.I.R. 150 (Nfld. C.A.); *Canadian National Railway Co. v. Winnipeg City Assessor* (1998), 131 Man. R. (2d) 310 (C.A.); *Dowd v. New Brunswick Dental Society* (1999), 210 N.B.R. (2d) 386 (C.A.).

À mon avis, la réponse à ces questions est négative. Une réponse affirmative aurait pour effet de faire revivre une méthode qui a été écartée il y a longtemps.

Jadis, les cours de justice intervenaient dans les décisions préliminaires ou interlocutoires rendues par des organismes administratifs, des fonctionnaires ou des tribunaux administratifs en qualifiant ces décisions de « questions préliminaires » portant sur la « compétence » (voir, par ex., l’arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756). En qualifiant de « décisions portant sur la compétence » les décisions rendues par des tribunaux administratifs, les cours de justice n’hésitaient pas à substituer leur opinion de l’affaire à celle du tribunal administratif, et ce, même lorsque la loi leur interdisait dans les termes les plus nets de le faire.

Il y a une trentaine d’années, cette façon de faire a été écartée dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Dans cet arrêt, le juge Dickson (par la suite devenu juge en chef), qui écrivait au nom d’une Cour suprême unanime, déclare, à la page 233 : « À mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard ». Récemment, la Cour suprême a de nouveau formulé quelques commentaires au sujet de l’ancienne approche qui avait été rejetée en la taxant de « test d’emploi aisé axé sur la “compétence”, à la fois artificiel et très formaliste » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 43). Le recours à l’étiquette « compétence » pour justifier l’intervention des tribunaux judiciaires dans le déroulement d’un processus de prise de décision administratif ne convient tout simplement plus.

[...]

Il n’est donc pas étonnant que, partout au Canada, les tribunaux aient soigneusement évité de s’immiscer dans les décisions administratives intermédiaires ou interlocutoires et qu’ils ont interdit le recours aux tribunaux judiciaires lorsque le processus administratif est encore en cours, et ce, même lorsque la décision semble porter sur ce qu’il est convenu d’appeler une question « de compétence » (voir, par ex. *Bande indienne de Matsqui*, précité; *Direction de l’Aéroport international du Grand Moncton*, précité, au paragraphe 1; *Air Canada c. Lorenz*, [2000] 1 C.F. 494 (1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 12 et 13; *Delmas*, précité; *Myers v. Law Society of Newfoundland* (1998), 165 Nfld. & P.E.I.R. 150 (C.A. T.-N.); *Canadian National Railway Co. et al. v. Winnipeg City Assessor* (1998), 131 Man. R. (2d) 310 (C.A.); *Dowd c. Société Dentaire du Nouveau-Brunswick* (1999), 210 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 386 (C.A.)).

See also: *Greater Moncton International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada*, 2008 FCA 68, at paragraph 1.

[54] The Court of Appeal has also held that a tribunal's interlocutory decisions on a question of law dealing with the admissibility or compellability of evidence does not constitute a jurisdictional question justifying immediate judicial review when the tribunal is vested with the authority to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction that arise in the course of proceedings: *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, 2001 FCA 139, 270 N.R. 399, at paragraph 5; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Varela*, 2003 FCA 42, 238 F.T.R. 200, at paragraph 3.

[55] Counsel for the applicants submitted that the impugned decisions of the MPCC fit within the exception and clearly raise a serious issue of jurisdiction. In other words, it is argued that the Commission purports to overstep the boundaries of its mandate by (a) inquiring into the conduct of the military police on the basis of what they knew or ought to have known; and (b) seeking production of documents emanating from government departments without first establishing that copies of those documents were provided to the military police or that the military police had the ability to obtain them. In so doing, the applicants claim that the Commission not only strays beyond the confines of its legislation, but also disregards the previous ruling of this Court. It signals its intention to use as the applicable standard of conduct for the military police, the duty to be curious, which is at odds and conflicts with a proper understanding of Justice Harrington's "means of knowing" standard. I shall deal first with the argument pertaining to the "means of knowing" standard, and the discussion relating to the production of documents will follow.

Voir aussi : *Direction de l'aéroport international du Grand Moncton c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2008 CAF 68, au paragraphe 1.

[54] La Cour d'appel a également conclu que les décisions interlocutoires rendues par un tribunal sur une question de droit relative à l'admissibilité ou à la contraignabilité de la preuve ne constituent pas une question de compétence justifiant la tenue immédiate d'un contrôle judiciaire lorsque le tribunal a compétence pour connaître et décider des questions de droit et de fait, y compris les questions de compétence, dans le cadre des procédures instruites devant lui (*Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, 2001 CAF 139, au paragraphe 5; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Varela*, 2003 CAF 42, au paragraphe 3).

[55] L'avocat des demandeurs a déclaré que les décisions contestées de la CPPM relèvent de l'exception et soulèvent clairement une question de compétence importante. En d'autres termes, il soutient que la Commission prétend outrepasser les limites de son mandat a) en enquêtant sur la conduite des policiers militaires au motif qu'ils savaient ou auraient dû savoir; et b) en cherchant à obtenir la production de documents émanant de certains ministères du gouvernement sans d'abord établir que des copies de ces documents ont été fournies aux policiers militaires ou que ces derniers pouvaient les obtenir. Ce faisant, les demandeurs allèguent que non seulement la Commission outrepassé les limites de sa propre loi, mais qu'elle ne tient pas compte de la décision antérieure de notre Cour. Cela témoigne de son intention d'utiliser l'obligation de savoir comme norme de conduite applicable pour la police militaire, ce qui va à l'encontre de l'interprétation que le juge Harrington a faite de la norme relative à l'expression « pouvaient savoir ». Je vais d'abord me pencher sur l'argument portant sur la norme relative à l'expression « pouvaient savoir », puis sur l'analyse portant sur la production de documents.



## (ii) The “means of knowing” standard

[56] Contrary to the applicants’ argument, I do not think this is a case where the alleged lack of jurisdiction has been demonstrated beyond any reasonable doubt. Counsel for the applicants relied heavily on the decision of the Supreme Court of Canada in *Keable*, above, as a precedent for the relief sought in the present application. The situation in that case was quite different from the one at issue in the case at bar, however. In that case, it will be remembered, one of the questions was whether a commissioner appointed under provincial legislation for the purpose of inquiring into the circumstances surrounding the commission of allegedly criminal or reprehensible acts, could inquire into the rules, policies and procedures of a federal institution itself (the RCMP [Royal Canadian Mounted Police]). What was at stake was a challenge, on a constitutional basis, of the very jurisdiction of the commissioner with respect to a vital part of his inquiry. It is also worth noting that all eight judges sitting on that case came to the conclusion that a province could not confer on a body of its own creation the jurisdiction to inquire into the administration of a federal police force.

[57] In the case at bar, the situation is quite different in a number of respects. Firstly, the argument put forward by the applicants as regards to the standard of conduct to be expected from a military police officer is not based on any constitutional principle. Indeed, constitutional principles do not figure prominently in the abundant case law revolving around that issue in the context of civilian police officers, and are absent in the applicants’ discussion in their written and oral arguments. The right to a fair trial and to make full answer and defence are invoked by counsel for the applicants as the rationale to require the MPCC to articulate fully the standard of conduct against which the conduct of the applicants will be assessed. This is a separate issue which will be dealt with later in these reasons.

[58] Secondly, the Act itself does not delineate with precision, the jurisdiction of the MPCC with respect to a conduct complaint, and certainly does not provide

## ii) La norme relative à l’expression « pouvaient savoir »

[56] Contrairement à l’argument des demandeurs, je ne pense pas qu’il s’agisse d’une affaire où l’absence de compétence a été prouvée hors de tout doute raisonnable. L’avocat des demandeurs a considéré l’arrêt *Keable*, précité, de la Cour suprême du Canada comme un précédent pour la réparation demandée en l’espèce. La situation dans cet arrêt était toutefois assez différente de celle en cause en l’espèce. Dans cet arrêt, on se souviendra que l’une des questions consistait à savoir si un commissaire, nommé en vertu d’une loi provinciale dans le but de faire enquête sur les circonstances entourant la perpétration d’actes qu’on allègue être criminels ou répréhensibles, pouvait s’enquérir sur les règles, politiques ou procédures d’une institution fédérale (la GRC [Gendarmerie royale du Canada]). Le litige portait sur le fait que la compétence même du commissaire quant à une partie essentielle de son enquête était contestée sur un motif constitutionnel. Il convient également de noter que les huit juges qui siégeaient dans cette affaire sont arrivés à la conclusion qu’une province ne pouvait pas conférer à un organisme de sa création la compétence d’enquêter sur l’administration d’un service de police fédéral.

[57] En l’espèce, la situation est différente à plusieurs égards. Premièrement, l’argument soulevé par les demandeurs relativement à la norme de conduite applicable à un policier militaire n’est basé sur aucun principe constitutionnel. Certes, il n’est pas beaucoup question des principes constitutionnels dans l’abondante jurisprudence axée sur les policiers civils et il n’en est pas du tout question dans les arguments écrits et oraux des demandeurs. L’avocat des demandeurs a invoqué le droit à un procès équitable et le droit à une défense pleine et entière pour appuyer son argument selon lequel la CPPM doit exposer de façon détaillée la norme de conduite servant à évaluer la conduite des demandeurs. Il s’agit là d’une question distincte dont il sera question plus loin dans les présents motifs.

[58] Deuxièmement, la Loi en soi ne délimite pas précisément la compétence de la CPPM en matière de plaintes pour inconduite et elle ne donne certainement

a clear answer as to the circumstances that should prompt a military police officer to investigate. It is therefore much more difficult to demonstrate with reasonable certainty that the Commission not only erred in crafting such a standard, but exceeded its jurisdiction.

[59] Nor can it be said that the Commission clearly contravened the decision reached by this Court in *Canada – Amnesty International*, above. It is not at all obvious that Justice Harrington was intent on setting a legal standard of conduct when he stated, at paragraph 13, without more, that “the Commission may legitimately inquire as to what any member of the military police knew, or had the means of knowing”. The thrust of his decision was meant to address the jurisdiction of the Commission with respect to the first complaint (the detainee complaint). There was not much to say about the second complaint (the failure to investigate complaint), as the Attorney General acknowledged that it related to a policing duty or a function normally carried out by the military police. Accordingly, Justice Harrington went no further than stressing that the Commission could not use its limited jurisdiction as a “springboard” to investigate government policy at large. There is, however, no obvious link between this caveat and the standard to which the military police should be held in conducting its investigations.

[60] Moreover, it cannot be said that the “means of knowing” standard, as it has become known, carries a well-defined meaning and refers to a shared understanding of its parameters, at least in the context of Canadian criminal or military law. Indeed, it is quite telling that counsel for the applicants was unable to point the Court to any judicial precedents where this concept has been used, except in the context of claims of negligence as a means of imputing knowledge where the tortfeasor’s lack of knowledge is due to wilful blindness: see *Jamieson v. City of Edmonton* (1916), 54 S.C.R. 443, at pages 446–447. The Commission also pointed out in its second decision on “means of knowing” dated November 3, 2010, at paragraph 26, that none of the parties were able to provide it with precedents where an oversight agency had considered this standard in the

pas une réponse claire quant aux circonstances qui devraient pousser un policier militaire à faire enquête. Il est donc beaucoup plus difficile de démontrer avec une certitude raisonnable que la Commission a non seulement commis une erreur en élaborant une telle norme, mais qu’elle a aussi outrepassé sa compétence.

[59] Il n’est pas non plus possible d’affirmer que la Commission est clairement allée à l’encontre de la décision rendue par notre Cour dans *Canada – Amnesty International*, précitée. Il n’est pas du tout évident que le juge Harrington voulait fixer une norme de conduite légale quand il a uniquement déclaré au paragraphe 13 que « la Commission [peut] légitimement s’enquérir de ce que savaient les policiers militaires, ou pouvaient savoir ». Dans sa décision, il voulait se pencher sur la compétence de la Commission à l’égard de la première plainte (la plainte relative aux détenus). Il y avait peu de choses à dire à propos de la deuxième plainte (la plainte relative à l’omission d’enquêter) puisque le procureur général a reconnu qu’elle se rapportait à une fonction de nature policière habituellement exercée par un policier militaire. Par conséquent, le juge Harrington s’est borné à préciser que la Commission ne pouvait pas utiliser sa compétence restreinte comme un « moyen d’enquêter » sur la politique gouvernementale en général. Il n’y a cependant aucun lien entre cette mise en garde et la norme applicable aux policiers militaires lorsqu’ils enquêtent.

[60] En outre, on ne saurait affirmer que la norme relative à l’expression « pouvaient savoir », comme elle est appelée, a un sens bien défini et qu’elle fait référence à une compréhension commune de ses paramètres, du moins en droit criminel ou militaire canadien. Certes, il est révélateur de constater que l’avocat des demandeurs n’a pas été en mesure de citer des précédents où ce concept a été utilisé, sauf lorsque des allégations de négligence ont été formulées dans le but d’attribuer une connaissance à l’auteur d’un délit lorsque l’absence de connaissances constitue de l’aveuglement volontaire (voir *Jamieson v. City of Edmonton* (1916), 54 R.C.S. 443, aux pages 446 et 447). La Commission a également souligné dans sa deuxième décision sur la requête portant sur l’expression « pouvaient savoir » datée du 3 novembre 2010, au paragraphe 26, qu’aucune des

context of a failure to investigate complaint, against the police.

[61] To be fair, counsel for the applicants put forward quite an elaborate and interesting argument as to why the “means of knowing” standard should be defined by an examination of whether a military police officer exercised effective control over the requisite information, sufficient to trigger a duty to investigate. Counsel relied both on the military status of the military police officer and on the nature of a peace officer at common law to delineate that standard.

[62] First of all, argue the applicants, the expected standard of conduct found in the Act itself (in particular, section 124 creating the service offence of negligent performance of a military duty), in the *Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces*, Vol. II - Disciplinary, P.C. 1999-1305 (in particular article 106.02(1), prescribing that an investigation shall be conducted “[w]here a complaint is made or where there are other reasons to believe that a service offence may have been committed”), and in the *Military Police Professional Code of Conduct*, SOR/2000-14, should inform the standard of conduct applicable to military police officers. A close reading of these provisions, however, reveals that they do not specifically address when military police officers are expected to commence an investigation.

[63] Secondly, counsel for the applicants relied on the common law, and particularly on *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, for the proposition that peace officers are required to investigate only when they form a reasonable suspicion of criminal activity. Absent a reasonable suspicion of criminal activity, there can be no duty to investigate. Counsel accepts that what gives rise to a reasonable suspicion necessarily depends on all of the circumstances facing the police officer and will vary from case to case. That being said, the reasonableness of a police officer’s conduct must be measured against an objective standard. At a bare minimum, the decision of a police officer to investigate or not, will be judged against his or her actual knowledge of the circumstances.

parties n’a été en mesure de citer de la jurisprudence où un organisme de surveillance a examiné l’application de cette norme dans le contexte d’une plainte alléguant une omission d’enquêter.

[61] À vrai dire, l’avocat des demandeurs a avancé un argument plutôt élaboré et intéressant quant à la raison pour laquelle la norme relative à l’expression « pouvaient savoir » devrait être définie en se demandant si un policier militaire a exercé un contrôle effectif sur les renseignements requis suffisant pour déclencher l’obligation d’enquêter. L’avocat s’est fondé sur le statut du policier militaire et sur la nature d’un agent de la paix en common law pour définir cette norme.

[62] Tout d’abord, les demandeurs soutiennent que la norme de conduite prévue dans la Loi en soi (en particulier, l’article 124 qui prévoit l’infraction d’ordre militaire relative à la négligence dans l’exécution des tâches militaires), dans les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, vol. II – Discipline, C.P. 1999-1305 (en particulier l’article 106.02(1) selon lequel une enquête doit être tenue « [l]orsqu’une plainte est portée ou lorsqu’il y a d’autres raisons de croire qu’une infraction d’ordre militaire a été commise »), et dans le *Code de déontologie de la police militaire*, DORS/2000-14, devrait servir à définir la norme de conduite applicable aux policiers militaires. Toutefois, une lecture attentive de ces dispositions révèle qu’elles ne traitent pas expressément des cas où les policiers militaires devraient entreprendre une enquête.

[63] Aussi, l’avocat des demandeurs s’est fondé sur la jurisprudence, plus particulièrement sur *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, pour affirmer que les agents de la paix doivent enquêter seulement quand ils soupçonnent raisonnablement qu’une personne est impliquée dans une activité criminelle. En l’absence de soupçon raisonnable, il n’y a aucune obligation d’enquêter. L’avocat reconnaît que ce qui fait naître le soupçon raisonnable dépend nécessairement de toutes les circonstances qui se présentent au policier et que cela variera d’une affaire à l’autre. Cela étant dit, le caractère raisonnable de la conduite d’un policier doit être évalué en fonction d’une norme objective. À tout le moins, la décision d’un policier d’enquêter ou non sera évaluée en fonction de ce

The applicants contend that in the absence of actual knowledge, a police officer may be imputed with the knowledge of circumstances only when he or she is wilfully blind to relevant information under his or her effective control. Such a deliberate ignorance would be the safest way to articulate the “means of knowing” standard. To quote from the applicants’ factum, “extending imputed knowledge beyond the confines of wilful blindness leads to a circuitous standard by imposing a non-existent duty to inquire to see whether there is a reason to investigate” (at paragraph 56).

[64] Counsel finds support for that thesis in the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, and goes as far as saying that it is the only interpretation of the “means of knowing” standard that is consistent with the obligations imposed on the Canadian Forces and the Canadian Forces military police by that Act. Subsection 8(1) of the *Privacy Act* proscribes the disclosure of personal information except as permitted in subsection 8(2) [as am. by S.C. 2004, c. 11, s. 37; 2006, c. 10, s. 33]. Two of the permitted exceptions to the proscription to disclosure of personal information are particularly relevant to police work:

Disclosure of personal information

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

Where personal information may be disclosed

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

...

(c) for the purpose of complying with a subpoena or warrant issued or order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information or for the purpose of complying with rules of court relating to the production of information;

...

qu’il savait véritablement. Les demandeurs prétendent qu’en l’absence d’une connaissance réelle, la connaissance peut être imputée au policier seulement quand il fait preuve d’aveuglement volontaire à l’égard des renseignements pertinents dont il a un contrôle effectif. Cette ignorance délibérée serait la meilleure façon de formuler la norme relative à l’expression « pouvaient savoir ». Pour reprendre les termes utilisés dans le mémoire des demandeurs, [TRADUCTION] « imputer la connaissance à une personne qui n’a pas fait preuve d’aveuglement volontaire est un moyen détourné d’imposer une nouvelle obligation de s’enquérir pour voir s’il y a une raison d’enquêter » (au paragraphe 56).

[64] L’avocat appuie cet argument sur la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, et va jusqu’à dire qu’il s’agit de la seule interprétation de la norme relative à l’expression « pouvaient savoir » qui soit conforme aux obligations que cette loi impose aux Forces canadiennes et à la police militaire des Forces canadiennes. Le paragraphe 8(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* interdit la communication des renseignements personnels, sauf dans la mesure permise au paragraphe 8(2) [mod. par L.C. 2004, ch. 11, art. 37; 2006, ch. 10, art. 33]. Deux des exceptions sont particulièrement pertinentes à l’égard du travail des policiers :

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d’une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l’individu qu’ils concernent, que conformément au présent article.

Communication des renseignements personnels

(2) Sous réserve d’autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d’une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants :

Cas d’autorisation

[...]

c) communication exigée par *subpoena*, mandat ou ordonnance d’un tribunal, d’une personne ou d’un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de renseignements;

[...]

(e) to an investigative body specified in the regulations, on the written request of the body, for the purpose of enforcing any law of Canada or a province or carrying out a lawful investigation, if the request specifies the purpose and describes the information to be disclosed;

[65] Both of these exceptions require an ongoing investigation before personal information can be disclosed, thereby negating the possibility that the same information forms part of the information imputed to a military police officer. In the context of paragraph 8(2)(c), a military police officer can obtain a search warrant only on establishing that he has reasonable and probable grounds to believe that a criminal act occurred. This standard being more demanding than the standard of reasonable suspicion, it would not tolerate disclosure to an MP to see if an investigation could be launched. As for paragraph 8(2)(e), an investigation must exist before a military police officer could request DND or DFAIT to disclose personal information; therefore, the knowledge of that information cannot be imputed to an MP when reviewing if he or she should have launched an investigation, based on what he or she knew or had the means of knowing.

[66] While these arguments are both interesting and not without merit, they have never been tested in court. I note, in particular, that the *Privacy Act* argument was not even submitted to the MPCC, and was raised for the first time before this Court. As for the notion that the “means of knowing” test can be reduced to an examination of whether a military police officer exercised effective control over the requisite information, it is fraught with difficulties and is not devoid of ambiguity. Counsel for the respondents credibly submitted that, if accepted, the “effective control” test could encourage police officers to remain wilfully blind about certain matters and insist that documents or information not be left in their purview, lest they be held accountable. Since law enforcement includes not only criminal investigation but crime prevention as well, they argue that the “means of knowing” standard, to the extent that it can

e) communication à un organisme d’enquête déterminé par règlement et qui en fait la demande par écrit, en vue de faire respecter des lois fédérales ou provinciales ou pour la tenue d’enquêtes licites, pourvu que la demande précise les fins auxquelles les renseignements sont destinés et la nature des renseignements demandés;

[65] Ces deux exceptions exigent une enquête avant que les renseignements personnels puissent être communiqués, excluant ainsi la possibilité que ces renseignements fassent partie de l’information imputée à un policier militaire. Dans le contexte de l’alinéa 8(2)c), un policier militaire peut obtenir un mandat de perquisition seulement après avoir établi qu’il a des motifs raisonnables et probables de croire qu’un acte criminel a été commis. Comme cette norme est plus exigeante que la norme du soupçon raisonnable, elle ne tolérerait pas que des renseignements soient communiqués à un policier militaire dans le but de déterminer si une enquête pourrait être menée. En ce qui concerne l’alinéa 8(2)e), une enquête doit être tenue avant qu’un policier militaire puisse demander au MDN ou au MAECI de communiquer des renseignements personnels; par conséquent, la connaissance de cette information ne peut être imputée à un policier militaire lorsque l’on tente de déterminer s’il aurait dû mener une enquête, en fonction de ce qu’il savait ou pouvait savoir.

[66] Bien que ces arguments soient intéressants et valables, ils n’ont jamais été soulevés devant les tribunaux. Plus particulièrement, je remarque que l’argument fondé sur la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n’a même pas été présenté à la CPPM et qu’il a été soulevé pour la première fois devant notre Cour. Pour ce qui est de l’idée selon laquelle le critère relatif à l’expression « pouvaient savoir » porte essentiellement sur la question de savoir si le policier militaire a exercé un contrôle effectif sur les renseignements, elle soulève de nombreuses difficultés et elle n’est pas dénuée d’ambiguïté. L’avocat des intimés a soutenu d’une façon crédible que ce critère, s’il est accepté, pourrait inciter les policiers à faire preuve d’aveuglement volontaire dans certains cas et faire en sorte que les documents ou les renseignements ne relèvent plus de leur compétence, à moins qu’ils soient tenus responsables. Comme

be discerned, simply means whether an individual could have learned about the information through proper inquiries.

[67] The “effective control” test does not lend itself to an easy definition. In his factum, at paragraph 62, counsel for the applicants did not expand much on this concept and offered little guidance as to what it means in practice, beyond stating that it denotes “the physical custody or possession of the information whether or not that information was actively accessed within their control”. This is far from satisfactory as an explanation of the standard that is supposed to govern the conduct of military police officers, in the conduct of their investigations.

[68] At the hearing, counsel for the applicants accepted that the “effective control” test can sometimes go beyond wilful blindness, for example in those situations where an MP may not have been aware of an information (and could thus not have actively suppressed it) but could still have had the means of knowing it because it was within the realm of information that was received by his unit. When pressed, however, counsel admitted that it is a concept difficult to define and confessed that it is easier to say what it does not encompass (i.e. a duty to be curious).

[69] In light of the foregoing, I think it is quite obvious that the “means of knowing” standard has no clear and well-defined meaning, either in the legal provisions governing the military police or in the case law. I cannot refrain from recalling that counsel for the applicants themselves equivocated on the meaning of that standard, first espousing the view shared by the respondents that it includes only the information other governmental actors would have shared with the applicants had they sought access to that information, only to draw back later to its current position. In those circumstances, it cannot seriously be contended that the MPCC has exceeded its jurisdiction by overstepping its mandate and flouting its enabling statute or a previous decision of this

la mise en application de la loi consiste non seulement à mener une enquête criminelle, mais aussi à prévenir la criminalité, les intimées affirment que la norme relative à l’expression « pouvaient savoir », dans la mesure où elle est perceptible, revient simplement à se demander s’il est possible qu’une personne obtienne des renseignements en se renseignant.

[67] Il n’est pas facile de définir le critère du « contrôle effectif ». Au paragraphe 62 de son mémoire, l’avocat des demandeurs ne s’est pas longuement attardé sur ce concept et n’a pas vraiment précisé ce que cela signifie en pratique; il a tout simplement déclaré qu’il désigne [TRADUCTION] « la garde physique ou la possession de l’information, que l’information ait été communiquée pendant qu’elle était sous leur contrôle ou non ». Cette explication de la norme servant à régir la conduite des policiers militaires au cours de leurs enquêtes est loin d’être satisfaisante.

[68] À l’audience, l’avocat des demandeurs a accepté que le critère du « contrôle effectif » dépasse parfois l’aveuglement volontaire; par exemple, dans les situations où le policier militaire n’était peut-être pas au courant d’un renseignement (et, par conséquent, n’aurait pas pu le supprimer), mais aurait pu le savoir parce que ce renseignement faisait partie de l’information reçue par son unité. Cependant, sous la pression, l’avocat a admis qu’il était difficile de définir ce concept et il a avoué qu’il est plus facile de dire ce qu’il n’englobe pas (c.-à-d. l’obligation de savoir).

[69] Compte tenu de ce qui précède, j’estime qu’il est tout à fait évident que la norme relative à l’expression « pouvaient savoir » n’est pas clairement définie, ni dans les dispositions législatives régissant la police militaire ni dans la jurisprudence. Je ne peux m’empêcher de me rappeler que l’avocat des demandeurs était équivoque quant à la signification de cette norme, en adoptant d’abord l’opinion des intimées selon laquelle la norme ne vise que les renseignements que d’autres fonctionnaires auraient partagés avec les demandeurs s’ils avaient voulu y avoir accès, pour ensuite revenir à sa position actuelle. Dans ces circonstances, on ne peut soutenir sérieusement que la CPPM a excédé sa compétence en outrepassant son mandat et en faisant fi de sa

Court, thereby raising a serious issue of jurisdiction. There is, quite simply stated, no agreed upon definition or clear understanding of the “means of knowing” standard, to the extent that it can be qualified as such.

[70] But there is more. The Commission was very careful not to bind itself to any particular understanding of the “means of knowing” standard. While it rejected the “effective control” test on the basis that it is without support in the case law, the Commission went no further than accepting what both parties had previously agreed upon, that is, that the “means of knowing” standard captures “information which a reasonable Military Police officer would have obtained by making reasonable inquiries” (applicants’ record, Vol. III, at page 1370). The Commission hastened to add that a determination as to whether a military police officer acted reasonably, is obviously an issue that cannot be decided in the abstract, because it heavily depends on the evidence. This is a far cry from what counsel for the applicants characterized as a duty to make an investigation to find out whether one has a reasonable suspicion to investigate.

[71] Indeed, the Commission was very conscious of the need not to prejudge the outcome of its enquiry. The following paragraph attests to that cautiousness and restraint (applicants’ record, Vol. III, at pages 1370–1371):

31. The central issue to be decided in these proceedings is whether the subjects’ duty to investigate alleged wrongdoing on the part of those responsible for the transfer of Afghan detainees was triggered — and, if triggered, whether it was reasonably discharged in the circumstances. Given that this is the ultimate issue to be determined in these proceedings, the Commission considers it inadvisable to go further in making predeterminations or pronouncements as to whether a duty to investigate was triggered in this case. In the Commission’s view, the same injunction applies to the question of whether and to what extent the subjects were under some duty to seek out information that would be relevant to any decision to initiate a formal investigation. Whether viewed as part of the consideration of the duty to investigate, or as a distinct analytical step preliminary to considering the duty to investigate, the

loi habilitante ou d’une décision antérieure de notre Cour, soulevant ainsi une sérieuse question de compétence. Il n’y a tout simplement aucune définition ou compréhension claire de la norme relative à l’expression « pouvaient savoir », dans la mesure où on peut la qualifier ainsi.

[70] Mais il y a plus. La Commission a pris bien soin de ne pas adopter une interprétation particulière de la norme relative à l’expression « pouvaient savoir ». Bien qu’elle ait rejeté le critère du « contrôle effectif » au motif qu’il n’est pas étayé par la jurisprudence, la Commission s’est contentée d’accepter ce que les parties avaient convenu, c’est-à-dire que la norme relative à l’expression « pouvaient savoir » vise les renseignements que [TRADUCTION] « [les policiers militaires] auraient raisonnablement pu obtenir simplement en se renseignant » (dossier des demandeurs, vol. III, à la page 1370). La Commission s’est empressée d’ajouter que la question de savoir si un policier militaire a agi de façon raisonnable est clairement une question qui ne peut pas être tranchée dans l’abstrait puisqu’elle dépend largement de la preuve. On est loin de ce que l’avocat des demandeurs a qualifié d’obligation d’enquête dans le but de déterminer si le policier a un soupçon raisonnable l’autorisant à enquêter.

[71] Certes, la Commission était pleinement consciente de la nécessité de ne pas préjuger l’issue de l’enquête. Le paragraphe suivant confirme cette prudence et cette retenue (dossier des demandeurs, vol. III, aux pages 1370 et 1371) :

[TRADUCTION] 31. Dans la présente instance, la principale question à trancher consiste à savoir s’il y a eu entrée en vigueur de l’obligation des personnes visées par la plainte d’enquêter sur les fautes qui étaient alléguées des responsables du transfèrement des détenus afghans; et, si dans l’affirmative, si cette obligation a été raisonnablement respectée dans les circonstances. Étant donné qu’il s’agit de la principale question à trancher dans la présente affaire, la Commission estime inopportun d’aller plus loin en rendant une décision à l’avance ou en tranchant la question de savoir une obligation d’enquêter est entrée en vigueur en l’espèce. Selon la Commission, le même principe doit s’appliquer à la question de savoir si et, dans l’affirmative, dans quelle mesure les personnes visées par la plainte étaient tenues de rechercher les renseignements qui auraient été pertinents à une décision d’entamer une enquête

scope of what the subjects had a duty to know may only be fairly established on a full evidentiary record.

[72] In my opinion, it cannot seriously be argued that the Commission overstepped its mandate and went beyond its jurisdiction in addressing the complaint of the applicants with respect to the “means of knowing” standard. While it did rule out the extremely narrow interpretation proposed by the applicants in their latest submission on the basis that it was not supported in law, it refrained from boxing itself into a position that would pre-empt a careful consideration of the evidence. It should also be noted that the Commission’s analysis is consistent with the stand taken by counsel for Captain (Ret) Moore, and concurred in by counsel for the other applicants, according to which the determination of what information the subjects had the means of knowing is independent of the determination that they had a duty to investigate, the first logically preceding the second.

[73] Not only has this Court not been convinced of a clear and substantial jurisdictional error, but there are many other steps to be completed before a final report is released. Final arguments have not yet been heard, as a result of the applications for judicial review brought before this Court by the applicants. Once the oral submissions will have been made, the Commission will prepare and submit an initial report to the Minister of National Defence, the Chief of the Defence Staff or the Deputy Minister (as the case may be), the Judge Advocate General and the Provost Marshal, setting out the MPCC’s findings and recommendations from the hearing, pursuant to section 250.48 of the Act.

[74] The MPCC’s report is not public or final at this interim stage. It is submitted for review by the prescribed senior government and military officials so that they may review the Commission’s findings and intended recommendations. In this particular case, the Chief of the Defence Staff (who by virtue of subsection 250.49(2) of the Act, is responsible for dealing with conduct

officielle. Qu’elle soit considérée comme un élément de l’examen de l’obligation d’enquêter, ou comme une étape analytique distincte qui soit préliminaire à l’examen de l’obligation d’enquêter, l’étendue de ce que les personnes visées par la plainte avaient l’obligation de savoir ne peut être équitablement déterminée qu’une fois toute la preuve entendue.

[72] À mon avis, on ne peut sérieusement prétendre que la Commission a outrepassé son mandat et excédé sa compétence en traitant la plainte des demandeurs au sujet de la norme relative à l’expression « pouvaient savoir ». Bien qu’elle ait rejeté l’interprétation extrêmement restrictive proposée par les demandeurs dans leurs dernières observations au motif qu’elle n’était pas fondée en droit, elle ne s’est pas mise dans une position qui l’empêcherait de procéder à un examen minutieux de la preuve. Il convient aussi de noter que l’analyse de la Commission est compatible avec la position adoptée par l’avocat du capitaine (à la retraite) Moore, et à laquelle l’avocat des autres demandeurs a souscrit, selon laquelle la détermination de ce que les personnes visées par la plainte pouvaient savoir est indépendante de la détermination qu’elles avaient une obligation d’enquêter, la première détermination précédant logiquement la seconde.

[73] Non seulement notre Cour n’est pas convaincue qu’une grave erreur de compétence a été commise, mais plusieurs autres étapes doivent être complétées avant qu’un rapport final soit publié. Les derniers arguments n’ont pas encore été entendus, puisque les demandeurs ont déposé des demandes de contrôle judiciaire devant la Cour. Quand les plaidoiries auront été présentées, la Commission établira et transmettra au ministre de la Défense nationale, au chef d’état-major de la défense ou au sous-ministre, selon le cas, au juge-avocat général et au prévôt un rapport initial énonçant ses conclusions et recommandations, conformément à l’article 250.48 de la Loi).

[74] Le rapport de la CPPM n’est pas public ni final à ce stade provisoire. Il est remis aux hauts fonctionnaires civils et militaires afin qu’ils puissent réviser les conclusions et recommandations de la Commission. En l’espèce, le chef d’état-major de la défense (qui, en vertu du paragraphe 250.49(2) de la Loi, est chargé de réviser la plainte pour inconduite lorsque le prévôt est mis en



complaints about the Provost Marshal) is then required to notify the Minister and the MPCC Chairperson of the actions, if any, that have been taken or will be taken, with respect to the complaint that was the subject of the MPCC hearing and report.

[75] The officials to whom an interim MPCC report is submitted are not legally bound to accept or act on the Commission's recommendations, although historically, for the most part, the MPCC's recommendations appear to have been accepted. Under subsection 250.51(2) of the Act, where a person in receipt of the Commission's interim report decides not to act on the MPCC's findings or recommendations, the reasons for not acting are to be included in the notice of action described in section 250.51.

[76] After receiving and considering the notice of action, the MPCC Chairperson must prepare a final report setting out the findings and recommendations in respect of the complaint. The final report shall be sent to the Minister, the Deputy Minister, the Chief of the Defence Staff, the Judge Advocate General, the Provost Marshal, the complainant(s), the subject(s) of the complaint, and any other persons who have satisfied the MPCC that they have a direct and substantial interest in the complaint.

[77] Some of the grounds set out in the notices of application speculate what the Commission might say in its final report. However, the parties will not know what the Commission's final report contains until all of the steps outlined above have been carried out. It may well conclude that the subjects had no means of knowing certain information or, alternatively, had no reasonable grounds to seek it out. This is why the applications are premature and a waste of judicial resources. If the subjects are still dissatisfied with the final report after it has been reviewed and issued pursuant to the procedures set out in the Act, they will at that stage have the ability to seek judicial review.

[78] For all of the foregoing reasons, I am of the view that it would be premature for this Court to articulate the

cause) est alors tenu d'aviser le ministre et le président de la CPPM des mesures prises ou projetées concernant la plainte faisant l'objet de l'audience et du rapport de la CPPM.

[75] Les fonctionnaires à qui le rapport provisoire de la CPPM est remis ne sont pas légalement tenus d'accepter ou de donner suite aux recommandations de la Commission même si, dans la plupart des cas, les recommandations semblent avoir été acceptées. Aux termes du paragraphe 250.51(2) de la Loi, si la personne qui procède à la révision du rapport provisoire choisit de s'écarter des conclusions ou des recommandations, elle doit motiver son choix dans la notification prévue à l'article 250.51.

[76] Après avoir reçu et examiné la notification, le président de la CPPM doit établir un rapport final énonçant ses conclusions et recommandations concernant la plainte. Ce rapport est transmis au ministre, au sous-ministre, au chef d'état-major de la défense, au juge-avocat général, au prévôt, au plaignant, à la personne mise en cause ainsi qu'à toute autre personne qui a convaincu la CPPM qu'elle a un intérêt direct et réel dans la plainte.

[77] Certains des motifs énoncés dans les notifications sont des conjectures sur ce que la Commission peut dire dans son rapport final. Cependant, les parties ne sauront pas ce que le rapport contient jusqu'à ce que toutes les mesures exposées ci-dessus aient été prises. La Commission conclura peut-être que les personnes visées par la plainte ne pouvaient pas savoir les renseignements ou, à titre subsidiaire, qu'elles n'avaient aucun motif raisonnable de vouloir les obtenir. C'est la raison pour laquelle les demandes sont prématurées et constituent un gaspillage de ressources judiciaires. Si les personnes visées par la plainte sont toujours insatisfaites du rapport final après qu'il ait été révisé et publié conformément aux procédures énoncées dans la Loi, elles pourront alors solliciter un contrôle judiciaire.

[78] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis qu'il serait prématuré pour la Cour de formuler la norme

standard of conduct applicable to the complaint of failure to investigate. In its amended notice of application in file number T-1126-10, counsel for the applicants prayed for the following relief:

1. An order setting aside the decision of the Commission on the ground that it deprives the applicants of the right to know the case they must meet to answer the complaint about their conduct (MPCC complaint 2008-042, the “conduct complaint”);
2. A declaration that the expression “means of knowing” in the Order issued by this Honourable Court on September 16, 2009 in Court File T-1685-08 permits the Commission to assess the conduct of members of the Military Police based only on what a member of the Military Police could reasonably be expected to have known in the circumstances;
3. A declaration that the expression “means of knowing” in the Order issued by this Honourable Court on September 16, 2009 in Court File T-1685-08 does not permit the Commission to inquire into and make findings about what persons who are not proper subjects of complaint knew or could reasonably be expected to have known regarding the risk of mistreatment potentially faced by detainees transferred to Afghan authorities;
4. A declaration that the Commission cannot, under the guise of investigating what members of the Military Police had the means of knowing, investigate or seek disclosure of information with respect to what persons who are not proper subjects of complaint knew or could reasonably be expected to have known about the risk of mistreatment potentially faced by detainees transferred to Afghan authorities;
5. An order prohibiting the Commission from reporting on, or making findings about, whether Military Police subjects failed to investigate based on information that was not known to them or that they did not reasonably have the means of knowing.

[79] Not only would it be premature for the Court to intervene at this stage, but it would also be unwise and ill-advised. The Court does not have the benefit of the Commission’s knowledge of the complaint, of the

de conduite applicable à la plainte relative à l’omission d’enquêter. Dans son avis de requête modifié, déposé au dossier numéro T-1126-10, l’avocat des demandeurs a sollicité les mesures correctives suivantes :

[TRADUCTION]

1. une ordonnance visant à faire annuler la décision de la Commission au motif qu’elle prive les demandeurs du droit de connaître la preuve qu’ils doivent réfuter pour répondre à la plainte pour inconduite (plainte – CPPM 2008-042, la « plainte pour inconduite »);
2. un jugement déclarant que l’expression « pouvaient savoir » qui figure dans l’ordonnance délivrée par notre Cour le 16 septembre 2009, dans le dossier numéro T-1685-08, permet à la Commission d’évaluer la conduite des policiers militaires seulement en fonction de ce qu’un policier militaire pouvait raisonnablement savoir dans les circonstances;
3. un jugement déclarant que l’expression « pouvaient savoir » qui figure dans l’ordonnance délivrée par notre Cour le 16 septembre 2009, dans le dossier numéro T-1685-08, ne permet pas à la Commission de faire enquête et de tirer des conclusions à propos de ce que les personnes qui ne sont pas visées par la plainte savaient ou pouvaient raisonnablement savoir sur les risques de mauvais traitements auxquels étaient exposés les détenus transférés aux autorités afghanes;
4. un jugement déclarant que la Commission ne peut pas, sous le prétexte qu’elle enquête sur ce que les policiers militaires pouvaient savoir, mener une enquête ou solliciter la divulgation de renseignements sur ce que les personnes qui ne sont pas visées par la plainte savaient ou pouvaient raisonnablement savoir sur les risques de mauvais traitements auxquels étaient exposés les détenus transférés aux autorités afghanes;
5. une ordonnance interdisant à la Commission de faire rapport, ou de tirer des conclusions, sur la question de savoir si les policiers militaires visés par la plainte ont omis de faire enquête compte tenu des renseignements qu’ils ne savaient pas ou qu’ils ne pouvaient pas raisonnablement savoir.

[79] Non seulement il serait prématuré pour la Cour d’intervenir à ce stade, mais ce serait aussi peu judicieux et inapproprié. La Cour ne connaît pas la plainte, les procédures ou les éléments de preuve comme la

proceedings or evidence. Making a ruling in a factual vacuum, and looking over the shoulders of an administrative tribunal carrying out its mandate, would be at odds with fundamental principles of administrative law. This Court will be in a much better position to intervene, if need be, once the Commission has made its own findings, on the basis of all the evidence. In the absence of a compelling demonstration that the Commission has exceeded its jurisdiction, it must be allowed to complete its final report before an application for judicial review can be entertained.

[80] Counsel for the applicants conceded that there is no precedent for the declaratory relief sought, but argued that the Court should be proactive and pre-emptively set the standard against which the applicants' conduct will be assessed, to avoid the adverse effects a negative report could have on their professional reputation. While acknowledging that the final report or parts of it could be quashed on judicial review, counsel strenuously emphasized that such an outcome would not be sufficient to remove the negative shadow and the damning consequences that would be visited upon the applicants, by the Commission's report.

[81] The answer to this argument is quite straightforward. A commission of inquiry is neither a criminal trial nor a civil action for the determination of liability. There are no legal consequences attached to the findings of a commissioner. They are not enforceable and do not bind courts called upon to consider the same matters. Moreover, every witness enjoys the protection of the *Canada Evidence Act* and of the Charter, which ensures that the evidence given cannot be used in other proceedings against the witness.

[82] This is not to say that reputations cannot be tarnished. It cannot be disputed that a commissioner's findings are sometimes seen as determinations of responsibility by members of the public. This is an inevitable consequence of commissions of inquiry, and it is precisely for that reason that a high degree of fairness is required. At the same time, it is a trade-off that Canadians have come to accept in recognition of the fact that such commissions play a useful role in

Commission. Il serait contraire aux principes fondamentaux de droit administratif de rendre une décision dans un vide factuel et de surveiller un tribunal administratif dans l'exercice de son mandat. Notre Cour sera bien mieux placée pour intervenir, si nécessaire, une fois que la Commission aura tiré ses propres conclusions, au vu de toute la preuve. En l'absence d'une preuve convaincante établissant que la Commission a outrepassé sa compétence, elle est autorisée à terminer son rapport final avant qu'une demande de contrôle judiciaire puisse être entendue.

[80] L'avocat des demandeurs a admis qu'il n'y a pas de précédent en ce qui concerne le jugement déclaratoire demandé, mais il a fait valoir que la Cour devrait être proactive et énoncer à l'avance la norme qui servira à évaluer la conduite des demandeurs afin d'éviter les effets préjudiciables qu'un rapport défavorable pourrait avoir sur leur réputation professionnelle. Bien qu'il ait reconnu que le rapport final, ou des parties de ce rapport, pourrait être annulé à l'issue d'un contrôle judiciaire, l'avocat a vigoureusement souligné que le rapport de la Commission ne suffirait à effacer l'image négative et les conséquences accablantes que les demandeurs subiraient.

[81] La réponse à cet argument est fort simple. Une commission d'enquête ne constitue ni un procès criminel ni une action civile pour l'appréciation de la responsabilité. Les conclusions d'un commissaire n'entraînent aucune conséquence légale. Elles ne sont pas exécutoires et elles ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet. De plus, chaque témoin jouit de la protection que lui garantissent la *Loi sur la preuve au Canada* et la Charte, qui prévoient que son témoignage ne peut être utilisé dans d'autres procédures contre lui.

[82] Cela ne veut pas dire qu'une réputation ne peut pas être ternie. Il ne fait aucun doute que les conclusions d'un commissaire sont parfois perçues par le public comme des déterminations de responsabilité. Il s'agit là d'une conséquence inévitable des commissions d'enquête et c'est précisément pour cette raison qu'il est nécessaire d'accorder un degré élevé d'équité. Par ailleurs, c'est un compromis que les Canadiens sont venus à accepter eu égard au fait que ces commissions jouent

investigating, informing and educating the public, and preventing through their recommendations, the re-occurrence of events that have led to their investigation. As Décary J.A. pointed out in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1997] 2 F.C. 36 (C.A.), at paragraph 35:

... a public inquiry into a tragedy would be quite pointless if it did not lead to identification of the causes and players for fear of harming reputations and because of the danger that certain findings of fact might be invoked in civil or criminal proceedings. It is almost inevitable that somewhere along the way, or in a final report, such an inquiry will tarnish reputations and raise questions in the public's mind concerning the responsibility borne by certain individuals. I doubt that it would be possible to meet the need for public inquiries whose aim is to shed light on a particular incident without in some way interfering with the reputations of the individuals involved.

See also: *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, at paragraph 39, where Cory J., for a unanimous Court, endorsed these comments.

[83] It is true that when a commission investigates a particular crime, as was the case in *Re Nelles et al. and Grange et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.) and in *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, particular caution must be exercised. In those cases, it was held that commissions should refrain from making findings that would appear in the eyes of the public to be a determination of liability. These cases must be distinguished from the case at bar on numerous grounds. First, these cases rest in part on the particular wording of the enabling statutes under which the commissions were investigating. Second, the purpose of these inquiries was tantamount to a preliminary inquiry into specific crimes. In *Nelles*, above, the purpose of the inquiry was to discover who had committed the specific crime of killing several babies at the Hospital for Sick Children in Toronto. By the time the case reached the Court of Appeal, one criminal prosecution for the deaths had failed and an extensive police investigation into the deaths was still continuing. When it established the commission, the government described it as an inquiry into deaths thought to have

un rôle utile en enquêtant, en informant et en éduquant le public et en empêchant que les événements à l'origine de leur enquête se reproduisent grâce à leurs recommandations. Comme le juge Décary l'a souligné dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36 (C.A.), au paragraphe 35 :

[...] une enquête publique sur une tragédie serait bien inutile si elle ne permettait pas d'en identifier les causes et les acteurs de crainte d'atteinte à la réputation et en raison du danger que certaines des conclusions de fait ne soient invoquées dans le cadre de poursuites civiles ou pénales. Il est presque inévitable qu'en cours de route ou dans un rapport final, une telle enquête ternisse des réputations et soulève des interrogations dans le public relativement à la responsabilité de certaines personnes. Je doute qu'il soit possible de satisfaire le besoin d'enquêtes publiques destinées à faire la lumière sur un incident donné, sans porter atteinte de quelque façon à la réputation des personnes impliquées.

Voir aussi *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, au paragraphe 39, où le juge Cory, dans un jugement unanime, a endossé ces propos.

[83] Il est vrai que lorsqu'une commission enquête sur un crime particulier, comme c'était le cas dans l'arrêt *Re Nelles et al. and Grange et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), et dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, il convient de faire preuve d'une prudence particulière. Dans ces arrêts, il a été conclu que les commissions ne devraient pas tirer de conclusions qui seraient perçues par le public comme des déterminations de responsabilité. Il faut faire plusieurs distinctions entre ces arrêts et la présente espèce. Premièrement, les arrêts reposent en partie sur le libellé particulier des lois habilitantes en vertu desquelles les commissions faisaient enquête. Deuxièmement, ces procédures équivalaient à une enquête préliminaire visant un crime précis. Dans l'arrêt *Nelles*, précité, l'enquête avait pour objet de découvrir qui avait perpétré un crime précis, à savoir l'assassinat de plusieurs bébés à l'hôpital pour enfants de Toronto. Au moment où l'affaire a été portée devant la Cour d'appel, une poursuite criminelle n'avait rien donné et une enquête policière poussée sur les décès était toujours en cours. Lorsqu'il a établi la commission,

been the result of deliberate criminal acts. Furthermore, the Attorney General had stated that if more evidence became available which would warrant the laying of additional charges, they would be laid and the parties vigorously prosecuted. Similarly, in *Starr*, above, the public inquiry arose out of widely publicized allegations of conflict of interest and possible criminal activity by Patricia Starr and Tridel Corporation. The Order in Council establishing the inquiry, named both Starr and Tridel and, without providing any requirement for making recommendations, mandated an investigation into their conduct, in language virtually indistinguishable from the pertinent *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] provisions. There is nothing remotely equivalent in the present case. Finally, there is no evidence that the MPCC will make findings that will appear in the eyes of the public to be determinations of liability. As a result, the strict test developed in these two cases is inapplicable in the present case.

(iii) The examination of witnesses and the production of documents

[84] Counsel for the applicants, it will be recalled, also argued that the Commission attempted to investigate beyond the conduct of military police officers and into government policy, as evidenced in its treatment of witnesses and in the nature of the documents sought. I shall now turn to an examination of these submissions.

[85] It was submitted that the Commission had gone too far in its examination of some of the witnesses, permitting lines of questioning relating to government policy and the state of knowledge of the Government of Canada at large. Objection was raised at least once but was overruled by the Commission. In its November 3, 2010 ruling, the Commission explained that it must understand what information was available, to determine if the applicants had the means of knowing about that information. Here is the gist of the Commission's

le gouvernement l'a décrite comme une enquête portant sur des décès paraissant résulter d'actes criminels délibérés. Le procureur général avait en outre déclaré qu'en cas de découverte de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier le dépôt de nouvelles accusations, ces accusations seraient déposées et les poursuites seraient menées avec vigueur. De même, dans l'arrêt *Starr*, précité, l'enquête publique avait été engagée à la suite d'allégations très médiatisées de conflit d'intérêts et d'activités criminelles de la part de Patricia Starr et de Tridel Corporation. Le décret instituant l'enquête nommait à la fois Starr et Tridel et, sans prévoir d'obligation de formuler des recommandations, donnait le mandat de procéder à une enquête sur leur conduite dans des termes pratiquement identiques à ceux des dispositions pertinentes du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. Il n'y a rien de comparable dans la présente affaire. Enfin, rien n'indique que la CPPM tirera des conclusions qui seront perçues par le public comme des déterminations de responsabilité. Par conséquent, le critère strict établi dans ces deux arrêts ne s'applique pas en l'espèce.

iii) L'interrogation des témoins et la production de documents

[84] Il importe de se rappeler que l'avocat des demandeurs a aussi fait valoir que la Commission a tenté d'aller au-delà de la conduite des policiers militaires et d'enquêter sur la politique gouvernementale, comme le révèlent le traitement qu'elle a réservé aux témoins et la nature des documents dont elle a demandé la production. Je vais maintenant examiner ces arguments.

[85] Selon les demandeurs, la Commission est allée trop loin avec l'interrogatoire de certains témoins, en posant des questions sur la politique gouvernementale et l'état de la connaissance du gouvernement fédéral dans son ensemble. L'objection a été soulevée au moins une fois, mais elle a été écartée par la Commission. Dans sa décision du 3 novembre 2010, la Commission a expliqué qu'elle devait comprendre quels renseignements existaient pour déterminer si les demandeurs pouvaient les connaître. Voici l'essentiel du raisonnement de la

reasoning in this respect (applicants' record, Vol. III, at page 1371):

32. There is also a distinction to be made between the objectives of an investigation and the methodology of an investigation. If the content of what MPs "knew or had the means of knowing" is an ultimate issue in this proceeding, which we consider it to be, then the Commission's investigative process leading to a determination of this question must be able to receive and examine the scope of information that existed to be potentially obtained. In the Commission's view, the "means of knowing" test does not exist in a factual vacuum. It only has meaning if it can be shown that there was information in existence to be obtained by inquiry. Whether a person had the means of knowing something cannot be determined without also determining that something existed to be known. To put the matter another way, it cannot be shown that a person had the means of knowing information if there is no evidence that the information which is sought to be imputed to him even existed.

[86] The Commission recognized that, at the end of the day, some information relevant to the subject-matter of the complaint may well be found to fall outside the perimeter of what military police officers knew, or had the means of knowing. As illustrated by the Commission (applicants' record, Vol. III, at page 1371):

For instance, information known to non-MP actors, but not specifically shared with MPs, could relate to matters of "common knowledge" regarding relevant conditions in Afghanistan. Such information could potentially be relevant in assessing the credibility of potential MP denials of awareness of such matters. Alternatively, information might be relevant to the Commission's inquiry precisely because there could be specific evidence from non-MP sources that such information was not shared with MPs.

[87] It is true that some of the witnesses heard by the Commission were civil servants and not members of the Canadian Forces. None of these witnesses are considered subjects of the hearings, and none of them have been given notice that they are considered subjects pursuant to subsection 250.38(3) of the Act. There is no

Commission à cet égard (dossier des demandeurs, vol. III, à la page 1371) :

[TRADUCTION] 32. Il est aussi nécessaire d'établir une distinction entre les objectifs d'une enquête et la méthodologie d'une enquête. Si le contenu de ce que les PM « savaient [...] ou pouvaient savoir » (« *knew or had the means of knowing* ») constitue une question fondamentale dans la présente procédure — et nous estimons que c'est le cas —, le processus d'enquête de la Commission menant à une décision sur cette question doit permettre à la Commission de recevoir l'information qui existait et qui pouvait être obtenue, ainsi que d'examiner l'étendue de cette information. Selon la Commission, le critère des « *means of knowing* » n'existe pas dans un vide factuel. Il n'a de sens que s'il peut être démontré qu'il y avait de l'information qui était susceptible d'être obtenue par le biais d'une recherche. La question de savoir si une personne pouvait savoir (« *had the means of knowing* ») quelque chose ne peut être tranchée sans qu'il soit aussi déterminé qu'il y avait quelque chose qui pouvait être su. Autrement dit, il ne peut être démontré qu'une personne pouvait connaître (« *had the means of knowing* ») un renseignement s'il n'y a pas de preuve que le renseignement existait.

[86] La Commission a reconnu que certains renseignements qui sont pertinents à l'objet de la plainte pourraient, en fin de compte, être considérés comme extérieurs au périmètre de ce que policiers militaires savaient, ou pouvaient savoir. La Commission a déclaré ce qui suit (dossier des demandeurs, vol. III, à la page 1371) :

[TRADUCTION] Par exemple, l'information connue d'acteurs qui ne sont pas des PM [policiers militaires], mais qui n'a pas spécifiquement été partagée avec les PM, pourrait avoir trait à des questions de [TRADUCTION] « commune renommée » concernant les conditions pertinentes ayant cours en Afghanistan. De tels renseignements pourraient être pertinents à l'appréciation de la crédibilité des PM si ces derniers n'iaient les avoir connus. Par contraste, des renseignements pourraient être pertinents à l'enquête de la Commission précisément parce que des sources qui ne sont pas des PM pourraient prouver à la Commission que ces renseignements n'ont pas été partagés avec les PM.

[87] Il est vrai que certains des témoins entendus par la Commission étaient des fonctionnaires, et non des membres des Forces canadiennes. Aucun des témoins n'est considéré comme étant mis en cause et aucun d'eux n'a reçu un avis selon lequel il est mis en cause conformément au paragraphe 250.38(3) de la Loi. Il n'y

basis to speculate, as counsel for the applicants would have it, that the Commission is going to ignore its mandate and start making findings against people it has no authority to make findings against. Yet, to the extent that these witnesses could provide relevant context on the collection, reporting and communication of information on potential detainee abuse, the Commission was justified in hearing from them. The Act does not limit the Commission to summoning only members of the Canadian Forces or employees of DND to appear as witnesses. Other persons, including other government employees, can also be summonsed to give evidence that the Commission considers necessary.

[88] I fail to see how it can be argued that the hearing of government employees and their questioning on the procedure followed on prison visits, the purpose and distribution of site visit reports, and the reporting structure within DFAIT, for example, would clearly and undoubtedly bring the Commission in conflict with the previous ruling of this Court. As the Commission observed, Justice Harrington did not say that questions put to the subjects were to be restricted to what they knew or had the means of knowing. The Commission, as an external oversight body, must be left with the discretion to determine for itself, as a result of its investigation, what the military police officers that are the subject of its inquiry knew or had the means of knowing. To fulfill its mandate, the Commission ought to be left with some room to manoeuvre, and be given the latitude to determine for itself what is relevant and what is not. If specific questions are thought to be beyond the pale, counsel can always raise objections, ask that additional witnesses of their choosing be called, and make oral and written submissions on any aspect of the evidence heard by the Commission. Otherwise, the Commission's inquiry must follow its course.

[89] For the reasons noted above, it would be premature for this Court to declare the standard according to which a determination must be made as to what the applicants had the means of knowing. This is true both in the context of the questions that can be put to the subjects and the witnesses, and with respect to the

a aucune raison de croire, comme le prétend l'avocat des demandeurs, que la Commission ignorera son mandat et commencera à tirer des conclusions défavorables contre des personnes qui ne relèvent pas de sa compétence. Or, dans la mesure où ces témoins pouvaient fournir un contexte pertinent à propos de la collecte et de la communication de renseignements sur les risques de mauvais traitements des détenus, la Commission était justifiée de les entendre. La Loi n'oblige pas la Commission à citer uniquement les membres des Forces canadiennes ou les employés du MDN à comparaître. D'autres personnes, y compris d'autres employés du gouvernement, peuvent être citées à comparaître pour présenter un témoignage que la Commission estime nécessaire.

[88] Je ne vois pas comment on peut soutenir que le témoignage des employés du gouvernement et l'interrogatoire qu'ils ont subi sur la procédure adoptée lors des visites de prisons, l'objet et le mode de distribution des rapports de visite, la procédure de distribution des rapports au sein du MAECI, par exemple, amèneraient clairement la Commission à contredire la décision antérieure de notre Cour. Comme la Commission l'a fait remarquer, le juge Harrington n'a pas dit que les questions posées aux personnes visées par la plainte devaient se limiter à ce qu'elles savaient ou pouvaient savoir. La Commission, en tant qu'organisme de surveillance externe, doit avoir le pouvoir de déterminer, à la suite de son enquête, ce que les policiers militaires faisant l'objet de l'enquête savaient ou pouvaient savoir. Pour s'acquitter de son mandat, la Commission devrait avoir une certaine marge de manœuvre pour déterminer elle-même ce qui est pertinent et ce qui ne l'est pas. Si certaines questions sont considérées comme inadmissibles, l'avocat peut toujours soulever des objections, demander que d'autres témoins de son choix soient assignés et présenter des observations orales et écrites sur un aspect de la preuve entendue par la Commission. Sinon, l'enquête de la Commission doit suivre son cours.

[89] Pour les motifs exposés ci-dessus, il serait prématuré pour la Cour de faire connaître la norme qui servira à déterminer ce que les demandeurs pouvaient savoir. Cela vaut tant dans le contexte des questions qui peuvent être posées aux personnes visées par la plainte et aux témoins que dans le cas de la production de documents

production of documents which can be ordered by way of summons. These are really the flip sides of the same coin. The Commission must be given some leeway in determining the documents that are relevant for the purposes of its inquiry. As Professor Ratushny stated in his book *The Conduct of Public Inquiries: Law, Policy and Practice* (Toronto: Irwin Law, 2009), “the first step is simply to gather and review every document that is potentially relevant” (at page 243).

[90] Inferior bodies, such as the Commission, have no common law power to compel the production of evidence, either testimonial or documentary. Their jurisdiction to do so depends on statutory authority. That being said, it is self-evident that document disclosure is fundamental to the ability of the Commission to discharge its mandate and conduct a full, independent investigation into the complaint. This is precisely why paragraph 250.41(1)(a) of the Act grants the Commission the power to require the production of documents that it considers necessary to a full investigation. This is a decision that the Commission is authorized by statute to make, based on the Commission’s assessment of the needs of its investigative effort.

[91] As already mentioned, and as stated by the Commission itself in its ruling of November 3, 2010, on the second “means of knowing” motion, it does not mean that all the documents obtained by the Commission, once produced and examined, will necessarily become exhibits or be imputed as knowledge of the subjects. Moreover, any documents that were entered as exhibits either by Commission counsel or by one of the parties can be commented on by all the parties during their closing submissions as to the weight or the significance (or lack thereof), that any documentary evidence should be given by the Commission.

[92] I also note that the applicants have never brought a motion before the Commission challenging the Gagnon/Blanchette summons. They had the ability to do so under section 7 of the Afghanistan Public Interest Hearings Rules [see *Rules of Procedure for Hearings Before the Military Police Complaints Commission*,

pouvant être demandés par voie de sommation. Ce sont donc les deux côtés de la médaille. La Commission doit disposer d’une certaine latitude pour déterminer les documents qui sont pertinents aux fins de son enquête. Comme le professeur Ratushny l’a écrit dans son livre *The Conduct of Public Inquiries: Law, Policy and Practice* (Toronto : Irwin Law, 2009, à la page 243), [TRADUCTION] « la première étape consiste simplement à obtenir et examiner tous les documents pouvant être pertinents ».

[90] Les organismes administratifs inférieurs, comme la Commission, n’ont aucun pouvoir de common law leur permettant d’exiger la production d’éléments de preuve, qu’ils soient testimoniaux ou documentaires. Leur compétence doit être conférée par une loi. Cela étant dit, il est évident que la divulgation des documents est indispensable pour que la Commission puisse s’acquitter de son mandat et mener une enquête complète et indépendante sur la plainte. C’est d’ailleurs pour cette raison précise que l’alinéa 250.41(1)a) de la Loi confère à la Commission le pouvoir d’exiger la production de documents qu’elle estime nécessaires à une enquête complète. Il s’agit d’une décision que la Commission est expressément autorisée par la loi à rendre, selon son évaluation des besoins pour mener à bien l’enquête.

[91] Comme je l’ai déjà dit, et comme la Commission elle-même l’a indiqué dans sa décision du 3 novembre 2010 sur la deuxième requête portant sur l’expression « pouvaient savoir », tous les documents obtenus par la Commission, une fois qu’ils sont produits et examinés, ne seront pas nécessairement déposés en preuve ou la connaissance de ces documents ne sera pas nécessairement imputée aux personnes visées par la plainte. De plus, toutes les parties peuvent commenter les documents déposés en preuve par l’avocat de la Commission ou par l’une des parties pendant leurs plaidoiries finales quant à l’importance (ou le manque d’importance) que la Commission devrait leur accorder.

[92] Je souligne également que les demandeurs n’ont jamais présenté une requête à la Commission, contestant les sommations du major Gagnon et du brigadier-général Blanchette. Ils pouvaient le faire en vertu de l’article 7 des Règles relatives aux audiences d’intérêt public sur l’Afghanistan [voir les *Règles de procédures des*



SOR/2002-241]. Under section 7, the Commission has jurisdiction to “determine any question with respect to jurisdiction or practice and procedure” at any time during a proceeding. This was the proper administrative remedy to deal with any contention that a document was inadmissible or irrelevant.

[93] Counsel for the applicants submitted that three of the five classes of documents listed by the summons to Brigadier-General Blanchette issued on August 25, 2010, called for the production of documents that are subject to solicitor-client and litigation privilege, as they target the process whereby DND and the Canadian Forces identify the documents to be produced to the Commission in response to the summons. According to counsel, this is clearly in excess of the Commission’s jurisdiction, as it cannot inquire as to how the government has responded and what measures have been taken to respond to the summons. It is argued that neither the response of two governmental institutions to the summons, the non-responsive documents collected by those institutions nor a list of any witness met by DND officials in connection to the hearing, present the nexus required by paragraph 250.41(1)(a).

[94] I cannot agree with such a narrow view of the Commission’s mandate and jurisdiction. As the independent oversight body tasked by Parliament with carrying out a public inquiry into the complaint, it is the MPCC’s responsibility to make its own, independent decision as to what documents it considers necessary for a full investigation of the complaint. It should not have to rely on selected documents provided on the basis on an opaque screening process conducted in-house by government officials.

[95] The MPCC learned during the public hearings that documents were being subjected to some manner of screening process by government officials, based on internal screening parameters or guidelines these officials had been provided with, before being turned over to the Commission. It thus became evident that what the MPCC was being given was a subset of an unknown larger collection of documents, and documents were

*audiences de la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire, DORS/2002-241]. Aux termes de l’article 7, la Commission peut « trancher toute question de compétence ou de pratique et procédure ». C’était le recours administratif approprié pour traiter d’une prétention selon laquelle un document était inadmissible ou non pertinent.*

[93] L’avocat des demandeurs a affirmé que trois des cinq catégories de documents énumérées dans les sommations envoyées au brigadier-général Blanchette le 25 août 2010, exigeaient la production de documents qui sont protégés par le secret professionnel et par le privilège relatif au litige puisqu’ils portent sur le processus utilisé par le MDN et les Forces canadiennes pour décider quels documents sont communiqués à la Commission en réponse aux sommations. Selon l’avocat, cela excède clairement la compétence de la Commission puisqu’elle ne peut pas s’enquérir sur la façon dont le gouvernement a répondu et sur les mesures qui ont été prises pour répondre aux sommations. Il prétend que ni la réponse donnée par les deux institutions gouvernementales aux sommations, ni les documents non pertinents recueillis par ces institutions, ni la liste des témoins rencontrés par les fonctionnaires du MDN dans le cadre de l’audience n’ont le lien requis par l’alinéa 250.41(1)a).

[94] Je ne peux pas souscrire à une interprétation aussi restrictive du mandat et de la compétence de la Commission. En tant qu’organisme de surveillance indépendant chargé par le législateur de mener une enquête publique sur la plainte, la CPPM doit rendre sa propre décision indépendante au sujet des documents qu’elle considère nécessaires à une enquête complète. Elle ne devrait pas être forcée de s’en remettre aux documents qui ont été choisis à la suite d’un processus obscur de sélection effectué à l’interne par des fonctionnaires.

[95] La CPPM a appris durant les audiences publiques que les documents, avant d’être transmis à la Commission, faisaient l’objet d’un processus de sélection effectué par des fonctionnaires, en fonction de paramètres ou de directives internes. Il est donc évident que les documents fournis à la CPPM n’étaient qu’une partie d’une collection de documents et que les documents étaient contrôlés par les fonctionnaires, en

being screened in or out by government officials, based on guidelines they had been given. To make matters worse, the respondent obtained documents by way of an access to information request that were not originally produced before the Commission.

[96] Section 250.41 of the Act must be broad enough to allow the Commission to inquire into the screening process and the guidelines used by the government, in response to its summons for documents, when it appears that one of the impediments to a full investigation is the lack of production of information. If the Commission does not have full access to relevant documents, which are the lifeblood of an inquiry, there cannot be a full and independent investigation.

[97] There may well be practical difficulties for the government in responding to the summons, arising from the sheer number of documents that could potentially be relevant. This is precisely why the Commission offered to work collaboratively with government officials in identifying the documents that could be considered responsive to the summons. Unfortunately, this offer was turned down. It is obviously not for this Court to determine how best the government should respond to the summons. But at the end of the day, one principle must stand: it is for the Commission, not for the government, to determine ultimately what documents are relevant to its inquiry. If it were otherwise, the Commission would be at the mercy of the body it is supposed to investigate. This was clearly not the intent of Parliament.

[98] I am therefore of the view that the Commission did not clearly exceed its jurisdiction when it issued a summons for the production of documents relating to the screening process and the guidelines applied by government departments in response to its previous summons. Of course, the Commission does not have the power to find the persons to whom the summons were directed guilty of an offence, either pursuant to paragraph 118(2)(c) [as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 32] (for persons subject to the Code of Service Discipline [Part III, ss. 60–249.26 (as enacted *idem*, s. 18)]) or to

fonction des directives qu'ils avaient reçues. Pis encore, les intimées ont obtenu des documents qui n'avaient pas été initialement communiqués à la Commission en présentant une demande d'accès à l'information.

[96] L'article 250.41 de la Loi doit être suffisamment large pour permettre à la Commission de s'enquérir du processus de sélection et des directives appliquées par le gouvernement en réponse à ses sommations visant à obtenir des documents lorsqu'il semble qu'un des obstacles à une enquête complète est le fait que des renseignements n'ont pas été communiqués. Si la Commission n'a pas entièrement accès aux documents pertinents, lesquels sont essentiels aux enquêtes, elle ne peut pas mener une enquête complète et indépendante.

[97] Le gouvernement peut éprouver certaines difficultés techniques au moment de répondre aux sommations en raison du nombre considérable de documents qui pourraient s'avérer pertinents. C'est la raison précise pour laquelle la Commission a suggéré de travailler en collaboration avec les fonctionnaires pour sélectionner les documents qui pouvaient être considérés comme pertinents aux sommations. Malheureusement, cette offre a été refusée. De toute évidence, il n'appartient pas à la Cour de décider de quelle façon le gouvernement doit répondre aux sommations. Cependant, en fin de compte, un principe doit être respecté : il appartient à la Commission, et non au gouvernement, de déterminer quels documents sont pertinents à l'enquête. S'il en était autrement, la Commission serait à la merci de l'organisme faisant l'objet de son enquête. Ce n'était évidemment pas l'intention du législateur.

[98] Je suis donc d'avis que la Commission n'a clairement pas outrepassé sa compétence quand elle a délivré une sommation ordonnant la production des documents se rapportant au processus de sélection et des directives appliquées par les ministères fédéraux en réponse aux sommations précédentes. Évidemment, la Commission n'a pas le pouvoir de déclarer les personnes destinataires des sommations coupables d'une infraction, soit en vertu de l'alinéa 118(2)c) [mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 32] (pour les personnes justiciables du Code de discipline militaire [partie III, art. 60 à 249.26 (éditée, *idem*,

subparagraph 302(b)(ii) [as am. *idem*, s. 90] and paragraph 302(e) [as am. *idem*] (for anyone). This power is reserved to courts. The Commission was authorized to request documents enabling it to understand the government methodology and approach to document disclosure, and to draw its own conclusion from the response given by the government to that request. This is a power necessarily incidental to the power of conducting a full investigation.

[99] Finally, counsel for the applicants contends that a fourth class of documents listed by the summons, recording the factors considered by the Commander of JTFA in deciding to transfer a detainee to Afghan authorities, should also be struck. These inquiries, according to counsel, have no connection to the complaint at issue but have everything to do with investigating the legality of the orders made by the Commander of JTFA, to transfer detainees to Afghan authorities.

[100] I agree with counsel for the applicants that the breadth of an investigation into the legality of the order made by the Commander of JTFA to transfer detainees to Afghan authorities, would far exceed the issues properly raised by the complaint of the respondents. It would entail the determination of whether a particular detainee was in danger of being subjected to torture or other forms of mistreatment, based on what the Commander knew when he ordered his transfer. This is clearly not the gist of the conduct complaint brought forward by the respondents, and the Commission would be well advised from making recommendations in that respect, as it would clearly exceed its jurisdiction.

[101] That being said, it cannot be contended that the knowledge of the factors which the Commander took into consideration before transferring a detainee to the Afghan forces, is completely immaterial to the subject of the investigation. It is arguably part of the background information that the Commission may find relevant for the purposes of its inquiry into the complaint laid by the respondents. In light of the wide latitude that a commission of inquiry should be afforded in requesting documentary evidence and of the dynamic nature of

art. 18)) ou en vertu du sous-alinéa 302b)(ii) [mod., *idem*, art. 90] et de l'alinéa 302e) [mod., *idem*] (pour toute autre personne). Ce pouvoir est réservé aux cours de justice. La Commission pouvait demander des documents lui permettant de comprendre la méthode et l'approche adoptées par le gouvernement en matière de divulgation de documents et de tirer sa propre conclusion de la réponse donnée par le gouvernement à cette demande. Ce pouvoir est nécessairement accessoire au pouvoir de mener une enquête complète.

[99] Enfin, l'avocat des demandeurs prétend qu'une quatrième catégorie de documents énumérée dans la sommation, détaillant les facteurs pris en considération par le commandant de la FOIA au moment de décider de transférer un détenu aux autorités afghanes, devrait aussi être radiée. Selon l'avocat, ces documents n'ont aucun lien avec la plainte en cause, mais se rapportent plutôt à l'enquête sur la légalité des ordres donnés par le commandant de la FOIA de transférer les détenus aux autorités afghanes.

[100] Je conviens avec l'avocat des demandeurs que la portée d'une enquête sur la légalité de l'ordre donné par le commandant de la FOIA de transférer les détenus aux autorités afghanes dépasserait largement les questions correctement soulevées dans la plainte des intimées. Il faudrait alors décider si un détenu particulier risquait la torture ou d'autres formes de mauvais traitement, en fonction de ce que le commandant savait quand il a ordonné son transfèrement. Ce n'est clairement pas l'essentiel de la plainte pour inconduite déposée par les intimées et la Commission aurait tout intérêt à ne pas faire de recommandations à cet égard, car cela outrepasserait clairement sa compétence.

[101] Cela étant dit, on ne saurait prétendre qu'il n'est pas pertinent dans le cadre de l'enquête de connaître les facteurs pris en considération par le commandant de la FOIA au moment de décider de transférer un détenu aux autorités afghanes. Ces facteurs font partie des renseignements généraux que la Commission considère pertinents aux fins de l'enquête sur la plainte déposée par les intimées. Compte tenu de la grande latitude dont devrait disposer une commission d'enquête pour demander de la preuve documentaire et de la nature dynamique

such inquiry, I believe it would be premature for the Court to intervene and pre-emptively declare that the Commission ought not consider that information.

[102] Finally, counsel for the applicants stated in his written submissions that the Commission seeks to explain its inquiry into the factors considered by the Commander, by altering the nature of the complaint it purports to investigate and by transforming the complaint from a complaint of failure to investigate, to a complaint of negligent investigation. I must confess that I do not quite understand the link that counsel tries to draw between the alleged transformation of the complaint and the documents sought by the Commission. In any event, I do not think this is a very helpful line of analysis. A failure to investigate can certainly encompass an investigation that has been botched or negligently conducted, for example, if certain lines of enquiry have not been pursued or overlooked.

[103] For all of the foregoing reasons, the relief sought by the applicants in relation to the summons must similarly be dismissed as being premature. More specifically, the applicants asked the Court to grant the following remedies (applicants' record, Vol. IV, at paragraph 103):

- i. a declaration that subsections 250.38(1) and 250.41(1) of the *National Defence Act* do not authorize the Commission to compel disclosure of information that was not known to Military Police subjects of complaint or in their effective control;
- ii. a declaration that Military Police subjects of complaint did not know or have in their effective control the documents listed items 1 to 13 in the summons issued by the Chairperson of the Commission to BGen Blanchette;
- iii. an order setting aside the summons issued by the Chairperson of the Commission to BGen Blanchette on the ground that it was issued in excess of the Commission's jurisdiction.

de cette enquête, j'estime qu'il serait prématuré pour la Cour d'intervenir et de déclarer à l'avance que la Commission ne devrait tenir compte de ces renseignements.

[102] L'avocat des demandeurs a écrit dans ses observations que la Commission cherche à expliquer son enquête sur les facteurs pris en considération par le commandant en modifiant la nature de la plainte sur laquelle elle prétend enquêter et en transformant la plainte sur l'omission d'enquêter en une plainte relative à une enquête négligente. Je dois avouer que je ne comprends pas bien le lien que l'avocat essaie de faire entre la transformation de la plainte et les documents demandés par la Commission. Quoiqu'il en soit, je ne crois pas que ce mode d'analyse soit très utile. L'omission d'enquêter peut certainement englober une situation où une enquête a été bâclée ou menée de manière négligente, par exemple si certaines pistes d'enquête n'ont pas été examinées.

[103] Pour tous les motifs qui précèdent, la réparation demandée par les demandeurs relativement aux sommations doit également être rejetée puisqu'elle est prématurée. Plus précisément, les demandeurs ont demandé à la Cour de leur accorder les réparations suivantes (dossier des demandeurs, vol. IV, au paragraphe 103) :

[TRADUCTION]

- i. un jugement déclarant que les paragraphes 250.38(1) et 250.41(1) de la *Loi sur la défense nationale* n'autorisent pas la Commission à ordonner la divulgation des renseignements qui n'étaient pas connus des policiers militaires visés par la plainte ou dont ils n'avaient pas un contrôle effectif;
- ii. un jugement déclarant que les policiers militaires visés par la plainte ne connaissaient pas les documents 1 à 13 énumérés dans la sommation délivrée par le président de la Commission au Brigadier-général Blanchette ou n'en avaient pas un contrôle effectif;
- iii. une ordonnance annulant la sommation délivrée par le président de la Commission au Brigadier-général Blanchette au motif qu'elle outrepassait la compétence de la Commission.

[104] None of these can be appropriately granted by this Court. They are all closely intertwined with the notion that the Commission undoubtedly exceeded its jurisdiction in its treatment of the “means of knowing” standard and that this Court is therefore called upon to intervene. Having rejected these submissions, it would be premature to grant the above-mentioned remedies just as it would be untimely to grant the other remedies sought by the applicants.

(b) Did the Commission err in law by failing to articulate the “means of knowing” standard?

[105] Having concluded as I have with respect to the prematurity of the applications brought forward by the applicants, there would be no need to answer this second question. I will, nevertheless, venture the following brief remarks.

[106] Counsel for the applicants has submitted that the Commission is required to clearly articulate, in advance of calling evidence, the standard against which the Commission will ultimately assess the evidence it gathers about the professional conduct of the seven subjects. He relies for that proposition on paragraph 250.44(a) of the Act, which states that the subjects of a conduct complaint shall be afforded a “full and ample opportunity ... to present evidence [and] to cross-examine witnesses”.

[107] The applicants argue that by deciding not to completely articulate the standard of conduct against which it will assess their professional conduct, the Military Police Complaints Commission has denied them the essence of the right to make full answer and defence guaranteed by paragraph 250.44(a) of the Act. Without the knowledge of the case they had to meet, the applicants contend that they could not meaningfully exercise their right to challenge the evidence led against them or to lead their own evidence. This premise, with all due respect, is flawed.

[108] It is undoubtedly true that in the context of a criminal procedure, the right to a fair trial entails the

[104] La Cour ne peut accorder aucune de ces réparations, lesquelles sont toutes étroitement liées à l'idée que la Commission a sans aucun doute outrepassé sa compétence dans son traitement de la norme relative à l'expression « pouvaient savoir » et que la Cour est donc appelée à intervenir. Après avoir rejeté ces arguments, il serait prématuré d'accorder les réparations susmentionnées tout comme il serait inopportun d'accorder les autres réparations demandées par les demandeurs.

b) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'énonçant pas la norme relative à l'expression « pouvaient savoir »?

[105] Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée à propos de la prématurité des demandes présentées par les demandeurs, il n'est pas nécessaire de répondre à cette deuxième question. Je me permettrai tout de même les quelques brèves remarques suivantes.

[106] L'avocat des demandeurs a soutenu que la Commission est tenue d'énoncer clairement, avant d'entendre les témoins, la norme dont elle se servira pour évaluer la preuve recueillie à propos de la conduite professionnelle des sept personnes visées par la plainte. À ce propos, il invoque l'article 250.44 de la Loi, lequel prévoit que les personnes mises en cause dans une plainte pour inconduite doivent avoir « toute la latitude de présenter des éléments de preuves à l'audience, d'y contre-interroger les témoins ».

[107] Selon les demandeurs, en décidant de ne pas complètement exposer la norme de conduite qui allait servir à évaluer leur conduite professionnelle, la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire les a essentiellement privés du droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'article 250.44 de la Loi. En ne connaissant pas les arguments qu'ils devaient réfuter, les demandeurs prétendent qu'ils n'ont pas pu exercer leur droit de contester la preuve présentée contre eux ou de produire leur propre preuve. En toute déférence, cette prémisse est infondée.

[108] Il est sans aucun doute vrai que dans le contexte de la procédure criminelle, le droit à un procès équitable

right to know precisely the case to be met and the precise standards against which one will be judged. As previously mentioned, however, a commission of inquiry is not a criminal court, and the task of the MPCC is not to determine guilt or innocence, but to make a report setting out its findings and recommendations with respect to the complaint. Moreover, it is not an adversarial process and there is no accused or prosecuting party. In such a context, the criminal law requirements must obviously be relaxed.

[109] Moreover, there is a limit how far down the road a commission should go in completely articulating the legal standards, according to which it will make its findings. In the case at bar, the commission did provide some insights as to how it purported to apply the “means of knowing” standard of conduct. How more precise should it have been? There will always be the risk that, in an attempt to fully flesh out the legal parameters of its inquiry, the Commission will open itself to the charge that it has somehow pre-determined the issue it is called upon to investigate. Besides, the more you try to articulate a concept and refine it, the more susceptible you are to generate new lines of inquiries and never-ending debates as to what precisely the new “clarifications” really mean.

[110] In the case at bar, the crux of the investigation prompted by the conduct complaint is whether the subjects’ duty to investigate alleged wrongdoing by those responsible for the transfer of Afghan detainees was triggered, and if so, whether it was reasonably discharged in the circumstances. What the subjects knew or had the means of knowing can only be a portion of the investigation, and may only be established on the basis of a full evidentiary record. At the end of the day, the real issue will boil down to whether the conduct of the applicants was reasonable in the circumstances.

[111] Finally, I am of the view that the military police officers who are the subject of this inquiry know enough about the particulars of the complaint and the substance of the allegations, as well as the applicable

comporte le droit de connaître la preuve à réfuter et les normes précises qui seront appliquées. Cependant, je le répète, une commission d’enquête ne constitue pas un tribunal de juridiction criminelle et la tâche qui incombe à la CPPM ne consiste pas à se prononcer sur la culpabilité ou l’innocence, mais à établir un rapport qui expose ses conclusions et ses recommandations en ce qui a trait à la plainte. De plus, il ne s’agit pas d’un processus contradictoire et il n’y a pas d’accusé ni de poursuivant. Dans un tel contexte, il faut de toute évidence assouplir les exigences de droit criminel.

[109] Il y a une limite à vouloir détailler les normes juridiques que la commission appliquera pour rendre sa décision. Dans la présente affaire, la commission a fourni quelques précisions quant à la façon dont elle voulait appliquer la norme de conduite relative à l’expression « pouvaient savoir ». Aurait-elle dû être plus précise? En voulant préciser les paramètres juridiques de son enquête, il y aura toujours le risque que la Commission s’expose à une accusation selon laquelle elle a préjugé la question qu’elle devait trancher. En outre, plus on essaie d’exposer une notion et de la clarifier, plus on risque de soulever de nouvelles questions et de créer des débats incessants quant à savoir exactement ce que les nouvelles « précisions » signifient réellement.

[110] En l’espèce, l’enquête faisant suite à la plainte pour inconduite porte essentiellement sur la question de savoir si l’obligation des personnes visées par la plainte d’enquêter sur les méfaits qu’auraient commis les responsables du transfèrement des détenus afghans a été déclenchée, et le cas échéant, si cette obligation a été raisonnablement satisfaite dans les circonstances. Ce que les personnes visées par la plainte savaient ou pouvaient savoir n’est qu’une partie de l’enquête et ne peut être établi qu’au vu de toute la preuve. En fin de compte, la véritable question se résumera à savoir si la conduite des demandeurs était raisonnable dans les circonstances.

[111] Somme toute, je suis d’avis que les policiers militaires faisant l’objet de l’enquête connaissent suffisamment les détails de la plainte, le fond des allégations et les principes juridiques applicables pour présenter

legal principles to be applied, to make their case and to respond fully. They have been afforded all the rights provided for by section 250.44 of the Act. If ever they are dissatisfied with the result of the inquiry and with the final report, due to their belief that either the Commission has overlooked or misinterpreted some relevant facts, or has erred in law, they will then be entitled to challenge that final report by way of judicial review.

## 5. Conclusion

[112] These applications for judicial review shall therefore be dismissed with costs for the respondents under the middle tier of Column IV of Tariff B [of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. *idem*, s. 2)]. This elevated allocation for costs is justified by the importance and the complexity of the issues, and not by the conduct of any of the parties.

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that these applications for judicial review be dismissed, with costs for the respondents under the middle tier of Column IV of Tariff B.

## APPENDIX

### PART IV

#### COMPLAINTS ABOUT OR BY MILITARY POLICE

...

#### Division 2

#### Complaints

#### *Subdivision 1*

#### *Right to Complain*

#### Conduct Complaints

leur cause et donner une réponse complète. Ils ont pu exercer tous les droits prévus à l'article 250.44 de la Loi. S'ils ne sont pas satisfaits du résultat de l'enquête et du rapport final, parce qu'ils pensent que la Commission a ignoré ou mal interprété certains faits pertinents ou qu'elle a commis une erreur de droit, ils pourront contester le rapport final par voie de contrôle judiciaire.

## 5. Conclusion

[112] Les présentes demandes de contrôle judiciaire sont donc rejetées et les dépens sont adjugés aux intimées selon la partie médiane de la colonne IV du tarif B [des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod., *idem*, art. 2)]. Le montant élevé des dépens est justifié par l'importance et la complexité des questions, et non par la conduite des parties.

## JUGEMENT

LA COUR STATUE que les présentes demandes de contrôle judiciaires sont rejetées, les dépens étant adjugés aux intimées selon la partie médiane de la colonne IV du tarif B.

## ANNEXE

### PARTIE IV

#### PLAINTES CONCERNANT LA POLICE MILITAIRE

[...]

#### SECTION 2

#### PLAINTES

#### *Sous-section 1*

#### *Droit de déposer une plainte*

#### Plainte pour inconduite

Complaints about military police	<p><b>250.18</b> (1) Any person, including any officer or non-commissioned member, may make a complaint under this Division about the conduct of a member of the military police in the performance of any of the policing duties or functions that are prescribed for the purposes of this section in regulations made by the Governor in Council.</p>	<p><b>250.18</b> (1) Quiconque — y compris un officier ou militaire du rang — peut, dans le cadre de la présente section, déposer une plainte portant sur la conduite d'un policier militaire dans l'exercice des fonctions de nature policière qui sont déterminées par règlement du gouverneur en conseil pour l'application du présent article.</p>	Plainte contre un policier militaire
Complainant need not be affected	<p>(2) A conduct complaint may be made whether or not the complainant is affected by the subject-matter of the complaint.</p>	<p>(2) Elle peut déposer une plainte qu'elle en ait ou non subi un préjudice.</p>	Absence de préjudice
	...	[...]	
	Time Limit	Prescription	
Time limit	<p><b>250.2</b> No complaint may be made more than one year after the event giving rise to the complaint unless the Chairperson, at the request of the complainant, decides that it is reasonable in the circumstances to extend the time.</p>	<p><b>250.2</b> Les plaintes se prescrivent, sauf dispense accordée par le président à la requête du plaignant, par un an à compter de la survenance du fait qui en est à l'origine.</p>	Prescription
	To Whom Complaint May be Made	Réception des plaintes	
To whom complaint may be made	<p><b>250.21</b> (1) A conduct complaint or an interference complaint may be made, either orally or in writing, to the Chairperson, the Judge Advocate General or the Provost Marshal. A conduct complaint may also be made to any member of the military police.</p>	<p><b>250.21</b> (1) Les plaintes sont adressées, par écrit ou oralement, au président, au juge-avocat général ou au prévôt. Elles peuvent aussi, quand elles visent une inconduite, être adressées à un policier militaire.</p>	Destinataires possibles
Acknowledgement and notice of complaint	<p>(2) The person who receives a complaint shall</p> <p>(a) if the complaint is not in writing, put it in writing;</p> <p>(b) ensure that an acknowledgement of its receipt is sent as soon as practicable to the complainant; and</p> <p>(c) ensure that notice of the complaint is sent as soon as practicable</p> <p>(i) in the case of a conduct complaint, to the Chairperson and the Provost Marshal,</p> <p>(ii) in the case of an interference complaint concerning an officer or a non-commissioned member, to the Chairperson, the Chief of the Defence Staff, the Judge Advocate General and the Provost Marshal, and</p>	<p>(2) Sur réception de la plainte, le destinataire :</p> <p>a) la consigne par écrit, si elle lui est faite oralement;</p> <p>b) veille à ce qu'il en soit accusé réception par écrit dans les meilleurs délais;</p> <p>c) veille à ce qu'en soient avisés, dans les meilleurs délais :</p> <p>(i) le président et le prévôt dans le cas d'une plainte pour inconduite,</p> <p>(ii) le président, le chef d'état-major de la défense, le juge-avocat général et le prévôt dans le cas d'une plainte pour ingérence mettant en cause un officier ou un militaire du rang,</p>	Accusé de réception et avis



(iii) in the case of an interference complaint concerning a senior official of the Department, to the Chairperson, the Deputy Minister, the Judge Advocate General and the Provost Marshal.

(iii) le président, le sous-ministre, le juge-avocat général et le prévôt dans le cas d'une plainte pour ingérence mettant en cause un cadre supérieur du ministère.

Notice to subject of conduct complaint

**250.22** As soon as practicable after receiving or being notified of a conduct complaint, the Provost Marshal shall send a written notice of the substance of the complaint to the person whose conduct is the subject of the complaint unless, in the Provost Marshal's opinion, to do so might adversely affect or hinder any investigation under this Act.

**250.22** Dans les meilleurs délais suivant la réception ou la notification d'une plainte pour inconduite, le prévôt avise par écrit la personne mise en cause de la teneur de celle-ci, pour autant que cela, à son avis, ne risque pas de nuire à la tenue d'une enquête sous le régime de la présente loi.

Avis — plainte pour inconduite

...

[...]

*Subdivision 2*

*Sous-section 2*

Disposal of Conduct Complaints

Plaintes pour inconduite

Provost Marshal responsible

**250.26** (1) The Provost Marshal is responsible for dealing with conduct complaints.

**250.26** (1) Le prévôt est responsable du traitement des plaintes pour inconduite.

Responsabilité du prévôt

Complaint about Provost Marshal

(2) If a conduct complaint is about the conduct of the Provost Marshal, the Chief of the Defence Staff is responsible for dealing with the complaint and has all the powers and duties of the Provost Marshal under this Division.

(2) Dans le cas où la plainte met en cause le prévôt, son traitement incombe au chef d'état-major de la défense, qui, à cet effet, exerce les pouvoirs et fonctions qu'attribue la présente section à celui-ci.

Plainte visant le prévôt

Informal resolution

**250.27** (1) On receiving or being notified of a conduct complaint, the Provost Marshal shall consider whether it can be disposed of informally and, with the consent of the complainant and the person who is the subject of the complaint, the Provost Marshal may attempt to resolve it informally.

**250.27** (1) Dès réception ou notification d'une plainte pour inconduite, le prévôt détermine si elle peut être réglée à l'amiable; avec le consentement du plaignant et de la personne mise en cause, il peut alors tenter de la régler.

Règlement amiable

Restriction

(2) Subsection (1) does not apply if the complaint is of a type prescribed in regulations made by the Governor in Council.

(2) Ne peuvent toutefois être réglées à l'amiable les plaintes relevant des catégories précisées par règlement du gouverneur en conseil.

Exceptions

Statements not admissible

(3) No answer given or statement made by the complainant or the person who is the subject of the complaint in the course of attempting to resolve a complaint informally may be used in any disciplinary, criminal, civil or administrative proceedings, other than a hearing or proceeding in respect of an allegation that, with intent to mislead, the complainant or the person who is the subject of the complaint gave an answer or made a statement knowing it to be false.

(3) Les réponses ou déclarations faites, dans le cadre d'une tentative de règlement à l'amiable, par le plaignant ou par la personne mise en cause ne peuvent être utilisées dans une juridiction disciplinaire, criminelle, administrative ou civile, sauf si leur auteur les a faites, tout en les sachant fausses, dans l'intention de tromper.

Déclarations inadmissibles

Right to refuse or end informal resolution	<p>(4) The Provost Marshal may direct that no attempt at informal resolution be started or that an attempt be ended if, in the opinion of the Provost Marshal,</p> <p>(a) the complaint is frivolous, vexatious or made in bad faith; or</p> <p>(b) the complaint is one that could more appropriately be dealt with according to a procedure provided under another Part of this Act or under any other Act of Parliament.</p>	<p>(4) Le prévôt peut refuser de tenter de résoudre à l'amiable une plainte ou mettre fin à toute tentative en ce sens si, à son avis :</p> <p>a) soit la plainte est futile ou vexatoire ou a été portée de mauvaise foi;</p> <p>b) soit il est préférable de recourir à une procédure prévue par une autre loi fédérale ou une autre partie de la présente loi.</p>	Refus de résoudre à l'amiable
Notice	<p>(5) If a direction is made under subsection (4), the Provost Marshal shall send to the complainant and the person who is the subject of the complaint a notice in writing setting out</p> <p>(a) the direction and the reasons why it was made; and</p> <p>(b) the right of the complainant to refer the complaint to the Complaints Commission for review if the complainant is not satisfied with the direction.</p>	<p>(5) Le cas échéant, il avise par écrit le plaignant et la personne mise en cause de sa décision en faisant état des motifs de celle-ci ainsi que du droit du plaignant de renvoyer sa plainte devant la Commission pour examen, en cas de désaccord.</p>	Avis
Record of informal resolution	<p>(6) If a conduct complaint is resolved informally,</p> <p>(a) the details of its resolution must be set out in writing;</p> <p>(b) the complainant and the person who is the subject of the complaint must give their written agreement to the resolution of the complaint; and</p> <p>(c) the Provost Marshal must notify the Chairperson of the resolution of the complaint.</p>	<p>(6) Tout règlement amiable doit être consigné en détail, approuvé par écrit par le plaignant et la personne mise en cause et notifié par le prévôt au président.</p>	Consignation du règlement amiable
Duty to investigate	<p><b>250.28</b> (1) Subject to any attempts at informal resolution, the Provost Marshal shall investigate a conduct complaint as soon as practicable.</p>	<p><b>250.28</b> (1) Sauf tentative de règlement amiable, le prévôt fait enquête dans les meilleurs délais sur la plainte pour inconduite dont il est saisi.</p>	Enquête
Right to refuse or end investigation	<p>(2) The Provost Marshal may direct that no investigation of a conduct complaint be started or that an investigation be ended if, in the opinion of the Provost Marshal,</p> <p>(a) the complaint is frivolous, vexatious or made in bad faith;</p>	<p>(2) Il peut toutefois à tout moment refuser d'ouvrir l'enquête ou ordonner d'y mettre fin si, à son avis :</p> <p>a) la plainte est futile ou vexatoire ou a été portée de mauvaise foi;</p>	Droit de refuser une enquête

	<p>(b) the complaint is one that could more appropriately be dealt with according to a procedure provided under another Part of this Act or under any other Act of Parliament; or</p> <p>(c) having regard to all the circumstances, investigation or further investigation is not necessary or reasonably practicable.</p>	<p>b) il est préférable de recourir à une procédure prévue par une autre loi fédérale ou une autre partie de la présente loi;</p> <p>c) compte tenu des circonstances, il est inutile ou exagérément difficile de procéder à l'enquête ou de la poursuivre.</p>	
Notice	<p>(3) If a direction is made under subsection (2), the Provost Marshal shall send to the complainant and, if the person who is the subject of the complaint was notified of the complaint under section 250.22, to that person, a notice in writing setting out</p> <p>(a) the direction and the reasons why it was made; and</p> <p>(b) the right of the complainant to refer the complaint to the Complaints Commission for review if the complainant is not satisfied with the direction.</p>	<p>(3) Le cas échéant, il avise par écrit de sa décision le plaignant, ainsi que, si elle a déjà reçu notification de la plainte en application de l'article 250.22, la personne mise en cause, en faisant état des motifs de sa décision et du droit du plaignant de renvoyer sa plainte devant la Commission pour examen, en cas de désaccord.</p>	Avis
Report on investigation	<p><b>250.29</b> On the completion of an investigation into a conduct complaint, the Provost Marshal shall send to the complainant, the person who is the subject of the complaint and the Chairperson a report setting out</p> <p>(a) a summary of the complaint;</p> <p>(b) the findings of the investigation;</p> <p>(c) a summary of any action that has been or will be taken with respect to disposition of the complaint; and</p> <p>(d) the right of the complainant to refer the complaint to the Complaints Commission for review if the complainant is not satisfied with the disposition of the complaint.</p>	<p><b>250.29</b> Au terme de l'enquête, le prévôt transmet au plaignant, à la personne mise en cause et au président un rapport comportant les éléments suivants :</p> <p>a) un résumé de la plainte;</p> <p>b) les conclusions de l'enquête;</p> <p>c) un résumé des mesures prises ou projetées pour régler la plainte;</p> <p>d) la mention du droit du plaignant de renvoyer sa plainte devant la Commission pour examen, en cas de désaccord.</p>	Rapport d'enquête
Status reports	<p><b>250.3</b> (1) Within sixty days after receiving or being notified of a conduct complaint, the Provost Marshal shall, if the complaint has not been resolved or disposed of before that time, and then each thirty days afterwards until the complaint is dealt with, send to the following persons a report on the status of the complaint:</p> <p>(a) the complainant;</p>	<p><b>250.3</b> (1) Au plus tard soixante jours après la réception ou la notification de la plainte et, par la suite, tous les trente jours, le prévôt transmet au plaignant, à la personne mise en cause et au président un rapport écrit sur l'état d'avancement de l'affaire.</p>	Rapports provisoires

	(b) the person who is the subject of the complaint; and		
	(c) the Chairperson.		
Six-month report	(2) If a conduct complaint has not been resolved or disposed of within six months, the Provost Marshal shall in each report sent after that period explain why not.	(2) Au bout de six mois, il doit justifier toute prolongation de l'affaire dans tout rapport qu'il transmet après cette période.	Respect des délais
Exception	(3) No report shall be sent to the person who is the subject of a conduct complaint if, in the opinion of the Provost Marshal, sending the report might adversely affect or hinder any investigation under this Act.	(3) Il est relevé de l'obligation de faire rapport à la personne mise en cause lorsqu'il est d'avis qu'une telle mesure risque de nuire à la conduite d'une enquête dans le cadre de la présente loi.	Exception
	Review by Complaints Commission	Renvoi devant la Commission	
Reference to Complaints Commission	<b>250.31</b> (1) A complainant who is dissatisfied with a direction under subsection 250.27(4) or 250.28(2) in respect of a conduct complaint or the disposition of a conduct complaint as set out in a report under section 250.29 may refer the complaint in writing to the Complaints Commission for review.	<b>250.31</b> (1) Le plaignant insatisfait de la décision prise aux termes des paragraphes 250.27(4) ou 250.28(2) ou des conclusions du rapport visé à l'article 250.29 peut, par écrit, renvoyer la plainte devant la Commission pour examen.	Renvoi devant la Commission
Information to be provided	(2) If a complainant refers a complaint to the Complaints Commission under subsection (1),  (a) the Chairperson shall send to the Provost Marshal a copy of the complaint; and  (b) the Provost Marshal shall provide the Chairperson with a copy of the notice sent under subsection 250.27(5) or 250.28(3), or of the report sent under section 250.29, in respect of the complaint and all information and materials relevant to the complaint.	(2) Le cas échéant, le président transmet une copie de la plainte au prévôt, lequel, en retour, lui communique une copie de l'avis donné au titre des paragraphes 250.27(5) ou 250.28(3) ou du rapport transmis au titre du paragraphe 250.29 ainsi que tout renseignement ou document pertinent.	Documents à transmettre
Review by Chairperson	<b>250.32</b> (1) The Chairperson shall review the complaint to which a request for review relates as soon as practicable after receiving the request.	<b>250.32</b> (1) Dans les meilleurs délais suivant sa réception, le président examine la plainte renvoyée devant la Commission.	Examen par le président
Chairperson may investigate	(2) In conducting a review of a complaint, the Chairperson may investigate any matter relating to the complaint.	(2) Il peut, en cours d'examen, enquêter sur toute question concernant la plainte.	Enquête du président
Report	(3) At the completion of the review, the Chairperson shall send a report to the Minister, the Chief of the Defence Staff and the Provost Marshal setting out the Chairperson's findings and recommendations with respect to the complaint.	(3) Au terme de son examen, il établit et transmet au ministre, au chef d'état-major de la défense et au prévôt un rapport écrit énonçant ses conclusions et recommandations.	Rapport

Status reports	<b>250.33</b> (1) Within sixty days after a complaint is referred to the Commission for a review, the Chairperson shall, if the review has not been completed, and then each thirty days afterwards until it is completed, send a report on the status of the complaint to the complainant and the person who is the subject of the complaint.	<b>250.33</b> (1) Tant qu'il n'a pas terminé son examen, le président transmet, au plus tard soixante jours après le renvoi de la plainte devant la Commission et, par la suite, tous les trente jours, un rapport écrit au plaignant et à la personne mise en cause sur l'état d'avancement de l'affaire.	Rapports provisoires
Six-month report	(2) If the review has not been completed within six months, the Chairperson shall in each report sent after that period explain why not.	(2) Au bout de six mois, il doit justifier toute prolongation de l'examen dans tout rapport qu'il transmet après cette période.	Respect des délais
Exception	(3) No report shall be sent to the person who is the subject of a conduct complaint if, in the Chairperson's opinion, sending the report might adversely affect or hinder any investigation under this Act.	(3) Il est relevé de l'obligation de faire rapport à la personne mise en cause par la plainte lorsqu'il est d'avis qu'une telle mesure risque de nuire à la conduite d'une enquête dans le cadre de la présente loi.	Exception
	...	[...]	
	Division 3	SECTION 3	
	Investigations and Hearings by Complaints Commission	Enquête et audience publique de la Commission	
Public interest	<b>250.38</b> (1) If at any time the Chairperson considers it advisable in the public interest, the Chairperson may cause the Complaints Commission to conduct an investigation and, if warranted, to hold a hearing into a conduct complaint or an interference complaint.	<b>250.38</b> (1) S'il l'estime préférable dans l'intérêt public, le président peut, à tout moment en cours d'examen d'une plainte pour inconduite ou d'une plainte pour ingérence, faire tenir une enquête par la Commission et, si les circonstances le justifient, convoquer une audience pour enquêter sur cette plainte.	Intérêt public
Withdrawn complaint	(2) The Chairperson may cause an investigation to be held in respect of a complaint even if it has been withdrawn.	(2) Il peut faire tenir une enquête malgré le retrait de la plainte.	Retrait de la plainte
Notice	(3) If the Chairperson decides to cause an investigation to be held, the Chairperson shall send a notice in writing of the decision and the reasons for the decision to the complainant, the person who is the subject of the complaint, the Minister, the Chief of the Defence Staff or the Deputy Minister, as the case may be, the Judge Advocate General and the Provost Marshal.	(3) S'il décide de faire tenir un enquête, il transmet un avis écrit motivé de sa décision au plaignant, à la personne mise en cause, au ministre, au chef d'état-major de la défense ou au sous-ministre, selon le cas, au juge-avocat général et au prévôt.	Avis
Exception	(4) No notice shall be sent to the person who is the subject of the complaint if, in the Chairperson's opinion, sending the notice might adversely affect or hinder any investigation under this Act.	(4) Il est relevé de l'obligation de faire rapport à la personne mise en cause lorsqu'il est d'avis qu'une telle mesure risque de nuire à la conduite d'une enquête dans le cadre de la présente loi.	Exception

Duties suspended	<p>(5) If the Chairperson acts in respect of a conduct complaint under subsection (1), the Provost Marshal is not required to investigate, report on or otherwise deal with the complaint until the Provost Marshal receives a report under section 250.53 with respect to the complaint.</p>	<p>(5) La décision du président de faire tenir une enquête ou de convoquer une audience sur une plainte pour inconduite libère le prévôt de toute obligation d'enquêter ou de produire un rapport sur la même plainte, ou de prendre quelque autre mesure à cet égard, et ce tant qu'il n'a pas reçu le rapport visé à l'article 250.53.</p>	Suspension des obligations
Report on investigation	<p><b>250.39</b> On completion of an investigation under subsection 250.38(1), the Chairperson shall prepare and send to the Minister, the Chief of the Defence Staff or the Deputy Minister, as the case may be, the Judge Advocate General and the Provost Marshal a report in writing setting out the Chairperson's findings and recommendations with respect to the complaint, unless the Chairperson has caused, or intends to cause, a hearing to be held to inquire into the complaint.</p>	<p><b>250.39</b> Au terme de l'enquête prévue au paragraphe 250.38(1), le président établit et transmet au ministre, au chef d'état-major de la défense ou au sous-ministre, selon le cas, au juge-avocat général et au prévôt un rapport écrit énonçant ses conclusions et recommandations, à moins qu'il n'ait déjà convoqué une audience ou se propose de le faire.</p>	Rapport
Assignment of members to conduct hearing	<p><b>250.4</b> (1) If the Chairperson decides to cause a hearing to be held, the Chairperson shall</p> <p>(a) assign one or more members of the Complaints Commission to conduct the hearing; and</p> <p>(b) send a notice in writing of the decision and the reasons for the decision to the complainant, the person who is the subject of the complaint, the Minister, the Chief of the Defence Staff or the Deputy Minister, as the case may be, the Judge Advocate General and the Provost Marshal.</p>	<p><b>250.4</b> (1) Le président, s'il décide de convoquer une audience, désigne le ou les membres de la Commission qui la tiendront et transmet un avis écrit motivé de sa décision au plaignant, à la personne mise en cause, au ministre, au chef d'état-major de la défense ou au sous-ministre, selon le cas, au juge-avocat général et au prévôt.</p>	Audience
Deeming	<p>(2) For the purposes of this Part, the member or members of the Complaints Commission who conduct a hearing are deemed to be the Complaints Commission.</p>	<p>(2) Pour l'application de la présente partie, le ou les membres qui tiennent l'audience sont réputés être la Commission.</p>	Assimilation à la Commission
Powers	<p><b>250.41</b> (1) When conducting a hearing, the Complaints Commission has, in relation to the complaint before it, power</p> <p>(a) to summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce any documents and things under their control that it considers necessary to the full investigation and consideration of matters before it;</p> <p>(b) to administer oaths; and</p>	<p><b>250.41</b> (1) La Commission dispose, relativement à la plainte dont elle est saisie, des pouvoirs suivants :</p> <p>a) assigner des témoins, les contraindre à témoigner sous serment, oralement ou par écrit, et à produire les documents et pièces sous leur responsabilité et qu'elle estime nécessaires à une enquête et étude complètes;</p> <p>b) faire prêter serment;</p>	Pouvoirs de la Commission

	(c) to receive and accept any evidence and information that it sees fit, whether admissible in a court of law or not.	(c) recevoir et accepter les éléments de preuve et renseignements qu'elle estime indiqués, qu'ils soient ou non recevables devant un tribunal.	
Restriction	(2) Notwithstanding subsection (1), the Complaints Commission may not receive or accept	(2) Par dérogation au paragraphe (1), la Commission ne peut recevoir ou accepter :	Restriction
	(a) any evidence or other information that would be inadmissible in a court of law by reason of any privilege under the law of evidence;	a) des éléments de preuve ou autres renseignements non recevables devant un tribunal du fait qu'ils sont protégés par le droit de la preuve;	
	(b) any answer given or statement made before a board of inquiry or summary investigation;	b) les réponses ou déclarations faites devant une commission d'enquête ou dans le cadre d'une enquête sommaire;	
	(c) any answer or statement that tends to criminate the witness or subject the witness to any proceeding or penalty and that was in response to a question at a hearing under this Division into another complaint;	c) les réponses ou déclarations d'un témoin faites au cours de toute audience tenue en vertu de la présente section pour enquêter sur une autre plainte qui peuvent l'incriminer ou l'exposer à des poursuites ou à une peine;	
	(d) any answer given or statement made before a court of law or tribunal; or	d) les réponses ou déclarations faites devant un tribunal;	
	(e) any answer given or statement made while attempting to resolve a conduct complaint informally under subsection 250.27(1).	e) les réponses ou déclarations faites dans le cadre d'une tentative de règlement amiable en vertu du paragraphe 250.27(1).	
Hearing in public	<b>250.42</b> A hearing is to be held in public, except that the Complaints Commission may order the hearing or any part of the hearing to be held in private if it is of the opinion that during the course of the hearing any of the following information will likely be disclosed:	<b>250.42</b> Les audiences sont publiques; toutefois, la Commission peut ordonner le huis clos pendant tout ou partie d'une audience si elle estime qu'au cours de celle-ci seront probablement révélés des renseignements :	Caractère public des audiences
	(a) information that, if disclosed, could reasonably be expected to be injurious to the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;	a) dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives;	
	(b) information that, if disclosed, could reasonably be expected to be injurious to the administration of justice, including law enforcement; and	b) qui risquent d'entraver la bonne administration de la justice, notamment l'application des lois;	
	(c) information affecting a person's privacy or security interest, if that interest outweighs the public's interest in the information.	c) qui concernent les ressources pécuniaires ou la vie privée d'une personne dans le cas où l'intérêt ou la sécurité de cette personne l'emporte sur l'intérêt du public à les connaître.	

Notice of hearing	<b>250.43</b> (1) As soon as practicable before the commencement of a hearing, the Complaints Commission shall serve a notice in writing of the time and place appointed for the hearing on the complainant and the person who is the subject of the complaint.	<b>250.43</b> (1) Le plus tôt possible avant le début de l'audience, la Commission signifie au plaignant et à la personne mise en cause un avis écrit en précisant la date, l'heure et le lieu.	Avis de l'audience
Convenience to be considered	(2) If a person on whom a notice is served wishes to appear before the Complaints Commission, the Complaints Commission must consider the convenience of that person in fixing the time and the place for the hearing.	(2) Lorsque le destinataire de l'avis souhaite comparaître devant elle, la Commission fixe la date, l'heure et le lieu de l'audience en tenant compte de la situation de l'intéressé.	Situation de l'intéressé
Delay of hearing	(3) If the complaint relates to conduct that is also the subject of disciplinary or criminal proceedings before a court or tribunal of first instance, the hearing may not take place until the disciplinary or criminal proceedings are completed.	(3) Toute procédure disciplinaire ou procédure criminelle devant un tribunal de première instance pour l'objet de la plainte tient, jusqu'à sa conclusion, toute audience publique de la Commission en état.	Sursis des procédures
Rights of persons interested	<b>250.44</b> The Complaints Commission shall afford a full and ample opportunity, in person or by counsel, to present evidence, to cross-examine witnesses and to make representations at the hearing to  (a) the complainant and the person who is the subject of the complaint, if they wish to appear; and  (b) any other person who satisfies the Complaints Commission that the person has a substantial and direct interest in the hearing.	<b>250.44</b> Le plaignant et la personne mise en cause ainsi que toute autre personne qui convainc la Commission qu'elle a un intérêt direct et réel dans la plainte dont celle-ci est saisie doivent avoir toute latitude de présenter des éléments de preuve à l'audience, d'y contre-interroger les témoins et d'y faire des observations, en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat.	Droits des intéressés
Witness not excused from testifying	<b>250.45</b> (1) In a hearing, no witness shall be excused from answering any question relating to the complaint before the Complaints Commission when required to do so by the Complaints Commission on the ground that the answer to the question may tend to criminate the witness or subject the witness to any proceeding or penalty.	<b>250.45</b> (1) Au cours de l'audience, tout témoin est tenu de répondre aux questions sur la plainte lorsque la Commission l'exige, et ne peut se soustraire à cette obligation au motif que sa réponse peut l'incriminer ou l'exposer à des poursuites ou à une peine.	Obligation des témoins de déposer
Answer not receivable	(2) No answer given or statement made by a witness in response to a question described in subsection (1) may be used or receivable against the witness in any disciplinary, criminal, administrative or civil proceeding, other than a hearing or proceeding in respect of an allegation that the witness gave the answer or made the statement knowing it to be false.	(2) Les déclarations faites en réponse aux questions ne peuvent être utilisées ni ne sont recevables contre le témoin devant une juridiction administrative, civile, criminelle ou disciplinaire, sauf si la poursuite ou la procédure porte sur le fait qu'il les savait fausses.	Non-recevabilité des réponses

...

[...]



Report	<p><b>250.48</b> On completion of a hearing, the Complaints Commission shall prepare and send to the Minister, the Chief of the Defence Staff or the Deputy Minister, as the case may be, the Judge Advocate General and the Provost Marshal a report in writing setting out its findings and recommendations with respect to the complaint.</p>	<p><b>250.48</b> Au terme de l'audience, la Commission établit et transmet au ministre, au chef d'état-major de la défense ou au sous-ministre, selon le cas, au juge-avocat général et au prévôt un rapport écrit énonçant ses conclusions et recommandations.</p>	Rapport
DIVISION 4		SECTION 4	
REVIEW AND FINAL REPORT		RÉVISION ET RAPPORT FINAL	
Review — conduct complaint	<p><b>250.49</b> (1) On receipt of a report under subsection 250.32(3) or section 250.39 or 250.48 in respect of a conduct complaint, the Provost Marshal shall review the complaint in light of the findings and recommendations set out in the report.</p>	<p><b>250.49</b> (1) Sur réception du rapport établi sur une plainte pour inconduite aux termes du paragraphe 250.32(3) ou des articles 250.39 ou 250.48, le prévôt révisé la plainte à la lumière des conclusions et recommandations qu'il contient.</p>	Révision — plainte pour inconduite
Exception	<p>(2) If the Provost Marshal is the subject of the complaint, the review shall be conducted by the Chief of the Defence Staff.</p>	<p>(2) Dans le cas où le prévôt est mis en cause par la plainte, c'est le chef d'état-major de la défense qui est chargé de la révision.</p>	Exception
...		[...]	
Notice of action	<p><b>250.51</b> (1) The person who reviews a report under section 250.49 or 250.5 shall notify in writing the Minister and the Chairperson of any action that has been or will be taken with respect to the complaint.</p>	<p><b>250.51</b> (1) La personne qui procède à la révision du rapport prévue aux articles 250.49 ou 250.5 notifie au ministre et au président toute mesure prise ou projetée concernant la plainte.</p>	Notification
Reasons	<p>(2) If the person decides not to act on any findings or recommendations set out in the report, the reasons for not so acting must be included in the notice.</p>	<p>(2) Si elle choisit de s'écarter des conclusions ou recommandations énoncées au rapport, elle motive son choix dans la notification.</p>	Motifs
Notice of action	<p><b>250.52</b> (1) If the Minister reviews a report by reason of subsection 250.5(2), the Minister shall notify the Chairperson in writing of any action that has been or will be taken with respect to the complaint.</p>	<p><b>250.52</b> (1) S'il a révisé le rapport aux termes du paragraphe 250.5(2), le ministre notifie au président toute mesure prise ou projetée concernant la plainte.</p>	Notification
Reasons	<p>(2) If the Minister decides not to act on any findings or recommendations set out in the report, the reasons for not so acting must be included in the notice.</p>	<p>(2) S'il choisit de s'écarter des conclusions ou recommandations énoncées au rapport, il motive son choix dans la notification.</p>	Motifs
Final report by Chairperson	<p><b>250.53</b> (1) After receiving and considering a notice sent under section 250.51 or 250.52, the Chairperson shall prepare a final report in writing setting out the Chairperson's findings and recommendations with respect to the complaint.</p>	<p><b>250.53</b> (1) Après étude de la notification reçue en application des articles 250.51 et 250.52, le président établit un rapport final énonçant ses conclusions et recommandations.</p>	Rapport final du président

Recipients  
of report

(2) A copy of the final report shall be sent to the Minister, the Deputy Minister, the Chief of the Defence Staff, the Judge Advocate General, the Provost Marshal, the complainant, the person who is the subject of the complaint and all persons who have satisfied the Complaints Commission that they have a substantial and direct interest in the complaint.

(2) Il en transmet copie au ministre, au sous-ministre, au chef d'état-major de la défense, au juge-avocat général, au prévôt, au plaignant, à la personne mise en cause ainsi qu'à toute personne qui a convaincu la Commission qu'elle a un intérêt direct et réel dans la plainte.

Destinataires

# 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. A copy of 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, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* 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.*

---

## ABORIGINAL PEOPLES

Judicial review of decision by Aboriginal Affairs and Northern Development Canada (AANDC) not to reimburse applicant Pictou Landing Band Council (PLBC) for in-home health care to PLBC member—PLBC member teenager with multiple disabilities, high care needs, living on-reserve—PLBC receiving health care funding from AANDC, Health Canada—PLBC, Health Canada, AANDC participating in case conferences regarding member's needs—PLBC believing member's case falling under Jordan's Principle, wherein government department first contacted for service readily available off-reserve having to pay while pursuing repayment of expenses—AANDC refusing PLBC request for additional funding, stating that 24-hour home care exceeding normative standard of care, case not meeting federal definition of Jordan's Principle—Whether Jordan's Principle engaged herein; whether AANDC properly assessing request for funding—Unreasonable for AANDC to find that Jordan's Principle not engaged—Jordan's Principle not to be read narrowly—Normative standard of care herein encompassing provincial rules for range of services available to persons in Nova Scotia residing off-reserve—Jordan's Principle including services for exceptional cases where allowed for in province where child geographically located—*Nova Scotia (Department of Community Services) v. Boudreau*, 2011 NSSC 126, [2011] 302 N.S.R. (2d) 50 holding that adult living off-reserve with multiple handicaps entitled to increased home care services under exceptional circumstances provision of Nova Scotia's Direct Family Services Policy, *Social Assistance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 432, s. 9—AANDC clearly informed by provincial officials of the legislatively mandated policy—Jordan's Principle existing to address PLBC member's situation—AANDC erring in determining that PLBC requesting 24 hour in-home care—AANDC, Health Canada having to reimburse PLBC—Application allowed.

PICTOU LANDING FIRST NATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1045-11, 2013 FC 342, Mandamin J., judgment dated April 4, 2013, 39 pp.)

## ACCESS TO INFORMATION

Appeal from Federal Court decision (2012 FC 877) ordering disclosure pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 of protocol setting out Department of Justice (DOJ), Royal Canadian Mounted Police (RCMP) procedures when RCMP documents sought in civil litigation against federal Crown—RCMP, DOJ excising content of protocol following access to information request, invoking exceptions under Act, ss. 21(1)(a), 23—Respondent Information Commissioner concluding protocol not falling within exemptions—Federal Court finding protocol not advice but agreement setting out respective roles, responsibilities of RCMP, DOJ—Impossible to say whether matters set out in protocol consistent with or conflicting with any earlier legal advice—Disclosure of protocol not undercutting purposes served by solicitor-client privilege—Case herein differing from *Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. Cropley*, 2004 CanLII 11694 (Ont. Div. Ct.)—Federal Court alive to fact that protocol part of protected continuum of communication associated with giving, receiving of legal advice—Extending scope of protected continuum of communication resulting in public operational policies, memoranda of agreement between departments becoming confidential, going beyond purposes served by solicitor-client privilege—However, first paragraphs memorializing content of certain legal obligations of federal Crown for benefit of RCMP, DOJ—Accordingly, those paragraphs privileged, confidential—Appeal allowed in part.

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. CANADA (JUSTICE) (A-375-12, 2013 FCA 104, Stratas J.A., judgment dated April 17, 2013, 14 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

## EXCLUSION AND REMOVAL

Judicial review of decision of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (Board), to release respondent on certain conditions—Refugee protection claim, pre-removal risk assessment application of respondent, citizen of Guatemala, rejected—Respondent failing to report for pre-removal interview or, in meantime, for interviews to extend work permit—Arrested by Canada Border Services Agency (CBSA) because of arrest warrant there against—Before Board, CBSA arguing respondent's failure to comply with previous notices to appear, reasons given for failing to do so justifying detention of respondent until removal—In making release order, Board considering, *inter alia*, that respondent living at same address during period in question, respondent's attitude not indicating intention to flee, sufficient alternative existing in circumstances, onus on applicant to take necessary steps to enforce removal, on respondent to report for removal—After Board's decision, respondent fleeing, arrested in United States—Test in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 applied in present case—Parties still locked in adversarial context, not impossible respondent may one day return to Canada—Resolution of case having tangible future effects on rights of parties, case of a recurring nature arising from increasingly frequent practice of Board, public interest requiring Federal Court to rule on merits of case—Board basing decision solely on less relevant factors favouring respondent's immediate release, ignoring respondent's flight risk, repeated failures to appear for interviews, true ground for detention—Unreasonable for Board not to impose conditions on respondent other than ones respondent had already failed to comply with, unlikely to be able to comply with—Finally, reasons for decision at issue insufficient, inadequate because reasons not allowing parties or Court to understand Board's reasoning, precautions taken to reduce respondent's flight risk—Application allowed.

CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) V. RAMIREZ (IMM-9448-12, 2013 FC 387, Shore J., judgment dated April 17, 2013, 20 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Citizens*

Appeal from decision of Citizenship Judge denying application for citizenship on grounds residency requirement of *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c) not satisfied—Applicant, Israeli citizen, receiving assessment from Citizenship Judge on basis of period of residency, referral letter—Letter noting that applicant's passport allegedly stolen—As a result, residency period not reviewable—Citizenship Judge adopting physical presence test—Concluding that applicant absent from Canada 171 days—Applicant submitting Citizenship Judge erring in determining residency start date, inadequately stating reasons—Whether Citizenship Judge's decision reasonable—Citizenship Judge not failing to assess applicant's presence in Canada before applicant becoming permanent resident—Misstated residency starting date not constituting error of law requiring Court intervention—However, Citizenship Judge not explaining decision—Decision not justified, transparent, intelligible—Respondent herein asking Court to undertake its own assessment of record—Such “reverse-engineering” of Citizenship Judge's decision crossing line between supplementing, substituting reasons—*De novo* examination of record only way to understand Citizenship Judge's reasons—Appeal allowed.

KOROLOVE V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-1157-12, 2013 FC 370, Strickland J., judgment dated April 12, 2013, 19 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW**

## CHARTER OF RIGHTS

*Mobility Rights*

Appeal from Federal Court decision (2011 FC 1061) dismissing application for judicial review against decision of Minister of Foreign Affairs denying appellant regular passport on national security grounds under *Canadian Passport Order*, TR/81-86 (Order), s. 10.1—Appellant, Canadian citizen, submitting that decision violating rights protected by *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], ss. 6, 7, 8—Appellant convicted in France for participation in preparation of act of terrorism, complicity in passport forgery—Passport Canada making negative recommendation to Minister based on conviction, Canada's obligations to counter terrorism, integrity, reputation of Canadian passport—Federal Court holding rights claimed by appellant under s. 7 not among “basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence”, appellant presenting no

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

evidence that Passport Canada's investigation procedure infringing appellant's s. 8 rights, violation of s. 6 rights justified within meaning of Charter, s. 1—Whether Minister's decision reasonable, consistent with necessity test—Minister having to balance applicable Charter values, objectives of Order—Refusal to deliver passport to appellant not additional punishment for acts leading to conviction—Minister having discretion in balancing—Minister's refusal to deliver passport limited in time—Minister therefore respecting proportionality test of Charter, s. 1 analysis—Causal link existing between national security, Minister's refusal to deliver passport—Appeal dismissed.

KAMEL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-377-11, 2013 FCA 103, Trudel J.A., judgment dated April 16, 2013, 22 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE**

Appeal from Federal Court decision (2012 FC 723) rejecting judicial review on basis not having jurisdiction to review determination that *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, s. 12 breached since appellant not proceeding by way of action as required by s. 30—When boarding international flight, appellant asked by Canada Border Services Agency (CBSA) whether carrying \$10 000 or more in cash—Appellant declaring that while carrying cash, having less than \$10 000—In fact, appellant carrying US\$9 800, C\$335, i.e. more than \$10 000 after exchange rate applied—Funds seized by CBSA, becoming forfeit to Crown as provided by Act, s. 23—Under Act, s. 25, decision that person breaching s. 12 by failing to declare possession of \$10 000 or more in cash may be contested by seeking determination by respondent, which in turn may be challenged by commencement of action—In response to appellant's request for ministerial determination, respondent determining that s. 12 in fact breached (section 27 decision), confirming forfeiture of funds to Crown (section 29 decision)—Appellant challenging both determinations by way of judicial review, not action—Federal Court finding evidence appellant providing to respondent's delegate insufficient to establish that funds coming from legitimate source—Appellant contesting, in particular, exchange rate used by CBSA—Federal Court correctly determining that legality of section 27 decision not properly before it in application for judicial review—Parliament specifically providing that attacks on correctness of decision as to whether s. 12 breached must be commenced by way of action—While Federal Court having discretion to ensure that no proceeding rejected because commenced by wrong originating document (*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 57), that discretion subject to opening words of Rules, r. 63 directing Court to respect Parliament's choice as to form of originating document in particular case—Therefore, respondent's delegate's decision declining to grant appellant relief from forfeiture under Act, s. 29 constituting only decision properly before Federal Court—Based on evidence before respondent's delegate, decision thereof that not satisfied funds coming from legitimate source reasonable—Appellant submitting to respondent's delegate that U.S. money seized coming from inheritance from American relative; that money used by appellant, daughter in common business—Daughter making statutory declaration of having given undetermined amount of U.S. funds to appellant—Federal Court correct in finding that respondent not acting unreasonably by failing to give evidence intended effect—Person holding undocumented funds in which legitimacy thereof having to be established not advancing cause by presenting evidence of undocumented funds in hands of another—Undocumented herein meaning funds which cannot be accounted for by financial or other records which individual expected to maintain when operating business—In context of issues sought to be addressed by Act, such as money laundering, financing of terrorism, government entitled to ask for reasonable explanation of source of currency in excess of prescribed limit found on persons leaving Canada—Appellant's explanations unverifiable, amounting to no explanation at all—Thus, Federal Court entitled to find that respondent's delegate's decision reasonable—Self-serving after-the-fact explanations not having same probative value as documents prepared prior to seizure by third parties in normal course of financial transactions—In present case, daughter's statutory declaration imprecise, unverifiable—Appeal dismissed.

DOCHERTY V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (A-323-12, 2013 FCA 89, Pelletier J.A., judgment dated March 27, 2013, 9 p.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

Order seeking determination as to whether Federal Court having *in personam* jurisdiction over Province of Alberta in relation to action by plaintiffs arising out of drowning of child following rescue operation by rescue vessel—Plaintiffs alleging, *inter alia*, that Alberta failing to assess whether rescue vessel appropriate, safe—Alberta asserting from outset that Federal Court not having jurisdiction over it—Federal Court striking out *in rem* action against rescue vessel, maintaining *in personam* action against Alberta—Federal Court of Appeal finding not plain, obvious that Federal Court not having jurisdiction over Alberta—Alberta claiming immunity pursuant to *Interpretation Act*, R.S.A. 2000, c. I-8, s. 14—Submitting, *inter alia*, that specific jurisdiction

**FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded**

must be found in order for Federal Court to have jurisdiction, that *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (Act), s. 22 only conferring *subject-matter* jurisdiction to Federal Court, making no explicit reference to any Crown—Federal Court having *in personam* jurisdiction over Alberta herein—*Interpretation Act*, s. 14 having to be read in conjunction with *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (MLA), s. 3—Concurrent original jurisdiction conferred on Federal Court by Act, s. 22(1) not limited to maritime law actions between subject, subject—S. 22(1) specifically conferring concurrent original jurisdiction on Federal Court in all cases in which claim for relief made or remedy in maritime law actions “between subject and subject *as well as otherwise*”—Nothing in Act, s. 43 precluding exercise of Federal Court’s *in personam* jurisdiction against province—Wording of Act, s. 43(7)(b) supporting interpretation of Act, s. 22(1) that concurrent original jurisdiction conferred on Federal Court by Act, s. 22 encompassing claims against vessels owned by provincial Crown defendants—Federal Court’s maritime law jurisdiction over provinces further confirmed when regard had to MLA, s. 79(3)(b)—Federal Court having exclusive *in personam* jurisdiction over provincial Crowns in relation to maritime claims in cases where limitation fund constituted, in accordance with MLA, s. 32—No sense for jurisdiction of Federal Court over provincial Crown for damages resulting from marine accident to depend upon size of claim—Conclusion on jurisdictional question further confirmed when regard had to *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.A. 1980, c. P-18, ss. 4, 8, 22—Court having *in personam* jurisdiction over Alberta in this matter.

TONEY V. CANADA (T-1577-11, 2012 FC 1412, Mactavish J., order dated December 3, 2012, 18 pp.)

**INCOME TAX**

## INCOME CALCULATION

Registered Retirement Savings Plans—Registered Retirement Income Funds—Appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2011 TCC 536) dismissing appeals from reassessments including amounts in appellants’ income under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 146(9) or 146.3(4) on basis trust governed by appellants’ registered retirement savings plan (RRSP) or registered retirement income fund (RRIF) having acquired shares of certain private companies; that fair market value of such shares nil in value—While conditions to be met for ss. 146(9) or 146.3(4) identical, consequences arising from application thereof very different—Under Act, s. 146(9), if RRSP funds used, amount included in income constituting difference between consideration paid for property, fair market value thereof; under s. 146.3(4), if funds in RRIF used, amount included in income constituting two times difference thereof—Main issue involving correct interpretation of ss. 146(9), 146.3(4)—Respondent claiming provisions should be interpreted, applied as read; appellants claiming provisions only applying if acquisition of property by RRSP or RRIF part of scheme devised to allow annuitant to extract funds from RRSP or RRIF without paying tax on such amounts—However, clear that subsections at issue only applying if RRSP, RRIF disposing of or acquiring property—Interpretations of subsections not discussed since RRSPs, RRIF at issue not acquiring property upon which reassessments based—Appellants, innocent victims, losing money in respective registered plans when money intended for investment unwittingly taken by third party—Persuaded to acquire shares in either Sonnum Capital Leasing Corp. (Sonnum) or Cuatro Corp. (Cuatro), two companies—Fair market value of shares of both companies nil throughout period in issue—Whether appellants’ RRSPs, RRIFs acquiring shares—T.C.C. mistaken in concluding in particular that parties agreeing that registered plans having acquired shares in question without analysing whether shares in fact acquired—First appellant (St. Arnaud), entering into share purchase agreement with Sonnum whereby Sonnum record holder of shares in itself—However, first appellant’s RRSP could not acquire shares of Sonnum under agreement since Sonnum could not hold shares in itself as prohibited by Alberta statute governing Sonnum—Apart from agreement, Sonnum shares could also not be considered to be validly issued from treasury—Shares of Sonnum, Cuatro nil at all relevant times—Relevant time under s. 146(9) meaning time property acquired—Therefore, if shares acquired by first appellant’s RRSP on date in question, fair market value thereof would be nil—Based on evidence, Sonnum never receiving money for shares on own account—Under Alberta statute governing Sonnum, share cannot be issued until consideration thereof fully paid; thus shares of Sonnum could not have been validly issued since Sonnum never receiving money—Since evidence contradicting respondent’s assumption that first appellant’s RRSP acquiring Sonnum shares, reassessment for first appellant not standing—As for second (Patenaude), third (Braun) appellants, both entering into share purchase agreement with other corporation defined as seller of Cuatro shares—Cuatro also incorporated under Albertan law—Evidence not disclosing that seller corporation in question owning any shares of Cuatro—Since person cannot sell what not owning, second, third appellants’ RRIF, RRSP could not acquire Cuatro shares from seller corporation—Given evidence that Cuatro never receiving any money various investors having paid for shares, no basis for finding that second, third appellants’ RRIF, RRSP acquiring Cuatro shares from treasury—Provision under Albertan law that shares cannot be issued until consideration fully paid also applying to Cuatro shares—Thus, respondent’s reassessment of second, third appellant not

**INCOME TAX**—Continued

standing—Appeals allowed—*Per* Sharlow J.A. (concurring): Appellants' alternative argument regarding interpretation of Act, ss. 146(9), 146.3(4) addressed—Respondent's literal interpretation thereof rejected—Appellants arguing reasonable to infer Parliament assuming that if RRSP, RRIF authorized to dispose of property for proceeds less than fair market value or to acquire property for amount greater than fair market value, reason must be that annuitant or someone connected thereto having arranged to recover resulting loss through collateral arrangement—Appellants thus arguing interpretation of provisions necessarily subject to collateral arrangement—Appellants' interpretation accepted—Rational basis existing for concluding that tax imposed by ss. 146(9), 146.3(4) intended to deter tax avoidance transactions—Basis favouring appellants' proposed interpretation thereof—Therefore, ss. 146(9), 146.3(4) not applying in present case.

BRAUN V. CANADA (A-463-11, A-464-11, A-465-11, 2013 FCA 88, Webb and Sharlow JJ.A., judgment dated March 22, 2013, 26 pp.)

*Income or Capital Gain*

Appeal, cross-appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2011 TCC 354) allowing in part appellant's appeal from assessments made for appellant's 2000, 2001, 2002 taxation years—Dispute concerning tax treatment resulting from use, sale of aircraft cabin simulators in course of appellant's business—Appellant arguing that gain from sale of simulators capital in nature, that consideration should have been given to fact sales part of financing operation; respondent cross-appealing on ground simulators that gave rise to capital cost allowance claimed not depreciable property since held for sale—Appellant's business involving manufacture of aircraft cabin simulators, principally for sale but also offered on short- or long-term lease—Entering into sale-leaseback arrangements with financial institutions as part of financing arrangement—T.C.C. finding that sale of simulators giving rise to income; that even though financing constituting purpose of sales, not changing nature of gain made; that if sales having been made to airline, resulting gains would constitute income—On issue of capital cost allowance, T.C.C. establishing that nature of property (assets) may change with use from one year to another; that *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103 establishing that property constituting inventory during year of sale cannot be treated differently in other year no longer good law—Whether T.C.C. correctly finding that amounts at issue constituting income; that appellant nevertheless entitled to capital cost allowances regarding some simulators for years preceding year of sale since simulators used to earn income—Nature of appellant's business, use made of simulators before sale-leaseback arrangements entered into having to be considered—Nature of property determining resulting tax treatment—T.C.C.'s conclusion that appellant realizing profit in same manner as when selling simulator to airline could not be reached had analysis been more focussed, conducted from perspective of appellant's business, as required—By doing so, T.C.C. would have been bound to conclude that sale-leaseback contracts constituting appellant's long-term assets capable of generating rental/service income for some twenty years—Sale-leaseback transactions thus not part of appellant's trading operations—Therefore, appellant's resulting gain on account of capital—While T.C.C. adopting correct approach in concluding that appellant entitled to capital cost allowance claimed, reasoning to give effect thereto flawed—Contrary to T.C.C.'s statement, *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 not contemplating that property can be depreciable property, inventory at once—Only two classes of property existing under Act (capital property, property held for sale)—While T.C.C. wanting to give effect to change in use of some simulators, no need to create new class of property or repudiate *Friesen* to take into account changing use of simulators—Act, ss. 13(7), 45(1) would have allowed T.C.C. to give effect to change in use identified thereby—Reading allowing for application of Act, ss. 13(7), 45(1) with respect to both personal use, income producing property in order—Purpose thereof to recognize changes in use of property having effect of altering applicable tax regime—As for appellant's entitlement to capital cost allowance, T.C.C. wrong to disregard existence of airlines' options to purchase—Property put up for sale in course of business carried on for that purpose no less for sale because circumstances making sale unlikely—Fact that simulators at issue used simultaneously to earn income not altering result—Therefore, appellant not entitled to claimed depreciation regarding two of simulators at issue—Appeal allowed, cross-appeal allowed in part.

C.A.E. INC. V. CANADA (A-299-11, 2013 FCA 92, Noël J.A., judgment dated April 17, 2013, 37 pp.)

## PRACTICE

Judicial review pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 231.6(4), 231.6(5) of Canada Revenue Agency (CRA) decision issuing foreign-based information requirement (requirement) requiring that applicant obtain, provide to CRA certain foreign-based information, documents—Applicant, Canadian resident corporation selling footwear—President of applicant owning 10 percent of applicant's common shares while main shareholder owning 90 percent of applicant's common

**INCOME TAX—Concluded**

shares—Main shareholder taking up residence in Bahamas, incorporating, wholly-owning four other corporations involved in application—Applicant receiving services from four corporations during operations, paying substantial amounts for variety of services during taxation years at issue—Minister of National Revenue (respondent) undertaking audit of applicant (transfer pricing audit or TPA), which included review of payments made by applicant to four corporations as consideration for services provided thereto—TPA also aiming to determine whether services provided in Bahamas or Canada; if provided in Bahamas, how services provided; whether consideration paid therefor benefiting applicant to determine whether transfer price paid by applicant constituting “arm’s length transfer price”—Requirement laying out 74 questions regarding four companies—When main shareholder in Bahamas informed of requirement, four corporations declining to provide some of requested information on basis such information not existing or confidential or release thereof would detrimentally affect competitive advantage of corporations—Applicant’s previously provided responses from audit queries considered incomplete or lacking in detail—Whether requirement unreasonable as being, in particular, overly broad, seeking irrelevant information—Information sought from applicant considered necessary to enable respondent to make specific determinations, verify information already provided—Link between information, documentation requested as well as purposes of TPA both obvious, reasonable—Act, s. 231.6 making clear that “foreign-based information or document” meaning any information that is available or located outside Canada that may be relevant to administration or enforcement of Act, including collection of any amount payable under act by any person—Documents requested in requirement needing to be both relevant, reasonable but threshold low; respondent’s powers wide-ranging—Requirement issued herein not inadvertently capturing irrelevant business dealings of four Bahamian companies since no evidence indicating that companies doing business with anyone other than applicant—Applicant only client of three companies involved; thus justifying scope of documentation, information requested—Given business arrangements in present case, obvious that information which CRA seeking may be part of corporate, other documents requested in requirement; not for applicant to say that such information could be ascertained by other means—Therefore, requirement not overly broad in scope since seeking relevant, necessary information to properly conduct TPA for taxation years at issue, assess *inter alia*, applicant’s tax liability—Proprietary or sensitive character of information not reason for finding notice of requirement unreasonable—Relevance, reasonableness of requirement having nothing to do with compellability of four Bahamian companies or main shareholder—Given that documentation, information maintained outside of Canada, CRA could do little more than issue requirement to gain access to records—No evidence extensive effort would be required to provide information requested or that provision thereof would destroy value of information—No basis upon which to set aside requirement—Finally, consequences of not providing documentation, information requested as set out in Act, s. 231.6(8) cannot have any connection to relevance or reasonableness of requirement—Main shareholder, four Bahamian companies controlled thereby not compellable but must realize that applicant’s inability to comply with requirement potentially leading to future negative consequences for applicant—Constituting purpose behind issuance of requirement under Act; consequences thereof seeming wholly appropriate in present case—Application dismissed.

SOFT-MOC INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-502-12, 2013 FC 291, Russell J., judgment dated March 20, 2013, 35 pp.)

**JUDGES AND COURTS**

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2012 TCC 148) dismissing appeal from application for Goods and Services Tax (GST) rebate—Appellant acting as contractor for construction of own house—Appellant claiming rebate upon believing house suitable for occupation, while under test prescribed by *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-5, s. 256(3)(a)(iii), deadline for GST rebate claims no later than two years after day construction or renovations substantially completed—Application refused because filed after time limit—In response to judge asking whether appellant admitted, denied or did not know respondent’s assumptions of fact, appellant admitting remaining work minimal, building substantially completed upon move into building—Appellant then testifying, being cross-examined about facts leading appellant to believe house suitable for occupation—T.C.C. judge dismissing appeal based on appellant’s admission—Appellant should have read Act, s. 256—Under Quebec law, applicable by virtue of *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 40, not open to appellant to contradict own admission, based on *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64—T.C.C. judge required to explain that appellant could not submit evidence contradicting own admission, appeal must be dismissed on basis of admission—Such explanation would have enabled appellant to respond, present evidence about substance, scope of admission, leading to either revocation of admission, continuation of trial or pronouncement of judgment dismissing appeal—T.C.C. judge depriving appellant of right to hearing, right to procedural fairness—No new hearing ordered because question before T.C.C. having inevitable answer—Appeal dismissed.

MERCURE v. CANADA (A-297-12, 2013 FCA 102, Pelletier J.A., judgment dated April 16, 2013, 9 pp.)



**PATENTS**

## INFRINGEMENT

Application for order prohibiting Minister of Health from issuing, pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 notice of compliance to respondent regarding quetiapine fumarate extended release tablets until expiry of Canadian Patent No. 2251944 ('944 patent)—Drug at issue used to treat various psychiatric disorders—Respondent's notices of allegation to applicants claiming, *inter alia*, invalidity of '944 patent for reasons of obviousness, ambiguity—Whether '944 patent invalid on basis of obviousness, ambiguity—Respondent bearing burden of giving allegations of invalidity air of reality; if succeeding, presumption of patent's validity rebutted—Invention claimed by '944 patent constituting sustained release formulation of quetiapine hemifumarate made with hydroxypropyl methylcellulose (HPMC) as gelling agent with view to decreasing occurrence of dose dumping, reducing dosing frequency—Having to determine whether self-evident that if skilled person combining quetiapine with known sustained release formulation, result would be sustained release formulation of quetiapine—"Obvious to try" test applied herein—Patent may be found obvious if more or less self-evident to try to obtain invention—Motivation constituting key factor in present case—"Fair expectation of success" constituting correct standard against which to assess obviousness—In present case, prior art disclosing motive to create sustained release formulation of quetiapine—Based on evidence, self-evident that fair expectation existing that sustained release formulation of quetiapine using HPMC would be successful—Respondent giving allegations of invalidity air of reality since more or less self-evident to try to obtain sustained release formulation of quetiapine using HPMC—Applicant failing to establish that respondent's allegations of invalidity unjustified—Given conclusions regarding obviousness, issue regarding ambiguity not examined—Application dismissed.

ASTRAZENECA CANADA INC. v. TEVA CANADA LIMITED (T-1259-11, 2013 FC 245, Near J., judgment dated March 7, 2013, 31 pp.)

**PENSIONS**

Appeals from eight Tax Court of Canada (T.C.C.) decisions (unreported) dismissing appellants' respective appeals from respondent's decisions determining that three concerned individuals employed by appellants in pensionable employment within meaning of *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, in insurable employment within meaning of *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23—First appellant (1392644 Ontario Inc.) licensed to operate foster homes, group homes through which providing care for children having serious behavioural, development disorders—Services delivered by numerous individuals retained by appellant, including child, youth workers, social workers—Second appellant (1324455 Ontario Inc.) operated as service provider to first appellant—At issue three individuals retained by appellants; all signing similar contracts with appellants to provide, in particular, child care services as independent contractors—Based on previous decisions involving first appellant, T.C.C. concluding that concerned individuals not independent contractors since both appellants exercising significant control over workers; that contracts' provisions qualifying workers as independent workers not consistent with how contractual relationship operating in fact; that no evidence that first appellant's operations having changed since previous decisions rendered—Whether T.C.C. erring by placing weight on findings of fact made in other T.C.C. judgments; by not considering, misapplying test to determine whether worker employee or independent contractor—When similar facts submitted repeatedly by same party to different judges, where same conclusions drawn therefrom by all judges, not inappropriate for trial judge to make note thereof—In present case, T.C.C. properly noting that facts surrounding operations of first appellant same as those considered before by other T.C.C. judges—While first appellant not providing evidence that facts in issue now different, T.C.C. reviewing, weighing evidence submitted, reaching own conclusions based thereon—Test to determine whether worker acting as employee or independent contractor being whether individual performing services as own business on own account—Test difficult to apply with degree of certainty—Alongside well-known case law test, more recent (two cases in particular) trend emerging in case law affording substantial weight to parties' stated intention—One such case, *Royal Winnipeg Ballet v. M.N.R.*, 2006 FCA 87, [2007] 1 F.C.R. 35, clarifying idea that parties' intent be given substantial weight; stating that mutual understanding between parties must first be considered before applying established test—However, applying approach in *Royal Winnipeg* proving difficult—Properly understood, approach set out therein emphasizing well-known principle that persons entitled to organize their affairs, relationships as best deemed fit but that legal effect resulting from relationship not matter which parties can simply stipulate in contract—Insufficient to simply state in contract that services provided as independent contractor to make it so—Given legal ramifications of employee-employer relationship, legal status of independent contractor or employee not determined solely on basis of parties' intent as declared thereby—Determination also having to be grounded in verifiable,

**PENSIONS—Concluded**

objective reality—*Royal Winnipeg, Wolf v. Canada*, 2002 FCA 96 setting out two-step process of inquiry used to address central question of determining whether individual performing services as own business on own account—Under first step, subjective intent of each party to relationship must be ascertained; second step involving determining whether objective reality sustaining parties' subjective intent—In present case, although T.C.C. inverting order of test, insufficient to vitiate decision since evidence supporting conclusions reached—T.C.C. not erring in finding that concerned individuals not providing services to appellants as own business given, *inter alia*, significant degree of control appellants exerting thereover—Evidence suggesting that legal relationship between appellants, concerned individuals consistent with that of employer-employee rather than of independent contractor, notwithstanding terms set out in respective contracts—Consequently, appellants failing to convince Court that T.C.C. making palpable, overriding error in assessing evidence, in drawing conclusion that concerned individuals employees employed in insurable, pensionable employment—Appeals dismissed.

1392644 ONTARIO INC. v. CANADA (NATIONAL REVENUE) (A-117-12, A-118-12, A-122-12, A-125-12, A-126-12, A-127-12, 2013 FCA 85, Mainville J.A., judgment dated March 20, 2013, 22 p.)

**RCMP**

Judicial review of Royal Canadian Mounted Police Assistant Commissioner's decision that applicant's allegation of workplace harassment unfounded—Applicant, member of Royal Canadian Mounted Police (RCMP), holding rank of staff sergeant—Successfully competing in officer candidate selection process, placed on candidate list for senior commissioned positions—Meeting with acting Director for Executive/Officer Development and Resourcing (EODR) regarding promotion—Initial meeting therewith very positive but subsequent meeting very unfavourable—Applicant never appointed to commissioned ranks as hoped for—Applicant previously involved in internal disciplinary proceeding in which admitted to improper storage of firearm, disciplined by adjudication board—Evidence showing that EODR director speaking with adjudication board chair regarding applicant's disciplinary proceeding—Applicant filing harassment complaint against adjudication board chair pursuant to RCMP's harassment policy on grounds of unfounded rumours; alleging discredited, damaged applicant's career when chair sharing with EODR director rumours regarding applicant's disciplinary proceedings—Harassment complaint decision determining that EODR director learning about rumours before speaking to chair; that fact chair confirming rumours insufficient to constitute harassment—Applicant also filing internal grievance against harassment decision—That process ongoing—Whether Federal Court should exercise discretion to decline jurisdiction; whether applicant denied procedural fairness; whether harassment decision unreasonable—Courts generally not interfering with ongoing administrative process when adequate alternative remedy provided—Appointment to position or rank constituting remedy for grievance herein; thus, grievance procedure determined adequate remedy—Adequacy of alternative remedy also depending on timeliness since grievance, harassment procedures intended to be expeditious—Delays in question stretching tolerance for harassment, grievance procedures to be considered adequate alternative remedy to judicial review—Context, which includes substance of complaint, consequences of behaviour in question for complainant also examined—Since injury to promotional opportunity late in career at issue, grievance procedure potentially perceived as no remedy whatsoever—While delays close to rendering alternative remedy ineffective, not possible for Federal Court to give remedy advancing resolution of issues in present case—RCMP free within reason to determine own procedures—While applicant preferring greater disclosure earlier in process, requirements of procedural fairness not applying with full force in all circumstances—Harassment policies intended to be efficacious, non-adversarial—Provided minimal requirements met, respondent to be accorded some latitude in tailoring process—Therefore, principles of procedural fairness not breached herein—However, harassment decision not addressing issue raised by applicant; dismissing complaint on irrelevant considerations; not considering material facts—Chair's acknowledgement of rumour, role as chair, suggestion that EODR director follow up with RCMP lawyer who prosecuted earlier internal disciplinary proceeding needed to be assessed globally—Harassment decision failing to meet criteria of intelligibility, justification, transparency—Nevertheless, grievance procedure providing highly effective remedy (applicant's appointment to rank) not available on judicial review—Application dismissed.

BOOGAARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2038-11, 2013 FC 267, Rennie J., judgment dated March 13, 2013, 17 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-caf.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 ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* 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.

---

## ACCÈS À L'INFORMATION

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2012 CF 877) ordonnant la communication, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, d'un protocole énonçant les procédures à suivre par le ministère de la Justice (le MJ) et la Gendarmerie royale du Canada (GRC) lorsque des documents de la GRC font l'objet d'une demande d'accès dans le cadre de poursuites civiles intentées contre la Couronne fédérale—La GRC et le MJ ont caviardé le contenu du protocole à la suite de la demande d'accès à l'information, en invoquant des exceptions prévues par les art. 21(1)a) et 23 de la Loi—Le commissaire à l'information intimé a conclu que le protocole ne tombait pas sous le coup des exceptions—La Cour fédérale a estimé que le protocole n'était pas un avis, mais qu'il s'agissait plutôt d'un accord sur les rôles et responsabilités respectifs de la GRC et du MJ—Il est impossible de dire si les énoncés sont conformes aux avis juridiques antérieurs ou s'ils les contredisent—La divulgation du protocole ne nuit d'aucune façon aux objectifs du secret professionnel de l'avocat—L'affaire en cause se distingue de l'affaire *Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. Copley*, 2004 CanLII 11694 (C. Div. Ont.)—La Cour fédérale n'a pas perdu de vue le fait que le protocole fasse partie d'un continuum protégé des communications liées à la prestation et à l'obtention de conseils juridiques—Augmenter l'étendue du continuum protégé des communications ferait en sorte que les politiques opérationnelles publiques et les protocoles d'entente entre ministères deviendraient confidentiels, au-delà des objectifs inhérents au secret professionnel des avocats—Cependant, les premiers paragraphes du protocole rappellent le contenu de certaines obligations juridiques de la Couronne fédérale à l'intention de la GRC et du MJ—Par conséquent, ces paragraphes sont protégés et peuvent rester confidentiels—Appel accueilli en partie.

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (JUSTICE) (A-375-12, 2013 CAF 104, juge Stratas, J.C.A, jugement en date du 17 avril 2013, 14 p.)

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Demande d'obtention d'une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer, en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, un avis de conformité à la défenderesse à l'égard des comprimés de fumarate de quétiapine à libération prolongée jusqu'à l'expiration du brevet canadien n° 2251944 (brevet '944)—Le médicament en cause est utilisé pour traiter divers troubles psychiatriques—Les avis d'allégation de la défenderesse aux demandeurs faisaient valoir, notamment, l'invalidité du brevet '944, pour cause d'évidence et d'ambiguïté—Il s'agissait de savoir si le brevet '944 était invalide pour des motifs d'évidence et d'ambiguïté—Il incombait à la défenderesse de donner à ces allégations d'invalidité un air de vraisemblance; si elle y parvenait, la présomption de validité du brevet serait réfutée—L'invention revendiquée au titre du brevet '944 est une formulation à libération prolongée d'hémifumarate de quétiapine comportant de l'hydroxypropylméthylcellulose (HPMC) comme gélifiant en vue de réduire la libération massive du médicament et la fréquence de la dose—Il fallait déterminer s'il allait plus ou moins de soi que la personne versée dans l'art obtiendrait une formulation de quétiapine à libération prolongée en combinant de la quétiapine avec une formulation connue à libération prolongée—« L'essai allant de soi » a été appliqué en l'espèce—Un brevet peut être jugé évident s'il allait plus ou moins de soi de tenter d'arriver à l'invention—La motivation constituait un facteur clé, en l'espèce—Les « chances raisonnables de réussir » constituent le critère qui doit être appliqué pour

**BREVETS—Fin**

apprécier l'évidence—En l'espèce, l'art antérieur incitait à créer une formulation de quétiapine à libération prolongée—D'après les éléments de preuve, il était évident ou manifeste qu'une formulation de quétiapine à libération prolongée composée d'HPMC avait des chances raisonnables de succès—La défenderesse a donné à ses allégations d'invalidité un air de vraisemblance, étant donné qu'il était plus ou moins évident de tenter d'obtenir une formulation de quétiapine à libération prolongée composée d'HPMC—La demanderesse n'a pas établi que les allégations d'invalidité de la défenderesse étaient infondées—Compte tenu des conclusions concernant l'évidence, la question relative à l'ambiguïté n'a pas été examinée—Demande rejetée.

ASTRAZENECA CANADA INC. C. TEVA CANADA LIMITED (T-1259-11, 2013 CF 245, juge Near, jugement en date du 7 mars 2013, 31 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

## EXCLUSION ET RENVOI

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) par laquelle la Commission a décidé de remettre la défenderesse en liberté, sous certaines conditions—La défenderesse, citoyenne guatémaltèque, a vu ses demandes d'asile et d'évaluation des risques avant renvoi rejetées—Elle ne s'est présentée ni à son entrevue pour renvoi, ni, dans l'intervalle, à ses entrevues pour la prolongation de son permis de travail—Elle a été arrêtée par l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) en raison d'un mandat d'arrestation contre elle—Devant la Commission, l'ASFC a soutenu que le défaut de la défenderesse de respecter les convocations antérieures et les raisons invoquées pour ces défauts justifiaient sa détention ferme jusqu'à son renvoi—En émettant une ordonnance de libération, la Commission a considéré notamment que la défenderesse demeurait à la même adresse pendant toute la période en question, ne démontrait pas une intention de fuir, qu'il existait une alternative suffisante dans les circonstances, qu'il revenait au demandeur de prendre les mesures nécessaires afin d'exécuter le renvoi et à la défenderesse de se présenter à cette fin—Suite à la décision de la Commission, la défenderesse s'est enfuie et a été arrêtée sur le territoire des États-Unis—Le test de l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 s'appliquait en l'espèce—Les parties étaient toujours opposées dans un débat contradictoire et la défenderesse pouvait revenir un jour au Canada—La résolution de l'affaire aura des effets futurs concrets sur les droits des parties, il s'agissait d'un cas de nature répétitive s'inscrivant dans une pratique de plus en plus constante de la Commission, et l'intérêt public exigeait que la Cour fédérale se prononce sur le fond de l'affaire—La Commission s'est basé uniquement sur les facteurs moins pertinents qui étaient en faveur de la libération de la défenderesse, et a fait abstraction de son risque de fuite, de son défaut répétitif de se présenter à des entrevues et du motif véritable de sa détention—Il était déraisonnable pour la Commission de n'imposer à la défenderesse que des conditions qu'elle avait omis de respecter et qu'elle ne pouvait respecter—Finalement, les motifs de la décision sous étude n'étaient pas suffisants et adéquats puisqu'ils ne permettaient pas de comprendre le raisonnement et les précautions prises par la Commission afin de réduire le risque de fuite de la défenderesse—Demande accueillie.

CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) C. RAMIREZ (IMM-9448-12, 2013 CF 387, juge Shore, jugement en date du 17 avril 2013, 20 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Appel d'une décision d'un juge de la citoyenneté par laquelle il a rejeté une demande de citoyenneté, au motif que la demanderesse n'avait pas respecté l'obligation en matière de résidence prévue à l'art. 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29—La demanderesse, citoyenne israélienne, a reçu du juge de la citoyenneté une appréciation fondée sur sa période de résidence, soit la lettre de renvoi—La lettre faisait état du fait que le passeport de la demanderesse aurait été volé—Il était donc impossible d'examiner la période de résidence—Le juge de la citoyenneté a eu recours au critère de la présence physique—Le juge a conclu que la demanderesse s'est absentée du Canada 171 jours—La demanderesse a affirmé que le juge de la citoyenneté a commis une erreur en établissant la date du début de la période de résidence, en s'appuyant sur des motifs inadéquats—Il s'agissait de savoir si la décision du juge de la citoyenneté était raisonnable—Le juge de la citoyenneté n'a pas omis d'inclure la présence de la demanderesse au Canada avant l'obtention de son statut de résidente permanente—L'erreur de transcription concernant la date de départ de la période de résidence ne constitue pas une erreur de droit justifiant l'intervention

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

de la Cour—Cependant, le juge de la citoyenneté n'explique pas sa décision—Sa décision n'est pas justifiée, transparente et intelligible—Le défendeur en l'espèce demande à la Cour d'effectuer sa propre appréciation du dossier—Appliquer ce genre de « rétro-ingénierie » à la décision du juge de la citoyenneté revient à faire le pas entre compléter et remplacer les motifs—La seule manière de comprendre les motifs du juge de la citoyenneté consiste à reprendre *de novo* l'examen du dossier—Appel accueilli.

KOROLOVE C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (T-1157-12, 2013 CF 370, juge Strickland, jugement en date du 12 avril 2013, 19 p.)

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Ordonnance visant à ce que soit déterminé si la Cour fédérale a compétence *ratione personae* à l'égard la province de l'Alberta, relativement à l'action intentée par les demandeurs à la suite de la noyade de leur enfant, pendant une opération de sauvetage effectuée par un navire de sauvetage—Les demandeurs soutenaient notamment que l'Alberta n'a pas vérifié si le navire de sauvetage convenait à des activités de sauvetage et s'il était sécuritaire à cette fin—Dès le départ, l'Alberta a fait valoir que la Cour fédérale n'avait pas compétence à son égard en ce qui concerne cette affaire—La Cour fédérale a radié l'action réelle contre le navire de sauvetage, et a maintenu l'action personnelle intentée contre l'Alberta—La Cour d'appel fédérale a conclu qu'il n'était pas manifeste et évident que la Cour d'appel fédérale n'avait pas compétence à l'égard de l'Alberta—L'Alberta soutenait qu'elle jouit de l'immunité en vertu de l'art. 14 de l'*Interpretation Act*, R.S.A. 2000, ch. I-8—L'Alberta affirmait notamment que la Cour fédérale ne pouvait avoir compétence à son égard que si cette compétence lui avait été confiée expressément, et que l'art. 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985) ch. F-7 (la Loi), ne confère qu'une compétence *ratione materiae* à la Cour fédérale, et ne fait pas expressément référence à la Couronne—La Cour fédérale a compétence *ratione personae* à l'égard de l'Alberta en l'espèce—L'art. 14 de l'*Interpretation Act* de l'Alberta doit être lu conjointement avec l'art. 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (la LRMM)—La compétence concurrente, en première instance, que confère à la Cour fédérale l'art. 22(1) de la Loi n'est pas limitée aux actions en droit maritime entre administrés—L'art. 22(1) confère expressément à la Cour fédérale compétence concurrente, en première instance, dans les cas « opposant *notamment* des administrés » où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime—Rien, dans l'art. 43 de la Loi, n'empêche la Cour fédérale d'exercer sa compétence personnelle à l'égard d'une province—Le libellé de l'art. 43(7)b) de la Loi étaye une interprétation de l'art. 22(1) selon laquelle la compétence concurrente de première instance que confère l'art. 22 à la Cour fédérale englobe les demandes contre les navires appartenant aux Couronnes provinciales défenderesses—La compétence en droit maritime de la Cour fédérale à l'égard des provinces est en outre confirmée par l'art. 79(3)b) de la LRMM—La Cour fédérale a compétence *ratione personae* exclusive à l'égard des Couronnes provinciales pour ce qui est des créances maritimes dans les cas où un fonds de limitation est constitué suivant l'art. 32 de la LRMM—Il n'est pas logique qu'une Couronne provinciale puisse être assujettie à la compétence de la Cour fédérale pour les dommages causés lors d'un sinistre maritime en fonction de l'importance de la réclamation—La conclusion sur la question de compétence est en outre confirmée par les art. 4, 8 et 22 de la *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.A. 1980, ch. P-18, de l'Alberta—La Cour a compétence *ratione personae* à l'égard de l'Alberta en l'espèce.

TONEY C. CANADA (T-1577-11, 2012 CF 1412, juge Mactavish, ordonnance en date du 3 décembre 2012, 18 p.)

## DOUANES ET ACCISE

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2012 CF 723) rejetant un contrôle judiciaire au motif que celle-ci n'a pas compétence pour déterminer s'il y a eu infraction à l'art. 12 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, étant donné que l'appelant n'a pas procédé pas par voie d'action, comme l'exige l'art. 30—Au moment de l'embarquement à bord d'un vol international, l'appelant s'est vu demander par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) s'il transportait 10 000 \$ ou plus en espèces—L'appelant a déclaré que, même s'il transportait de l'argent comptant, la somme était inférieure à 10 000 \$—En fait, l'appelant avait sur lui 9 800 \$US et 335 \$CAN, c.-à-d. plus de 10 000 \$ après l'application du taux de change—Les fonds saisis par l'ASFC ont été confisqués au profit de Sa Majesté, conformément à ce que prévoit l'art. 23 de la Loi—En vertu de l'art. 25 de la Loi, la décision statuant qu'une personne a enfreint l'art. 12 en omettant de déclarer avoir en sa possession 10 000 \$ ou plus en espèces peut être contestée en demandant à l'intimé de trancher; par la suite, la décision de ce dernier peut également être contestée par le dépôt d'une action—En réponse à la demande d'une décision ministérielle présentée par l'appelant, l'intimé a statué que l'art. 12 avait été enfreint (la décision rendue en vertu de l'article 27), et a confirmé la confiscation au profit de Sa Majesté (la décision rendue en vertu de l'article 29)—L'appelant a

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

contesté les deux décisions par le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire, et non par voie d'action—La Cour fédérale a conclu que la preuve présentée par l'appelant au représentant du ministre était insuffisante pour établir que les fonds provenaient d'une source légitime—L'appelant contestait notamment le taux de change utilisé par l'ASFC—La Cour fédérale a eu raison de conclure qu'il allait à l'encontre de l'esprit du texte législatif de lui présenter une contestation de la décision rendue en vertu de l'article 27 et de soulever les mêmes questions dans une demande de contrôle judiciaire—Le législateur a expressément prévu que les contestations du bien-fondé de décisions relatives à la contravention à l'art. 12 de la Loi doivent se faire par voie d'action—Même si la Cour fédérale a le pouvoir discrétionnaire d'assurer qu'aucune procédure ne soit rejetée parce qu'elle a été introduite au moyen du mauvais acte introductif d'instance (*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 57), ce pouvoir discrétionnaire est assujéti à la règle 63 des Règles, qui enjoint la Cour de respecter le choix du législateur quant à la forme de l'acte introductif d'instance dans un cas particulier—Par conséquent, la décision du représentant de l'intimé de refuser d'annuler la confiscation en vertu de l'art. 29 de la Loi constituait la seule décision justifiée devant la Cour fédérale—Compte tenu de la preuve présentée au représentant de l'intimé, la décision de celui-ci selon laquelle il n'était pas convaincu que les fonds provenaient d'une source légitime était raisonnable—L'appelant a soutenu auprès du représentant de l'intimé que l'argent américain provenait d'un héritage d'un parent américain et que cet argent avait été utilisé par l'appelant et sa fille dans une entreprise commune—La fille de l'appelant a déclaré solennellement avoir fait don à son père d'un montant indéterminé en dollars américains—La Cour fédérale était justifiée de conclure que l'intimé n'a pas agi de façon déraisonnable en ne donnant pas à la preuve l'effet recherché—Une personne qui détient des fonds non étayés par des documents et dont la légitimité doit être établie ne fait pas avancer sa cause en présentant en preuve des fonds non étayés par des documents et se trouvant dans les mains d'une autre personne—En l'espèce, les fonds non étayés par des documents sont des fonds qui ne sont pas comptabilisés dans des documents financiers ou autres qu'une personne est censée tenir à jour lorsqu'elle exploite une entreprise—Dans le contexte des questions que la Loi vise à régler, telles que le recyclage financier des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, le gouvernement est en droit de demander une explication raisonnable quant à la source de fonds supérieurs à la limite prescrite que détient une personne quittant le Canada—Les explications de l'appelant étaient non vérifiables et équivalaient à une absence d'explication—La Cour fédérale était donc en droit de conclure que la décision du représentant de l'intimé était raisonnable—Les explications intéressées après le fait n'ont pas la même valeur probante que des documents préparés avant la saisie par des tiers dans le cours normal de transactions financières—En l'espèce, la déclaration solennelle de la fille de l'appelant était imprécise et non vérifiable—Appel rejeté.

DOCHERTY C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (A-323-12, 2013 CAF 89, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 27 mars 2013, 9 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

## CHARTRE DES DROITS

*Liberté de circulation et d'établissement*

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1061) rejetant une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision du ministre des Affaires étrangères de refuser à l'appelant un passeport régulier pour motif de sécurité nationale fondé sur l'art. 10.1 du *Décret sur les passeports canadiens*, TR/81-86 (le décret)—L'appelant, un citoyen canadien, a soutenu que la décision en l'espèce portait atteinte à ses droits protégés sous les art. 6, 7 et 8 de la *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]—L'appelant avait été condamné en France pour avoir participé à la préparation d'un acte de terrorisme et de complicité dans la falsification de passeports—Passeport Canada a formulé une recommandation négative au ministre vu cette condamnation, les obligations du Canada en matière de lutte contre le terrorisme, et l'intégrité et la réputation du passeport canadien—La Cour fédérale a soutenu que les droits revendiqués par l'appelant sous l'art. 7 ne relèvent pas « des droits fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelle », que l'appelant n'a présenté aucune preuve que le processus d'enquête de Passeport Canada a enfreint ses droits garantis sous l'art. 8, et que la violation de l'art. 6 est justifiée au sens de l'article premier de la Charte—Il s'agissait de déterminer si la décision du ministre était une décision raisonnable satisfaisant au critère de la nécessité—Le ministre est tenu de balancer les valeurs pertinentes de la Charte et les objectifs du décret—Le refus de délivrer un passeport à l'appelant ne se veut pas en guise de peine additionnelle pour les gestes qui ont mené à sa condamnation—Le ministre détient une marge d'appréciation lors de

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

la mise en balance—Il a limité temporellement son refus de délivrer un passeport—Il avait donc à l'esprit le critère de la proportionnalité qui sous-tend le second volet de toute analyse sous l'article premier de la Charte—Un lien causal existe entre la sécurité nationale et le refus du ministre de délivrer un passeport—Appel rejeté.

KAMEL C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-377-11, 2013 CAF 103, juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 16 avril 2013, 22 p.)

**GRC**

Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire adjoint de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) selon laquelle l'allégation de harcèlement en milieu de travail formulée par le demandeur n'était pas fondée—Le demandeur, membre de la Gendarmerie royale du Canada, détient le grade de sergent d'état-major—Il a participé avec succès à un processus de sélection de candidats au grade d'officier, et son nom a été inscrit sur une liste de candidats à des postes supérieurs d'officiers brevetés—Il a rencontré le directeur général intérimaire du Service du perfectionnement et du renouvellement des cadres et officiers (le PRCO) concernant la promotion—La première rencontre à cet égard a été très positive, mais la rencontre suivante a été très défavorable—Le demandeur n'a jamais été nommé au titre d'officier breveté auquel il aspirait—Le demandeur avait précédemment fait l'objet d'une enquête disciplinaire interne, dans le cadre de laquelle il avait reconnu avoir entreposé de façon inappropriée une arme à feu, et s'était vu imposer des mesures disciplinaires par un comité d'arbitrage—D'après la preuve, le directeur du PRCO s'était entretenu, avec le président du comité d'arbitrage, de l'audience disciplinaire relative au demandeur—Le demandeur a déposé une plainte de harcèlement contre le président du comité d'arbitrage, en vertu de la politique de la GRC sur le harcèlement, pour cause de rumeurs non fondées; il alléguait que le président du comité l'avait discrédité et avait nui à sa carrière en communiquant au directeur du PRCO des rumeurs concernant l'audience disciplinaire dont il avait fait l'objet—La décision relative à la plainte pour harcèlement établissait que le directeur du PRCO avait eu vent des rumeurs avant de parler au président et que le fait que le président ait confirmé les rumeurs ne constituait pas du harcèlement—Le demandeur a également déposé un grief à l'intérieur contre la décision relative au harcèlement—Ce processus est en cours—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale devait exercer son pouvoir discrétionnaire de décliner compétence; si le demandeur avait été privé de son droit à l'équité procédurale; et si la décision relative au harcèlement était déraisonnable—Généralement, les tribunaux n'interviennent pas dans un processus administratif qui peut constituer un autre recours approprié—Une nomination au poste ou au grade visé est la réparation prévue dans le cadre du processus de grief en l'espèce; ainsi, le processus de grief constitue un recours adéquat—Le caractère adéquat d'un recours subsidiaire repose aussi sur le fait que la réparation est accordée au moment opportun depuis le dépôt du grief, et les procédures de règlement des griefs sont censées être expéditives—Les retards en question repoussent les limites à l'intérieur desquelles les procédures de règlement des griefs et des plaintes pour harcèlement peuvent être considérées comme un recours subsidiaire adéquat au contrôle judiciaire—Le contexte, c.-à-d. le fond de la plainte et les conséquences du comportement reproché pour le plaignant, ont aussi été examinés—Puisqu'il est question d'un préjudice lié à une occasion de promotion à un stade avancé d'une carrière, la procédure de grief pourrait être considérée comme n'étant pas un recours adéquat—Bien que les retards accumulés rendent presque inefficace le recours subsidiaire, la Cour fédérale ne peut accorder une réparation qui réglerait les problèmes en cause en l'espèce—La GRC est libre, dans des limites raisonnables, d'établir ses propres procédures—Le demandeur aurait préféré une divulgation plus complète et plus rapide au cours du processus, mais les exigences de l'équité procédurale ne s'appliquent pas pleinement dans toutes les circonstances—Les politiques sur le harcèlement se veulent efficaces et non accusatoires—Pourvu qu'il soit satisfait à certaines exigences minimales, le défendeur doit pouvoir disposer d'une certaine marge de manœuvre dans le déroulement du processus—Il n'était donc pas possible de dire qu'il y a eu manquement aux principes de l'équité procédurale en l'espèce—Cependant, la décision sur la plainte de harcèlement n'abordait pas la question soulevée par le demandeur; elle rejetait la plainte en se fondant sur des considérations non pertinentes et ne tenait pas compte des faits essentiels—Le fait que le président ait admis être au courant de la rumeur, son rôle de président et la suggestion qu'il a faite au directeur du PRCO de s'adresser à l'avocate de la GRC qui s'était précédemment chargée d'une enquête disciplinaire interne devaient être considérés globalement—La décision sur la plainte de harcèlement ne satisfaisait pas aux critères de l'intelligibilité, de la justification et de la transparence—Néanmoins, la procédure de grief prévoit une réparation très efficace (la nomination du demandeur à un rang supérieur) qui ne peut être accordée dans le cadre d'un contrôle judiciaire—Demande rejetée.

BOOGAARD C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-2038-11, 2013 CF 267, juge Rennie, jugement en date du 13 mars 2013, 17 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

Régimes enregistrés d'épargne-retraite—Fonds enregistrés de revenu de retraite—Appels d'une décision (2011 CCI 536) de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) rejetant des appels interjetés par les appelants contre de nouvelles cotisations, y compris des montants inclus dans le revenu des appelants en vertu des art. 146(9) ou 146.3(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, au motif que la fiducie régie par le régime enregistré d'épargne-retraite (REER) ou le fonds enregistré de revenu de retraite (FERR) des appelants avait fait l'acquisition d'actions de certaines sociétés fermées et que la juste valeur marchande de ces actions était nulle—Bien que les conditions à respecter en vertu des articles 146(9) et 146.3(4) soient identiques, les conséquences découlant de leur application sont très différentes—En vertu de l'art. 146(9) de la Loi, si les fonds d'un REER sont utilisés, le montant qui doit être inclus dans le calcul du revenu est la différence entre la contrepartie payée pour le bien et la juste valeur marchande de celui-ci; en vertu de l'art. 146.3(4), si les fonds d'un FERR sont utilisés, le montant qui doit être inclus dans le calcul du revenu équivaut à deux fois la différence entre la contrepartie et la juste valeur marchande—La question principale portait sur l'interprétation appropriée des art. 146(9) et 146.3(4)—L'intimée soutenait que les dispositions doivent être interprétées et appliquées telles quelles, alors que les appelants alléguaient que les dispositions ne s'appliquent que si l'acquisition de biens au moyen de REER ou de FERR fait partie d'un mécanisme visant à permettre aux rentiers de retirer des fonds du REER ou du FERR sans avoir à payer d'impôt sur ces sommes—Cependant, il est clair que les articles susmentionnés ne s'appliquent que si un REER ou un FERR aliène ou acquiert des biens—L'interprétation de ces articles n'a pas été examinée, étant donné que les REER et les FERR en cause n'ont pas fait l'acquisition de biens sur lesquels les nouvelles cotisations étaient fondées—Les appelants, d'innocentes victimes, ont perdu de l'argent dans leurs régimes enregistrés respectifs lorsque les montants qu'ils avaient prévu investir ont été subtilisés par des tiers à leur insu—Les appelants étaient persuadés d'avoir acquis des actions de Sonnum Capital Leasing Corp. (Sonnum) ou de Cuatro Corp. (Cuatro), deux sociétés—La juste valeur marchande des actions des deux sociétés a été nulle, tout au long de la période en cause—Il s'agissait de savoir si les REER et les FERR des appelants avaient fait l'acquisition d'actions—La C.C.I. a erré en concluant notamment que les parties avaient convenu que les régimes enregistrés avaient acquis les actions en question sans avoir analysé la situation en vue de déterminer si les actions avaient bel et bien été acquises—Le premier appelant (M. St. Arnaud), a conclu une convention d'achat d'actions avec Sonnum, en vertu de laquelle Sonnum était le porteur inscrit de ses propres actions—Cependant, le REER du premier appelant ne pouvait pas faire l'acquisition d'actions de Sonnum aux termes de la convention, étant donné que la loi de l'Alberta en vertu de laquelle Sonnum était régie interdisait à celle-ci de détenir ses propres actions—En dehors du cadre de la convention, les actions de Sonnum ne pouvaient, non plus, être considérées comme des actions de trésorerie valablement émises—La valeur des actions de Sonnum et de Cuatro était nulle à toutes les périodes pertinentes—La période pertinente, aux termes de l'art. 146(9), s'entend du moment où le bien a été acquis—Par conséquent, si le REER du premier appelant a fait l'acquisition d'actions à la date en question, la juste valeur marchande de celles-ci était nulle—Compte tenu de la preuve, Sonnum n'a jamais reçu le montant du paiement des actions pour son propre compte—En vertu des lois de l'Alberta qui régissent Sonnum, celle-ci ne peut pas émettre d'actions avant que la contrepartie ne lui ait été entièrement payée; les actions de Sonnum n'ont donc pas pu être émises valablement, étant donné que Sonnum n'a jamais reçu de paiement—Puisque la preuve contredisait l'hypothèse de l'intimée selon laquelle le REER du premier appelant avait acquis des actions de Sonnum, la nouvelle cotisation ne pouvait tenir quant au premier appelant—Quant au deuxième appelant (M. Patenaude) et au troisième appelant (M. Braun), ils ont tous deux conclu des conventions d'achat d'actions avec une autre société désignée comme le vendeur d'actions de Cuatro—Cuatro est aussi constituée en société en vertu des lois de l'Alberta—La preuve n'a pas démontré que la société vendeuse en question détenait des actions de Cuatro—Étant donné qu'on ne peut pas vendre ce qu'on ne possède pas, les REER et les FERR des deuxième et troisième appelants ne pouvaient pas acquérir d'actions de Cuatro auprès de la société vendeuse—Compte tenu de la preuve selon laquelle Cuatro n'a jamais rien reçu des sommes payées par les divers investisseurs pour acquérir des actions, rien ne permettait de conclure que les REER et les FERR des deuxième et troisième appelants ont acquis des actions de Cuatro de la trésorerie—Une disposition de la législation de l'Alberta prévoyant que des actions ne peuvent être émises avant que la contrepartie n'ait été entièrement payée s'appliquait aussi aux actions de Cuatro—La nouvelle cotisation établie par l'intimée au deuxième et au troisième appelants ne pouvait tenir—Appels accueillis—La juge Sharlow, J.C.A. (souscrivant à ces motifs) : l'argument subsidiaire des appelants relativement à l'interprétation des art. 146(9) et 146.3(4) de la Loi a été examiné—L'interprétation littérale de l'intimée à cet égard a été rejetée—Les appelants ont soutenu qu'on peut raisonnablement penser que le législateur a supposé que si des REER ou des FERR sont autorisés à aliéner un bien pour un produit inférieur à la juste valeur marchande ou à acquérir un bien pour un montant supérieur à la juste valeur marchande, ce doit être parce que le rentier ou une personne qui a un lien avec celui-ci a pris des dispositions pour recouvrer la perte qui en découle au moyen d'accords accessoires—Les appelants alléguaient ainsi



**IMPÔT SUR LE REVENU**—Suite

que l'interprétation des dispositions est nécessairement assujettie à l'existence d'un accord accessoire—L'interprétation des appelants a été retenue—Il existe un fondement rationnel permettant de conclure que l'impôt exigé aux termes des arts. 146(9) et 146.3(4) vise à prévenir les opérations d'évitement fiscal—Le fondement rationnel fait pencher en faveur de l'interprétation donnée par les appelants—Par conséquent, les art. 146(9) et 146.3(4) ne s'appliquaient pas en l'espèce.

BRAUN C. CANADA (A-463-11, A-464-11, A-465-11, 2013 CAF 88, juges Webb et Sharlow, J.C.A., jugement en date du 22 mars 2013, 26 p.)

*Revenu ou gain en capital*

Appel et appel incident dirigés à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2011 CCI 354) accueillant, en partie, l'appel de l'appelante interjeté à l'égard de cotisations émises pour ses années d'imposition 2000, 2001 et 2002—Le litige portait sur le traitement fiscal de l'utilisation et de la vente de simulateurs de cabines d'avion, dans le cadre de l'entreprise de l'appelante—L'appelante soutenait que le gain tiré de la vente des simulateurs était de nature capitale, et que le fait que ces ventes s'inscrivaient dans le cadre d'une opération de financement aurait dû être pris en compte; l'intimée, dans son appel incident, soutenait pour sa part que les simulateurs qui avaient donné lieu à l'amortissement réclamé n'étaient pas des biens amortissables puisqu'ils étaient détenus afin d'être vendus—L'entreprise de l'appelante comporte la fabrication de simulateurs de cabines d'avion, principalement aux fins de leur vente, mais aussi de leur location à court ou à long terme—Des contrats de vente-location ont été conclus avec des institutions financières, dans le cadre d'une opération de financement—La C.C.I. a conclu que la vente des simulateurs avait donné lieu à un revenu, et que même si les ventes ont eu lieu dans un but de financement, cela ne changeait pas la nature des gains réalisés, et que si les ventes avaient été réalisées auprès d'une ligne aérienne, les gains qui en auraient résulté auraient constitué un revenu—Quant à la question de la déduction pour amortissement, la C.C.I. a déterminé qu'un bien (actif) peut changer de nature selon son utilisation d'une année à l'autre, et que l'arrêt *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, établissant qu'un bien qui constitue un « inventaire » au cours de l'année de sa vente ne peut être traité autrement au cours d'une autre année, ne fait plus autorité—Il s'agissait de savoir si la C.C.I. était justifiée de conclure que les sommes en cause constituaient un revenu et si l'appelante avait tout de même droit à une déduction pour amortissement à l'égard de certains simulateurs pour les années précédant celle de leur vente, compte tenu de l'utilisation qui en était faite—Il fallait prendre en compte la nature de l'entreprise de l'appelante et l'utilisation faite des simulateurs avant la signature des contrats de vente-location—C'est la nature du bien qui sert à déterminer le traitement fiscal qui en découle—La conclusion de la C.C.I., selon laquelle l'appelante a réalisé un « profit » de la même manière que si elle avait vendu un simulateur à une ligne aérienne, n'aurait pas pu être tirée si l'analyse avait été plus ciblée et réalisée dans la perspective de l'entreprise de l'appelante, tel que requis—Ce faisant, la C.C.I. aurait forcément conclu que les contrats de vente-location constituaient pour l'appelante des actifs à long terme qui pouvaient lui permettre de générer des revenus de location/service au cours des vingt prochaines années—Les transactions de vente-location ne s'inscrivaient donc pas dans le cadre de l'entreprise de vente de l'appelante—Par conséquent, le gain réalisé par l'appelante le fut à compte de capital—Bien que la C.C.I. ait adopté la bonne approche en concluant que l'appelante avait droit à l'amortissement réclamé, le raisonnement sur ce plan était mal fondé—Contrairement à ce que la CCI soutenait, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> supp.), ch. 1 n'envisage pas qu'un bien puisse constituer un bien amortissable et être détenu en inventaire au même moment—En vertu de la Loi, il n'existe que deux catégories de biens (biens en immobilisation et biens détenus pour la vente)—Même si la C.C.I. voulait donner effet au changement d'utilisation de certains simulateurs, il n'était pas nécessaire de créer une nouvelle catégorie de biens ou de répudier l'arrêt *Friesen* pour tenir compte de l'utilisation changeante de ces simulateurs—Les art. 13(7) et 45(1) de la Loi auraient permis à la C.C.I. de donner effet au changement d'usage constaté—L'interprétation permet l'application des art. 13(7) et 45(1) de la Loi tant à l'égard de biens à usage personnel qu'à l'égard de biens productifs de revenu—L'objet de ces dispositions est de reconnaître les changements d'utilisation de biens qui ont pour effet de modifier le régime fiscal qui leur est applicable—En ce qui concerne le droit à l'amortissement de l'appelante, la C.C.I. a commis une erreur en ne tenant pas compte des options d'achat des lignes aériennes—Un bien qui est mis en vente dans le cadre d'une entreprise exercée à cette fin n'est pas moins en vente parce que les circonstances font en sorte que la vente est peu probable—Le fait que ces simulateurs étaient au même moment utilisés pour gagner un revenu ne changeait en rien ce résultat—Par conséquent, l'appelante n'avait pas droit à l'amortissement réclamé en ce qui a trait aux deux simulateurs en cause—Appel accueilli, appel incident accueilli en partie.

C.A.E. INC. C. CANADA (A-299-11, 2013 CAF 92, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 17 avril 2013, 37 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

## PRATIQUE

Contrôle judiciaire, en vertu des art. 231.6(4) et 231.6(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, d'une décision de l'Agence du revenu du Canada (ARC) par laquelle l'ARC a adressé à la demanderesse une mise en demeure de produire des renseignements étrangers, afin que l'ARC puisse prendre connaissance de certains renseignements et documents conservés à l'étranger—La demanderesse est une société résidant au Canada qui vend des articles chaussants—Le président de la société demanderesse détient 10 p. 100 des actions ordinaires de la demanderesse, alors que l'actionnaire principal en détient 90 p. 100—L'actionnaire principal a élu domicile aux Bahamas et a constitué en personne morale quatre autres sociétés en propriété exclusive qui sont en cause dans la demande—La demanderesse a obtenu des services des quatre sociétés pendant le cours de ses activités, et a versé des sommes considérables pour divers services pendant les années d'imposition en litige—Le ministre du Revenu national (défendeur) a procédé à une vérification fiscale de la demanderesse (vérification de prix de transfert ou VPT), qui comprenait un examen des paiements faits par la demanderesse aux quatre sociétés, en contrepartie des services que celles-ci lui avaient rendus—La VPT visait également à déterminer si les services avaient été fournis aux Bahamas ou au Canada; dans l'hypothèse où ils auraient été fournis aux Bahamas, de quelle façon ils avaient été fournis; et si la demanderesse avait tiré profit de la contrepartie payée; le cas échéant, il s'agissait de déterminer si le prix de transfert payé par la demanderesse constituait un « prix de transfert de pleine concurrence »—La mise en demeure comportait 74 questions relatives aux quatre sociétés—Lorsque l'actionnaire principal résidant aux Bahamas a été mis au courant de la mise en demeure, les quatre sociétés ont refusé de fournir certains des renseignements demandés, au motif que ces renseignements n'existaient pas, qu'ils étaient confidentiels ou que leur communication nuirait à l'avantage concurrentiel des sociétés—Les réponses déjà fournies par la demanderesse par suite des demandes de renseignements ont été considérées incomplètes ou insuffisamment détaillées—Il s'agissait de déterminer si la mise en demeure était déraisonnable, étant donné qu'elle était, notamment, d'une portée trop large, et qu'elle visait l'obtention de renseignements non pertinents—Les renseignements réclamés à la demanderesse étaient nécessaires pour permettre au défendeur de tirer des conclusions précises, et de vérifier les renseignements déjà fournis—Le lien entre l'information et les documents réclamés et les objectifs de la VPT étaient évidents et raisonnables—L'art. 231.6 de la Loi précise bien qu'un « renseignement ou document étranger » s'entend d'un renseignement accessible, ou d'un document situé, à l'étranger, qui peut être pris en compte pour l'application ou l'exécution de la Loi, y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la Loi—Les documents exigés dans la mise en demeure doivent être à la fois pertinents et raisonnables, mais le critère minimal à respecter est peu exigeant; le défendeur jouit de vastes pouvoirs—La mise en demeure adressée en l'espèce n'a pas pour effet d'englober par inadvertance des opérations commerciales non pertinentes des quatre sociétés des Bahamas, étant donné que rien ne permet de penser que les sociétés traitent avec d'autres personnes que la demanderesse—La demanderesse est la seule cliente de trois des sociétés en cause, ce qui justifiait la portée de la demande de documents et de renseignements—Compte tenu des ententes commerciales en l'espèce, il était évident que les renseignements réclamés par l'ARC pouvaient faire partie des documents réclamés dans la mise en demeure, et notamment des documents officiels des compagnies; il n'appartenait pas à la demanderesse d'affirmer que ces renseignements pourraient être vérifiés d'une autre manière—Par conséquent, la mise en demeure n'était pas d'une portée trop large étant donné qu'elle visait à obtenir des renseignements pertinents et nécessaires pour mener à terme la VPT pour les années d'imposition en cause, et pour déterminer l'obligation fiscale de la demanderesse—Le fait que les renseignements soient exclusifs ou délicats ne constituait pas une raison justifiant de conclure que la mise en demeure était déraisonnable—La pertinence et le caractère raisonnable de la mise en demeure n'avaient rien à voir avec la contraignabilité des quatre sociétés bahamiennes ou de l'actionnaire principal—Compte tenu du fait que les documents et les renseignements sont conservés à l'extérieur du Canada, l'ARC n'avait guère d'autre choix que d'envoyer la mise en demeure en question—Il n'y avait aucun élément de preuve qui permette de penser qu'il faudrait déployer des efforts considérables pour fournir les renseignements demandés ou que le fait de les communiquer en détruirait la valeur—Rien ne justifiait en l'espèce l'annulation de la mise en demeure—Enfin, les conséquences d'un refus de communiquer les documents et les renseignements réclamés qui sont énumérées à l'art. 231.6(8) de la Loi n'ont rien à voir avec la pertinence ou le caractère raisonnable de la mise en demeure—L'actionnaire principal et les quatre sociétés bahamiennes qu'il contrôle ne sont pas contraignables, mais ils doivent être conscients du fait que l'incapacité de la demanderesse à se conformer pour l'essentiel à la mise en demeure pourrait à l'avenir exposer celle-ci à des conséquences négatives—Voilà essentiellement la raison d'être de toute mise en demeure adressée en vertu de la Loi, et les conséquences envisagées semblaient tout à fait appropriées en l'espèce—Demande rejetée.

## JUGES ET TRIBUNAUX

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2012 CCI 148) rejetant en appel une demande pour le remboursement de la taxe sur les produits et services (la TPS)—L'appelant a agi en qualité d'entrepreneur dans la construction de sa maison—Il a fait sa demande de remboursement au moment où il a jugé que sa maison était convenablement habitable alors que le test prescrit par l'art. 256(3)a)(iii) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-5 prévoit que les remboursements de la TPS doivent être demandés au plus tard à la date qui suit de deux ans le jour où la construction ou les rénovations majeures de l'immeuble sont achevées en grande partie—Sa demande a été refusée pour le motif qu'elle était hors délai—À la question du juge de la C.C.I. à savoir s'il admettait, niais ou ignorait les hypothèses de fait de l'intimée, l'appelant a admis que lors de son déménagement dans l'immeuble, les travaux effectués à compléter étaient minimes et l'immeuble était achevé en grande partie—L'appelant a ensuite témoigné, et a été contre-interrogé quant aux faits qui le portaient à croire que sa maison était devenue convenablement habitable—Le juge de la C.C.I. a rejeté l'appel de l'appelant sur la base de son aveu—L'appelant aurait dû prendre connaissance de l'art. 256 de la Loi—En revanche, la loi du Québec s'appliquant selon l'art. 40 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, l'appelant était forcé de contredire son propre aveu selon l'art 2852 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64—Le juge de la C.C.I. se devait de lui expliquer qu'il ne lui était pas permis de faire une preuve qui contredisait son propre aveu et que sur la foi de cet aveu, son appel devait être rejeté—Une telle explication aurait permis à l'appelant de réagir et se faire entendre sur le bien-fondé et la portée de son aveu, ce qui aurait entraîné soit la révocation de l'aveu et la continuation du procès, soit le prononcé du jugement rejetant l'appel—Le juge de la C.C.I. a privé l'appelant de son droit d'être entendu et a brimé son droit à l'équité procédurale—La cause n'a cependant pas été renvoyée pour une nouvelle audition car la question devant la C.C.I. menait à une réponse inéluctable—Appel rejeté.

MERCURE C. CANADA (A-297-12, 2013 CAF 102, juge Pelletier, jugement en date du 16 avril 2013, 9 p.)

## PENSIONS

Appels de huit décisions de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (non publiées) rejetant les appels respectifs des appelants de décisions rendues par l'intimé portant que trois individus concernés exerçaient pour les appelants des emplois ouvrant droit à pension en vertu du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, et assurables, aux termes de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23—Le premier appelant (1392644 Ontario Inc.) est autorisé à exploiter des foyers d'accueil et des foyers de groupe, où des soins sont prodigués à des enfants éprouvant de graves troubles de développement et de comportement—Les services sont rendus par de nombreux individus auxquels l'appelant a eu recours, notamment des travailleurs auprès des enfants et des jeunes ainsi que des travailleurs sociaux—Le deuxième appelant (1324455 Ontario Inc.) agissait à titre de prestataire de services auprès du premier appelant—La question en litige concernait trois individus dont les services ont été retenus par les appelants et qui ont tous signé des contrats semblables avec les appelants dans le but de fournir, notamment, des services de soins à l'enfance, en tant qu'entrepreneurs indépendants—Compte tenu de décisions antérieures visant le premier appelant, la C.C.I. a conclu que les individus concernés ne sont pas des entrepreneurs indépendants, étant donné que les deux appelants exercent une grande emprise sur les travailleurs, que les dispositions des contrats désignant les travailleurs comme des travailleurs autonomes ne concordent pas avec la façon dont la relation contractuelle fonctionne réellement, et que rien n'indique que l'exploitation du premier appelant a changé depuis le prononcé des décisions antérieures—Il s'agissait de savoir si la C.C.I. a commis une erreur en accordant de l'importance aux conclusions de fait tirées dans d'autres jugements de la C.C.I., en ne tenant pas compte des critères permettant de déterminer s'il s'agissait de travailleurs-employés ou d'entrepreneurs indépendants, ou en les appliquant mal—Lorsque des faits semblables sont présentés à maintes reprises par la même partie à des juges différents, et lorsque les mêmes conclusions en sont tirées par tous les juges, il n'est pas inapproprié pour un juge de première instance de faire des remarques à cet égard—En l'espèce, la C.C.I. était justifiée de constater que les faits entourant l'exploitation du premier appelant étaient les mêmes que ceux qui ont été examinés antérieurement par d'autres juges de la C.C.I.—Même si le premier appelant n'a pas produit de preuve selon laquelle les faits en cause sont maintenant différents, la C.C.I. a examiné et apprécié la preuve soumise, et a tiré ses propres conclusions, fondées sur cette preuve—Le critère permettant d'établir si un individu agit à titre d'employé ou d'entrepreneur indépendant consiste à déterminer si l'individu rend les services pour son propre compte, et pour sa propre entreprise—Ce critère est difficile à appliquer avec certitude—Outre les critères bien connus de la jurisprudence, une nouvelle tendance fait jour (dans deux affaires en particulier) en jurisprudence, selon laquelle il est accordé beaucoup d'importance à l'intention déclarée des parties—L'une de ces affaires, *Royal Winnipeg Ballet c. M.R.N.*, 2006 CAF 87, [2007] 1 R.C.F. 35, clarifie la notion selon laquelle l'intention des parties doit se voir accorder un poids considérable, et établit qu'il

**PENSIONS—Fin**

fait d'abord tenir compte de la compréhension mutuelle de la relation entre les parties, avant d'appliquer les critères établis—Cependant, appliquer l'approche adoptée dans *Royal Winnipeg* se révèle difficile—Bien comprise, l'approche qui y est adoptée met l'accent sur le principe très connu selon lequel les personnes ont le droit d'organiser leurs affaires et leurs relations à leur convenance, mais l'effet juridique d'une relation n'est pas une question que les parties peuvent simplement stipuler dans un contrat—Il ne suffit pas de simplement déclarer dans un contrat que les services sont rendus par un entrepreneur indépendant pour qu'il en soit ainsi—Compte tenu des conséquences juridiques de la relation employeur-employé, la situation juridique d'un entrepreneur indépendant ou d'un employé ne peut pas être établie uniquement en se fondant sur l'intention déclarée des parties—L'établissement de la situation juridique doit aussi être fondée sur la réalité objective et vérifiable—Les affaires *Royal Winnipeg* et *Wolf c. Canada*, 2002 CAF 96 établissent un processus d'enquête en deux étapes permettant de résoudre la question centrale, à savoir si un individu rend des services en tant qu'entreprise, pour son propre compte—À la première étape, l'intention subjective de chacune des parties à la relation doit être déterminée; à la deuxième étape, il faut établir si la réalité objective corrobore l'intention subjective des parties—En l'espèce, même si la C.C.I. a inversé l'ordre des critères, cela ne suffisait pas pour vicier la décision, étant donné que la preuve corroborait les conclusions tirées—La C.C.I. n'a pas commis d'erreur en concluant que les individus concernés n'offrent pas leurs services aux appelants en tant qu'entreprises, étant donné, notamment, le degré de contrôle élevé que les appelants exercent sur eux—La preuve indiquait que la relation juridique entre les appelants et les individus concernés correspond à celle d'employeur-employé, plutôt qu'à celle de client-entrepreneur indépendant, en dépit des termes utilisés dans leurs contrats respectifs—Par conséquent, les appelants n'ont pas réussi à convaincre la Cour que la C.C.I. a commis une erreur manifeste et cruciale en appréciant la preuve et en concluant que les individus concernés sont des employés exerçant des emplois assurables et ouvrant droit à pension—Appels rejetés.

1392644 ONTARIO INC. C. CANADA (REVENU NATIONAL) (A-117-12, A-118-12, A-122-12, A-125-12, A-126-12, A-127-12, 2013 CAF 85, juge Mainville, J.C.A., jugement en date du 20 mars 2013, 22 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

Contrôle judiciaire de la décision d'Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (AADNC) de ne pas rembourser le Conseil de la bande de Pictou Landing (CBPL) pour les soins à domicile donnés à un de ses membres—Le membre du CBPL est un adolescent souffrant d'invalidités multiples qui a des besoins élevés en matière de soins et habite dans la réserve—Le CBPL reçoit du financement d'AADNC et de Santé Canada pour les soins à domicile—Le CBPL, Santé Canada et AADNC ont participé à une conférence de cas concernant les besoins du membre—Le CBPL croit que le cas du membre répond à la définition des cas visés par le principe de Jordan, selon lequel le ministère qui a été sollicité en premier pour un service généralement offert à l'extérieur de la réserve doit en assumer le coût pendant qu'il cherche à obtenir le remboursement des dépenses—AADNC a rejeté la demande présentée par le CBPL en vue d'obtenir un financement supplémentaire, déclarant que les prestations de soins à domicile 24 heures sur 24 dépassent la norme en matière de soins et que le cas ne répondait pas à la définition du gouvernement fédéral des cas visés par le principe de Jordan—Il s'agissait de savoir si le principe de Jordan s'appliquait en l'espèce et si AADNC avait correctement examiné la demande de financement—La conclusion d'AADNC selon laquelle le principe de Jordan n'était pas applicable est déraisonnable—Le principe de Jordan ne doit pas être interprété de façon restrictive—La norme en matière de soins englobe en l'espèce les règles provinciales concernant la gamme de services offerts aux personnes résidant hors réserve en Nouvelle-Écosse—Le principe de Jordan serait censé inclure les services accordés dans des cas exceptionnels dans la province où l'enfant réside—Dans la décision *Nova Scotia (Department of Community Services) v. Boudreau*, 2011 NSSC 126, [2011] 302 N.S.R. (2d) 50, il a été conclu qu'un adulte vivant hors réserve et souffrant d'invalidités multiples avait le droit de recevoir des soins à domicile accrus en vertu de la disposition relative aux circonstances exceptionnelles contenue dans la Politique de soutien direct aux familles de la Nouvelle-Écosse et à l'art. 9 de la *Social Assistance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 432—AADNC a été clairement informé par les fonctionnaires provinciaux de l'existence d'une politique prévue par la loi—Le principe de Jordan a été adopté dans le but même de s'appliquer à des situations comme celle du membre du CBPL—AADNC a commis une erreur en estimant que les soins demandés étaient des soins à domicile 24 heures par jour—AADNC et Santé Canada doivent rembourser les frais encourus par le CBPL—Demande accueillie.

PREMIÈRE NATION DE PICTOU LANDING C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1045-11, 2013 CF 342, juge Mandamin, jugement en date du 4 avril 2013, 39 p.)



If undelivered, return to:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services Canada  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :  
Les Éditions et Services de dépôt  
Travaux publics et Services gouvernementaux Canada  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5