



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 3, Part 2

2020, Vol. 3, 2^e fascicule

Cited as [2020] 3 F.C.R., {²⁰¹⁻⁴⁰⁹_{D-5-D-9}

Renvoi [2020] 3 R.C.F., {²⁰¹⁻⁴⁰⁹_{F-7-F-11}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r.

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

EMMA KALY

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, MARC A. GIROUX, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2021.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

Le Recueil des décisions des Cours fédérales est publié conformément à la Loi sur les Cours fédérales. L'arrêtiiste 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 MARC A. GIROUX.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2021.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should also address any inquiries and change of address notifications to the Editor:

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont également priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à l'arrê-tiste en chef.

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

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

CONTENTS

| | |
|-------------------------|---------|
| Appeals noted | I |
| Judgments | 201–409 |
| Digests. | D-5–D-9 |

Toronto-Dominion Bank v. Canada (F.C.A.) 201

Customs and Excise—Excise Tax Act—Deemed trusts—Appeal from Federal Court decision concluding that appellant obligated under *Excise Tax Act* (Act), s. 222(3) to remit to Receiver General portion of sale proceeds caught by deemed trust—Act, s. 222(1) creating deemed trust with respect to amounts collected as GST to be remitted to Receiver General—S. 222(3) extending trust to property of tax debtor held by secured creditor—Here, debtor collecting, but not remitting GST in relation to his business before becoming banking customer of appellant—Appellant unaware of debts, granting line of credit secured by charge against debtor's property—Debtor selling, transferring said property—Issuing trust cheques to repay appellant—Appellant subsequently discharging mortgage—Canada Revenue Agency asserting deemed trust claim under Act, s. 222 against appellant—Appellant refusing to pay amount claimed—Main issues whether Federal Court erring by finding (1) that deemed trust not requiring triggering event to cause trust to crystallize around specified assets, (2) that bona fide purchaser for value defence not available to secured creditors—Issues herein turning on proper interpretation of Act, ss. 222(1),(3)—Case law on deemed trust provisions of *Income Tax Act* relevant—Amendments post-*Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp. (Sparrow)* to Act, s. 222 assigning absolute priority to deemed trust—Parliament intending to grant priority to deemed trust in respect of property also subject to security interest, regardless of when security interest arising—Here, debtor deemed to hold GST amount in trust separate from property—Debtor's property to extent of tax debt deemed to be beneficially owned by Crown—Appellant under statutory obligation to remit proceeds from sale of property to Crown—Evolution of legislation part of “entire context” in which statutes to be read—Parliament enlarging scope of deemed trust

Continued on next page

SOMMAIRE

| | |
|-----------------------------|----------|
| Appels notés | I |
| Jugements | 201–409 |
| Fiches analytiques. | F-7–F-11 |

Banque Toronto-Dominion c. Canada (C.A.F.) 201

Douanes et Accise—Loi sur la taxe d'accise—Fiducies réputées—Appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a conclu que, selon l'art. 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* (la Loi), l'appelante devait verser au receveur général une partie du produit de la vente faisant l'objet d'une fiducie réputée—L'art. 222(1) de la Loi dispose que les montants perçus au titre de la TPS sont réputés être détenus en fiducie et doivent être versés au receveur général—L'art. 222(3) dispose que les biens du débiteur fiscal détenus par un créancier garanti sont également détenus en fiducie—Avant de devenir client de l'appelante, le débiteur dans la présente affaire a perçu de la TPS en raison de son entreprise, mais il ne l'a pas versée au receveur général—L'appelante, qui n'était pas au fait des dettes du débiteur, a accordé à ce dernier une marge de crédit qui était garantie par une sûreté enregistrée sur un immeuble lui appartenant—Le débiteur a vendu et transféré l'immeuble—Il a remis à l'appelante deux chèques en fiducie pour lui rembourser les sommes dues—Par la suite, l'appelante a levé l'hypothèque—L'Agence du revenu du Canada a fait valoir un droit à l'encontre de l'appelante en raison d'une fiducie réputée au titre de l'art. 222 de la Loi—L'appelante a refusé de payer le montant réclamé—Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant 1) qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait d'événement déclencheur pour que des biens précis soient visés par la fiducie, et 2) que les créanciers garantis ne peuvent pas se prévaloir du moyen de défense offert à l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux—Les questions soulevées dans le présent appel portaient sur l'interprétation correcte des art. 222(1) et (3) de la Loi—La jurisprudence portant sur les fiducies réputées selon la Loi de l'impôt sur le revenu est pertinente—À la suite de la décision dans l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp (Sparrow)*, des modifications ont

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

provisions so as to ensure that unremitted source deductions, unremitted GST recovered in priority to all debts—Federal Court not erring by finding that no triggering event required to cause trust to crystallize around specified assets—Words that spoke to triggering events removed from current version of deemed trust provisions—This reflecting Parliament’s intent that no triggering event required—Federal Court not erring in finding that secured creditors cannot avail themselves of *bona fide* purchaser for value defence—This defence not available to secured creditors—Appeal dismissed.

Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (F.C.A.) 231

Constitutional Law—Distribution of Powers—Appeal from Federal Court decision allowing application for judicial review of decision of federal Superintendent of Financial Institutions who decided that respondents’ pension plans provincially regulated, refused to regulate them any further—Respondents challenging Superintendent’s decisions through joint judicial review application in Federal Court—Federal Court quashing decisions of Superintendent who based decisions on Supreme Court’s controlling authority of *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*; holding that Superintendent erring; that pension plans federally regulated—Treaties Nos. 6, 8 and 10 key to Federal Court’s decision—Superintendent acting under federal *Pension Benefits Standards Act, 1985*, s. 4(4)—Under s. 4(4), having to assess whether respondents’ undertakings within Parliament of Canada’s legislative authority—While parties agreeing health care provincial matter, respondents submitting that Crown obligated by Treaties to ensure health care provided to Indigenous peoples, which transformed situation, rendering respondents’ undertakings

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

été apportées à l’art. 222 de la Loi pour accorder la priorité absolue à la fiducie réputée—Le législateur a voulu accorder la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque les biens sont également grevés d’une garantie, que celle-ci ait pris effet avant ou après la perception de la TPS—En l’espèce, le débiteur était réputé détenir le montant au titre de la TPS en fiducie, séparé de ses propres biens—Les biens du débiteur, jusqu’à concurrence de la dette fiscale, étaient réputés être des biens dans lesquels la Couronne avait un droit de bénéficiaire—L’appelante avait l’obligation légale de verser le produit qu’elle a reçu à la Couronne—L’évolution de la loi fait partie du « contexte global » dans lequel les lois doivent être interprétées—Le législateur a élargi la portée des dispositions sur les fiducies réputées afin de garantir le recouvrement des retenues à la source et de la TPS non versées en priorité sur toutes les dettes—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant qu’il ne doit pas y avoir d’événement déclencheur pour que la fiducie s’applique à des biens précis—La version antérieure des dispositions sur la fiducie réputée renvoyait à des événements déclencheurs—Il n’est plus question d’événements déclencheurs dans la version actuelle—Cela représente l’intention du législateur qu’il ne doit pas y avoir d’événement déclencheur—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que les créanciers garantis ne peuvent pas se prévaloir du moyen de défense offert aux acquéreurs de bonne foi à titre onéreux—Les créanciers garantis ne peuvent avoir recours à ce moyen de défense—Appel rejeté.

Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (C.A.F.) 231

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—Appel d’une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire d’une décision du surintendant des institutions financières fédéral, qui a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales et a décidé de ne plus les réglementer—Les intimées ont contesté les décisions du surintendant au moyen d’une demande conjointe de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale—La Cour fédérale a annulé les décisions du surintendant, qui a fondé ces décisions sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada qui fait autorité, *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*; elle a conclu que le surintendant avait commis une erreur et que les régimes de retraite relevaient de la compétence fédérale—Les traités nos 6, 8 et 10 ont joué dans la décision de la Cour fédérale—Le surintendant a appliqué l’art. 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, une loi fédérale—En appliquant cette disposition, le surintendant devait déterminer si les entreprises des intimées relevaient de la compétence fédérale—Les parties n’ont pas contesté que la prestation des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

federal—Whether Superintendent properly interpreting, applying constitutional case law concerning legislative authority of Parliament of Canada; more particularly, whether Treaties at issue affecting constitutional analysis—Superintendent right to reject respondents' submission—Superintendent failing to find substantial Indigenous component in respondents' functions—Superintendent focussed on question of “legislative authority” under *Pension Benefits Standards Act, 1985*, s. 4(4), identified *NIL/TU,O* as controlling authority, applied authority, concluded that respondents' undertakings functionally health care undertakings—Superintendent correct in concluding that respondents' undertakings thus under legislative authority of province—Legislative authority to regulate health care undertakings lying with province—Labour relations of employees in provincial undertakings, including pensions thereof, also presumptively subject to provincial regulation—Respondents' undertakings thus under provincial legislative authority—Federal Court going astray in analysis—Concentrated on terms of Treaties, *Constitution Act, 1982*, s. 35—Diverting itself from task *NIL/TU,O* required it to do, committed error of law—Treaties, rights therein, not changing question Superintendent having to ask himself under *Pension Benefits Standards Act, 1985*, s. 4(4) as to who having “legislative authority” to regulate respondents' undertakings—Answer to question found only in assignment, distribution of exclusive legislative authority in *Constitution Act, 1867*, ss. 91-95—Federal Court should not have quashed Superintendent's decisions—Appeal allowed.

Constitutional Law—Aboriginal and Treaty Rights—Superintendent of Financial Institutions deciding that respondents' pension plans provincially regulated, refusing to regulate them any further—Federal Court quashing decisions of Superintendent—Treaties Nos. 6, 8 and 10 key to Federal Court's decision—Superintendent acting under federal *Pension Benefits Standards Act, 1985*, s. 4(4)—Under s. 4(4), having to assess whether respondents' undertakings within Parliament of Canada's legislative authority—While parties agreeing health care provincial matter, respondents submitting

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

soins de santé relève de la compétence provinciale, mais les intimées ont souligné le fait que la Couronne a l'obligation, en vertu des traités, de veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux peuples autochtones, ce qui modifiait la situation et faisait en sorte que l'entreprise des intimées est de ressort fédéral—Il s'agissait de savoir si le surintendant a correctement interprété et appliqué la jurisprudence en matière constitutionnelle concernant la compétence fédérale et, plus particulièrement, si les traités en cause jouaient dans l'analyse constitutionnelle—Le surintendant a eu raison de rejeter l'argument des intimées—Le surintendant n'a pas conclu à un caractère autochtone substantiel dans les fonctions des intimées—Le surintendant s'est attaché à la question de la « compétence » pour l'application de l'art. 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, a circonscrit l'arrêt *NIL/TU,O* comme arrêt de principe, a appliqué cette jurisprudence et a conclu que les entreprises des intimées étaient, sur le plan fonctionnel, des entreprises de soins de santé—Le surintendant a eu raison de conclure que les entreprises des intimées relevaient de la compétence provinciale—La réglementation des entreprises de soins de santé relève des provinces—Les relations de travail des employés d'entreprises provinciales, y compris leurs régimes de retraite, sont présumées être assujetties à la réglementation provinciale—Les entreprises des intimées relevaient donc de la compétence de la province—Dans son analyse, la Cour fédérale s'est égarée—Elle a porté son attention sur le libellé des traités et sur l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*—Elle a ainsi négligé l'analyse que commande l'arrêt *NIL/TU,O* et il s'agissait d'une erreur de droit—Les traités et les droits issus de ces traités ne modifiaient en rien la question à laquelle devait répondre le surintendant pour l'application de l'art. 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* : qui a « compétence » pour réglementer les entreprises des intimées?—La réponse à cette question se trouve uniquement dans la distribution des pouvoirs exclusifs prévue aux art. 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—La Cour fédérale n'aurait pas dû annuler les décisions du surintendant—Appel accueilli.

Droit constitutionnel—Droits ancestraux ou issus de traités—Le surintendant des institutions financières a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales et a décidé de ne plus les réglementer—La Cour fédérale a annulé les décisions du surintendant—Les traités nos 6, 8 et 10 ont joué dans la décision de la Cour fédérale—Le surintendant a appliqué l'art. 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, une loi fédérale—En appliquant cette disposition, il devait déterminer si les entreprises des intimées relevaient de la compétence fédérale—Les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

that Crown obligated by Treaties to ensure health care provided to Indigenous peoples, which transformed situation, rendering respondents' undertakings federal—Whether Treaties at issue affecting constitutional analysis—Superintendent correct in concluding that respondents' undertakings under legislative authority of province—Federal Court going astray in analysis—Concentrated on terms of Treaties, *Constitution Act, 1982*, s. 35—Treaties, rights therein, not changing question Superintendent having to ask himself under *Pension Benefits Standards Act, 1985*, s. 4(4) as to who having “legislative authority” to regulate respondents' undertakings—Answer to question found only in assignment, distribution of exclusive legislative authority in *Constitution Act, 1867*, ss. 91-95.

Aboriginal Peoples—Superintendent of Financial Institutions deciding that respondents' pension plans provincially regulated, refusing to regulate them any further—Federal Court quashing decisions of Superintendent—Treaties Nos. 6, 8 and 10 key to Federal Court's decision—Superintendent acting under federal *Pension Benefits Standards Act, 1985*, s. 4(4)—Under s. 4(4), having to assess whether respondents' undertakings within Parliament of Canada's legislative authority—While parties agreeing health care provincial matter, respondents submitting that Crown obligated by Treaties to ensure health care provided to Indigenous peoples, which transformed situation, rendering respondents' undertakings federal—Superintendent failing to find substantial Indigenous component in respondents' functions, correct in concluding that respondents' undertakings under legislative authority of province—Federal Court going astray in analysis—Concentrated on terms of Treaties, *Constitution Act, 1982*, s. 35—Treaties, rights therein, not changing question Superintendent having to ask himself under *Pension Benefits Standards Act, 1985*, s. 4(4) as to who having “legislative authority” to regulate respondents' undertakings—Answer to question found only in assignment, distribution of exclusive legislative authority in *Constitution Act, 1867*, ss. 91-95.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

parties n'ont pas contesté que la prestation des soins de santé relève de la compétence provinciale, mais les intimées ont souligné le fait que la Couronne a l'obligation, en vertu des traités, de veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux peuples autochtones, ce qui modifiait la situation et faisait en sorte que l'entreprise des intimées est de ressort fédéral—Il s'agissait de savoir si les traités en cause jouaient dans l'analyse constitutionnelle—Le surintendant a eu raison de conclure que les entreprises des intimées relevaient de la compétence provinciale—Dans son analyse, la Cour fédérale s'est égarée—Elle a porté son attention sur le libellé des traités et sur l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*—Les traités et les droits issus de ces traités ne modifiaient en rien la question à laquelle devait répondre le surintendant pour l'application de l'art. 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* : qui a « compétence » pour réglementer ces entreprises?—La réponse à cette question se trouve uniquement dans la distribution des pouvoirs exclusifs prévue aux art. 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Peuples autochtones—Le surintendant des institutions financières a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales et a décidé de ne plus les réglementer—La Cour fédérale a annulé les décisions du surintendant—Les traités nos 6, 8 et 10 ont joué dans la décision de la Cour fédérale—Le surintendant a appliqué l'art. 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, une loi fédérale—En appliquant cette disposition, il devait déterminer si les entreprises des intimées relevaient de la compétence fédérale—Les parties n'ont pas contesté que la prestation des soins de santé relève de la compétence provinciale, mais les intimées ont souligné le fait que la Couronne a l'obligation, en vertu des traités, de veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux peuples autochtones, ce qui modifiait la situation et faisait en sorte que l'entreprise des intimées est de ressort fédéral—Le surintendant n'a pas conclu à un caractère autochtone substantiel dans les fonctions des intimées et il a eu raison de conclure que les entreprises des intimées relevaient de la compétence provinciale—Dans son analyse, la Cour fédérale s'est égarée—Elle a porté son attention sur le libellé des traités et sur l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*—Les traités et les droits issus de ces traités ne modifiaient en rien la question à laquelle devait répondre le surintendant pour l'application de l'art. 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* : qui a « compétence » pour réglementer ces entreprises?—La réponse à cette question se trouve uniquement dans la distribution des pouvoirs exclusifs prévue aux art. 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Pensions—Superintendent of Financial Institutions, acting under federal *Pension Benefits Standards Act, 1985*, s. 4(4), deciding that respondents' pension plans provincially regulated, refusing to regulate them any further—Under s. 4(4), Superintendent having to assess whether respondents' undertakings within Parliament of Canada's legislative authority—While parties agreeing health care provincial matter, respondents submitting that Crown obligated by Treaties to ensure health care provided to Indigenous peoples, which transformed situation, rendering respondents' undertakings federal—Superintendent failing to find substantial Indigenous component in respondents' functions, correct in concluding that respondents' undertakings under legislative authority of province—Question Superintendent having to ask himself under *Pension Benefits Standards Act, 1985*, s. 4(4): who had “legislative authority” to regulate respondents' undertakings—Answer to question found only in assignment, distribution of exclusive legislative authority in *Constitution Act, 1867*, ss. 91-95.

Barejo Holdings ULC v. Canada (F.C.A.) 249

Income Tax—Income Calculation—“Debt”—Appeal from Tax Court of Canada order wherein Tax Court answering preliminary question pursuant to motion made jointly by appellant, Crown—At issue was whether two contracts (styled as “Notes”) were debt for purposes of *Income Tax Act*, s. 94.1(1)(a) during appellant's 2010 taxation year, even though amounts to be paid thereunder remaining unknown until Notes coming to term—Tax Court Judge answering question in affirmative, holding that amounts ascertainable when payment becoming due for debt to exist under provision—Previously answering question on matter in 2015—Appellant holding shares of Saint-Lawrence Trade (SLT), non-resident open-ended investment company—SLT, controlled foreign affiliate of appellant—SLT acquiring Notes from non-resident banking entities for USD 498 million representing Reference Assets Net Asset Value at time—Because value of Reference Assets in constant flux, amounts to be paid under Notes remaining unknown—Appellant reassessed pursuant to Foreign Accrual Property Income (FAPI) regime, Offshore Investment Foreign Property (OIFP) rules—Parties then asking Tax Court broad question as to whether two Notes at issue held by SLT constituting debt for purposes of Act to which Tax Court answered affirmatively—On appeal, appellant contending that in holding that Notes debt for purposes of Act, s. 94.1(1), Tax Court Judge failing to have regard to legal meaning of word

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Pensions—Le surintendant des institutions financières, appliquant l'art. 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, une loi fédérale, a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales et a décidé de ne plus les réglementer—En appliquant cette disposition, il devait déterminer si les entreprises des intimées relevaient de la compétence fédérale—Les parties n'ont pas contesté que la prestation des soins de santé relève de la compétence provinciale, mais les intimées ont souligné le fait que la Couronne a l'obligation, en vertu des traités, de veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux peuples autochtones, ce qui modifiait la situation et faisait en sorte que l'entreprise des intimées est de ressort fédéral—Le surintendant n'a pas conclu à un caractère autochtone substantiel dans les fonctions des intimées et il a eu raison de conclure que les entreprises des intimées relevaient de la compétence provinciale—La question à laquelle devait répondre le surintendant pour l'application de l'art. 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* était la suivante : qui a « compétence » pour réglementer ces entreprises?—La réponse à cette question se trouve uniquement dans la distribution des pouvoirs exclusifs prévue aux art. 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Barejo Holdings ULC c. Canada (C.A.F.) 249

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—« Créance »—Appel d'une ordonnance rendue par la Cour canadienne de l'impôt par laquelle la Cour de l'impôt a tranché une question préliminaire qui lui avait été présentée par voie de requête conjointe de l'appelante et de la Couronne—Il s'agissait de savoir si deux contrats (portant la mention « billets ») constituaient des créances pour l'application de l'art. 94.1(1)(a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au cours de l'année d'imposition 2010 de l'appelante, même si la somme exigible était inconnue et le demeurerait jusqu'à la date d'échéance des billets—Le juge de la Cour de l'impôt a tranché la question par l'affirmative, concluant que, pour qu'il y ait créance pour l'application de cette disposition, le montant du paiement devait être déterminable au moment où il était exigible—Il avait tranché une première question en 2015 dans la même affaire—L'appelante détenait des parts de Saint-Lawrence Trade (SLT), un fonds de placement à capital variable étranger—SLT était une société étrangère affiliée contrôlée de l'appelante—SLT a acquis les billets auprès d'entités bancaires non résidentes pour 498 millions de dollars américains chacun, soit la valeur nette des actifs de référence à cette date—Étant donné que la valeur des actifs de référence fluctuait, la somme exigible pour acquitter les billets demeurerait inconnue—De nouvelles cotisations ont été établies à l'égard de l'appelante conformément au régime relatif au revenu étranger accumulé tiré de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

debt, according to which debt not arising unless, until amount to be paid known or ascertainable—Crown maintaining that word debt capable of variety of meanings, that Notes were debt—Whether open to Tax Court Judge to hold that Notes could be labelled as debt for purposes of Act, s. 94.1(1)(a)—Answer to issue in question turning on meaning given to word debt under Act, s. 94.1(1)(a), whether Notes coming within this meaning—Amount to be paid under Notes unknown in 2010—No single meaning of word debt; capable of various definitions—Debt of non-resident entity may derive its value from portfolio investments that fluctuate over time—Subsection 94.1(1) preventing deferral of income through use of foreign investments in low tax jurisdictions, accumulation of proceeds, their reinvestment offshore—Overwhelming case law supporting Tax Court’s conclusion that no all-encompassing definition of word “debt” existing—In this case, Parliament could not have been any clearer in bringing within meaning of debt in Act, s. 94.1(1)(a) right to claim amount that derives its value from portfolio investments that fluctuate—Capital export neutrality fundamental objective behind both FAPI regime, OIFP rules—Based on record, application of s. 94.1(1) advancing capital export neutrality on facts of present case—When regard had to text, context, purpose of Act, s. 94.1(1)(a), debt arising for purposes of this provision when three specified conditions met—Since three conditions met herein, sufficient to dispose of appeal—Tax Court finding that interest rate must exist as fourth characteristic essential for existence of debt—However, no requirement under civil, common law that interest component in amount to be paid or repaid for debt to exist—Thus, fourth characteristic identified by Tax Court not essential—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

biens (REATB) ainsi qu’aux règles relatives aux biens d’un fonds de placement non-résident (BFPNR)—Les parties ont ensuite demandé à la Cour de l’impôt de trancher la question plus générale de savoir si les deux billets en cause détenus par SLT constituaient une créance aux fins de la Loi, à laquelle la Cour de l’impôt a répondu par l’affirmative—En appel, l’appelante a fait valoir qu’en concluant que les billets constituaient des créances pour l’application de l’art. 94.1(1) de la Loi, le juge de la Cour de l’impôt a fait fi du sens établi en droit du terme « créance », suivant lequel une créance n’existe que dès lors que la somme due est connue ou déterminable—La Couronne a soutenu que le terme « créance » possède plus d’un sens et a fait valoir que les billets constituaient des créances—Il s’agissait de savoir s’il était loisible au juge de la Cour de l’impôt de statuer que les billets pouvaient être qualifiés de créance pour l’application de l’art. 94.1(1)a de la Loi—Pour répondre à cette question, il fallait analyser le sens à attribuer au terme « créance » pour l’application de l’art. 94.1(1)a de la Loi et se demander si les billets étaient visés par ce terme—Les sommes servant à acquitter les billets étaient inconnues en 2010—Le terme « créance » ne possède pas un seul sens ; il peut revêtir plus d’une définition—La créance d’une entité non-résidente peut tirer sa valeur de placements de portefeuille qui fluctuent avec le temps—L’art. 94.1(1) empêche le contribuable de différer un revenu par le truchement de placements à l’étranger dans des ressorts à faible taux d’imposition ainsi que d’accumuler des profits et de les réinvestir à l’étranger—La conclusion de la Cour de l’impôt, à savoir qu’il n’existe pas une seule définition exhaustive du terme « créance », était étayée d’une abondante jurisprudence—Dans la présente affaire, le législateur a été on ne peut plus clair quand il a exprimé son intention de faire entrer dans le champ d’application du terme « créance » qui figure à l’art. 94.1(1)a le droit d’exiger une somme fluctuant au gré de la valeur des placements de portefeuille—L’objet fondamental du régime de REATB et des règles relatives aux BFPNR consiste à assurer la neutralité en matière d’exportation de capitaux—Compte tenu de la preuve, l’application de l’art. 94.1(1) aux billets contribuait, en l’espèce, à la neutralité en matière d’exportation de capitaux—Vu le texte, le contexte et l’objet de l’art. 94.1(1)a de la Loi, il y a créance pour l’application de cette disposition dès lors que trois conditions précises sont remplies—Étant donné que les trois conditions étaient remplies dans la présente affaire, cela suffisait pour trancher l’appel—La Cour de l’impôt a énoncé une quatrième caractéristique à laquelle est subordonnée l’existence d’une créance, soit un taux d’intérêt—Toutefois, ni le droit civil ni la common law n’exigent, pour qu’il y ait dette ou créance, que le paiement ou remboursement soit assorti d’intérêts—Il s’en suivait que la quatrième caractéristique

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Gomes v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 292

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Refugee Appeal Division (RAD) decision ruling that Refugee Protection Division (RPD) not erring in rejecting applicant’s claim for refugee protection—Applicant claiming refugee protection based on political opinions, activism in Guinea-Bissau, Brazil—RPD finding, *inter alia*, that applicant not at risk in Guinea-Bissau—RAD simply ruling that RPD not committing any error—Applicant submitting, *inter alia*, that RAD not conducting independent analysis of evidence, issuing “scarce” reasons—Whether paucity of reasons indicative of failure by RAD to undertake independent assessment of record; whether reasons of RAD meeting standard of justification, transparency, intelligibility—Applicant failing to rebut presumption that all evidence considered, independent analysis of record undertaken by RAD—Approach followed by RAD herein not implying that it failed to conduct own analysis—However, RAD’s decision unreasonable—RAD having to provide reasons addressing key issues, explicitly express its own findings—In this case, failure by RAD to do so constituting sufficiently serious shortcoming such that decision, as a whole, could not be said to exhibit requisite degree of justification, intelligibility, transparency—RAD not meaningfully grappling with key elements of case, thus failing to provide justification of its decision regarding central issues, concerns raised by applicant—Application allowed.

Canada (Citizenship and Immigration) v. Kljajic (F.C.) 317

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—False representation or fraud—Inadmissible persons—War crimes and crimes against humanity—Action by plaintiffs seeking various declarations of inadmissibility against defendant pursuant to *Citizenship Act*, ss. 10.1(1), 10.2, 10.5(1) in force at time statement of claim served, filed—Defendant holding position of Under-Secretary for Public Security of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

énoncée par la Cour de l’impôt n’était pas une caractéristique fondamentale—Appel rejeté.

Gomes c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 292

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d’appel des réfugiés (SAR) a jugé que la Section de la protection des réfugiés (SPR) n’avait commis aucune erreur en rejetant la demande d’asile du demandeur—Le demandeur a demandé l’asile sur la base de ses opinions politiques et de son activisme en Guinée-Bissau et au Brésil—La SPR a conclu notamment que le demandeur n’était pas exposé à un risque en Guinée-Bissau—La SAR a simplement jugé que la SPR n’avait commis aucune erreur—Selon le demandeur, notamment, la SAR n’a pas procédé à une analyse indépendante de la preuve et les motifs du tribunal étaient « très limités »—Il s’agissait de savoir si le caractère très succinct des motifs montrait que la SAR n’a pas procédé à une évaluation indépendante du dossier; et si les motifs de la SAR respectaient la norme requise en matière de justification, de transparence et d’intelligibilité—Le demandeur n’a pas réussi à réfuter la présomption selon laquelle la SAR a examiné l’ensemble de la preuve et effectué sa propre analyse indépendante du dossier—L’approche suivie par la SAR dans la présente affaire ne signifie pas qu’elle a omis de mener sa propre analyse—Cela dit, la décision rendue par la SAR était déraisonnable—La SAR doit fournir des motifs qui répondent aux questions clés et énoncer explicitement ses propres conclusions—Dans la présente affaire, le fait que la SAR ne l’a pas fait constituait une lacune suffisamment grave pour que la décision dans son ensemble soit considérée comme ne présentant pas le degré requis de justification, d’intelligibilité et de transparence—La décision de la SAR ne s’est pas attaquée de façon significative aux questions clés de l’affaire et ne comportait donc pas de justification à l’appui de ses conclusions concernant les questions et préoccupations centrales soulevées par le demandeur—Demande accueillie.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Kljajic (C.F.) 317

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Fraude ou fausse déclaration—Personnes interdites de territoire—Crimes de guerre et crimes contre l’humanité—Action par laquelle les demandeurs ont sollicité divers jugements déclarant le défendeur interdit de territoire conformément aux art. 10.1(1), 10.2 et 10.5(1) de la version de la *Loi sur la citoyenneté* qui était en vigueur lorsqu’ils ont signifié et déposé

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Ministry of Internal Affairs of Bosnian Serb Republic (RS MUP) from outbreak of Bosnian war until September 1992—Responsible for, *inter alia*, defence of police academy—Applying for permanent residence in Canada in 1995, becoming Canadian citizen in 1999—Minister of RS MUP, defendant’s direct subordinates later imprisoned for war crimes—Plaintiffs alleging that defendant inadmissible (1) for having been prescribed senior official in service of government that engaged in systematic or gross human rights violations, genocide, war crimes, crimes against humanity, within meaning of *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* (CAHWCA), ss. 6(3),(4),(5); (2) for having been complicit in commission of acts outside Canada constituting offence referred to in CAHWCA, ss. 6, 7—Seeking declarations that defendant inadmissible, obtaining permanent resident status, citizenship by false representation or fraud, or by knowingly concealing material circumstances—Whether defendant becoming permanent resident by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances; whether defendant inadmissible on grounds of violating human or international rights, as set forth in *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 35(1)(b); whether defendant inadmissible on grounds of violating human or international rights, as set forth in *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 35(1)(a)—Defendant knowingly concealing material circumstances—Omitted facts possibly leading to screening out of defendant’s application, further inquiries—Fear of harm not negating reasonable inference that defendant “knowingly” concealing material circumstances—Applicants having to disclose basis for fear of persecution—Defendant inadmissible on grounds of violating human or international rights—Within Parliament’s power to legislate that permanent residents inadmissible by virtue of holding prescribed senior position within government engaged in crimes referred to in Act, s. 35(1)(b)—*Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)* having no application to s. 35(1)(b)—Nothing in Act, s. 42.1 or elsewhere providing Court with jurisdiction to take account of national interest considerations in conducting assessment contemplated by *Citizenship Act*, s. 10.5(1)—Here, defendant “senior member” of military, internal security service of RS government—Defendant complicit in RS MUP’s crimes against humanity, pursuant to Act, 35(1)(a), voluntarily making significant, knowing contribution to group’s crime or criminal purpose—RS MUP playing critical role in war—Defendant likely aware of crimes perpetrated by RS MUP—Heading branch heavily involved in combat activities—Actively involved in establishment, functioning of RS MUP—Routinely giving orders—Contribution to criminal purposes of RS MUP having element of recklessness—Voluntarily joining RS MUP—Defendant’s state of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

leur déclaration—Le défendeur a occupé le poste de sous-secrétaire de la section de la sécurité publique du ministère de l’Intérieur de la République de la Bosnie-Herzégovine (RS MUP) dès le début de la guerre jusqu’en septembre 1992—Il était, entre autres, responsable de la défense de l’académie de police—Il a présenté une demande de résidence permanente au Canada en 1995 et il est devenu citoyen canadien en 1999—Le ministre du RS MUP et une personne qui a été un des subalternes directs du défendeur ont ensuite été emprisonnés pour crimes de guerre—Les demandeurs ont soutenu que le défendeur était interdit de territoire au Canada 1) pour avoir occupé un poste de rang supérieur au sein d’un gouvernement qui s’est livré à des violations graves ou répétées des droits de la personne, à un génocide, à des crimes de guerre et à des crimes contre l’humanité, au sens des art. 6(3), (4) et (5) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre* (LCHCG), et 2) pour avoir été complice à l’étranger d’infractions visées aux art. 6 et 7 de la LCHCG—Ils ont sollicité des jugements déclarant que le défendeur était interdit de territoire, qu’il a obtenu la résidence permanente et la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels—Il s’agissait de savoir si le défendeur est devenu résident permanent par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels; si le défendeur était interdit de territoire au Canada pour atteinte aux droits humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l’art. 35(1)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Loi); et si le défendeur était interdit de territoire au Canada pour atteinte aux droits humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l’art. 35(1)(a) de la Loi—Le défendeur a intentionnellement dissimulé des faits essentiels—Il a omis des faits qui auraient soit mené au rejet de sa demande, soit à la tenue d’enquêtes supplémentaires—La crainte que l’on s’en prenne à lui n’a pas écarté la déduction raisonnable qu’il a dissimulé de façon « intentionnelle » des faits essentiels—Les demandeurs d’asile doivent indiquer le fondement de leur crainte de persécution—Le défendeur a été déclaré interdit de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux—Il relève de la compétence du législateur de légiférer l’interdiction de territoire des résidents permanents parce qu’ils occupent un poste de rang supérieur au sein d’un gouvernement qui a commis les crimes mentionnés à l’art. 35(1)(b) de la LIPR—L’arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* ne s’applique aucunement dans le contexte de l’art. 35(1)(b)—Rien dans l’article 42.1 de la Loi ou ailleurs ne confère compétence à la Cour pour prendre en compte des considérations relatives à l’intérêt national lors de la réalisation de l’évaluation prévue à l’art. 10.5(1) de la *Loi sur la citoyenneté*—Dans la présente affaire, le défendeur était un « responsable » des forces armées et des services de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

mind leading-up to departure from RS MUP not reflecting air of coercion or moral involuntariness—No tension reflected between fear for defendant’s personal safety, continuing complicity in crimes—Defendant not compelled to commit crimes against humanity—Declarations granted.

Evidence—Plaintiffs seeking declarations of inadmissibility against defendant pursuant to *Citizenship Act*, ss. 10.1(1), 10.2, 10.5(1) in force at time statement of claim served, filed—Witnesses for proceeding herein testifying from embassy in Belgrade—Not necessary to administer oath to foreign witnesses in accordance with Serbian law or in presence of Serbian judge or lawyer—Sufficient to administer oath in manner contemplated by *Canada Evidence Act*, ss. 52, 53.

SOMMAIRE (Fin)

sécurité intérieure de la RS—Le défendeur était complice des crimes contre l’humanité perpétrés par le RS MUP, au sens de l’art. 35(1)a) de la Loi, et il a volontairement et consciemment contribué de manière significative à la perpétration d’un crime par un groupe ou à la réalisation du dessein criminel de ce groupe—Le RS MUP a joué un rôle déterminant pendant la guerre—Le défendeur savait vraisemblablement que le RS MUP perpétrait des crimes—Il était le chef de la division qui a participé largement aux activités de combat—Le défendeur a participé activement à l’établissement du RS MUP et à son organisation—Il donnait régulièrement des ordres—Sa contribution au dessein criminel du RS MUP comportait un élément d’insouciance—Il s’est joint volontairement au RS MUP—Son état mental avant son départ du RS MUP ne reflétait pas la moindre impression de coercition ou de caractère involontaire au sens moral—Rien n’indiquait l’existence d’un conflit entre sa crainte pour sa sécurité personnelle et sa complicité continue dans la perpétration de crimes—Le défendeur n’a pas été contraint à commettre des crimes contre l’humanité—Jugements déclaratoires accordés.

Preuve—Les demandeurs ont sollicité des jugements déclarant le défendeur interdit de territoire conformément aux art. 10.1(1), 10.2 et 10.5(1) de la version de la *Loi sur la citoyenneté* qui était en vigueur lorsqu’ils ont signifié et déposé leur déclaration—Dans la présente affaire, des personnes ont témoigné depuis l’ambassade du Canada à Belgrade—Il n’était pas nécessaire de s’assurer que les témoins étrangers avaient prêté serment conformément au droit serbe ou en présence d’un juge ou d’un avocat serbe—Il suffisait que l’assermentation ait eu lieu de la manière prévue aux art. 52 et 53 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General), T-982-19, 2019 FC 1195, has been reversed on appeal (A-386-19, 2021 FCA 84, reasons for judgment handed down April 26, 2021). Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship), IMM-2229-17, IMM-2977-17, IMM-775-17, 2020 FC 770, has been reversed on appeal (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, A-204-20, 2021 FCA 72, reasons for judgment handed down April 15, 2021). Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Curtis v. Canada (Human Rights Commission), A-50-19, 2020 FCA 149, Rivoalen J.A., judgment dated September 25, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused April 8, 2021.

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, A-267-17, A-270-17, 2020 FCA 100, Stratias J.A., judgment dated June 5, 2020, leave to appeal to S.C.C. granted April 22, 2021.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Alberta (Procureur général)*, T-982-19, 2019 CF 1195, a été infirmée en appel (A-386-19, 2021 CAF 84, les motifs du jugement ayant été prononcés le 26 avril 2021). Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Conseil canadien des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-2229-17, IMM-2977-17, IMM-775-17, 2020 CF 770, a été infirmée en appel (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien des réfugiés*, A-204-20, 2021 CAF 72, les motifs du jugement ayant été prononcés le 15 avril 2021). Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Curtis c. Canada (Commission des droits de la personne), A-50-19, 2020 CAF 149, la juge Rivoalen, J.C.A., jugement en date du 25 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 avril 2021.

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, A-267-17, A-270-17, 2020 CAF 100, le juge Stratias, J.C.A., jugement en date du 5 juin 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 8 avril 2021.

**Federal Courts
Reports**

2020, Vol. 3, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 3, 2^e fascicule

A-183-18
2020 FCA 80

A-183-18
2020 CAF 80

The Toronto-Dominion Bank (*Appellant*)

La Banque Toronto-Dominion (*appelante*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

and

et

The Canadian Bankers' Association (*Intervener*)

L'Association des banquiers canadiens (*intervenante*)

INDEXED AS: TORONTO-DOMINION BANK v. CANADA

RÉPERTORIÉ : BANQUE TORONTO-DOMINION c. CANADA

Federal Court of Appeal, Dawson, Near and Gleason JJ.A.—Toronto, October 8, 2019; Ottawa, April 29, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Near et Gleason, J.C.A.—Toronto, 8 octobre 2019; Ottawa, 29 avril 2020.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Deemed trusts — Appeal from Federal Court decision concluding that appellant obligated under Excise Tax Act (Act), s. 222(3) to remit to Receiver General portion of sale proceeds caught by deemed trust — Act, s. 222(1) creating deemed trust with respect to amounts collected as GST to be remitted to Receiver General — S. 222(3) extending trust to property of tax debtor held by secured creditor — Here, debtor collecting, but not remitting GST in relation to his business before becoming banking customer of appellant — Appellant unaware of debts, granting line of credit secured by charge against debtor's property — Debtor selling, transferring said property — Issuing trust cheques to repay appellant — Appellant subsequently discharging mortgage — Canada Revenue Agency asserting deemed trust claim under Act, s. 222 against appellant — Appellant refusing to pay amount claimed — Main issues whether Federal Court erring by finding (1) that deemed trust not requiring triggering event to cause trust to crystallize around specified assets, (2) that bona fide purchaser for value defence not available to secured creditors — Issues herein turning on proper interpretation of Act, ss. 222(1), (3) — Case law on deemed trust provisions of Income Tax Act relevant — Amendments post-Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp. (Sparrow) to Act, s. 222 assigning absolute priority to deemed trust — Parliament intending to grant priority to deemed trust in respect of property also subject to security interest, regardless of when security interest arising — Here, debtor deemed to hold GST amount in trust separate from property — Debtor's property to extent of tax debt deemed to be beneficially owned by Crown — Appellant under statutory obligation to remit proceeds from sale of property to Crown — Evolution of legislation part of "entire context" in which statutes to be read — Parliament enlarging scope of deemed trust provisions so as to ensure that

Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Fiducies réputées — Appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a conclu que, selon l'art. 222(3) de la Loi sur la taxe d'accise (la Loi), l'appelante devait verser au receveur général une partie du produit de la vente faisant l'objet d'une fiducie réputée — L'art. 222(1) de la Loi dispose que les montants perçus au titre de la TPS sont réputés être détenus en fiducie et doivent être versés au receveur général — L'art. 222(3) dispose que les biens du débiteur fiscal détenus par un créancier garanti sont également détenus en fiducie — Avant de devenir client de l'appelante, le débiteur dans la présente affaire a perçu de la TPS en raison de son entreprise, mais il ne l'a pas versée au receveur général — L'appelante, qui n'était pas au fait des dettes du débiteur, a accordé à ce dernier une marge de crédit qui était garantie par une sûreté enregistrée sur un immeuble lui appartenant — Le débiteur a vendu et transféré l'immeuble — Il a remis à l'appelante deux chèques en fiducie pour lui rembourser les sommes dues — Par la suite, l'appelante a levé l'hypothèque — L'Agence du revenu du Canada a fait valoir un droit à l'encontre de l'appelante en raison d'une fiducie réputée au titre de l'art. 222 de la Loi — L'appelante a refusé de payer le montant réclamé — Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant 1) qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait d'événement déclencheur pour que des biens précis soient visés par la fiducie, et 2) que les créanciers garantis ne peuvent pas se prévaloir du moyen de défense offert à l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux — Les questions soulevées dans le présent appel portaient sur l'interprétation correcte des art. 222(1) et (3) de la Loi — La jurisprudence portant sur les fiducies réputées selon la Loi de l'impôt sur le revenu est pertinente — À la suite de la décision dans l'arrêt Banque Royale du Canada c. Sparrow

unremitted source deductions, unremitted GST recovered in priority to all debts — Federal Court not erring by finding that no triggering event required to cause trust to crystallize around specified assets — Words that spoke to triggering events removed from current version of deemed trust provisions — This reflecting Parliament's intent that no triggering event required — Federal Court not erring in finding that secured creditors cannot avail themselves of bona fide purchaser for value defence — This defence not available to secured creditors — Appeal dismissed.

This was an appeal from a Federal Court decision concluding that the appellant was obligated under subsection 222(3) of the *Excise Tax Act* (Act) to remit to the Receiver General a portion of the sale proceeds caught by a deemed trust.

Subsection 222(1) of the Act creates a deemed trust with respect to amounts that are collected as goods and services tax and are to be remitted to the Receiver General. Subsection 222(3) extends the trust created by subsection (1) to the property of the tax debtor and property of the tax debtor held by any secured creditor. Before he became a banking customer of the appellant, the debtor in the present case collected, but did not remit to the Receiver General, GST in relation to his landscaping business. In 2010, the appellant, who was not aware of any debts owed by the debtor pursuant to the Act, granted a line of credit to the debtor that was secured by a charge in favour of the appellant registered against a property owned by the debtor. In 2011, the debtor sold and transferred the property. The debtor issued two trust cheques to the appellant to repay the line of credit and the mortgage, and discharge the charges registered against the property. The appellant subsequently discharged the charge and mortgage registered against the property. The Canada Revenue Agency asserted a deemed trust claim under section 222 of the Act against the appellant on the basis that the proceeds it

Electric Corp (Sparrow), des modifications ont été apportées à l'art. 222 de la Loi pour accorder la priorité absolue à la fiducie réputée — Le législateur a voulu accorder la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque les biens sont également grevés d'une garantie, que celle-ci ait pris effet avant ou après la perception de la TPS — En l'espèce, le débiteur était réputé détenir le montant au titre de la TPS en fiducie, séparé de ses propres biens — Les biens du débiteur, jusqu'à concurrence de la dette fiscale, étaient réputés être des biens dans lesquels la Couronne avait un droit de bénéficiaire — L'appelante avait l'obligation légale de verser le produit qu'elle a reçu à la Couronne — L'évolution de la loi fait partie du « contexte global » dans lequel les lois doivent être interprétées — Le législateur a élargi la portée des dispositions sur les fiducies réputées afin de garantir le recouvrement des retenues à la source et de la TPS non versées en priorité sur toutes les dettes — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il ne doit pas y avoir d'événement déclencheur pour que la fiducie s'applique à des biens précis — La version antérieure des dispositions sur la fiducie réputée renvoyait à des événements déclencheurs — Il n'est plus question d'événements déclencheurs dans la version actuelle — Cela représente l'intention du législateur qu'il ne doit pas y avoir d'événement déclencheur — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les créanciers garantis ne peuvent pas se prévaloir du moyen de défense offert aux acquéreurs de bonne foi à titre onéreux — Les créanciers garantis ne peuvent avoir recours à ce moyen de défense — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a conclu que, selon le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* (la Loi), l'appelante devait verser au receveur général une partie du produit de la vente faisant l'objet d'une fiducie réputée.

Le paragraphe 222(1) de la Loi dispose que les montants perçus au titre de la taxe sur les produits et services sont réputés être détenus en fiducie et doivent être versés au receveur général. Le paragraphe 222(3) dispose que les biens du débiteur fiscal et les biens du débiteur fiscal détenus par un créancier garanti sont également détenus en fiducie selon le paragraphe (1). Avant de devenir client de l'appelante, le débiteur dans la présente affaire a perçu de la TPS en raison de son entreprise d'aménagement paysager, mais il ne l'a pas versée au receveur général. En 2010, l'appelante, qui n'était pas au fait des dettes du débiteur en application de la Loi, a accordé à ce dernier une marge de crédit qui était garantie par une sûreté enregistrée sur un immeuble lui appartenant. En 2011, le débiteur a vendu et transféré l'immeuble. Il a remis à l'appelante deux chèques en fiducie pour rembourser la marge de crédit et l'hypothèque et acquitter les sûretés enregistrées sur l'immeuble. Par la suite, l'appelante a levé la sûreté et l'hypothèque enregistrées sur l'immeuble. L'Agence du revenu du Canada a fait valoir un droit à l'encontre de l'appelante en raison d'une

received from the sale of the property ought to have been paid to the Receiver General up to the amount deemed to be held in trust. The appellant refused to pay the amount claimed. The Federal Court found, *inter alia*, that the appellant had a statutory obligation to pay the tax debt out of the proceeds it had received; the appellant could not invoke the *bona fide* purchaser defence to counter the statutory obligation imposed by subsection 222(3) of the Act; no triggering event was necessary to bring the deemed trust into operation; and the Crown's deemed trust is the reflection of a considered legislative priority scheme between certain tax debts and secured claims.

The main issues were whether the Federal Court erred by finding that the deemed trust does not require a triggering event to cause the trust to crystallize around specified assets and that secured creditors cannot avail themselves of the *bona fide* purchaser for value defence.

Held, the appeal should be dismissed.

The issues raised in this appeal turned on the proper interpretation of subsections 222(1) and (3) of the Act. Case law that has considered the deemed trust provisions of the *Income Tax Act* is relevant to the interpretation of the deemed trust provisions of the *Excise Tax Act*. Following the decision of the Supreme Court in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp. (Sparrow)*, amendments were made to section 222 of the Act to assign absolute priority to the deemed trust. According to the grammatical and ordinary sense of the language of subsections 222(1) and (3) of the Act, Parliament intended to grant priority to the deemed trust in respect of property that is also subject to a security interest, regardless of when the security interest arose in relation to the time the GST was collected. This flows from Parliament's use of the phrase "despite any security interest in the amount" in subsection 222(1). In the present case, when the debtor collected amounts as or for GST he was deemed "for all purposes ... to hold the amount in trust for Her Majesty ... separate and apart from" his property (subsection 222(1)). When the appellant lent money to the debtor and took its security interests, the debtor's property to the extent of the tax debt was already deemed to be beneficially owned by the Crown (subsection 222(3)). It followed that when the debtor's property was sold, by operation of subsection 222(3) the appellant was under a statutory obligation to remit the proceeds it received to the Crown. The purpose of the provision is to protect the collection of unremitted GST by construing the deemed trust provisions to apply so as to recognize that a secured creditor is obliged to remit proceeds it receives from the disposition of a debtor's property that are impressed with a trust in favour of the Crown. In exchange for the super priority

fiducie réputée au titre de l'article 222 de la Loi, au motif que le produit que l'appelante avait reçu de la vente de l'immeuble aurait dû être versé au receveur général, jusqu'à concurrence du montant réputé être détenu en fiducie. L'appelante a refusé de payer le montant réclamé. La Cour fédérale a conclu notamment que l'appelante avait l'obligation légale de rembourser la dette fiscale au moyen du produit qu'elle avait reçu; que l'appelante ne pouvait pas invoquer le moyen de défense offert à l'acquéreur de bonne foi à l'encontre de l'obligation légale au paragraphe 222(3) de la Loi; qu'il n'était pas nécessaire qu'il y ait d'événement déclencheur pour que la fiducie réputée existe; et que la fiducie réputée de la Couronne découle de l'intention expresse du législateur que certaines dettes fiscales aient un rang supérieur aux créances garanties.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait d'événement déclencheur pour que des biens précis soient visés par la fiducie et que les créanciers garantis ne peuvent pas se prévaloir du moyen de défense offert à l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Les questions soulevées dans le présent appel portaient sur l'interprétation correcte des paragraphes 222(1) et (3) de la Loi. La jurisprudence portant sur les fiducies réputées selon la *Loi de l'impôt sur le revenu* est pertinente pour l'interprétation des dispositions sur les fiducies réputées de la *Loi sur la taxe d'accise*. À la suite de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp (Sparrow)*, des modifications ont été apportées à l'article 222 de la Loi pour accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. L'on peut déduire du sens grammatical et ordinaire du libellé des paragraphes 222(1) et (3) de la Loi que le législateur a voulu accorder la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque les biens sont également grevés d'une garantie, que celle-ci ait pris effet avant ou après la perception de la TPS. Cela découle du libellé « malgré tout droit en garantie le concernant » au paragraphe 222(1). En l'espèce, lorsque le débiteur a perçu le montant au titre de la TPS, il était réputé « à toutes fins utiles [...] le détenir en fiducie pour Sa Majesté [...], séparé de ses propres biens » (paragraphe 222(1)). Lorsque l'appelante a prêté de l'argent au débiteur et a reçu sa garantie, les biens du débiteur, jusqu'à concurrence de la dette fiscale, étaient déjà réputés être des biens dans lesquels la Couronne avait un droit de bénéficiaire (paragraphe 222(3)). Il s'ensuit que lorsque les biens du débiteur ont été vendus, l'appelante avait l'obligation légale de verser le produit qu'elle a reçu à la Couronne en raison du paragraphe 222(3) de la Loi. Cette disposition vise à assurer la perception de la TPS non versée en interprétant la disposition sur la fiducie réputée de manière à assurer qu'un créancier garanti soit tenu de remettre le produit de la vente d'un bien du débiteur qu'il reçoit et qui devient assujéti à une

ordinarily given to the deemed trust provision of the *Excise Tax Act*, Parliament made a policy decision wherein the priority does not survive bankruptcy under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and does not apply to arrangements under the *Companies' Creditors Arrangement Act*. This is a relevant, extrinsic interpretive aid that adds context to the interpretation of section 222. The evolution of the legislation is part of the “entire context” in which statutes are to be read. Here, the legislation was amended in response to *Sparrow*. Parliament intended to enlarge the scope of the deemed trust provisions so as to ensure that unremitted source deductions and unremitted GST are to be recovered in priority to all debts.

The Federal Court did not err by finding that no triggering event is required to cause the trust to crystallize around specified assets. The word “priority” appears only once in subsections 222(1) and (3). The appellant failed to take into account the balance of the words found in subsections 222(1) and (3) and the conferral of a beneficial interest, the proceeds of which “shall be paid” to the Crown. The appellant also failed to take into account the legislative evolution of the deemed trust provisions. The words that spoke to the triggering events of “liquidation, assignment, receivership or bankruptcy” were found in the prior iteration of the deemed trust provisions but removed from the current version. This reflects Parliament’s intent that no triggering event was to be required to cause the trust to crystallize around specified assets. The appellant’s reliance on references to the use of the word “priority” in *Sparrow* and in *First Vancouver Finance v. M.N.R. (First Vancouver)* was misplaced. In *First Vancouver*, the Supreme Court’s likening of the deemed trust to a “floating charge” did not support the requirement of a triggering event to crystallize the deemed trust. While Parliament drafted provisions directed to collecting tax debt from third parties, the Crown’s right to the proceeds of property deemed to be held in trust is an assertion of the statutory obligation created when the tax debtor collected and failed to remit GST.

The Federal Court did not err by finding that secured creditors cannot avail themselves of the *bona fide* purchaser for value defence. The *bona fide* purchaser for value defence is not available to secured creditors such as the appellant. It would be irrational for Parliament, in an effort to ensure that collected, unremitted GST was to be recovered in priority to all debts, to intend the *bona fide* purchaser defence to be available so as to undo the Crown’s pre-existing beneficial interest in the property of the deemed trust. This would eviscerate the deemed trust provisions.

fiducie en faveur de la Couronne. Le législateur a pris la décision de politique générale qu’en échange de la priorité absolue habituelle des fiducies prévues par la *Loi sur la taxe d'accise*, la priorité n'existe plus en cas de faillite aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et ne s'applique pas aux arrangements en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Il s'agit d'un outil d'interprétation extrinsèque pertinent qui ajoute un contexte à l'interprétation de l'article 222. L'évolution de la loi fait partie du « contexte global » dans lequel les lois doivent être interprétées. En l'espèce, la Loi a été modifiée en réponse à l'arrêt *Sparrow*. Le législateur a voulu élargir la portée des dispositions sur les fiducies réputées afin de garantir le recouvrement des retenues à la source et de la TPS non versées en priorité sur toutes les dettes.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il ne doit pas y avoir d'événement déclencheur pour que la fiducie s'applique à des biens précis. Le terme « priorité » n'apparaît qu'une seule fois aux paragraphes 222(1) et (3). L'appelante n'a pas tenu compte des autres termes des paragraphes 222(1) et (3) et de l'attribution d'un droit de bénéficiaire, dont le produit « est payé » à la Couronne. L'appelante n'a pas tenu compte non plus de l'évolution des dispositions sur la fiducie réputée. La version antérieure des dispositions sur la fiducie réputée renvoyait à des événements déclencheurs comme la liquidation, la cession, la mise sous séquestre ou la faillite; il n'en est plus question dans la version actuelle. Cela représente l'intention du législateur qu'il ne doit pas y avoir d'événement déclencheur pour que la fiducie s'applique à des biens précis. L'appelante s'est appuyée à tort sur l'utilisation du terme « priorité » dans l'arrêt *Sparrow* et dans l'arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N. (First Vancouver)*. Dans l'arrêt *First Vancouver*, la comparaison par la Cour suprême de la fiducie réputée à une « charge flottante » n'était pas l'exigence qu'il y ait un événement déclencheur pour que la fiducie réputée s'applique. Même si le législateur a rédigé des dispositions visant à recouvrer les dettes fiscales de tiers, le droit de la Couronne au produit d'un bien réputé être détenu en fiducie découle de l'obligation légale créée lorsque le débiteur fiscal a perçu la TPS et a omis de la verser.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les créanciers garantis ne peuvent pas se prévaloir du moyen de défense offert aux acquéreurs de bonne foi à titre onéreux. Les créanciers garantis, comme l'appelante, ne peuvent avoir recours au moyen de défense offert à l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux. Il serait irrationnel que le législateur, dans le but de s'assurer que la TPS perçue et non versée soit recouvrée par priorité sur toutes les dettes, entende maintenir le moyen de défense offert à l'acquéreur de bonne foi et ainsi annuler le droit de bénéficiaire préexistant de la Couronne aux biens de la fiducie réputée. Cela aurait pour effet de vider de leur contenu les dispositions sur les fiducies réputées.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bank Act, S.C. 1991, c. 46.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3.
Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 23(3).
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C., 1985, c. C-36, s. 37.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 86(2).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 221, 222, 317, 323, 325.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 227.
Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05.
Security Interest (GST/HST) Regulations, SOR/2011-55, s. 2.

CASES CITED

CONSIDERED:

Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp., [1997] 1 S.C.R. 411, (1997), 208 N.R. 161; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425; *Canada (Attorney General) v. Community Expansion Inc.* (2004), 72 O.R. (3d) 546, [2004] O.J. No. 5493 (QL) (Sup. Ct.), aff'd 2005 CanLII 1402, [2005] O.J. No. 186 (QL) (C.A.); *i Trade Finance Inc. v. Bank of Montréal*, 2011 SCC 26, [2011] 2 S.C.R. 360; *Canada (Attorney General) v. National Bank of Canada*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31.

REFERRED TO:

Century Services Inc. v. Canada (Attorney General), 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379.

AUTHORS CITED

Department of Finance, Press Release, 1997-030, "Unremitted Source Deductions and Unpaid GST" (April 7, 1997).

APPEAL from a Federal Court decision (2018 FC 538, 60 C.B.R. (6th) 173) concluding that the appellant was obligated under subsection 222(3) of the *Excise Tax Act* to remit to the Receiver General a portion of the sale proceeds caught by a deemed trust. Appeal dismissed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 227.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 221, 222, 317, 323, 325.
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 86(2).
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36, art. 37.
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46.
Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 23(3).
Règlement sur les droits en garantie (TPS/TVH), DORS/2011-55, art. 2.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Banque royale du Canada c. Sparrow Electric Corp., [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425; *Canada (Attorney General) v. Community Expansion Inc.* (2004), 72 O.R. (3d) 546, [2004] O.J. n° 5493 (QL) (C.S.), conf. par 2005 CanLII 1402, [2005] O.J. n° 186 (QL) (C.A.); *i Trade Finance Inc. c. Banque de Montréal*, 2011 CSC 26, [2011] 2 R.C.S. 360; *Canada (Procureure générale) c. Banque nationale du Canada*, 2004 CAF 92.

DÉCISION CITÉE :

Century Services Inc. c. Canada (Procureur général), 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379.

DOCTRINE CITÉE

Ministère des Finances, communiqué de presse, 1997-030, « Retenues à la source non versées et TPS impayée » (7 avril 1997).

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2018 CF 538), qui a conclu que, selon le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*, l'appelante devait verser au receveur général une partie du produit de la vente faisant l'objet d'une fiducie réputée. Appel rejeté.

APPEARANCES

Christine Lonsdale and Daniel Goudge
for appellant.
Louis L'Heureux and Edward Harrison
for respondent.
Harvey Chaiton for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada
for respondent.
Chaitons LLP, Toronto, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DAWSON J.A.: As a general principle, subject to certain exceptions that do not apply in the present case, “[e]very person who makes a taxable supply shall, as agent of Her Majesty in right of Canada, collect” the goods and services tax “payable by the recipient in respect of the supply” (section 221, *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (sometimes the Act)).

[2] Subsection 222(1) of the Act creates a deemed trust with respect to amounts that are collected as goods and services tax. Amounts deemed to be held in trust are to be remitted to the Receiver General or properly withdrawn from the trust as input tax credits or deductions:

Trust for amounts collected

222 (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2). [Underlining added.]

[3] Subsection 222(3) extends the trust created by subsection (1) to the property of the tax debtor and property of the tax debtor held by any secured creditor:

ONT COMPARU :

Christine Lonsdale et Daniel Goudge
pour l’appelante.
Louis L’Heureux et Edward Harrison
pour l’intimée.
Harvey Chaiton pour l’intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, pour l’appelante.
La sous-procureure générale du Canada
pour l’intimée.
Chaitons LLP, Toronto, pour l’intervenante.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : En règle générale, sous réserve de certaines exceptions qui ne s’appliquent pas en l’espèce, la « personne qui effectue une fourniture taxable doit, à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, percevoir la taxe » sur les produits et services « payable par l’acquéreur » (article 221, *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi)).

[2] Le paragraphe 222(1) de la Loi dispose que les montants perçus au titre de la taxe sur les produits et services sont réputés être détenus en fiducie. Ces montants doivent être versés au receveur général ou retirés de la fiducie en tant que crédits de taxe sur les intrants ou de déduction de taxe :

Montants perçus détenus en fiducie

222 (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu’à ce qu’il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2). [Non souligné dans l’original.]

[3] Le paragraphe 222(3) dispose que les biens du débiteur fiscal et les biens du débiteur fiscal détenus par un créancier garanti sont également détenus en fiducie selon le paragraphe (1) :

222 (1) ...**Extension of trust**

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests. [Underlining added.]

[4] These are the provisions that form the basis of this appeal. Section 222 in its entirety is set out in the appendix to these reasons.

[5] The central issue raised on this appeal is the correct interpretation of subsections 222(1) and (3) of the Act: is a secured creditor who receives proceeds from a tax debtor's property at a time when the debtor owes GST to the Crown required to pay the proceeds, or a portion thereof equalling the tax debt, to the Receiver General in priority to all security interests? This issue arises in the following circumstances.

Factual background

[6] Mr. M. Weisflock (the debtor) owned and operated a landscaping business as a sole proprietorship.

222 (1) [...]**Non-versement ou non-retrait**

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie. [Non souligné dans l'original.]

[4] Ce sont là les dispositions qui constituent le fondement du présent appel. L'article 222 est reproduit intégralement à l'annexe des présents motifs.

[5] La question centrale soulevée dans le présent appel est l'interprétation juste des paragraphes 222(1) et (3) de la Loi : un créancier garanti qui reçoit le produit de la vente des biens d'un débiteur fiscal à un moment où celui-ci doit de la TPS à la Couronne est-il tenu de payer le produit, ou une partie de celui-ci égale à la dette fiscale, au receveur général par priorité sur tout droit en garantie? La question se pose en raison des faits qui suivent.

Les faits

[6] Monsieur M. Weisflock (le débiteur) possédait et exploitait une entreprise d'aménagement paysager à titre

The debtor was required to collect and remit GST to the Receiver General.

[7] In 2007 and 2008, before he became a banking customer of the Toronto Dominion Bank, the debtor collected, but did not remit to the Receiver General, GST in the amount of \$67 854 in relation to his landscaping business.

[8] In 2010, the Bank extended loans to the debtor. In March 2010, the Bank granted a line of credit to the debtor and his wife with a credit limit of \$246 000. The line of credit was secured by a charge in favour of the Bank registered against a property owned by the debtor (the property). Later, in April 2010, the Bank extended a loan to the debtor and his wife in the amount of \$352 000. This loan was secured by mortgage, also registered against the property.

[9] At the time of both loan applications the Bank was not aware of any debts owed by the debtor pursuant to the Act.

[10] On or about October 28, 2011, the debtor sold and transferred the property to third party purchasers for \$881 000. The Bank did not enforce its security against the debtor. Rather, the debtor's lawyer issued two trust cheques to the Bank in the amounts of \$245 147.78 and \$334 546.49 to repay the line of credit and the mortgage and discharge the charges registered against the property.

[11] Subsequently, the Bank discharged the charge and mortgage registered against the property.

[12] On April 18, 2013, and February 2, 2015, the Canada Revenue Agency asserted a deemed trust claim under section 222 of the Act against the Bank on the basis that the proceeds it received from the sale of the property ought to have been paid to the Receiver General up to the amount deemed to be held in trust. The amount of the deemed trust claim was \$67 854.

[13] The Bank refused to pay the amount claimed.

d'entreprise à propriétaire unique. Il était tenu de percevoir et de verser la TPS au receveur général.

[7] En 2007 et en 2008, avant de devenir client de la Banque Toronto-Dominion, le débiteur a perçu de la TPS de 67 854 \$ en raison de son entreprise d'aménagement paysager, mais ne l'a pas versée au receveur général.

[8] En 2010, la Banque a accordé des prêts au débiteur. En mars 2010, la Banque a accordé une marge de crédit de 246 000 \$ au débiteur et à son épouse. La marge de crédit était garantie par une sûreté enregistrée sur un immeuble appartenant au débiteur consentie à la Banque. Plus tard, en avril 2010, la Banque a accordé un prêt de 352 000 \$ au débiteur et à son épouse. Ce prêt était garanti par une hypothèque, qui était également enregistrée sur l'immeuble.

[9] Au moment des deux demandes de prêt, la Banque n'était pas au fait des dettes du débiteur en application de la Loi.

[10] Vers le 28 octobre 2011, le débiteur a vendu et transféré l'immeuble à des acquéreurs sans lien de dépendance pour 881 000 \$. La Banque n'a pas exécuté sa sûreté contre le débiteur. L'avocat du débiteur a plutôt remis à la Banque deux chèques en fiducie de 245 147,78 \$ et de 334 546,49 \$ pour rembourser la marge de crédit et l'hypothèque et acquitter les sûretés enregistrées sur l'immeuble.

[11] Par la suite, la Banque a levé la sûreté et l'hypothèque enregistrées sur l'immeuble.

[12] Le 18 avril 2013 et le 2 février 2015, l'Agence du revenu du Canada a fait valoir un droit à l'encontre de la Banque en raison d'une fiducie réputée au titre de l'article 222 de la Loi, au motif que le produit que la Banque avait reçu de la vente de l'immeuble aurait dû être versé au receveur général, jusqu'à concurrence du montant réputé être détenu en fiducie. Le montant réclamé au titre de la fiducie réputée était de 67 854 \$.

[13] La Banque a refusé de payer le montant réclamé.

[14] Accordingly, the Crown commenced an action against the Bank seeking \$67 854 plus interest and costs. The Bank defended the claim.

[15] The trial in the Federal Court proceeded solely on the basis of an agreed statement of facts.

The decision of the Federal Court

[16] For reasons cited as 2018 FC 538, 60 C.B.R. (6th) 173 the Federal Court found that subsection 222(3) of the Act obliged the Bank to remit that portion of the sale proceeds caught by the deemed trust. In reaching this conclusion the Federal Court found that:

- The amounts paid by the debtor to the Bank were “proceeds” of the sale of the debtor’s property and were subject to the deemed trust (reasons, paragraph 16).
- Upon the sale of a tax debtor’s property, the debtor is obliged to pay the proceeds, or the portion of the proceeds required to retire the tax debt, to the Receiver General (reasons, paragraph 31).
- In the present case, the debtor was obliged to pay his tax debt out of the sale proceeds of the property, but failed to do so. Instead, he used the proceeds to pay the Bank, a secured creditor. In this circumstance, the Bank had a statutory obligation to pay the tax debt out of the proceeds it received (reasons, paragraph 33).
- As a secured creditor of the debtor, the Bank cannot invoke the *bona fide* purchaser defence to counter the statutory obligation imposed by subsection 222(3) of the Act. To allow the Bank to invoke the defence would defeat the purpose of the deemed trust, rendering it meaningless (reasons, paragraphs 44 and 46).

[14] En conséquence, la Couronne a intenté une action contre la Banque pour obtenir 67 854 \$, ainsi que les intérêts et les dépens. La Banque a contesté la demande.

[15] Le procès devant la Cour fédérale s’est déroulé uniquement sur la base d’un exposé conjoint des faits.

La décision de la Cour fédérale

[16] Pour les motifs dont la référence est 2018 CF 538, la Cour fédérale a conclu que, selon le paragraphe 222(3) de la Loi, la Banque devait verser la partie du produit de la vente qui faisait l’objet de la fiducie réputée. En arrivant à cette conclusion, la Cour fédérale a estimé ce qui suit :

- Les montants versés par le débiteur à la Banque étaient le « produit » de la vente de l’immeuble du débiteur et faisaient l’objet de la fiducie réputée (motifs, au paragraphe 16).
- Lors de la vente de l’immeuble du débiteur fiscal, celui-ci est tenu de verser le produit de la vente, ou le montant moindre qu’il faut pour rembourser la dette fiscale, au receveur général (motifs, au paragraphe 31).
- En l’espèce, le débiteur était tenu de rembourser sa dette fiscale avec le produit de la vente de l’immeuble, mais il ne l’a pas fait. Il a plutôt remboursé la Banque, une créancière garantie. Par conséquent, la Banque avait l’obligation légale de rembourser la dette fiscale au moyen du produit qu’elle a reçu (motifs, au paragraphe 33).
- En tant que créancière garantie du débiteur, la Banque ne peut pas invoquer le moyen de défense offert à l’acquéreur de bonne foi à l’encontre de l’obligation légale au paragraphe 222(3) de la Loi. Si la Banque pouvait invoquer ce moyen de défense, cela contrecarrerait l’objectif de la fiducie réputée, ce qui lui ferait perdre tout son sens (motifs, aux paragraphes 44 et 46).

- No triggering event is necessary to bring the deemed trust created by section 222 of the Act into operation (reasons, paragraphs 54 through 56).
- The Crown's deemed trust is the reflection of a considered legislative priority scheme between certain tax debts and secured claims. Parliament's intention to confer a super priority to the Crown for unremitted GST over secured creditors is clear (reasons, paragraphs 63 and 64).
- Parliament considered the potential challenges posed by the deemed trust on secured lenders by providing a remedy in the form of the prescribed security interest under subsection 222(4) of the Act (reasons, paragraph 65).
- Il n'est pas nécessaire qu'il y ait d'événement déclencheur pour que la fiducie réputée qu'établit l'article 222 de la Loi existe (motifs, aux paragraphes 54 à 56).
- La fiducie réputée de la Couronne découle de l'intention expresse du législateur que certaines dettes fiscales aient un rang supérieur aux créances garanties. Le législateur voulait que le versement de la TPS à la Couronne l'emporte sur les versements aux créanciers garantis (motifs, aux paragraphes 63 et 64).
- Le législateur s'est penché sur les difficultés que la fiducie réputée pouvait présenter aux créanciers garantis en prévoyant qu'on pouvait, aux termes du paragraphe 222(4) de la Loi, avoir recours à une sûreté visée par règlement (motifs, au paragraphe 65).

[17] This is an appeal from the judgment of the Federal Court that required the Bank to pay the sum of \$67 854 plus interest to the Crown.

[17] Il s'agit d'un appel du jugement de la Cour fédérale selon lequel la Banque devait verser à la Couronne 67 854 \$, ainsi que les intérêts.

The issues on appeal

Les questions soulevées en appel

[18] The Bank raises three issues on this appeal:

[18] La Banque soulève trois questions dans le présent appel :

1. Did the Federal Court err by finding that the deemed trust does not require a triggering event which causes the trust to crystallize around specified assets?
2. Did the Federal Court err by finding that secured creditors cannot avail themselves of the *bona fide* purchaser for value defence?
3. Did the Federal Court err by failing to consider that the security interests of the Bank were not created and granted in a transaction providing financing to the debtor's business?
1. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait d'événement déclencheur pour que des biens précis soient visés par la fiducie?
2. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que les créanciers garantis ne peuvent pas se prévaloir du moyen de défense offert à l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux?
3. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle n'a pas tenu compte du fait que les sûretés de la Banque ne découlaient pas d'un prêt accordé à l'entreprise du débiteur?

Consideration of the issues

a. Text, context and purpose

[19] The issues raised on this appeal turn on the proper interpretation of subsections 222(1) and (3) of the Act. This is a question of law and the Federal Court's interpretation of the provisions is reviewable on the standard of correctness.

[20] I begin by ascertaining the proper interpretation to be given to subsections 222(1) and (3) of the Act. These provisions must be interpreted using a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. The Court would have benefitted from well-developed submissions from the Bank and the intervener on these points. Instead, aside from brief references to sections 317, 323 and 325 of the Act (which are dealt with below) their submissions focused in the largest part on prior jurisprudence and passages contained in the jurisprudence that supported their submissions. The intervener also made submissions based on policy considerations. In its view, the decision of the Federal Court creates unacceptable uncertainty for secured lenders which will have a material, adverse impact on commercial transactions and secured lending.

[21] I begin by observing, by way of background, that amounts withheld by employers from salaries and wages paid to employees on account of income tax, the Canada Pension Plan and Employment Insurance (often referred to as source deductions) are to be remitted to the Receiver General within a specified period of time. Employees are credited for the amounts withheld whether or not the employer remits the withholdings to the Receiver General. When an employer withholds source deductions, but has not yet remitted the deductions to the Receiver General, the amounts are deemed by subsection 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 to be held in trust for Her Majesty.

Examen des questions en litige

a. Interprétation textuelle, contextuelle et téléologique

[19] Les questions soulevées dans le présent appel portent sur l'interprétation correcte des paragraphes 222(1) et (3) de la Loi. Comme il s'agit d'une question de droit, l'interprétation des dispositions par la Cour fédérale est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[20] Je commence en examinant l'interprétation qu'il convient de donner aux paragraphes 222(1) et (3) de la Loi. Il faut interpréter ces dispositions suivant une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. La Cour aurait pu tirer profit d'observations bien étayées de la Banque et de l'intervenante sur ces points. Au lieu de cela, à part de brèves mentions des articles 317, 323 et 325 de la Loi (que j'examinerai ci-dessous), leurs observations ont surtout porté sur la jurisprudence antérieure et sur les passages de la jurisprudence qui appuyaient leurs observations. L'intervenante a également présenté des observations fondées sur des considérations de politique générale. Selon elle, la décision de la Cour fédérale mène à une incertitude inacceptable pour les prêteurs garantis, ce qui nuirait de façon importante aux opérations commerciales et aux prêts garantis.

[21] Je commence en soulignant, à titre de contexte, que les montants retenus par les employeurs des salaires versés aux employés au titre de l'impôt sur le revenu, du Régime de pensions du Canada et de l'assurance-emploi (les retenues à la source) doivent être versés au receveur général dans un délai donné. Les employés sont réputés avoir payé ces montants, que l'employeur les verse ou non au receveur général. Lorsqu'un employeur a effectué des retenues à la source, mais ne les a pas encore versées au receveur général, les montants sont réputés être détenus en fiducie pour Sa Majesté en raison du paragraphe 227(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1.

[22] This trust is similar to the deemed trust provisions found in subsection 222(1) of the *Excise Tax Act*, subsection 23(3) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 and subsection 86(2) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23.

[23] The relevance of this is that, due to the similarity of the deemed trust provisions (including subsection 227(4.1) of the *Income Tax Act* and subsection 222(3) of the *Excise Tax Act*), jurisprudence which has considered the deemed trust provisions of the *Income Tax Act* is relevant to the interpretation of the deemed trust provisions of the *Excise Tax Act*.

[24] In *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, (1997), 208 N.R. 161 [at pages 431–432], the Supreme Court considered the scope of the deemed trust provisions of the *Income Tax Act* then in force. Subsections 227(4) and (5) of the *Income Tax Act* then provided in material part:

227. ...

(4) Every person who deducts or withholds any amount under this Act shall be deemed to hold the amount so deducted or withheld in trust for Her Majesty.

(5) Notwithstanding any provision of the *Bankruptcy Act*, in the event of any liquidation, assignment, receivership or bankruptcy of or by a person, an amount equal to any amount

(a) deemed by subsection (4) to be held in trust for Her Majesty, ...

...

shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the person's own moneys or from the assets of the estate.

[22] Cette fiducie est semblable aux fiducies réputées visées au paragraphe 222(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*, au paragraphe 23(3) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, et au paragraphe 86(2) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23.

[23] Ainsi, en raison de la ressemblance des dispositions sur les fiducies réputées (notamment le paragraphe 227(4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*), la jurisprudence portant sur les fiducies réputées selon la *Loi de l'impôt sur le revenu* est pertinente pour l'interprétation des dispositions sur les fiducies réputées de la *Loi sur la taxe d'accise*.

[24] Dans l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411 [aux pages 431 et 432] la Cour suprême a examiné la portée des dispositions sur les fiducies réputées de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui étaient alors en vigueur. Les paragraphes 227(4) et (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* disposaient notamment ce qui suit :

227. ...

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant quelconque en vertu de la présente loi est réputée retenir le montant ainsi déduit ou retenu en fiducie pour Sa Majesté.

(5) Malgré la *Loi sur la faillite*, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite d'une personne, un montant égal à l'un ou l'autre des montants suivants est considéré comme tenu séparé et ne formant pas partie du patrimoine visé par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne ou des éléments du patrimoine :

a) le montant réputé, selon le paragraphe (4), être détenu en fiducie pour Sa Majesté;

[25] By way of comparison, subsections 222(1) and (3) of the *Excise Tax Act* at that time read:

222. (1) Subject to subsection (1.1), where a person collects an amount as or on account of tax under Division II, the person shall, for all purposes, be deemed to hold the amount in trust for Her Majesty until it is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

...

(3) In the event of any liquidation, assignment, receivership or bankruptcy of or by a person, an amount equal to the amount deemed under subsection (1) to be held in trust for Her Majesty shall, for all purposes, be deemed to be separate from and to form no part of the estate in liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the person's own moneys or from the assets of the estate.

[26] In *Sparrow*, the majority of the Supreme Court held that the deemed trust that then arose in favour of the Crown by operation of subsection 227(4) of the *Income Tax Act* did not take priority over the security interests that the Royal Bank possessed under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46 and the *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (reasons, paragraph 89). The deemed trust did not have the effect of undoing an existing security interest; rather, it was “a device for going back in time and seeking out an asset that was not, at the moment the income taxes came due, subject to any competing security interest” (reasons, paragraph 99). This said, the majority emphasized that it was open to Parliament to use clear language to “assign absolute priority to the deemed trust” (reasons, paragraph 112).

[27] Parliament accepted this invitation, and amendments were made to section 227 of the *Income Tax Act*, section 222 of the *Excise Tax Act* and the equivalent provisions of the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act*. The amended, deemed trust provisions of the *Income Tax Act* were then considered by the Supreme Court in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720. At that time, subsections 227(4) and (4.1) provided:

[25] À titre de comparaison, les paragraphes 222(1) et (3) de la *Loi sur la taxe d'accise* étaient libellés comme suit à l'époque :

222. (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles, détenir ce montant en fiducie pour Sa Majesté jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe

[...]

(3) En cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite d'une personne, un montant égal à celui réputé par le paragraphe (1) détenu en fiducie pour Sa Majesté est considéré, à toutes fins utiles, comme tenu séparé et ne formant pas partie des actifs visés par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne ou des actifs.

[26] Dans l'arrêt *Sparrow*, la majorité des juges de la Cour suprême ont conclu que la fiducie réputée au profit de la Couronne en application du paragraphe 227(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'avait pas priorité de rang sur les garanties que la Banque Royale possédait aux termes de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et de la loi de l'Alberta intitulée *Personal Property Security Act* (Loi sur les sûretés mobilières), S.A. 1988, ch. P-4.05 (au paragraphe 89). La fiducie réputée n'avait pas pour effet de supprimer une garantie existante; elle permettait plutôt « de retourner en arrière pour chercher un élément d'actif qui, au moment où l'impôt est devenu exigible, n'était pas assujéti à une garantie opposée » (au paragraphe 99). Cela dit, la majorité des juges ont souligné qu'il était loisible au législateur d'utiliser un libellé clair pour « accorder la priorité absolue à la fiducie réputée » (au paragraphe 112).

[27] Le législateur a accepté cette invitation et a modifié l'article 227 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'article 222 de la *Loi sur la taxe d'accise* et les dispositions équivalentes du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur l'assurance-emploi*. La Cour suprême a ensuite examiné les dispositions modifiées sur les fiducies réputées de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans l'arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720. À l'époque, les paragraphes 227(4) et (4.1) disposaient ce qui suit :

227....

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3)) in the amount so deducted or withheld, to hold the amount separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for the security interest would be property of the person, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act.

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection (4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

[28] Justice Iacobucci, writing for a unanimous Court in *First Vancouver*, held that Parliament had amended the deemed trust provisions “to grant priority to the deemed trust in situations where the Minister and secured creditors of a tax debtor both claim an interest in the tax debtor’s property” (reasons, paragraph 28). The

227. ...

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi.

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf les articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d’un montant qu’une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l’absence d’une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d’une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu’ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu’ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[28] Le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la Cour unanime dans l’arrêt *First Vancouver*, a conclu que le législateur avait modifié les dispositions relatives à la fiducie réputée « de façon à accorder la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque le ministre et des créanciers garantis font valoir concurremment un droit sur les biens

deemed trust did not, however, impress the property of a tax debtor sold to a *bona fide* purchaser for value (reasons, paragraph 43).

[29] With this background, I now turn to the text, context and purpose of subsections 222(1) and (3) of the *Excise Tax Act*.

[30] Post-*Sparrow* amendments comparable to the amendments made to subsection 227(4) of the *Income Tax Act* were made to the deemed trust provision in subsection 222(1) of the *Excise Tax Act*. The words “despite any security interest in the amount” were added. Thus, “every person who collects an amount as or on account of” GST is “deemed, for all purposes” to hold the amount in trust for the Crown “despite any security interest in the amount” collected until the amount is remitted to the Receiver General or properly withdrawn.

[31] Again, comparable to the post-*Sparrow* amendments made to the *Income Tax Act*, subsection 222(3) of the *Excise Tax Act* was amended to extend the scope of the deemed trust to include “property of the person and property held by any secured creditor ... that, but for a security interest, would be property of the” tax debtor. Subsection 222(3) was also amended to remove reference to the triggering events of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy. Instead, “if at any time an amount deemed ... to be held by a person in trust ... is not remitted to the Receiver General” or properly withdrawn, the property of the tax debtor and “property held by any secured creditor” of the tax debtor that “but for a security interest, would be property” of the tax debtor is deemed to be held “from the time the amount was collected by the [tax debtor] in trust for Her Majesty ... whether or not the property is subject to a security interest”. While subsection 222(3) continued to provide that monies deemed to be held in trust were also deemed to be separate and apart from the property of the tax debtor, the phrase “whether or not the property is subject to a security interest” was added. Finally, subsection 222(3) was amended to add that the property deemed to be held in trust is further deemed to be “property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite

du débiteur fiscal » (au paragraphe 28). La fiducie réputée n’a toutefois pas d’effet sur les biens que le débiteur fiscal vend à un acquéreur de bonne foi à titre onéreux (au paragraphe 43).

[29] Après l’examen du contexte, j’examinerai maintenant le libellé, le contexte et l’objet des paragraphes 222(1) et (3) de la *Loi sur la taxe d’accise*.

[30] Après l’arrêt *Sparrow*, des modifications semblables à celles apportées au paragraphe 227(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ont été apportées à la disposition sur les fiducies réputées au paragraphe 222(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*. Les mots « malgré tout droit en garantie le concernant » ont été ajoutés. Ainsi, la « personne qui perçoit un montant au titre de la [TPS] est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, [...] le détenir en fiducie pour » la Couronne, « jusqu’à ce qu’il soit versé au receveur général ou retiré » en application de la Loi.

[31] De même, et de manière comparable aux modifications apportées à la *Loi de l’impôt sur le revenu* après l’arrêt *Sparrow*, le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d’accise* a été modifié pour que la fiducie s’applique également aux « biens [du débiteur fiscal] — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ses biens ». Le paragraphe 222(3) a également été modifié pour supprimer le renvoi aux événements déclencheurs, soit la liquidation, la cession, la mise sous séquestre ou la faillite. Au lieu de cela, « lorsqu’un montant qu’une personne est réputée [...] détenir en fiducie [...] n’est pas versé au receveur général ni retiré » de la façon prévue par la Loi, « les biens [du débiteur fiscal] — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ses biens — » sont réputés « être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par [le débiteur fiscal], [...] qu’ils soient ou non assujettis à un droit en garantie ». Alors que le paragraphe 222(3) continuait de disposer que les montants réputés être détenus en fiducie étaient également réputés être séparés des biens du débiteur fiscal, le passage « qu’ils soient ou non assujettis à un droit en garantie » a été ajouté. Enfin, le paragraphe 222(3) a été modifié pour ajouter que les biens

any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.”

[32] This analysis has proceeded on the basis of the English version of the provisions. No one submitted that any ambiguity exists between the English and equally authoritative French versions of the provisions.

[33] I take from the grammatical and ordinary sense of the language of subsections 222(1) and (3) that Parliament intended to grant priority to the deemed trust in respect of property that is also subject to a security interest, regardless of when the security interest arose in relation to the time the GST was collected. This flows from Parliament’s use of the phrase “despite any security interest in the amount” in subsection 222(1).

[34] In the present case, when the debtor collected amounts as or for GST he was deemed “for all purposes ... to hold the amount in trust for Her Majesty ... separate and apart from” his property (subsection 222(1)).

[35] When the debtor failed to properly remit or withdraw amounts “in the manner and at the time provided” the debtor’s property “equal in value to the amount ... deemed to be held in trust” was further deemed “to be held, from the time the amount was collected ... separate and apart from the property of the” debtor and “to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected” and to be “property beneficially owned by Her Majesty ... despite any security interest in the property or in the proceeds thereof”.

[36] Thus, when the Bank lent money to the debtor and took its security interests, the debtor’s property to the extent of the tax debt was already deemed to be beneficially owned by the Crown (subsection 222(3)).

[37] On the sale of the debtor’s property “despite any security interest in the property or in the proceeds thereof ... the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.”

réputés être détenus en fiducie sont en outre réputés être « des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie ».

[32] L’analyse qui précède est fondée sur la version anglaise des dispositions. On n’a pas fait valoir qu’il existe une ambiguïté entre la version anglaise et la version française, laquelle a également force de loi.

[33] Je déduis du sens grammatical et ordinaire du libellé des paragraphes 222(1) et (3) que le législateur a voulu accorder la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque les biens sont également grevés d’une garantie, que celle-ci ait pris effet avant ou après la perception de la TPS. Cela découle du libellé « malgré tout droit en garantie le concernant » au paragraphe 222(1).

[34] En l’espèce, lorsque le débiteur a perçu le montant au titre de la TPS, il était réputé « à toutes fins utiles [...] le détenir en fiducie pour Sa Majesté [...], séparé de ses propres biens » (paragraphe 222(1)).

[35] Lorsque le débiteur n’a pas versé ou retiré le montant « selon les modalités et dans le délai prévus », les biens du débiteur « d’une valeur égale à ce montant sont réputés [...] être détenus en fiducie [...] séparés des propres biens » du débiteur fiscal, « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu », et être « des biens dans lesquels Sa Majesté [...] a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant ».

[36] Ainsi, lorsque la Banque a prêté de l’argent au débiteur et a reçu sa garantie, les biens du débiteur, jusqu’à concurrence de la dette fiscale, étaient déjà réputés être des biens dans lesquels la Couronne a un droit de bénéficiaire (paragraphe 222(3)).

[37] Lors de la vente des biens du débiteur, « malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant [...] le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie ».

[38] It follows that when the debtor's property was sold, by operation of subsection 222(3) of the Act the Bank was under a statutory obligation to remit the proceeds it received to the Crown.

[39] This grammatical and ordinary meaning of the language used is confirmed when one looks to the purpose and the context of the deemed trust provisions.

[40] The purpose of the provision is to protect the collection of unremitted GST. This purpose is effected by granting priority to the deemed trust in respect of property that is also subject to a security interest, irrespective of when the security interest arose in relation to the time GST was collected (except in respect of a prescribed security interest). When one looks to the equivalent provisions in the *Income Tax Act* it is apparent that the purpose is to secure, to the extent possible, the collection of a significant portion of the government's tax revenues.

[41] This purpose is served by construing the deemed trust provisions to apply so as to recognize that a secured creditor is obliged to remit proceeds it receives from the disposition of a debtor's property that are impressed with a trust in favour of the Crown.

[42] The most important contextual factors are found in subsections 222(1.1) and (4) of the Act and in the evolution of the legislation.

[43] Subsection 222(1.1) provides that the deemed trust is eliminated on bankruptcy with respect to amounts that were collected "or became collectible" before the bankruptcy. Related to this, subsection 37(1) of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C., 1985, c. C-36 provides:

Deemed trusts

37 (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision. [Underlining added.]

[38] Il s'ensuit que lorsque les biens du débiteur ont été vendus, la Banque avait l'obligation légale de verser le produit qu'elle a reçu à la Couronne en raison du paragraphe 222(3) de la Loi.

[39] L'objet et le contexte des dispositions sur la fiducie réputée confirment le sens grammatical et ordinaire du libellé.

[40] Ces dispositions visent à assurer la perception de la TPS non versée. Cet objectif est atteint en accordant une priorité à la fiducie réputée à l'égard des biens qui sont également grevés d'une garantie, que celle-ci ait pris effet avant ou après la perception de la TPS, sauf dans le cas d'un droit en garantie visé par règlement. Lorsqu'on examine les dispositions correspondantes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il est évident que l'objectif est de garantir, dans la mesure du possible, la perception d'une partie importante des recettes fiscales de l'État.

[41] Pour atteindre cet objectif, il convient d'interpréter la disposition sur la fiducie réputée de manière à assurer qu'un créancier garanti soit tenu de remettre le produit de la vente d'un bien du débiteur qu'il reçoit et qui devient assujéti à une fiducie en faveur de la Couronne.

[42] Les facteurs contextuels les plus importants se trouvent aux paragraphes 222(1.1) et (4) de la Loi et dans l'évolution de la Loi.

[43] Le paragraphe 222(1.1) dispose que la fiducie disparaît au moment de la faillite à l'égard des montants perçus « ou devenus percevables » avant la faillite. À cet égard, le paragraphe 37(1) de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36, dispose ce qui suit :

Fiducies présumées

37 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition. [Non souligné dans l'original.]

[44] Subsection 37(2) of the *Companies' Creditors Arrangement Act* provides a number of exceptions to this relieving provision. One exception is for subsections 227(4) and (4.1) of the *Income Tax Act*. However, section 222 of the *Excise Tax Act* is not included in the exceptions. Accordingly, subsection 37(1) applies to the deemed trust provision under the *Excise Tax Act*. The Supreme Court has confirmed that the deemed trust under the *Excise Tax Act* does not apply under the *Companies' Creditors Arrangement Act* protection. This affords equivalent protection under the *Companies' Creditors Arrangement Act* to that provided under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379).

[45] The relevance of this is that when the post-*Sparrow* amendments were announced in the Department of Finance, Press Release, 1997-030, "Unremitted Source Deductions and Unpaid GST" (April 7, 1997) it was stated that in exchange for the "absolute priority" to be given to the collection of unremitted GST "the Crown waived all other priorities in bankruptcy." This is a relevant, extrinsic interpretive aid that adds context to the interpretation of section 222. It reflects a policy decision made by Parliament that in exchange for the super priority ordinarily given to the deemed trust provision of the *Excise Tax Act*, the priority does not survive bankruptcy under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and does not apply to arrangements under the *Companies' Creditors Arrangement Act*.

[46] The second contextual factor flows from the fact that together subsections 222(1) and (3) explicitly override any "security interest". This general rule is, however, limited by subsection 222(4) which provides that "[f]or the purposes of subsections (1) and (3), a security interest does not include a prescribed security interest." The term "prescribed security interest" is defined in section 2 of the *Security Interest (GST/HST) Regulations*, SOR/2011-55.

[44] Le paragraphe 37(2) de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* prévoit plusieurs exceptions à cette disposition d'allégement. Une exception vise les paragraphes 227(4) et (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cependant, l'article 222 de la *Loi sur la taxe d'accise* ne fait pas partie des exceptions. Par conséquent, le paragraphe 37(1) s'applique aux fiducies réputées en application de la *Loi sur la taxe d'accise*. La Cour suprême a confirmé que la fiducie réputée en application de la *Loi sur la taxe d'accise* n'est pas visée par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. La protection offerte par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* est ainsi semblable à celle prévue par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379).

[45] Cela est pertinent parce que, lorsque le ministère des Finances a annoncé les modifications postérieures au prononcé de l'arrêt *Sparrow* dans le communiqué de presse 1997-030, « Retenues à la source non versées et TPS impayée » (7 avril 1997), il a déclaré qu'en échange de la « priorité absolue » à accorder à la perception de la TPS non versée, « l'État a renoncé à toutes autres priorités dans les cas de faillite ». Il s'agit d'un outil d'interprétation extrinsèque pertinent qui ajoute un contexte à l'interprétation de l'article 222. Il indique que le législateur a pris la décision de politique générale qu'en échange de la priorité absolue habituelle des fiducies prévues par la *Loi sur la taxe d'accise*, la priorité n'existe plus en cas de faillite aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et ne s'applique pas aux arrangements en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

[46] Le deuxième facteur contextuel découle du fait que les paragraphes 222(1) et (3) disposent explicitement qu'ils s'appliquent malgré tout « droit en garantie ». Cette règle générale est toutefois limitée par le paragraphe 222(4), qui dispose : « Pour l'application des paragraphes (1) et (3), n'est pas un droit en garantie celui qui est visé par règlement. » Le droit en garantie est celui visé à l'article 2 du *Règlement sur les droits en garantie (TPS/TVH)*, DORS/2011-55.

[47] Generally, a mortgage will be a “prescribed security interest” in situations where a lender registers a mortgage on a debtor’s real property before a deemed trust arises. This again recognizes the potential harshness of the deemed trust provision and provides a means of protection to a secured creditor that lends money to a borrower and takes security at a time before the borrower collects, but fails to remit, GST amounts. Lenders who do advance funds and take security from a borrower who is in default of the obligation to remit collected GST are not provided with these protections. These lenders are, however, able to make inquiries of the borrower as to GST compliance and take some steps as briefly discussed below.

[48] The evolution of the legislation is part of the “entire context” in which statutes are to be read (*Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425, at paragraph 28). Here, as explained above, the legislation was amended in response to the decision of the Supreme Court in *Sparrow*. Parliament intended to enlarge the scope of the deemed trust provisions so as to ensure that unremitted source deductions and unremitted GST are to be recovered in priority to all debts.

[49] Having examined the text, context and purpose of subsections 222(1) and (3), I now turn to the specific arguments advanced by the Bank and endorsed by the interveners.

- b. Did the Federal Court err by finding that the deemed trust does not require a triggering event which causes the trust to crystallize around specified assets?

[50] The Bank submits that the Federal Court erred in finding that the deemed trust does not require a triggering event to crystallize around satisfied assets. The Bank acknowledges that the deemed trust provisions grant an absolute priority to the Crown, but argues that the provisions do not amount to a statutory direction to pay at the time GST ought to have been remitted.

[47] En général, une hypothèque sera un droit en garantissant visé par règlement lorsqu’un prêteur enregistre une hypothèque sur l’immeuble d’un débiteur avant la constitution d’une fiducie réputée. Cela démontre encore une fois qu’on reconnaît l’éventuelle sévérité de la disposition sur la fiducie réputée et qu’on offre un moyen par lequel le créancier garanti qui prête de l’argent à un emprunteur peut se protéger et obtenir une garantie avant que l’emprunteur omette de verser la TPS qu’il a perçue. Les prêteurs qui avancent des fonds et prennent une garantie d’un emprunteur qui ne respecte pas l’obligation de verser la TPS perçue ne bénéficient pas de ces protections. Ces prêteurs peuvent toutefois se renseigner auprès de l’emprunteur relativement à l’observation des dispositions régissant la TPS et prendre certaines mesures, qui sont brièvement abordées ci-dessous.

[48] L’évolution de la loi fait partie du « contexte global » dans lequel les lois doivent être interprétées (*Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d’armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425, au paragraphe 28). En l’espèce, comme il a été expliqué ci-dessus, la Loi a été modifiée en réponse à l’arrêt *Sparrow* de la Cour suprême. Le législateur a voulu élargir la portée des dispositions sur les fiducies réputées afin de garantir le recouvrement des retenues à la source et de la TPS non versées en priorité sur toutes les dettes.

[49] Après avoir examiné le libellé, le contexte et l’objet des paragraphes 222(1) et (3), je me penche maintenant sur les arguments précis présentés par la Banque et soutenus par l’intervenante.

- b. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait d’événement déclencheur pour que des biens précis soient visés par la fiducie?

[50] La Banque soutient que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait un événement déclencheur pour que la fiducie s’applique à des biens précis. La Banque reconnaît que les dispositions sur la fiducie réputée accordent une priorité absolue à la Couronne, mais elle fait valoir que ces dispositions n’imposent pas d’exigence légale de faire de versement au moment où la TPS aurait dû être versée.

[51] The Bank submits that inherent in the concept of priority is that priorities are to be assessed at the time competing claims come into conflict. Because the right to a priority is essentially remedial in nature, it arises upon the exercise of enforcement or bankruptcy remedies by creditors. When there is a competition between claimants, and there will be a shortfall, the Crown is able at that time to assert its priority. Here, the Bank was not a secured creditor at the time the Crown asserted its claim.

[52] This submission is tethered to the text of the deemed trust provisions by the use of the word “priority” at the end of subsection 222(3). As well, the Bank argues that in both *Sparrow* and *First Vancouver* the Supreme Court understood the deemed trust structure to be a structure to deal with priority disputes. The Bank supports this submission by reference to paragraphs 1, 7, 99, 101, 110 and 112 of *Sparrow* and the Court’s implied or express reference therein to the concept of priority. The Bank also relies upon paragraph 28 of *First Vancouver* where the Court described Parliament’s intent when drafting the deemed trust provisions to be “to grant priority to the deemed trust in respect of property that is also subject to a security interest” and stated that the provisions had been amended “to grant priority to the deemed trust in situations where the Minister and secured creditors of a tax debtor both claim an interest in the tax debtor’s property.”

[53] Further, the Bank argues that in *First Vancouver* the Supreme Court likened the deemed trust to a “floating charge” (reasons, paragraph 40). The Bank submits that, as with a floating charge, a triggering event is necessary for the deemed trust to crystallize. Triggering events would include bankruptcy, the initiation of proceedings by the Crown for the recovery of unpaid taxes, and the exercise of a security interest.

[54] Finally, the Bank argues that when Parliament intends to draft a direction to pay it uses clear language. Reference is made to subsections 317(1), 317(3), 323(1) and 325(1) of the *Excise Tax Act*. As well, the Bank argues that subsections 317(3) and (7) would be redundant

[51] La Banque fait valoir qu’un principe fondamental des priorités est qu’il faut évaluer le rang au moment où des réclamations concurrentes entrent en conflit. Le droit à une priorité est essentiellement de nature réparatrice; il apparaît lorsque des créanciers prennent des mesures d’exécution ou de faillite. Lorsqu’il y a un conflit entre les réclamants et qu’il y aura insuffisance, la Couronne peut alors faire valoir sa priorité. En l’espèce, la Banque n’était pas un créancier garanti au moment où la Couronne a fait valoir sa réclamation.

[52] Cette prétention se fonde sur le fait que le mot « priorité » apparaît vers la fin des dispositions sur la fiducie réputée au paragraphe 222(3). De plus, la Banque soutient que dans les arrêts *Sparrow* et *First Vancouver*, la Cour suprême a tenu compte du fait que la fiducie réputée faisait partie d’un mécanisme destiné à résoudre les conflits de priorité. La Banque renvoie aux paragraphes 1, 7, 99, 101, 110 et 112 de l’arrêt *Sparrow* et au renvoi implicite ou explicite de la Cour à la notion de priorité. La Banque se fonde également sur le paragraphe 28 de l’arrêt *First Vancouver*, où la Cour explique que le législateur a rédigé les dispositions sur les fiducies réputées afin d’accorder « la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque les biens sont par ailleurs grevés d’une garantie » et qu’il a modifié les dispositions « de façon à accorder la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque le ministre et des créanciers garantis font valoir concurrentement un droit sur les biens du débiteur fiscal ».

[53] En outre, la Banque soutient que dans l’arrêt *First Vancouver*, la Cour suprême a comparé la fiducie réputée à une « charge flottante » (au paragraphe 40). La Banque fait valoir que, comme dans le cas d’une charge flottante, il doit y avoir un événement déclencheur pour que la fiducie réputée s’applique. L’événement déclencheur pourrait notamment être la faillite, une mesure d’exécution de la Couronne afin de recouvrer les impôts impayés ou l’exercice d’une sûreté.

[54] Enfin, la Banque affirme que lorsque le législateur entend établir une obligation de faire un versement, il utilise un libellé clair. Elle renvoie aux paragraphes 317(1), 317(3), 323(1) et 325(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*. De plus, la Banque soutient que les paragraphes 317(3)

if subsection 222(3) imposes a mandatory obligation to pay upon a secured creditor.

[55] I respectfully disagree. In my view, for the following reasons, the deemed trust does not require a triggering event.

[56] First, as mentioned above, the word “priority” appears only once in subsections 222(1) and (3); the word is found at the end of subsection 222(3) where it is provided that property deemed to be held in trust “is property beneficially owned by Her Majesty ... despite any security interest in the property or in the proceeds thereof” and that the proceeds of the property “shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.” The Bank’s submission fails to take into account the balance of the words found in subsections 222(1) and (3) and the conferral of a beneficial interest, the proceeds of which “shall be paid” to the Crown.

[57] Second, the Bank’s submission fails to take into account the legislative evolution of the deemed trust provisions. As described above, [in *Sparrow*, paragraph 39] the words that spoke to the triggering events of “liquidation, assignment, receivership or bankruptcy” were found in the prior iteration of the deemed trust provisions but removed from the current version. This reflects, in my view, Parliament’s intent that no triggering event was to be required to cause the trust to crystallize around specified assets. Instead, the legislation deems property of a tax debtor and property held by a secured creditor to be held in trust once GST is collected but not remitted.

[58] Third, the Bank’s reliance on references to the use of the word “priority” in *Sparrow* and paragraph 28 of the reasons in *First Vancouver* is misplaced. In paragraph 28 of *First Vancouver* the Court was describing the effect of the amended provisions. The Court was not describing the mechanism used to affect to that purpose. I believe this is demonstrated at paragraph 33 of the Court’s reasons in *First Vancouver*:

et (7) seraient redondants si le paragraphe 222(3) oblige un créancier garanti à faire un versement.

[55] En toute déférence, je ne suis pas d’accord. À mon avis, pour les motifs qui suivent, il ne doit pas y avoir d’événement déclencheur pour que la fiducie réputée existe.

[56] Premièrement, comme il est mentionné plus haut, le terme « priorité » n’apparaît qu’une seule fois aux paragraphes 222(1) et (3), soit à la fin du paragraphe 222(3), qui dispose que les biens réputés être détenus en fiducie « sont des biens dans lesquels Sa Majesté [...] a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant » et que « le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie ». L’observation de la Banque ne tient pas compte des autres termes des paragraphes 222(1) et (3) et de l’attribution d’un droit de bénéficiaire, dont le produit « est payé » à la Couronne.

[57] Deuxièmement, l’observation de la Banque ne tient pas compte de l’évolution des dispositions sur la fiducie réputée. Comme il est décrit ci-dessus [dans l’arrêt *Sparrow*, au paragraphe 39], la version antérieure des dispositions sur la fiducie réputée renvoyait à des événements déclencheurs comme la liquidation, la cession, la mise sous séquestre ou la faillite; il n’en est plus question dans la version actuelle. Cela représente, à mon avis, l’intention du législateur qu’il ne doit pas y avoir d’événement déclencheur pour que la fiducie s’applique à des biens précis. La Loi dispose plutôt que les biens d’un débiteur fiscal et les biens détenus par un créancier garanti sont réputés être détenus en fiducie une fois que la TPS est perçue, mais non versée.

[58] Troisièmement, la Banque s’appuie à tort sur l’utilisation du terme « priorité » dans l’arrêt *Sparrow* et au paragraphe 28 de l’arrêt *First Vancouver*. Au paragraphe 28 de l’arrêt *First Vancouver*, la Cour décrivait l’effet des dispositions modifiées. La Cour ne décrivait pas le mécanisme utilisé pour obtenir cet effet. Je crois que le paragraphe 33 des motifs de la Cour dans l’arrêt *First Vancouver* le démontre :

I find additional support for this view in the fact that s. 227(4.1) deems the trust to be in effect “at any time [source deductions are] not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act” Further, in the event of default, the trust extends back “from the time the amount was deducted or withheld by the person”. These words indicate that the intent of the section is to allow the trust to operate in a continuous manner, attaching to any property which comes into the hands of the debtor as long as the debtor continues to be in default, and extending back in time to the moment of the initial deduction. The language Parliament has chosen belies the suggestion that the deemed trust only captures property of the tax debtor in existence at some particular moment in time. [Emphasis in original.]

[59] The Court’s rejection of the notion that “the deemed trust only captures property of the tax debtor in existence at some particular moment in time” is inconsistent with the Bank’s argument that the deemed trust requires a triggering event which causes the trust to crystallize around specified assets.

[60] Next, I reject the submission that the Supreme Court’s likening of the deemed trust to a “floating charge” supports the requirement of a triggering event to crystallize the deemed trust.

[61] At paragraphs 4 and 40 of *First Vancouver* Justice Iacobucci did analogize the deemed trust to a floating charge, stating that the deemed trust is “similar in principle to a floating charge” (reasons, paragraph 4). However, I do not believe that Justice Iacobucci intended to equate the deemed trust with an equitable floating charge for all purposes. Rather, he intended his analogy to describe a tax debtor’s ability to sell property subject to the deemed trust in the ordinary course of business.

[62] This is demonstrated by Justice Iacobucci’s conclusion, at paragraph 28, that the deemed trust takes “priority” over both existing and future security interests. In equity, a subsequent fixed charge overrides a floating charge. It follows that the reference to being “similar in principle to a floating charge” was not intended to import all of the equitable principles that surround floating charges. Otherwise the deemed trust could not have priority over subsequent, fixed charges.

Mon opinion s’appuie en outre sur le fait que, selon le par. 227(4.1), la fiducie est réputée s’appliquer « en cas de non-versement [de retenues à la source] à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi » (je souligne). Par ailleurs, en cas de défaut, la fiducie a un effet rétroactif « à compter du moment où le montant est déduit ou retenu ». L’emploi de ces mots révèle l’intention du législateur de faire en sorte que la fiducie s’applique de manière continue, qu’elle vise tout bien qui se retrouve en la possession du débiteur (tant que ce dernier ne remédie pas au défaut) et qu’elle ait un effet rétroactif au moment de la retenue initiale. Le libellé retenu par le législateur écarte l’hypothèse voulant que la fiducie réputée ne s’applique qu’aux biens appartenant au débiteur fiscal à un moment précis.

[59] Le fait que la Cour ait rejeté l’hypothèse voulant que « la fiducie réputée ne s’applique qu’aux biens appartenant au débiteur fiscal à un moment précis » est incompatible avec la thèse de la Banque selon laquelle il doit y avoir un événement déclencheur pour que la fiducie s’applique à des biens précis.

[60] Ensuite, je rejette l’observation selon laquelle le fait que la Cour suprême a comparé la fiducie réputée à une « charge flottante » étaye l’exigence qu’il y ait un événement déclencheur pour que la fiducie réputée s’applique.

[61] Aux paragraphes 4 et 40 de l’arrêt *First Vancouver*, le juge Iacobucci a bien comparé la fiducie réputée à une charge flottante, en déclarant que la fiducie réputée « s’apparente sur le plan des principes à une charge flottante » (au paragraphe 4). Cependant, je ne pense pas que le juge Iacobucci ait voulu assimiler la fiducie réputée à une charge flottante en *equity* dans tous les sens. Il a plutôt voulu établir une analogie pour décrire le droit d’un débiteur fiscal de vendre des biens assujettis à la fiducie réputée dans le cadre normal de ses activités.

[62] C’est ce que démontre la conclusion du juge Iacobucci, au paragraphe 28, selon laquelle la fiducie réputée a la « priorité de rang » sur les garanties actuelles et futures. En *equity*, une sûreté ultérieure l’emporte sur une charge flottante. Il s’ensuit que la mention que la fiducie réputée « s’apparente sur le plan des principes à une charge flottante » n’avait pas pour but de viser tous les attributs en *equity* des charges flottantes. Sinon, la fiducie réputée n’aurait pas priorité sur les sûretés ultérieures.

[63] In *Canada (Attorney General) v. Community Expansion Inc.* (2004), 72 O.R. (3d) 546, [2004] O.J. No. 5493 (QL) the Ontario Superior Court of Justice came to a similar conclusion at paragraphs 28 to 33. This decision was affirmed on appeal in a brief endorsement (2005 CanLII 1402, [2005] O.J. No. 186 (QL)). The [Ontario] Court of Appeal expressed “substantial agreement with the reasons ... both as they relate to the relevant provisions of the *Income Tax Act* ... and the interpretation of *First Vancouver Finance v. Canada*”.

[64] Finally, while I accept that Parliament has drafted provisions directed to collecting tax debt from third parties, as seen in sections 317, 323 and 325 of the *Excise Tax Act*, I agree with the Federal Court that the Crown’s right to the proceeds of property deemed to be held in trust is an assertion of the statutory obligation created when the tax debtor collected and failed to remit GST (reasons of the Federal Court, paragraph 64). The Crown is not imposing direct liability upon a secured creditor to pay a borrower’s tax debt in the same way that sections 317, 323 and 325 make third parties liable for the tax debt of another.

[65] As to the redundancy argument, the Bank argues that pursuant to section 317 of the *Excise Tax Act* the Crown may serve a garnishment notice upon an account debtor or a secured creditor of the tax debtor requiring payment to the Crown of monies otherwise payable to the tax debtor. Subsection 317(3) provides that, upon receipt of the garnishment notice, the monies “shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest”. Subsection 317(7) of the Act then provides:

317 ...

Failure to comply

(7) Every person who fails to comply with a requirement under subsection (1), (3) or (6) is liable to pay to Her Majesty in right of Canada an amount equal to the amount that the person was required under subsection (1), (3) or (6), as the case may be, to pay to the Receiver General.

[63] Dans la décision *Canada (Attorney General) v. Community Expansion Inc.* (2004), 72 O.R. (3d) 546, [2004] O.J. n° 5493 (QL), la Cour supérieure de justice de l’Ontario est parvenue à une conclusion semblable aux paragraphes 28 à 33. Cette décision a été confirmée en appel par de bref motifs manuscrits (2005 CanLII 1402, [2005] O.J. n° 186 (QL)). La Cour d’appel [de l’Ontario] a déclaré [TRADUCTION] « être essentiellement d’accord avec les motifs [...] à la fois au sujet des dispositions pertinentes de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [...] et de l’interprétation de l’arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N.* ».

[64] Enfin, même si je reconnais que le législateur a rédigé des dispositions visant à recouvrer les dettes fiscales de tiers, comme le montrent les articles 317, 323 et 325 de la *Loi sur la taxe d’accise*, je suis d’accord avec la Cour fédérale pour dire que le droit de la Couronne au produit d’un bien réputé être détenu en fiducie découle de l’obligation légale créée lorsque le débiteur fiscal a perçu la TPS et a omis de la verser (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 64). La Couronne n’oblige pas le créancier garanti à payer lui-même la dette fiscale d’un emprunteur de la même manière que les articles 317, 323 et 325 rendent les tiers responsables de la dette fiscale d’une autre personne.

[65] En ce qui concerne l’observation portant sur la redondance, la Banque fait valoir qu’aux termes de l’article 317 de la *Loi sur la taxe d’accise*, la Couronne peut signifier un avis de saisie-arrêt à un débiteur ou à un créancier garanti du débiteur fiscal, afin que les montants par ailleurs payables au débiteur fiscal soient versés à la Couronne. Le paragraphe 317(3) dispose que, dès réception de l’avis de saisie-arrêt, la somme « doit être versée au receveur général par priorité sur tout autre droit en garantie au titre de cette somme ». Le paragraphe 317(7) de la Loi dispose alors ce qui suit :

317 [...]

Défaut de se conformer

(7) Toute personne qui ne se conforme pas à une exigence du paragraphe (1), (3) ou (6) est redevable à Sa Majesté du chef du Canada d’un montant égal à celui qu’elle était tenue de verser au receveur général en application d’un de ces paragraphes.

[66] The concluding words in subsection 317(3) are almost identical to the concluding words in subsection 222(3) of the Act. The conclusion that, properly interpreted, the words in subsection 222(3) “the proceeds ... shall be paid” create a mandatory obligation to pay on the part of a secured creditor is therefore said to render subsection 317(7) superfluous and therefore meaningless.

[67] Parliament does not intend words used in legislation to be redundant. The Bank has not cited authority to support the application of the principle of redundancy in the context where Parliament has created a suite of enforcement remedies to be available in an almost limitless set of possible scenarios.

[68] In any event, the garnishment remedy requires the Minister to have knowledge of the existence of a tax debt. In the case of unremitted GST the Crown is an unwilling, often unknown creditor. In this circumstance, garnishment is not a relevant remedy. I see no unacceptable redundancy.

[69] In my view the Federal Court did not err by finding that no triggering event is required to cause the trust to crystallize around specified assets.

- c. Did the Federal Court err by finding that secured creditors cannot avail themselves of the *bona fide* purchaser for value defence?

[70] The Bank argues that it is a *bona fide* purchaser for value of the money paid to it by the debtor. Because the deemed trust provisions of the Act do not extend to *bona fide* purchasers for value the Bank submits that it is entitled to retain the funds provided in payment of the debtor’s loan and mortgage. The Federal Court rejected this submission, finding that this “possibility has been foreclosed by *First Vancouver* and subsequent cases, as it would essentially render the deemed trust meaningless” (reasons, paragraph 44).

[66] Les derniers mots du paragraphe 317(3) sont presque identiques à ceux du paragraphe 222(3) de la Loi. On affirme ainsi que, s’il est juste d’interpréter le passage « le produit [...] est payé » au paragraphe 222(3) comme obligeant le créancier garanti à payer, alors le paragraphe 317(7) serait superflu et dénué de sens.

[67] Le législateur ne souhaite pas que les termes de la Loi soient redondants. La Banque n’a pas renvoyé à des décisions où on a eu recours au principe de la redondance lorsque le législateur a créé une série de mesures d’exécution qui peuvent s’appliquer dans un nombre presque illimité de situations possibles.

[68] Quoiqu’il en soit, pour avoir recours à la saisie-arrêt, le ministre doit savoir qu’il y a une dette fiscale. Dans le cas de la TPS non versée, la Couronne est créancière malgré elle et ignore souvent qu’il y a une dette. Dans ce cas, la saisie-arrêt n’est pas un recours pertinent. Je ne constate aucune redondance inacceptable.

[69] À mon avis, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant qu’il ne doit pas y avoir d’événement déclencheur pour que la fiducie s’applique à des biens précis.

- c. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que les créanciers garantis ne peuvent pas se prévaloir du moyen de défense offert à l’acquéreur de bonne foi à titre onéreux?

[70] La Banque affirme qu’elle est acquéresse de bonne foi et à titre onéreux des montants reçus du débiteur. Étant donné que les dispositions de la Loi sur les fiducies réputées ne s’appliquent pas aux acquéreurs de bonne foi à titre onéreux, la Banque soutient qu’elle est en droit de conserver les fonds versés pour rembourser le prêt et l’hypothèque du débiteur. La Cour fédérale a rejeté cet argument, estimant que cette « possibilité a été écartée par l’arrêt *First Vancouver* et des affaires subséquentes, puisqu’elle ferait essentiellement perdre tout son sens à la fiducie réputée » (motifs, au paragraphe 44).

[71] The Bank argues that the Federal Court erred because “Parliament is assumed to know the concept it has implied and only if it has excluded the defence with irresistible clearness is the defence excluded.” The *bona fide* purchaser for value defence is well-established in law and “Parliament has not enacted a change to the common law that eliminates a long-standing defence to an equitable (or in this case, a deemed trust) claim.” The Bank also argues that this defence would not eviscerate the deemed trust as the Federal Court found.

[72] In my view, for the following reasons, the *bona fide* purchaser for value defence is not available to secured creditors such as the Bank.

[73] First, in *i Trade Finance Inc. v. Bank of Montréal*, 2011 SCC 26, [2011] 2 S.C.R. 360, at paragraph 60, the Supreme Court quoted with approval the following explanation of the *bona fide* purchaser for value defence:

The full name of the equitable defence is ‘bona fide purchase of a legal interest for value without notice of a pre-existing equitable interest.’ The effect of the defence is to allow the defendant to hold its legal proprietary rights unencumbered by the pre-existing equitable proprietary rights. In other terms, where the defence operates, the pre-existing equitable proprietary rights are stripped away and lost in the transaction by which the defendant acquires its legal proprietary rights.

(L. Smith, *The Law of Tracing* (1997), at page 386 (footnote omitted; [underlining added]).)

[74] Seen in this light, it would be irrational for Parliament, in an effort to ensure that collected, unremitted GST was to be recovered in priority to all debts, to intend the *bona fide* purchaser defence to be available so as to undo the Crown’s pre-existing beneficial interest in the property of the deemed trust. As the Federal Court found, this would eviscerate the deemed trust provisions.

[71] La Banque affirme que la Cour fédérale a commis une erreur, car [TRADUCTION] « le législateur est réputé connaître la notion qu’il invoque et ce n’est que s’il a exclu le moyen de défense de façon incontestablement claire que celui-ci est exclu ». Le moyen de défense offert à l’acquéreur de bonne foi à titre onéreux est bien établi en droit et [TRADUCTION] « le législateur n’a pas modifié la *common law* de sorte à éliminer le moyen de défense de longue date à une réclamation en *equity* (ou, en l’espèce, une réclamation fondée sur une fiducie réputée) ». La Banque soutient également que ce moyen de défense ne ferait pas perdre son sens à la fiducie réputée, comme l’a estimé la Cour fédérale.

[72] À mon avis, pour les motifs qui suivent, les créanciers garantis, comme la Banque, ne peuvent avoir recours au moyen de défense offert à l’acquéreur de bonne foi à titre onéreux.

[73] Premièrement, dans l’arrêt *i Trade Finance Inc. c. Banque de Montréal*, 2011 CSC 26, [2011] 2 R.C.S. 360, au paragraphe 60, la Cour suprême a cité et approuvé l’explication suivante du moyen de défense offert à l’acquéreur de bonne foi à titre onéreux :

[TRADUCTION] Le nom complet du moyen de défense en *equity* est « acquisition de bonne foi d’un intérêt légal à titre onéreux et sans connaissance préalable d’un intérêt préexistant en *equity*. » Il permet au défendeur de détenir ses droits de propriété en *common law* sans qu’ils ne soient entravés par les droits de propriété en *equity* préexistants. En d’autres termes, lorsque ce moyen de défense est invoqué, les droits de propriété en *equity* préexistants s’éteignent par le biais de l’opération par laquelle le défendeur acquiert ses droits de propriété en *common law*.

(L. Smith, *The Law of Tracing* (1997), page 386 (note en bas de page omise; [non souligné dans l’original]).)

[74] Vu sous cet angle, il serait irrationnel que le législateur, dans le but de s’assurer que la TPS perçue et non versée soit recouvrée par priorité sur toutes les dettes, entende maintenir le moyen de défense offert à l’acquéreur de bonne foi et ainsi annuler le droit de bénéficiaire préexistant de la Couronne aux biens de la fiducie réputée. Comme l’a estimé la Cour fédérale, cela aurait pour

[75] Second, while in *First Vancouver* the question of the priority of secured creditors was not before the Court (reasons, paragraph 39) Justice Iacobucci wrote at paragraph 43:

Although it would be open to Parliament to extend the trust to property alienated by the tax debtor, such an interpretation is simply not supported by the language of the *ITA*. It is significant in this regard that purchasers for value are not included in ss. 227(4) and 227(4.1) whereas secured creditors are.

[76] While finding that *bona fide* purchasers for value were not caught by the deemed trust, the Court noted that secured creditors were. This is consistent with the conclusion that secured creditors cannot avail themselves of the *bona fide* purchaser for value defence.

[77] Finally, in *Canada (Attorney General) v. National Bank of Canada*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, this Court considered whether secured lenders who had lent money secured by movable hypothecs were *bona fide* purchasers, thereby excluding from the deemed trust the property they had taken as payment, seized or obtained by surrender (reasons, paragraph 19). The debtors failed to repay the loans guaranteed by the hypothecs and failed to remit source deductions. This Court relied upon the decision of the Supreme Court in *First Vancouver* to conclude that lenders were “not comparable to third party purchasers. They are secured creditors and the property over which they asserted their security interest continued to be subject to the deemed trust and remained so at the time of its sale.” (paragraph 30).

[78] No error has been demonstrated in this conclusion. It follows that the Federal Court did not err by finding that secured creditors cannot avail themselves of the *bona fide* purchaser for value defence.

effet de vider de leur contenu les dispositions sur les fiducies réputées.

[75] Deuxièmement, bien que la Cour n’ait pas eu à examiner la question du rang des créanciers garantis dans l’arrêt *First Vancouver* (au paragraphe 39), le juge Iacobucci a écrit, au paragraphe 43 :

Le législateur aurait pu prévoir que les biens aliénés par le débiteur fiscal continuent d’être détenus en fiducie. Or, ce n’est pas ce qui ressort du libellé de la *LIR*. À cet égard, il est révélateur que, contrairement au créancier garanti, l’acquéreur à titre onéreux ne soit pas mentionné aux par. 227(4) et (4.1).

[76] La Cour a conclu que, bien que les acquéreurs de bonne foi à titre onéreux n’étaient pas visés par la fiducie réputée, les créanciers garantis l’étaient. Cela est conforme à la conclusion selon laquelle les créanciers garantis ne peuvent pas se prévaloir du moyen de défense offert aux acquéreurs de bonne foi à titre onéreux.

[77] Enfin, dans l’arrêt *Canada (Procureure générale) c. Banque nationale du Canada*, 2004 CAF 92, notre Cour a examiné si les banques et les caisses populaires qui avaient fait des prêts garantis par des hypothèques mobilières étaient des acquéresses de bonne foi, ce qui soustrairait les biens qu’elles ont pris en paiement, qu’elles ont saisis ou qu’elles ont obtenus par délaissement de la fiducie réputée (au paragraphe 19). Les débiteurs ont fait défaut de rembourser les prêts garantis par les hypothèques et de remettre les retenues à la source. Notre Cour s’est fondée sur la décision *First Vancouver* de la Cour suprême pour conclure que les banques et les caisses populaires ne pouvaient « être assimilées à des tiers acquéreurs. Elles sont des créancières garanties de sorte que les biens sur lesquels elles ont fait valoir leur garantie sont demeurés assujettis à la fiducie réputée, et l’étaient toujours lors de leur vente » (au paragraphe 30).

[78] On n’a pas démontré que cette conclusion était erronée. Il s’ensuit que la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que les créanciers garantis ne peuvent pas se prévaloir du moyen de défense offert aux acquéreurs de bonne foi à titre onéreux.

- d. Did the Federal Court err by failing to consider that the security interests of the Bank were not created and granted in a transaction providing financing to the debtor's business?

[79] The Bank argues that the Federal Court ought to have distinguished between the tax debtor carrying on business as a sole proprietorship and the tax debtor transacting in his personal capacity. The Bank cites no authority for this proposition, but argues that the secured creditor is not unjustly enriched at the expense of the Crown because the creditor has not received proceeds of the tax debtor's business in priority to the Crown. This is said to be so because the secured property was not an asset of the business. Further, the Bank argues that a secured creditor who does not grant credit to a debtor's business cannot protect itself or know the obligations of the business.

[80] I see no merit in these arguments. Subsection 222(1) of the Act states that "every person who collects an amount as or on account of" GST "is deemed ... to hold the amount in trust for Her Majesty". It was the Bank's debtor that collected amounts as or on account of GST and who was obliged to remit the amounts collected to the Crown.

[81] While the Bank argues that a secured creditor who does not grant credit to a debtor's business cannot protect itself or know the obligations of the business, in the present case the agreed statement of facts is silent about what the Bank knew about its debtor's source of income and what, if anything, the Bank did to inquire into the state of its debtor's compliance with his obligations under the *Excise Tax Act*. The agreed statement of facts is the sole source of evidence before the Court and so there is simply no evidence on these points.

[82] Before concluding, I will deal briefly with the policy arguments advanced by the Bank and the intervener.

- d. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle n'a pas tenu compte du fait que les sûretés de la Banque ne découlaient pas d'un prêt accordé à l'entreprise du débiteur?

[79] La Banque fait valoir que la Cour fédérale aurait dû établir une distinction entre un débiteur fiscal exploitant une entreprise à propriétaire unique et un débiteur fiscal exécutant des opérations à titre personnel. La Banque ne renvoie à aucune jurisprudence ou doctrine à l'appui de cette thèse, mais elle affirme que le créancier garanti ne s'est pas injustement enrichi aux dépens de la Couronne, puisqu'il n'a pas reçu le produit découlant de l'entreprise du débiteur fiscal par priorité sur la Couronne. On dit qu'il en est ainsi parce que le bien garanti n'était pas un élément d'actif de l'entreprise. En outre, la Banque fait valoir qu'un créancier garanti qui n'accorde pas de crédit à l'entreprise d'un débiteur ne peut pas se protéger ni connaître les obligations de l'entreprise.

[80] À mon avis, ces observations ne sont pas fondées. Le paragraphe 222(1) de la Loi porte que la « personne qui perçoit un montant au titre de la [TPS] est réputée [...] le détenir en fiducie pour Sa Majesté ». C'est le débiteur de la Banque qui a perçu les montants au titre de la TPS et qui était tenu de verser les montants perçus à la Couronne.

[81] Alors que la Banque soutient qu'un créancier garanti qui n'accorde pas de crédit à l'entreprise d'un débiteur ne peut pas se protéger ni connaître les obligations de l'entreprise, en l'espèce, l'exposé conjoint des faits ne précise pas ce que la Banque savait de la source de revenus de son débiteur et ce qu'elle a fait, le cas échéant, pour savoir si son débiteur respectait ses obligations aux termes de la *Loi sur la taxe d'accise*. L'exposé conjoint des faits est la seule source de preuve dont je suis saisie et il n'existe donc tout simplement pas d'élément de preuve sur ces points.

[82] Avant de conclure, j'aborderai brièvement les arguments de politique générale avancés par la Banque et l'intervenante.

e. The policy arguments

[83] The Bank posits three hypothetical examples that are said to reflect the “absurdity” of the interpretation adopted by the Federal Court. The intervener makes a number of policy arguments including that:

- Unless a secured creditor is entitled to receive ordinary course payments from its borrower unencumbered by the deemed trust, a secured creditor will be unlikely to give credit for any cheques or cash deposits made by a tax debtor or to provide a discharge of its security on payment without continuous confirmation from the Canada Revenue Agency that all deemed trust amounts have been paid.
- It is anomalous and illogical that a secured creditor receiving proceeds of property of the tax debtor in the ordinary course is personally liable to pay the Crown the unpaid amount of GST when there is no such liability imposed upon a lender providing an unsecured credit facility, or any other unsecured creditor whose claim ranks subordinate to the secured creditor.
- The interpretation of the Federal Court promotes liquidation and bankruptcy over restructuring alternatives that may preserve going concern value, employment and other benefits for shareholders.

[84] In my view, the answer to these concerns is that Parliament made a considered policy choice to prioritize protection of the fisc over the interests of secured creditors. Parliament tempered the potential harshness of this choice by providing for prescribed security interests and by waiving the Crown’s deemed trust rights in cases of bankruptcy and arrangements under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*.

[85] Moreover, secured lenders are not without some ability to manage the risk posed by deemed trusts. For

e. Les arguments de politique générale

[83] La Banque propose trois exemples hypothétiques qui démontreraient l’absurdité de l’interprétation adoptée par la Cour fédérale. L’intervenante présente plusieurs arguments de politique générale, notamment les suivants :

- À moins qu’un créancier garanti ne soit en droit de recevoir de son emprunteur des paiements dans le cours normal de ses activités qui ne sont pas assujettis à la fiducie réputée, il est peu probable qu’il accorde un crédit pour les chèques ou les dépôts en espèces effectués par le débiteur fiscal ou qu’il donne une mainlevée de la garantie lors du paiement si l’Agence du revenu du Canada ne confirme pas régulièrement que tous les montants de la fiducie réputée ont été payés.
- Il est anormal et illogique qu’un créancier garanti recevant le produit d’un bien du débiteur fiscal dans le cadre normal de ses activités soit personnellement tenu de payer à la Couronne le montant impayé de la TPS alors qu’aucune obligation de ce type n’est imposée à un prêteur offrant un prêt non garanti ou à tout autre créancier non garanti dont la créance est subordonnée à celle du créancier garanti.
- L’interprétation de la Cour fédérale encourage la liquidation et la faillite plutôt que les possibilités de restructuration qui peuvent préserver la valeur d’exploitation, l’emploi et d’autres avantages pour les actionnaires.

[84] À mon avis, la réponse à ces préoccupations est que le législateur a fait un choix de politique générale réfléchi en donnant la priorité au fisc par rapport aux droits des créanciers garantis. Le législateur a tempéré l’éventuelle sévérité de ce choix en prévoyant des droits en garantie visés par règlement et en écartant les droits de la Couronne en vertu de la fiducie réputée en cas de faillite et d’arrangement aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

[85] En outre, les prêteurs garantis peuvent, dans une certaine mesure, limiter le risque que présentent les

example, they may identify higher-risk borrowers (which might include persons operating sole proprietorships), require borrowers to give evidence of tax compliance, or require borrowers to provide authorization to allow the lender to verify with the Canada Revenue Agency whether there are outstanding GST liabilities then known to the Agency.

Conclusion

[86] In my view the Federal Court made no error that warrants intervention. I would dismiss the appeal with costs.

NEAR J.A.: I agree.

GLEASON J.A.: I agree.

APPENDIX

Trust for amounts collected

222 (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

Amounts collected before bankruptcy

(1.1) Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

Withdrawal from trust

(2) A person who holds tax or amounts in trust by reason of subsection (1) may withdraw from the aggregate of the moneys so held in trust

(a) the amount of any input tax credit claimed by the person in a return under this Division filed by the person in respect of a reporting period of the person, and

fiducies réputées. Par exemple, ils peuvent déterminer les emprunteurs à haut risque (les personnes exploitant des entreprises à propriétaire unique, par exemple), exiger des emprunteurs qu'ils fournissent des éléments de preuve quant au respect des obligations fiscales, ou exiger que les emprunteurs les autorisent à vérifier auprès de l'Agence du revenu du Canada s'il y a, selon l'Agence, des dettes au titre de la TPS.

Conclusion

[86] À mon avis, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur justifiant une intervention. Je rejetterais l'appel, avec dépens.

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

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

ANNEXE

Montants perçus détenus en fiducie

222 (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

Montants perçus avant la faillite

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

Retraits de montants en fiducie

(2) La personne qui détient une taxe ou des montants en fiducie en application du paragraphe (1) peut retirer les montants suivants du total des fonds ainsi détenus :

a) le crédit de taxe sur les intrants qu'elle demande dans une déclaration produite aux termes de la présente section pour sa période de déclaration;

(b) any amount that may be deducted by the person in determining the net tax of the person for a reporting period of the person,

as and when the return under this Division for the reporting period in which the input tax credit is claimed or the deduction is made is filed with the Minister.

Extension of trust

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

Meaning of security interest

(4) For the purposes of subsections (1) and (3), a security interest does not include a prescribed security interest.

b) le montant qu'elle peut déduire dans le calcul de sa taxe nette pour sa période de déclaration.

Ce retrait se fait lors de la présentation au ministre de la déclaration aux termes de la présente section pour la période de déclaration au cours de laquelle le crédit est demandé ou le montant déduit.

Non-versement ou non-retrait

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

Sens de droit en garantie

(4) Pour l'application des paragraphes (1) et (3), n'est pas un droit en garantie celui qui est visé par règlement.

A-417-18
2020 FCA 63

A-417-18
2020 CAF 63

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Le procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. and Peter Ballantyne Cree Nation Health Services Incorporated (*Respondents*)

Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. et Peter Ballantyne Cree Nation Health Services Incorporated (*intimées*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. NORTHERN INTER-TRIBAL HEALTH AUTHORITY INC.

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. NORTHERN INTER-TRIBAL HEALTH AUTHORITY INC.

Federal Court of Appeal, Stratas, de Montigny and Laskin J.J.A.—Saskatoon, March 9; Ottawa, March 17, 2020.

Cour d’appel fédérale, juges Stratas, de Montigny et Laskin, J.C.A.—Saskatoon, 9 mars; Ottawa, 17 mars 2020.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Appeal from Federal Court decision allowing application for judicial review of decision of federal Superintendent of Financial Institutions who decided that respondents’ pension plans provincially regulated, refused to regulate them any further — Respondents challenging Superintendent’s decisions through joint judicial review application in Federal Court — Federal Court quashing decisions of Superintendent who based decisions on Supreme Court’s controlling authority of NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union; holding that Superintendent erring; that pension plans federally regulated — Treaties Nos. 6, 8 and 10 key to Federal Court’s decision — Superintendent acting under federal Pension Benefits Standards Act, 1985, s. 4(4) — Under s. 4(4), having to assess whether respondents’ undertakings within Parliament of Canada’s legislative authority — While parties agreeing health care provincial matter, respondents submitting that Crown obligated by Treaties to ensure health care provided to Indigenous peoples, which transformed situation, rendering respondents’ undertakings federal — Whether Superintendent properly interpreting, applying constitutional case law concerning legislative authority of Parliament of Canada; more particularly, whether Treaties at issue affecting constitutional analysis — Superintendent right to reject respondents’ submission — Superintendent failing to find substantial Indigenous component in respondents’ functions — Superintendent focussed on question of “legislative authority” under Pension Benefits Standards Act, 1985, s. 4(4), identified NIL/TU,O as controlling authority, applied authority, concluded that respondents’ undertakings functionally health care undertakings — Superintendent correct in concluding that respondents’ undertakings thus under legislative authority of province — Legislative authority to regulate

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Appel d’une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire d’une décision du surintendant des institutions financières fédéral, qui a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales et a décidé de ne plus les régler — Les intimées ont contesté les décisions du surintendant au moyen d’une demande conjointe de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale — La Cour fédérale a annulé les décisions du surintendant, qui a fondé ces décisions sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada qui fait autorité, NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union; elle a conclu que le surintendant avait commis une erreur et que les régimes de retraite relevaient de la compétence fédérale — Les traités nos 6, 8 et 10 ont joué dans la décision de la Cour fédérale — Le surintendant a appliqué l’art. 4(4) de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, une loi fédérale — En appliquant cette disposition, le surintendant devait déterminer si les entreprises des intimées relevaient de la compétence fédérale — Les parties n’ont pas contesté que la prestation des soins de santé relève de la compétence provinciale, mais les intimées ont souligné le fait que la Couronne a l’obligation, en vertu des traités, de veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux peuples autochtones, ce qui modifiait la situation et faisait en sorte que l’entreprise des intimées est de ressort fédéral — Il s’agissait de savoir si le surintendant a correctement interprété et appliqué la jurisprudence en matière constitutionnelle concernant la compétence fédérale et, plus particulièrement, si les traités en cause jouaient dans l’analyse constitutionnelle — Le surintendant a eu raison de rejeter l’argument des intimées — Le surintendant n’a pas conclu à un caractère autochtone substantiel dans les fonctions des intimées — Le surintendant s’est attaché à la question de

health care undertakings lying with province — Labour relations of employees in provincial undertakings, including pensions thereof, also presumptively subject to provincial regulation — Respondents' undertakings thus under provincial legislative authority — Federal Court going astray in analysis — Concentrated on terms of Treaties, Constitution Act, 1982, s. 35 — Diverting itself from task NIL/TU,O required it to do, committed error of law — Treaties, rights therein, not changing question Superintendent having to ask himself under Pension Benefits Standards Act, 1985, s. 4(4) as to who having "legislative authority" to regulate respondents' undertakings — Answer to question found only in assignment, distribution of exclusive legislative authority in Constitution Act, 1867, ss. 91–95 — Federal Court should not have quashed Superintendent's decisions — Appeal allowed.

Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Superintendent of Financial Institutions deciding that respondents' pension plans provincially regulated, refusing to regulate them any further — Federal Court quashing decisions of Superintendent — Treaties Nos. 6, 8 and 10 key to Federal Court's decision — Superintendent acting under federal Pension Benefits Standards Act, 1985, s. 4(4) — Under s. 4(4), having to assess whether respondents' undertakings within Parliament of Canada's legislative authority — While parties agreeing health care provincial matter, respondents submitting that Crown obligated by Treaties to ensure health care provided to Indigenous peoples, which transformed situation, rendering respondents' undertakings federal — Whether Treaties at issue affecting constitutional analysis — Superintendent correct in concluding that respondents' undertakings under legislative authority of province — Federal Court going astray in analysis — Concentrated on terms of Treaties, Constitution Act, 1982, s. 35 — Treaties, rights therein, not changing question Superintendent having to ask himself under Pension Benefits Standards Act, 1985, s. 4(4) as to who having "legislative authority" to regulate respondents' undertakings — Answer to question found only in assignment, distribution of exclusive legislative authority in Constitution Act, 1867, ss. 91–95.

la « compétence » pour l'application de l'art. 4(4) de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, a circonscrit l'arrêt NIL/TU,O comme arrêt de principe, a appliqué cette jurisprudence et a conclu que les entreprises des intimées étaient, sur le plan fonctionnel, des entreprises de soins de santé — Le surintendant a eu raison de conclure que les entreprises des intimées relevaient de la compétence provinciale — La réglementation des entreprises de soins de santé relève des provinces — Les relations de travail des employés d'entreprises provinciales, y compris leurs régimes de retraite, sont présumées être assujetties à la réglementation provinciale — Les entreprises des intimées relevaient donc de la compétence de la province — Dans son analyse, la Cour fédérale s'est égarée — Elle a porté son attention sur le libellé des traités et sur l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Elle a ainsi négligé l'analyse que commande l'arrêt NIL/TU,O et il s'agissait d'une erreur de droit — Les traités et les droits issus de ces traités ne modifiaient en rien la question à laquelle devait répondre le surintendant pour l'application de l'art. 4(4) de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension : qui a « compétence » pour réglementer les entreprises des intimées? — La réponse à cette question se trouve uniquement dans la distribution des pouvoirs exclusifs prévue aux art. 91 à 95 de la Loi constitutionnelle de 1867 — La Cour fédérale n'aurait pas dû annuler les décisions du surintendant — Appel accueilli.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Le surintendant des institutions financières a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales et a décidé de ne plus les réglementer — La Cour fédérale a annulé les décisions du surintendant — Les traités nos 6, 8 et 10 ont joué dans la décision de la Cour fédérale — Le surintendant a appliqué l'art. 4(4) de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, une loi fédérale — En appliquant cette disposition, il devait déterminer si les entreprises des intimées relevaient de la compétence fédérale — Les parties n'ont pas contesté que la prestation des soins de santé relève de la compétence provinciale, mais les intimées ont souligné le fait que la Couronne a l'obligation, en vertu des traités, de veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux peuples autochtones, ce qui modifiait la situation et faisait en sorte que l'entreprise des intimées est de ressort fédéral — Il s'agissait de savoir si les traités en cause jouaient dans l'analyse constitutionnelle — Le surintendant a eu raison de conclure que les entreprises des intimées relevaient de la compétence provinciale — Dans son analyse, la Cour fédérale s'est égarée — Elle a porté son attention sur le libellé des traités et sur l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Les traités et les droits issus de ces traités ne modifiaient en rien la question à laquelle devait répondre le surintendant pour l'application de l'art. 4(4) de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension : qui a « compétence » pour réglementer ces entreprises? — La réponse à cette question se trouve

Aboriginal Peoples — Superintendent of Financial Institutions deciding that respondents' pension plans provincially regulated, refusing to regulate them any further — Federal Court quashing decisions of Superintendent — Treaties Nos. 6, 8 and 10 key to Federal Court's decision — Superintendent acting under federal Pension Benefits Standards Act, 1985, s. 4(4) — Under s. 4(4), having to assess whether respondents' undertakings within Parliament of Canada's legislative authority — While parties agreeing health care provincial matter, respondents submitting that Crown obligated by Treaties to ensure health care provided to Indigenous peoples, which transformed situation, rendering respondents' undertakings federal — Superintendent failing to find substantial Indigenous component in respondents' functions, correct in concluding that respondents' undertakings under legislative authority of province — Federal Court going astray in analysis — Concentrated on terms of Treaties, Constitution Act, 1982, s. 35 — Treaties, rights therein, not changing question Superintendent having to ask himself under Pension Benefits Standards Act, 1985, s. 4(4) as to who having "legislative authority" to regulate respondents' undertakings — Answer to question found only in assignment, distribution of exclusive legislative authority in Constitution Act, 1867, ss. 91–95.

Pensions — Superintendent of Financial Institutions, acting under federal Pension Benefits Standards Act, 1985, s. 4(4), deciding that respondents' pension plans provincially regulated, refusing to regulate them any further — Under s. 4(4), Superintendent having to assess whether respondents' undertakings within Parliament of Canada's legislative authority — While parties agreeing health care provincial matter, respondents submitting that Crown obligated by Treaties to ensure health care provided to Indigenous peoples, which transformed situation, rendering respondents' undertakings federal — Superintendent failing to find substantial Indigenous component in respondents' functions, correct in concluding that respondents' undertakings under legislative authority of province — Question Superintendent having to ask himself under Pension Benefits Standards Act, 1985, s. 4(4): who had "legislative authority" to regulate respondents' undertakings — Answer to question found only in assignment, distribution of exclusive legislative authority in Constitution Act, 1867, ss. 91–95.

uniquement dans la distribution des pouvoirs exclusifs prévue aux art. 91 à 95 de la Loi constitutionnelle de 1867.

Peuples autochtones — Le surintendant des institutions financières a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales et a décidé de ne plus les réglementer — La Cour fédérale a annulé les décisions du surintendant — Les traités n^{os} 6, 8 et 10 ont joué dans la décision de la Cour fédérale — Le surintendant a appliqué l'art. 4(4) de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, une loi fédérale — En appliquant cette disposition, il devait déterminer si les entreprises des intimées relevaient de la compétence fédérale — Les parties n'ont pas contesté que la prestation des soins de santé relève de la compétence provinciale, mais les intimées ont souligné le fait que la Couronne a l'obligation, en vertu des traités, de veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux peuples autochtones, ce qui modifiait la situation et faisait en sorte que l'entreprise des intimées est de ressort fédéral — Le surintendant n'a pas conclu à un caractère autochtone substantiel dans les fonctions des intimées et il a eu raison de conclure que les entreprises des intimées relevaient de la compétence provinciale — Dans son analyse, la Cour fédérale s'est égarée — Elle a porté son attention sur le libellé des traités et sur l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Les traités et les droits issus de ces traités ne modifiaient en rien la question à laquelle devait répondre le surintendant pour l'application de l'art. 4(4) de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension : qui a « compétence » pour réglementer ces entreprises? — La réponse à cette question se trouve uniquement dans la distribution des pouvoirs exclusifs prévue aux art. 91 à 95 de la Loi constitutionnelle de 1867.

Pensions — Le surintendant des institutions financières, appliquant l'art. 4(4) de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, une loi fédérale, a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales et a décidé de ne plus les réglementer — En appliquant cette disposition, il devait déterminer si les entreprises des intimées relevaient de la compétence fédérale — Les parties n'ont pas contesté que la prestation des soins de santé relève de la compétence provinciale, mais les intimées ont souligné le fait que la Couronne a l'obligation, en vertu des traités, de veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux peuples autochtones, ce qui modifiait la situation et faisait en sorte que l'entreprise des intimées est de ressort fédéral — Le surintendant n'a pas conclu à un caractère autochtone substantiel dans les fonctions des intimées et il a eu raison de conclure que les entreprises des intimées relevaient de la compétence provinciale — La question à laquelle devait répondre le surintendant pour l'application de l'art. 4(4) de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension était la suivante : qui a « compétence » pour réglementer ces entreprises? — La réponse à cette question se trouve uniquement dans la distribution des pouvoirs exclusifs prévue aux art. 91 à 95 de la Loi constitutionnelle de 1867.

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an application for judicial review of a decision of the federal Superintendent of Financial Institutions who decided that the respondents' pension plans were provincially regulated and refused to regulate them any further. The respondents challenged the Superintendent's decisions by way of a joint application for judicial review in the Federal Court. The Federal Court quashed the decisions of the Superintendent who based these decisions on the Supreme Court's controlling authority of *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*. The Federal Court held that the Superintendent erred and that the pension plans were federally regulated. Key to the Federal Court's decision were Treaties Nos. 6, 8 and 10, all of which contain promises made by the Crown regarding health care for Indigenous peoples.

In this case, the Superintendent was acting under subsection 4(4) of the federal *Pension Benefits Standards Act, 1985*. The real dispute here was how the Superintendent went about applying the subsection. In applying the subsection, the Superintendent had to assess whether the respondents' undertakings were within the legislative authority of the Parliament of Canada. In this particular case, the assessment involved three separate steps. The first step involved interpreting the constitutional case law concerning the legislative authority of the Parliament of Canada.

The parties agreed that the provision of health care is a provincial matter. But the respondents submitted that the Crown is obligated by the Treaties to ensure health care is provided to Indigenous peoples. This, they claimed, transformed the situation, rendering the respondents' undertakings federal because they fall within the federal legislative authority concerning Indigenous peoples and First Nations pursuant to the *Constitution Act, 1867*, subsection 91(24). The appellant disagreed citing the Supreme Court's decision in *NIL/TU, O*.

The main issue was whether the Superintendent properly interpreted and applied the constitutional case law concerning the legislative authority of the Parliament of Canada and, more particularly, whether the Treaties at issue affected the constitutional analysis.

Held, the appeal should be allowed.

The respondents' submission was basically the same as that advanced by the unsuccessful parties in *NIL/TU, O*. The Supreme Court rejected this submission and, in this case, the Superintendent was right to reject it too. The Superintendent correctly identified *NIL/TU, O* as the controlling authority.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire d'une décision du surintendant des institutions financières fédérale, qui a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales et a décidé de ne plus les réglementer. Les intimées ont contesté les décisions du surintendant au moyen d'une demande conjointe de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. La Cour fédérale a annulé les décisions du surintendant, qui a fondé ces décisions sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada qui fait autorité, *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*. La Cour fédérale a conclu que le surintendant avait commis une erreur et que les régimes de retraite relevaient de la compétence fédérale. Les traités nos 6, 8 et 10, qui contiennent tous des promesses faites par la Couronne concernant les soins de santé offerts aux peuples autochtones, ont joué dans la décision de la Cour fédérale.

En l'espèce, le surintendant a appliqué le paragraphe 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, une loi fédérale. La véritable question en litige en l'espèce était celle de savoir comment le surintendant a appliqué cette disposition. En appliquant cette disposition, le surintendant devait déterminer si les entreprises des intimées relevaient de la compétence fédérale. En l'espèce, la détermination comportait trois étapes distinctes. La première étape consistait à interpréter la jurisprudence en matière constitutionnelle concernant la compétence fédérale.

Les parties n'ont pas contesté que la prestation des soins de santé relève de la compétence provinciale. Toutefois, les intimées ont souligné le fait que la Couronne a l'obligation, en vertu des traités, de veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux peuples autochtones. Selon elles, ce fait modifiait la situation : l'entreprise des intimées est de ressort fédéral, parce qu'elle relève de la compétence fédérale concernant les peuples autochtones et les Premières Nations conformément au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'appellant n'était pas d'accord, citant l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *NIL/TU, O*.

Il s'agissait principalement de savoir si le surintendant a correctement interprété et appliqué la jurisprudence en matière constitutionnelle concernant la compétence fédérale et, plus particulièrement, si les traités en cause jouaient dans l'analyse constitutionnelle.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

L'argument des intimées était essentiellement celui avancé par les parties qui ont été déboutées dans l'arrêt *NIL/TU, O*. La Cour suprême a rejeté cet argument et, en l'espèce, le surintendant a eu raison de le rejeter également. Le surintendant a eu raison de le rejeter également. Le surintendant a circonscrit à juste titre l'arrêt *NIL/TU, O* comme arrêt de

In the case at bar, the respondents submitted that their functions have a distinct and substantial Indigenous component that affected the analysis under the first branch. This was the very submission rejected in *NIL/TU, O*. Even if the respondents' view of the law was correct, their submission failed for another reason: the Superintendent failed to find a substantial Indigenous component in the respondents' functions, a factual assessment that was deferred to. Here, the Superintendent focused on the question of "legislative authority" under subsection 4(4) of the federal *Pension Benefits Standards Act, 1985*, identified *NIL/TU, O* as the controlling authority, applied that authority, and concluded that the respondents' undertakings were functionally health care undertakings. The Superintendent based this conclusion on facts that were undisputed and explained it to the respondents in two decision letters. From there, the Superintendent's analysis was purely legal and led to the conclusion that the respondents' undertakings were under the legislative authority of the province. The Superintendent was correct. The legislative authority to regulate health care undertakings lies with the province. And the labour relations of employees in provincial undertakings, including their pensions, are presumptively subject to provincial regulation. On the undisputed facts, the respondents' undertakings are under the legislative authority of the province.

In its analysis, the Federal Court went astray. Rather than focusing on which level of government has the legislative authority to regulate the respondents' undertakings and rather than strictly following the controlling authority of *NIL/TU, O*, the Federal Court concentrated on the terms of the Treaties, the importance and solemnity of the Treaties, and section 35 of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms treaty rights. By doing that, the Federal Court diverted itself from the task *NIL/TU, O* required it to do and this was an error of law. The Treaties and the rights in them did not change the question that the Superintendent had to answer under subsection 4(4) of the *Pension Benefits Standards Act, 1985*: who has the "legislative authority" to regulate these undertakings? The answer to that question is found only in the assignment and distribution of exclusive legislative authority in sections 91 to 95 of the *Constitution Act, 1867*, as interpreted in this context by the Supreme Court in *NIL/TU, O*.

The Treaties obligate the federal government to ensure that health care is provided to the relevant Indigenous peoples. The parties agreed for the purposes of this case that this obligation could be discharged by the federal government providing funding. But an obligation to provide funding to an undertaking has nothing to do with its function, which is the primary focus of the first branch of the test in *NIL/TU, O*. In this case, the undertakings' functions remained the provision of health care,

principe. En l'espèce, les intimées ont affirmé que leurs fonctions comportent un caractère autochtone distinct et important qui jouait dans l'analyse menée au premier volet. Il s'agissait de l'argument même rejeté dans l'arrêt *NIL/TU, O*. Même si l'interprétation de la loi faite par les intimées était correcte, leur argument ne pouvait être retenu pour une autre raison : le surintendant n'a pas conclu à un caractère autochtone substantiel dans les fonctions des intimées, et il en a été déferé à cette conclusion factuelle. En l'espèce, le surintendant s'est attaché à la question de la « compétence » pour l'application du paragraphe 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, une loi fédérale, a circonscrit l'arrêt *NIL/TU, O* comme arrêt de principe, a appliqué cette jurisprudence et a conclu que les entreprises des intimées étaient, sur le plan fonctionnel, des entreprises de soins de santé. Le surintendant a fondé cette conclusion sur des faits qui n'étaient pas contestés et l'a expliquée aux intimées dans deux lettres de décision. À partir de là, l'analyse du surintendant était purement juridique et a mené à la conclusion que les entreprises des intimées relevaient de la compétence provinciale. Le surintendant avait raison. La réglementation des entreprises de soins de santé relève des provinces. De plus, les relations de travail des employés d'entreprises provinciales, y compris leurs régimes de retraite, sont présumées être assujetties à la réglementation provinciale. Au vu des faits non contestés, les entreprises des intimées relèvent de la compétence de la province.

Dans son analyse, la Cour fédérale s'est égarée. Au lieu de s'attacher à déterminer l'ordre de gouvernement ayant compétence pour réglementer les entreprises des intimées et au lieu d'appliquer strictement l'arrêt de principe *NIL/TU, O*, la Cour fédérale a porté son attention sur le libellé des traités, sur l'importance et le caractère solennel des traités et sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits issus de traités. La Cour fédérale a ainsi négligé l'analyse que commande l'arrêt *NIL/TU, O* et il s'agissait d'une erreur de droit. Les traités et les droits issus de ces traités ne modifiaient en rien la question à laquelle devait répondre le surintendant pour l'application du paragraphe 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* : qui a « compétence » pour réglementer ces entreprises? La réponse à cette question se trouve uniquement dans la distribution des pouvoirs exclusifs prévue aux articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, selon l'interprétation faite par la Cour suprême dans l'arrêt *NIL/TU, O*.

Les traités obligent l'administration fédérale à veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux communautés autochtones concernées. Il n'est pas contesté, pour les besoins de l'espèce, que le gouvernement fédéral peut s'acquitter de cette responsabilité en offrant un financement. Toutefois, l'obligation de fournir un financement à une entreprise est étrangère à la fonction de cette dernière, qui est l'objet principal du premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *NIL/TU, O*. En

which is provincially regulated, as are the respondents' pension plans. Since the first branch of the *NIL/TU, O* test was determinative of the question here, there was no need to consider the second branch of that test. It followed that the Superintendent was correct in deciding that the respondents' pension plans were provincially regulated. The Federal Court should not have quashed the Superintendent's decisions.

l'espèce, la fonction des entreprises concernait la prestation de soins de santé, une compétence provinciale, tout comme le sont les régimes de retraite des intimées. Comme le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *NIL/TU, O* permettait de trancher la question en l'espèce, il n'était pas nécessaire d'examiner le second volet de ce critère. Il s'en est suivi que le surintendant a conclu à bon droit que les régimes de retraite des intimées relevaient de la compétence provinciale. La Cour fédérale n'aurait pas dû annuler les décisions du surintendant.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91–95.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 72, 303.
Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 32, s. 4(4).
The Pension Benefits Act, 1992, S.S. 1992, c. P-6.001.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Treaty No. 6 (1876).
 Treaty No. 8 (1899).
 Treaty No. 10 (1906).

CASES CITED

FOLLOWED:

NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696.

APPLIED:

Nishnawbe-Aski Police Service Board v. Public Service Alliance of Canada, 2015 FCA 211, [2016] 2 F.C.R. 351; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 59 Admin. L.R. (6th) 1.

CONSIDERED:

Northern Telecom v. Communications Workers, [1980] 1 S.C.R. 115, (1979), 98 D.L.R. (3d) 1.

REFERRED TO:

Delios v. Canada (Attorney General), 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91–95.
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. 35.
Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 32, art. 4(4).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 72, 303.
The Pension Benefits Act, 1992, S.S. 1992, ch. P-6.001.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité n° 6 (1876).
 Traité n° 8 (1899).
 Traité n° 10 (1906).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Commission des services policiers de Nishnawbe-Aski c. Alliance de la fonction publique du Canada, 2015 CAF 211, [2016] 2 R.C.F. 351; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65.

DÉCISION EXAMINÉE :

Northern Telecom c. Travailleurs en communication, [1980] 1 R.C.S. 115, 1979 CanLII 3.

DÉCISIONS CITÉES :

Delios c. Canada (Procureur général), 2015 CAF 117; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF

2015 FCA 150, 474 N.R. 121; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Singh*, 2016 FCA 300, [2017] 3 F.C.R. 263; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Syndicat des agents de sécurité Garda, Section CPI-CSN v. Garda Canada Security Corporation*, 2011 FCA 302, 430 N.R. 84; *Telecon Inc. v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union No. 213*, 2019 FCA 244, 439 D.L.R. (4th) 558; *Innu Matimekush-Lac John Nation Council v. Association of Employees of Northern Quebec (CSQ)*, 2017 FCA 212; *Construction Montcalm Inc. v. Min. Wage Com.*, [1979] 1 S.C.R. 754, (1978), 93 D.L.R. (3d) 641; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, 2015 FCA 263, 479 N.R. 189; *Butterfield v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 396, 280 F.T.R. 101; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Tessier Ltée v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 2012 SCC 23, [2012] 2 S.C.R. 3; *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407; *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Siksika Health Services v. Health Sciences Association of Alberta*, 2019 ABCA 494, 99 Alta. L.R. (6th) 73; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, (1996), 140 D.L.R. (4th) 385; *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238.

APPEAL from a Federal Court decision (2018 FC 1180, [2019] 2 F.C.R. 174) granting an application for judicial review of a decision of the federal Superintendent of Financial Institutions who decided that the respondents' pension plans were provincially regulated and refused to regulate them any further. Appeal allowed.

APPEARANCES

Marlon Miller and Cailen Brust for appellant.
Carl M. Nahachewsky for respondents.

15; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Singh*, 2016 CAF 300, [2017] 3 R.C.F. 263; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Syndicat des agents de sécurité Garda, Section CPI-CSN c. Corporation de sécurité Garda Canada*, 2011 CAF 302; *Telecon Inc. c. Fraternité internationale des ouvriers en électricité (section locale 213)*, 2019 CAF 244; *Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John c. Association des employés du nord québécois (CSQ)*, 2017 CAF 212; *Construction Montcalm Inc. c. Com. Sal. Min.*, [1979] 1 R.C.S. 754, 1978 CanLII 18; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263; *Butterfield c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 396; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 1997 CanLII 327; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 2012 CSC 23, [2012] 2 R.C.S. 3; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1990 CanLII 104; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Siksika Health Services v. Health Sciences Association of Alberta*, 2019 ABCA 494, 99 Alta. L.R. (6th) 73; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, 1996 CanLII 148; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2018 CF 1180, [2019] 2 R.C.F. 174) qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire d'une décision du surintendant des institutions financières fédéral, qui a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales et a décidé de ne plus les réglementer. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Marlon Miller et Cailen Brust pour l'appellant.
Carl M. Nahachewsky pour les intimées.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Nahachewsky Law Office, Prince Albert,
Saskatchewan, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STRATAS J.A.: The federal Superintendent of Financial Institutions decided that the respondents' pension plans were provincially regulated. Thus, he refused to regulate them any further. The Superintendent based these decisions on the Supreme Court's controlling authority of *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696 (*NIL/TU, O*).

[2] The respondents challenged the Superintendent's decisions by way of a joint application for judicial review in the Federal Court.

[3] The Federal Court (*per* Mandamin J.) held that the Superintendent erred. In the Federal Court's view, the pension plans were federally regulated. Key to the Federal Court's decision were Treaties Nos. 6, 8 and 10, all of which contain promises made by the Crown regarding health care for Indigenous peoples. Thus, the Federal Court granted the application for judicial review and quashed the Superintendent's decisions: 2018 FC 1180, [2019] 2 F.C.R. 174, 47 Admin. L.R. (6th) 165. The Attorney General now appeals.

[4] I would allow the appeal. The function of the works or undertakings must be the focus of analysis: *NIL/TU, O*, at paragraphs 3, and 13–18. Here, the function of the respondents' undertakings is to provide health care, a provincially regulated matter. It follows that the pension rights and obligations concerning those undertakings are also provincially regulated: *NIL/TU, O*, at paragraph 11. While the Treaties obligate the Crown to provide health care, they have no bearing on the function of the health care undertakings themselves, which remain provincially regulated.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada
pour l'appelant.

Nahachewsky Law Office, Prince Albert,
Saskatchewan, pour les intimées.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Le surintendant des institutions financières fédéral a jugé que les régimes de retraite des intimées étaient régis par les lois provinciales. Par conséquent, il a décidé de ne plus réglementer ces régimes. Le surintendant a fondé ces décisions sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada qui fait autorité, *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696 (*NIL/TU, O*).

[2] Les intimées ont contesté les décisions du surintendant au moyen d'une demande conjointe de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

[3] Le juge Mandamin de la Cour fédérale a conclu que le surintendant avait commis une erreur. Selon la Cour fédérale, les régimes de retraite relevaient de la compétence fédérale. Les traités nos 6, 8 et 10, qui contiennent tous des promesses faites par la Couronne concernant les soins de santé offerts aux peuples autochtones, ont joué dans la décision de la Cour fédérale. Par conséquent, la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire et annulé les décisions du surintendant (2018 CF 1180, [2019] 2 R.C.F. 174). Le procureur général interjette appel de cette décision.

[4] J'accueillerais l'appel. L'analyse doit reposer sur la fonction des entreprises ou affaires : *NIL/TU, O*, aux paragraphes 3 et 13 à 18. En l'espèce, la fonction des entreprises des intimées est de fournir des soins de santé, une matière régie par les lois provinciales. Par conséquent, les droits et les obligations des entreprises relatives aux pensions relèvent également de la compétence provinciale : *NIL/TU, O*, au paragraphe 11. Si les traités obligent la Couronne à fournir des soins de santé, ils n'ont aucune incidence sur la fonction des entreprises de soins de santé elles-mêmes, qui demeurent assujetties à la compétence provinciale.

The legislative framework

[5] Before the *NIL/TU,O* decision and before the Superintendent's decisions, the federal *Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 32 regulated the respondents' pension plans. *The Pension Benefits Act, 1992*, S.S. 1992, c. P-6.001, a provincial statute, did not apply.

[6] The federal *Pension Benefits Standards Act, 1985* applies to the pension plans of employees in "included employment". "Included employment" is "employment ... on or in connection with the operation of any work, undertaking or business that is within the legislative authority of the Parliament of Canada": *Pension Benefits Standards Act, 1985*, subsection 4(4). The "legislative authority of the Parliament of Canada" is determined by examining sections 91–95 of the *Constitution Act, 1867* (in Part VI, "Distribution of Legislative Powers") and any controlling authorities interpreting those sections. If the undertaking in which the employees work is within the legislative authority of the Parliament of Canada, the federal *Pension Benefits Standards Act, 1985* applies.

The nature of the Superintendent's decision

[7] When determining an application for judicial review in complicated cases, a reviewing court should identify with precision the true nature of the administrative decision being reviewed: *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, at paragraphs 18 and 26–28; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121, at paragraph 36; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Singh*, 2016 FCA 300, [2017] 3 F.C.R. 263, at paragraph 8.

[8] Here, the Superintendent was acting under subsection 4(4) of the federal *Pension Benefits Standards Act, 1985*. But the Superintendent did not have to interpret that subsection: it is perfectly clear. And no one has alleged that the Superintendent misinterpreted it. The real dispute in the Federal Court and this Court is how the Superintendent went about applying the subsection.

Le cadre légal

[5] Avant l'arrêt *NIL/TU,O* et avant les décisions du surintendant, la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 32, réglementait les régimes de retraite des intimées. La *Pension Benefits Act, 1992*, S.S. 1992, ch. P-6.001 (Loi de 1992 sur les prestations de retraite), une loi provinciale, ne s'appliquait pas.

[6] La *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, une loi fédérale, s'applique aux régimes de retraite des salariés occupant un « emploi inclus ». Un « emploi inclus » s'entend de tout « emploi [...] lié ou rattaché à la mise en service d'un ouvrage, d'une entreprise ou d'une activité de compétence fédérale » : *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, paragraphe 4(4). La « compétence fédérale » est déterminée par les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (partie VI, « Distribution des pouvoirs législatifs ») et tout arrêt de principe portant sur l'interprétation de ces articles. Si l'entreprise pour laquelle les salariés travaillent relève de la compétence fédérale, la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* s'applique.

La nature de la décision du surintendant

[7] Pour trancher une demande de contrôle judiciaire dans une affaire complexe, la cour de révision devrait qualifier avec précision la véritable nature de la décision administrative faisant l'objet du contrôle : *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, aux paragraphes 18 et 26 à 28; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150, au paragraphe 36; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Singh*, 2016 CAF 300, [2017] 3 R.C.F. 263, au paragraphe 8.

[8] En l'espèce, le surintendant a appliqué le paragraphe 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, une loi fédérale. Cependant, le surintendant n'avait pas à interpréter cette disposition; elle est parfaitement claire. Personne n'a avancé que le surintendant l'avait mal interprétée. La véritable question en litige devant la Cour fédérale, et devant notre Cour, est celle de savoir comment le surintendant a appliqué cette disposition.

[9] In applying the subsection, the Superintendent had to assess whether the respondents' undertakings were within the legislative authority of the Parliament of Canada. In this particular case, the assessment involved three separate steps: (1) interpreting the constitutional jurisprudence concerning the legislative authority of the Parliament of Canada, (2) making findings of fact about the nature of the respondents' undertakings, and (3) applying the constitutional jurisprudence to the findings of fact.

[10] The respondents do not take issue with the Superintendent's findings of fact. The real issue they raise is whether the Superintendent properly interpreted and applied the constitutional jurisprudence concerning the legislative authority of the Parliament of Canada. Within that broad issue lies a more particular issue: do the Treaties affect the constitutional analysis?

The standard of review

[11] We are to assess whether the Federal Court adopted the proper standard of review—in other words, conduct the analysis ourselves—and then assess whether the Federal Court applied the proper standard of review correctly: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47.

[12] This Court has regularly conducted correctness review of administrative decisions regarding whether labour relations and closely associated matters are regulated federally or provincially under the *Constitution Act, 1867*: *Syndicat des agents de sécurité Garda, Section CPI-CSN v. Garda Canada Security Corporation*, 2011 FCA 302, 430 N.R. 84, at paragraph 29; *Nishnawbe-Aski Police Service Board v. Public Service Alliance of Canada*, 2015 FCA 211, [2016] 2 F.C.R. 351, at paragraph 6; *Telecon Inc. v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union No. 213*, 2019 FCA 244, 439 D.L.R. (4th) 558, at paragraph 16. This past jurisprudence suggests that the standard of review for the issues on which this case turns (identified in paragraph 10, above) is correctness.

[9] En appliquant cette disposition, le surintendant devait déterminer si les entreprises des intimées relevaient de la compétence fédérale. En l'espèce, la détermination comportait trois étapes distinctes : 1) l'interprétation de la jurisprudence en matière constitutionnelle concernant la compétence fédérale, 2) des conclusions de fait concernant la nature des entreprises des intimées, 3) l'application de la jurisprudence en matière constitutionnelle aux conclusions de fait.

[10] Les intimées ne contestent pas les conclusions de fait du surintendant. La véritable question qu'elles soulèvent est celle de savoir si le surintendant a correctement interprété et appliqué la jurisprudence en matière constitutionnelle concernant la compétence fédérale. Cette question plus générale renferme une autre question plus particulière : les traités jouent-ils dans l'analyse constitutionnelle?

La norme de contrôle

[11] Nous devons déterminer si la Cour fédérale a adopté la bonne norme de contrôle; autrement dit, nous devons effectuer notre propre analyse et déterminer si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et l'a appliquée correctement : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47.

[12] Notre Cour a régulièrement été saisie du contrôle, selon la norme de la décision correcte, de décisions administratives intéressant la question de savoir si les relations de travail et les affaires qui y sont étroitement liées relèvent de la compétence fédérale ou de la compétence provinciale au titre de la *Loi constitutionnelle de 1867*: *Syndicat des agents de sécurité Garda, Section CPI-CSN c. Corporation de sécurité Garda Canada*, 2011 CAF 302, au paragraphe 29; *Commission des services policiers de Nishnawbe-Aski c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 2015 CAF 211, [2016] 2 R.C.F. 351, au paragraphe 6; *Telecon Inc. c. Fraternité internationale des ouvriers en électricité (section locale 213)*, 2019 CAF 244, au paragraphe 16. Cette jurisprudence antérieure indique que la norme de contrôle applicable

aux questions en litige soulevées en l'espèce (indiquées au paragraphe 10) est celle de la décision correcte.

[13] But now we are to start with *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 59 Admin. L.R. (6th) 1, not our earlier jurisprudence: see *Vavilov*, at paragraphs 129–132. *Vavilov* tells us that “constitutional questions” or “constitutional matters” are reviewable on a standard of correctness: *Vavilov*, at paragraphs 53 and 55. The issues on which this case turns fall into the category of “constitutional questions”. Thus, the standard of review is correctness.

The parties' positions

[14] For the purposes of this case, the Attorney General accepts that the federal Crown is obligated under the Treaties to provide health care to the relevant Indigenous peoples.

[15] For the purposes of this case, the parties also accept that the federal Crown is discharging its responsibility by funding the respondents in accordance with certain agreements.

[16] In this case, the parties agree that the provision of health care is a provincial matter. But the respondents point to the fact that the Crown is obligated by the Treaties to ensure health care is provided to Indigenous peoples. In their view, this transforms the situation, rendering the respondents' undertakings federal because they fall within the federal legislative authority concerning Indigenous peoples and First Nations: *Constitution Act, 1867*, subsection 91(24). The Attorney General disagrees, citing the Supreme Court's decision in *NIL/TU, O*.

Analysis

[17] The respondents' submission is basically the same as that advanced by the unsuccessful parties in the Supreme Court's decision in *NIL/TU, O*. The

[13] Or, nous devons dorénavant commencer par l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, et non par notre jurisprudence antérieure : voir *Vavilov*, aux paragraphes 129 à 132. L'arrêt *Vavilov* nous enseigne que les « questions constitutionnelles » ou les « questions de droit constitutionnel » sont susceptibles de révision selon la norme de la décision correcte : *Vavilov*, aux paragraphes 53 et 55. Les questions à trancher en l'espèce appartiennent à la catégorie des « questions constitutionnelles ». Ainsi, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

Les thèses des parties

[14] Dans le présent appel, le procureur général admet que la Couronne fédérale est obligée par les traités de fournir des soins de santé aux peuples autochtones concernés.

[15] Dans le présent appel, les parties reconnaissent également que la Couronne fédérale s'acquitte de sa responsabilité en finançant les intimées, conformément à certains accords.

[16] En l'espèce, il n'est pas contesté que la prestation des soins de santé relève de la compétence provinciale. Toutefois, les intimées soulignent le fait que la Couronne a l'obligation, en vertu des traités, de veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux peuples autochtones. Selon elles, ce fait modifie la situation : l'entreprise des intimées est de ressort fédéral, parce qu'elle relève de la compétence fédérale concernant les peuples autochtones et les Premières Nations : *Loi constitutionnelle de 1867*, paragraphe 91(24). Le procureur général n'est pas d'accord, citant l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *NIL/TU, O*.

Discussion

[17] L'argument des intimées est essentiellement celui avancé par les parties qui ont été déboutées par la Cour suprême dans l'arrêt *NIL/TU, O*. La Cour suprême

Supreme Court rejected this submission. In this case, the Superintendent was right to reject it too.

[18] The Superintendent correctly identified *NIL/TU,O* as the controlling authority. This Court has applied *NIL/TU,O* in three cases: *Telecon, Nishnawbe-Aski and Innu Matimekush-Lac John Nation Council v. Association of Employees of Northern Quebec (CSQ)*, 2017 FCA 212. As will be discussed below, the reasoning in these cases suggests that the pension plans of the respondents are provincially regulated. The respondents have not submitted that these cases are manifestly wrong or should not be followed. Nor do they disagree with the reasoning in them.

[19] In *NIL/TU,O*, the Supreme Court considered whether the labour relations of an agency providing child welfare services to the children and families of seven First Nations were federally regulated or provincially regulated. The Supreme Court concluded that they were provincially regulated.

[20] It reached that conclusion by applying a double-barrelled legal test:

... in determining whether an entity's labour relations will be federally regulated, thereby displacing the operative presumption of provincial jurisdiction, ... a court [must] first apply the functional test, that is, examine the nature, operations and habitual activities of the entity to see if it is a federal undertaking. If so, its labour relations will be federally regulated. Only if this inquiry is inconclusive should a court proceed to an examination of whether provincial regulation of the entity's *labour relations* would impair the core of the federal head of power at issue.

(*NIL/TU,O*, at paragraph 18; see also *Northern Telecom v. Communications Workers*, [1980] 1 S.C.R. 115, 98 D.L.R. (3d) 1.)

[21] Under the first branch of the *NIL/TU,O* test, the functional examination of “the nature of the operation” requires us to look at “the normal or habitual activities of

a rejeté cet argument. En l’espèce, le surintendant avait raison de le rejeter également.

[18] Le surintendant a circonscrit à juste titre l’arrêt *NIL/TU,O* comme arrêt de principe. Notre Cour a appliqué l’arrêt *NIL/TU,O* dans trois affaires : *Telecon, Nishnawbe-Aski et Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John c. Association des employés du nord québécois (CSQ)*, 2017 CAF 212. Comme nous l’expliquons ci-après, le raisonnement dans ces affaires montre que les régimes de retraite des intimées relèvent de la compétence provinciale. Les intimées n’ont pas affirmé que ces jugements étaient manifestement erronés et ne devraient pas être appliqués. Elles ne contestent pas non plus le raisonnement qui y est énoncé.

[19] Dans l’affaire *NIL/TU,O*, la Cour suprême était appelée à décider si les relations de travail dans une agence d’aide à l’enfance offrant des services aux enfants et aux familles de sept Premières Nations relevaient de la compétence fédérale ou de la compétence provinciale. La Cour suprême a conclu qu’elles relevaient de la province.

[20] Elle en est arrivée à cette conclusion en appliquant un critère juridique à deux volets :

[...] pour déterminer si le pouvoir de réglementer les relations de travail d’une entité relèvera du gouvernement fédéral, ce qui aurait pour effet d’écarter la présomption de compétence provinciale, [...] le tribunal [doit] applique[r] tout d’abord le critère fonctionnel, c’est-à-dire qu’il examine la nature de l’entité, son exploitation et ses activités habituelles pour voir s’il s’agit d’une entreprise fédérale. Si c’est le cas, ses relations de travail seront assujetties à la réglementation fédérale. C’est seulement lorsque cet examen n’est pas concluant qu’il doit ensuite examiner si la réglementation, par le gouvernement provincial, des *relations de travail* de l’entité porterait atteinte au chef de compétence fédérale en cause.

(*NIL/TU,O*, au paragraphe 18; voir également *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1980] 1 R.C.S. 115, 1979 CanLII 3.)

[21] Selon le premier volet du critère énoncé dans l’arrêt *NIL/TU,O*, l’examen fonctionnel de « la nature de l’exploitation » nous commande d’examiner « les activités

the business” as “a going concern” and “without regard for exceptional or casual factors”: *Northern Telecom*, at page 132, cited in *NIL/TU,O*, at paragraph 14; see also *Construction Montcalm Inc. v. Min. Wage Com.*, [1979] 1 S.C.R. 754, at page 769, 93 D.L.R. (3d) 641.

[22] In *NIL/TU,O* the Supreme Court did not proceed beyond the first branch of the legal test. It found that the function of the agency was to provide welfare services to children and families, a provincially regulated activity. The Supreme Court acknowledged that the agency provided its welfare services to Indigenous peoples, sensitively tailoring its programs to them. But that counted for naught. The Supreme Court did not need to consider the second branch of the *NIL/TU,O* test.

[23] In the case at bar, the respondents submit that their functions have a distinct and substantial Indigenous component that affects the analysis under the first branch. This was the very submission rejected in *NIL/TU,O*. There, *NIL/TU,O* argued, based on the record filed with the Court, that the “distinctly Aboriginal component of its service delivery methodology alters the nature of its operations and activities such that it is a federal undertaking” for labour relations purposes: *NIL/TU,O*, at paragraph 37. The Supreme Court accepted that the record established “the cultural identity of *NIL/TU,O*’s clients and employees” and “its mandate to provide culturally-appropriate services to Aboriginal clients” but “[n]either...displaces the operating presumption that labour relations are provincially regulated”: *NIL/TU,O*, at paragraph 39.

[24] This Court’s decision in *Nishnawbe-Aski*, like *NIL/TU,O*, is strong authority for the proposition that an undertaking, usually provincially regulated, does not become federally regulated just because it is tailored sensitively to serve the needs of a local Indigenous population. The undertaking in *Nishnawbe-Aski*, a police services board, was very much comprised of Indigenous people, took some direction from the local Indigenous community and played a very significant role in it, yet

normales ou habituelles de l’affaire » en tant qu’« entreprise active » et « sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels » : *Northern Telecom*, à la page 132, cité dans l’arrêt *NIL/TU,O*, au paragraphe 14; voir également l’arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Com. Sal. Min.*, [1979] 1 R.C.S. 754, à la page 769, 1978 CanLII 18.

[22] Dans l’arrêt *NIL/TU,O*, la Cour suprême n’est pas allée au-delà du premier volet du critère juridique. Elle a conclu que la fonction de l’agence était de fournir des services d’aide aux enfants et aux familles, une activité relevant de la compétence provinciale. La Cour suprême a reconnu que l’agence offrait certes ses services d’aide aux communautés autochtones, adaptant ses programmes à cette clientèle. Elle a conclu que cela ne comptait pas. La Cour suprême n’a pas eu besoin d’examiner le second volet du critère énoncé dans l’arrêt *NIL/TU,O*.

[23] En l’espèce, les intimées affirment que leurs fonctions comportent un caractère autochtone distinct et important qui joue dans l’analyse menée au premier volet. Il s’agit de l’argument même rejeté dans l’arrêt *NIL/TU,O*. Dans cette affaire, *NIL/TU,O* prétendait, selon le dossier déposé auprès de la Cour, que « le caractère typiquement autochtone de la prestation de ses services modifie la nature de son entreprise et de ses activités de sorte qu’elle est une entreprise, un service ou une affaire de compétence fédérale » pour ce qui est des relations de travail : *NIL/TU,O*, au paragraphe 37. La Cour suprême, reconnaissant que le dossier établit « l’identité culturelle des clients et des employés de *NIL/TU,O* » et « son mandat qui consiste à fournir à ses clients autochtones des services adaptés à leur culture », mais affirme que ni l’une ni l’autre « ne réfute la présomption selon laquelle les relations de travail sont réglementées par le gouvernement provincial » : *NIL/TU,O*, au paragraphe 39.

[24] L’arrêt *Nishnawbe-Aski* de notre Cour, à l’instar de l’arrêt *NIL/TU,O*, étaye solidement la thèse selon laquelle une entreprise, habituellement régie par les lois provinciales, ne devient pas une matière fédérale simplement parce que ses services sont culturellement adaptés pour répondre aux besoins d’une population autochtone locale. L’entreprise en cause dans l’arrêt *Nishnawbe-Aski*, une commission des services policiers, comptait de très nombreux Autochtones, recevait certaines de ses

functionally it remained a police services undertaking regulated by the province.

[25] Even if the respondents' view of the law were correct, their submission fails for another reason: the Superintendent failed to find a substantial Indigenous component in the respondents' functions. We must defer to this factual assessment. Perhaps recognizing the inadequacy of the evidentiary record on this point, counsel for the respondents attempted to offer us new evidence in the course of his oral submissions. But, of course, this is not normally permitted: see, e.g., *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297 and *Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, 2015 FCA 263, 479 N.R. 189 (fresh evidence adduced in the reviewing court); see also *Butterfield v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 396, 280 F.T.R. 101 (counsel giving evidence).

[26] In this case, the Superintendent focused on the question of "legislative authority" under subsection 4(4) of the federal *Pension Benefits Standards Act, 1985*, identified *NIL/TU,O* as the controlling authority, applied that authority, and concluded that the respondents' undertakings were functionally health care undertakings. The Superintendent based this conclusion on facts that are undisputed and explained it to the respondents in two decision letters: see appeal book, at pages 470 and 2221. From there, the Superintendent's analysis was purely legal and led to the conclusion that the respondents' undertakings were under the legislative authority of the province.

[27] The Superintendent was correct. The legislative authority to regulate health care undertakings lies with the province: *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at paragraphs 66–68; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577, at paragraph 24; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at paragraphs 18 and 23. And the labour

directives de la communauté autochtone locale et jouait un rôle très important au sein de cette dernière, mais elle demeurait essentiellement une entreprise de services policiers réglementée par la province.

[25] Même si l'interprétation de la loi faite par les intimées était correcte, leur argument ne pourrait être retenu pour une autre raison : le surintendant n'a pas conclu à un caractère autochtone substantiel dans les fonctions des intimées. Il nous faut en déférer à cette conclusion factuelle. Peut-être parce qu'il a reconnu le caractère lacunaire du dossier de preuve, l'avocat des intimées a tenté de nous présenter de nouveaux éléments de preuve durant sa plaidoirie. Or, il est entendu que ce n'est normalement pas autorisé : voir, p. ex., *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, et *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263 (nouveaux éléments de preuve présentés à la cour de révision); voir également *Butterfield c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 396 (témoignage d'un avocat).

[26] En l'espèce, le surintendant s'est attaché à la question de la « compétence » pour l'application du paragraphe 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, une loi fédérale, a circonscrit l'arrêt *NIL/TU,O* comme arrêt de principe, a appliqué cette jurisprudence et a conclu que les entreprises des intimées étaient, sur le plan fonctionnel, des entreprises de soins de santé. Le surintendant a fondé cette conclusion sur des faits qui ne sont pas contestés et l'a expliquée aux intimées dans deux lettres de décision : voir le dossier d'appel, aux pages 470 et 2221. À partir de là, l'analyse du surintendant était purement juridique et a mené à la conclusion que les entreprises des intimées relevaient de la compétence provinciale.

[27] Le surintendant avait raison. La réglementation des entreprises de soins de santé relève des provinces : *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, aux paragraphes 66 à 68; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 1997 CanLII 327, au paragraphe 24; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, aux paragraphes 18 et 23. De plus, les relations de travail des

relations of employees in provincial undertakings, including their pensions, are presumptively subject to provincial regulation: *Tessier Ltée v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 2012 SCC 23, [2012] 2 S.C.R. 3, at paragraph 11; *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, at paragraphs 27–30; *NIL/TU,O*, at paragraph 11. On the undisputed facts, the respondents' undertakings are under the legislative authority of the province.

[28] In its analysis, the Federal Court went astray. Rather than focusing on which level of government has the legislative authority to regulate the respondents' undertakings and rather than strictly following the controlling authority of *NIL/TU,O*, the Federal Court concentrated on the terms of the Treaties, the importance and solemnity of the Treaties, and section 35 of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms treaty rights. By doing that, the Federal Court diverted itself from the task *NIL/TU,O* required it to do—to engage in a functional examination of the nature, operations and habitual activities of the respondents' undertakings as going concerns without regard for exceptional or casual factors. This was an error of law.

[29] The content of the Treaties and section 35 of the *Constitution Act, 1982* are not controversial in this case. All parties accept for the purposes of this case that the federal government can discharge its obligation under the Treaties by providing funding for Indigenous health care. However, the provision of federal funding by itself does not convert an otherwise provincial undertaking into a federal one: *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at page 567, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; *Chaoulli*, at paragraph 16. The Treaties simply do not have the legal relevance or materiality that the Federal Court attached to them in this case.

[30] The Treaties and the rights in them did not change the question that the Superintendent had to answer under subsection 4(4) of the *Pension Benefits Standards Act, 1985*: who has the “legislative authority” to regulate these undertakings? The answer to that question

employés d'entreprises provinciales, y compris leurs régimes de retraite, sont présumées être assujetties à la réglementation provinciale : *Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 2012 CSC 23, [2012] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 11; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407, aux paragraphes 27 à 30; *NIL/TU,O*, au paragraphe 11. Au vu des faits non contestés, j'estime que les entreprises des intimées relèvent de la compétence de la province.

[28] Dans son analyse, la Cour fédérale s'est égarée. Au lieu de s'attacher à déterminer l'ordre de gouvernement ayant compétence pour régler les entreprises des intimées et au lieu d'appliquer strictement l'arrêt de principe *NIL/TU,O*, la Cour fédérale a porté son attention sur le libellé des traités, sur l'importance et le caractère solennel des traités et sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits issus de traités. La Cour fédérale a ainsi négligé l'analyse que commande l'arrêt *NIL/TU,O* — un examen fonctionnel de la nature, des activités habituelles et de l'exploitation des entreprises des intimées en tant qu'entreprises actives, qui fait fi de facteurs exceptionnels ou occasionnels. Il s'agit d'une erreur de droit.

[29] La teneur des traités et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne sont pas controversés en l'espèce. Toutes les parties reconnaissent, pour les besoins du présent appel, que le gouvernement fédéral peut s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en vertu des traités en finançant des soins de santé destinés aux communautés autochtones. Toutefois, le financement offert par le gouvernement fédéral en soi ne fait pas d'une entreprise par ailleurs provinciale une entreprise fédérale : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 567, 1991 CanLII 74; *Chaoulli*, au paragraphe 16. Les traités n'ont simplement pas la pertinence ou l'importance juridique que la Cour fédérale leur a donnée en l'espèce.

[30] Les traités et les droits issus de ces traités ne modifient en rien la question à laquelle devait répondre le surintendant pour l'application du paragraphe 4(4) de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* : qui a « compétence » pour régler ces entreprises?

is found only in the assignment and distribution of exclusive legislative authority in sections 91 to 95 of the *Constitution Act, 1867*, as interpreted in this context by the Supreme Court in *NIL/TU, O*.

[31] Without doubt, section 35 of the *Constitution Act, 1982* recognizes and affirms treaty rights and, thus, is an important part of the Constitution of Canada, the supreme law within the territory of Canada. So treaty rights are important. Also without doubt, section 35 can limit the legislative power of the federal Parliament and the provincial Legislatures: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385. But, as the Supreme Court has unanimously held, section 35 of the *Constitution Act, 1982* does not somehow displace or amend the grant and distribution of exclusive legislative power between the federal Parliament and the provincial Legislatures under sections 91 to 95 of the *Constitution Act, 1867*: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at paragraphs 135–142; see also *Siksika Health Services v. Health Sciences Association of Alberta*, 2019 ABCA 494, 99 Alta. L.R. (6th) 73, at paragraph 30. This is just one facet of a more fundamental, bedrock principle in our Constitution: one part of the Constitution cannot displace or amend another part of the Constitution: *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585, at paragraph 24; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, (1996), 140 D.L.R. (4th) 385; *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238, at paragraph 14; and many others. When the task is to decide who has legislative authority over a subject-matter, we must look to sections 91 to 95 of the *Constitution Act, 1867* and any controlling authorities concerning them— here, the Supreme Court's decision in *NIL/TU, O*.

[32] At a more granular level, the Treaties obligate the federal government to ensure that health care is provided to the relevant Indigenous peoples. The parties agree for the purposes of this case that this obligation can be discharged by the federal government providing funding. But an obligation to provide funding to an undertaking has nothing to do with its function, which is the primary

La réponse à cette question se trouve uniquement dans la distribution des pouvoirs exclusifs prévue aux articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, selon l'interprétation faite par la Cour suprême dans l'arrêt *NIL/TU, O*.

[31] Indubitablement, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme les droits issus de traités et, par conséquent, constitue un élément important de la Constitution du Canada, la loi suprême du Canada. Les droits issus de traités sont donc importants. Il ne fait également aucun doute que l'article 35 peut restreindre les pouvoirs législatifs du parlement fédéral et des législatures provinciales : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1990 CanLII 104. Mais, comme le conclut à l'unanimité la Cour suprême, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie ou ne supprime en aucune manière la distribution des pouvoirs législatifs exclusifs du parlement fédéral et des législatures provinciales prévue aux articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, aux paragraphes 135 à 142; voir également l'arrêt *Siksika Health Services v. Health Sciences Association of Alberta*, 2019 ABCA 494, 99 Alta. L.R. (6th) 73, au paragraphe 30. Ce n'est là qu'une des facettes d'un principe de base fondamental de notre Constitution : une partie de la Constitution ne saurait en modifier ou en supplanter une autre : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, au paragraphe 24; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, 1996 CanLII 148; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238, au paragraphe 14, et de nombreux autres jugements. Lorsque notre tâche consiste à décider qui a compétence sur une matière, nous devons examiner les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et tout arrêt de principe ayant éclairé la question — en l'espèce, l'arrêt *NIL/TU, O* de la Cour suprême.

[32] Plus précisément, les traités obligent l'administration fédérale à veiller à ce que des soins de santé soient offerts aux communautés autochtones concernées. Il n'est pas contesté, pour les besoins de l'espèce, que le gouvernement fédéral peut s'acquitter de cette responsabilité en offrant un financement. Toutefois, l'obligation de fournir un financement à une entreprise est étrangère

focus of the first branch of the test in *NIL/TU, O*. In this case, the undertakings' functions remain the provision of health care, which is provincially regulated, as are the respondents' pension plans.

[33] As the first branch of the *NIL/TU, O* test is determinative of the question before us, there is no need to consider the second branch of that test.

[34] It follows that the Superintendent was correct in deciding that the respondents' pension plans were provincially regulated. The Federal Court should not have quashed the Superintendent's decisions.

[35] For good measure, the Superintendent's reasons for the decisions are a model of clear, brief and economical expression and offer more than enough justification.

Postscript

[36] The original appellants in this appeal were the Attorney General and the Minister of Finance. This was because they were the unsuccessful respondents to the application for judicial review in the Federal Court.

[37] In a direction issued before the hearing of this appeal, the Court raised the question whether this was proper. At the hearing, the parties agreed that it was not. They are correct. Under rule 303 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 the Attorney General was the only proper respondent in the Federal Court. Thus, the Attorney General is the only proper appellant in this Court.

[38] While the incorrect inclusion of the Minister of Finance in this case caused no problem, sometimes it can. A party, once named, might start to participate when, in fact, the party has no right to do so. Whenever a party is incorrectly named, parties should register an objection or the Registry should act under rule 72 at an early stage in the proceedings.

à la fonction de cette dernière, qui est l'objet principal du premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *NIL/TU, O*. En l'espèce, la fonction des entreprises concerne la prestation de soins de santé, une compétence provinciale, tout comme le sont les régimes de retraite des intimées.

[33] Comme le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *NIL/TU, O* permet de trancher la question dont nous sommes saisis, point n'est besoin d'examiner le second volet de ce critère.

[34] Il s'ensuit que le surintendant a conclu à bon droit que les régimes de retraite des intimées relevaient de la compétence provinciale. La Cour fédérale n'aurait pas dû annuler les décisions du surintendant.

[35] Qui plus est, les motifs du surintendant représentent un modèle d'expression claire, brève et concise, et sont amplement justifiés.

Post-scriptum

[36] Les appelants initiaux dans le présent appel étaient le procureur général et le ministre des Finances, car ils étaient les défendeurs n'ayant pas eu gain de cause devant la Cour fédérale dans la demande de contrôle judiciaire.

[37] Dans une directive préalable à l'audience, la Cour a mis en doute cette situation de fait. À l'audience, les parties ont convenu de l'irrégularité de la situation. Elles ont raison. Aux termes de la règle 303 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, le procureur général est le seul défendeur en Cour fédérale. Ainsi, le procureur général est le seul appelant dans le présent appel devant notre Cour.

[38] Même si, de la mise en cause erronée du ministre des Finances en l'espèce n'a découlé aucun problème, ce n'est pas toujours le cas. Une partie, une fois désignée, pourrait commencer à intervenir alors qu'en fait, elle n'est pas autorisée à le faire. Chaque fois qu'une partie est désignée à tort, les parties devraient déposer une objection ou le greffe devrait agir au début de l'instance, conformément à la règle 72.

Proposed disposition

[39] I would amend the style of cause, removing the Minister of Finance as an appellant. I would make both the style of cause on this document and the judgment reflect the amendment.

[40] I would allow the appeal, set aside the judgment dated November 28, 2018 of the Federal Court in file T-1315-17, and dismiss the respondents' application for judicial review. The parties agree that all should bear their own costs. Thus, I would make no order as to costs.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

Le règlement proposé

[39] Je modifierais l'intitulé pour en retirer le ministre des Finances à titre d'appelant. L'intitulé des présents motifs et celui du jugement devraient tenir compte de la modification.

[40] J'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement rendu le 28 novembre 2018 par la Cour fédérale dans le dossier n° T-1315-17 et je rejetterais la demande de contrôle judiciaire des intimées. Les parties ont convenu d'assumer leurs propres dépens. Par conséquent, je ne rendrais aucune ordonnance quant aux dépens.

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

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

A-335-18
2020 FCA 47

A-335-18
2020 CAF 47

Barejo Holdings ULC (*Appellant*)

Barejo Holdings ULC (*appelante*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: BAREJO HOLDINGS ULC v. CANADA

RÉPERTORIÉ : BAREJO HOLDINGS ULC c. CANADA

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Rennie and Rivoalen J.J.A.—Ottawa, November 13, 2019 and February 18, 2020.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Rennie et Rivoalen, J.C.A.—Ottawa, 13 novembre 2019 et 18 février 2020.

Income Tax — Income Calculation — “Debt” — Appeal from Tax Court of Canada order wherein Tax Court answering preliminary question pursuant to motion made jointly by appellant, Crown — At issue was whether two contracts (styled as “Notes”) were debt for purposes of Income Tax Act, s. 94.1(1)(a) during appellant’s 2010 taxation year, even though amounts to be paid thereunder remaining unknown until Notes coming to term — Tax Court Judge answering question in affirmative, holding that amounts ascertainable when payment becoming due for debt to exist under provision — Previously answering question on matter in 2015 — Appellant holding shares of Saint-Lawrence Trade (SLT), non-resident open-ended investment company — SLT, controlled foreign affiliate of appellant — SLT acquiring Notes from non-resident banking entities for USD 498 million representing Reference Assets Net Asset Value at time — Because value of Reference Assets in constant flux, amounts to be paid under Notes remaining unknown — Appellant reassessed pursuant to Foreign Accrual Property Income (FAPI) regime, Offshore Investment Foreign Property (OIFP) rules — Parties then asking Tax Court broad question as to whether two Notes at issue held by SLT constituting debt for purposes of Act to which Tax Court answered affirmatively — On appeal, appellant contending that in holding that Notes debt for purposes of Act, s. 94.1(1), Tax Court Judge failing to have regard to legal meaning of word debt, according to which debt not arising unless, until amount to be paid known or ascertainable — Crown maintaining that word debt capable of variety of meanings, that Notes were debt — Whether open to Tax Court Judge to hold that Notes could be labelled as debt for purposes of Act, s. 94.1(1)(a) — Answer to issue in question turning on meaning given to word debt under Act, s. 94.1(1)(a), whether Notes coming within this meaning — Amount to be paid under Notes unknown in 2010 — No single meaning of word debt; capable of various definitions — Debt of non-resident entity may derive its value from portfolio investments that fluctuate over time — Subsection 94.1(1) preventing deferral of

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — « Créance » — Appel d’une ordonnance rendue par la Cour canadienne de l’impôt par laquelle la Cour de l’impôt a tranché une question préliminaire qui lui avait été présentée par voie de requête conjointe de l’appelante et de la Couronne — Il s’agissait de savoir si deux contrats (portant la mention « billets ») constituaient des créances pour l’application de l’art. 94.1(1)a) de la Loi de l’impôt sur le revenu au cours de l’année d’imposition 2010 de l’appelante, même si la somme exigible était inconnue et le demeurerait jusqu’à la date d’échéance des billets — Le juge de la Cour de l’impôt a tranché la question par l’affirmative, concluant que, pour qu’il y ait créance pour l’application de cette disposition, le montant du paiement devait être déterminable au moment où il était exigible — Il avait tranché une première question en 2015 dans la même affaire — L’appelante détenait des parts de Saint-Lawrence Trade (SLT), un fonds de placement à capital variable étranger — SLT était une société étrangère affiliée contrôlée de l’appelante — SLT a acquis les billets auprès d’entités bancaires non résidentes pour 498 millions de dollars américains chacun, soit la valeur nette des actifs de référence à cette date — Étant donné que la valeur des actifs de référence fluctuait, la somme exigible pour acquitter les billets demeurerait inconnue — De nouvelles cotisations ont été établies à l’égard de l’appelante conformément au régime relatif au revenu étranger accumulé tiré de biens (REATB) ainsi qu’aux règles relatives aux biens d’un fonds de placement non-résident (BFPNR) — Les parties ont ensuite demandé à la Cour de l’impôt de trancher la question plus générale de savoir si les deux billets en cause détenus par SLT constituaient une créance aux fins de la Loi, à laquelle la Cour de l’impôt a répondu par l’affirmative — En appel, l’appelante a fait valoir qu’en concluant que les billets constituaient des créances pour l’application de l’art. 94.1(1) de la Loi, le juge de la Cour de l’impôt a fait fi du sens établi en droit du terme « créance », suivant lequel une créance n’existe que dès lors que la somme due est connue ou déterminable

income through use of foreign investments in low tax jurisdictions, accumulation of proceeds, their reinvestment offshore — Overwhelming case law supporting Tax Court's conclusion that no all-encompassing definition of word "debt" existing — In this case, Parliament could not have been any clearer in bringing within meaning of debt in Act, s. 94.1(1)(a) right to claim amount that derives its value from portfolio investments that fluctuate — Capital export neutrality fundamental objective behind both FAPI regime, OIFP rules — Based on record, application of s. 94.1(1) advancing capital export neutrality on facts of present case — When regard had to text, context, purpose of Act, s. 94.1(1)(a), debt arising for purposes of this provision when three specified conditions met — Since three conditions met herein, sufficient to dispose of appeal — Tax Court finding that interest rate must exist as fourth characteristic essential for existence of debt — However, no requirement under civil, common law that interest component in amount to be paid or repaid for debt to exist — Thus, fourth characteristic identified by Tax Court not essential — Appeal dismissed.

This was an appeal brought by the appellant from an order of the Tax Court of Canada wherein the Tax Court Judge answered a preliminary question pursuant to a motion made jointly by the appellant and the Crown. At issue was whether two contracts—styled as “Notes”—were debt for purposes of paragraphs 94.1(1)(a) of the *Income Tax Act* during the appellant’s 2010 taxation year, even though the amounts to be paid thereunder were unknown and would remain so until a later year when the Notes would come to term. The Tax Court Judge answered this question in the affirmative holding that in order for a debt to exist under this provision, it suffices that the amounts be ascertainable when payment becomes due.

— La Couronne a soutenu que le terme « créance » possède plus d’un sens et a fait valoir que les billets constituaient des créances — Il s’agissait de savoir s’il était loisible au juge de la Cour de l’impôt de statuer que les billets pouvaient être qualifiés de créance pour l’application de l’art. 94.1(1)a de la Loi — Pour répondre à cette question, il fallait analyser le sens à attribuer au terme « créance » pour l’application de l’art. 94.1(1)a de la Loi et se demander si les billets étaient visés par ce terme — Les sommes servant à acquitter les billets étaient inconnues en 2010 — Le terme « créance » ne possède pas un seul sens ; il peut revêtir plus d’une définition — La créance d’une entité non-résidente peut tirer sa valeur de placements de portefeuille qui fluctuent avec le temps — L’art. 94.1(1) empêche le contribuable de différer un revenu par le truchement de placements à l’étranger dans des ressorts à faible taux d’imposition ainsi que d’accumuler des profits et de les réinvestir à l’étranger — La conclusion de la Cour de l’impôt, à savoir qu’il n’existe pas une seule définition exhaustive du terme « créance », était étayée d’une abondante jurisprudence — Dans la présente affaire, le législateur a été on ne peut plus clair quand il a exprimé son intention de faire entrer dans le champ d’application du terme « créance » qui figure à l’art. 94.1(1)a le droit d’exiger une somme fluctuant au gré de la valeur des placements de portefeuille — L’objet fondamental du régime de REATB et des règles relatives aux BFPNR consiste à assurer la neutralité en matière d’exportation de capitaux — Compte tenu de la preuve, l’application de l’art. 94.1(1) aux billets contribuait, en l’espèce, à la neutralité en matière d’exportation de capitaux — Vu le texte, le contexte et l’objet de l’art. 94.1(1)a de la Loi, il y a créance pour l’application de cette disposition dès lors que trois conditions précises sont remplies — Étant donné que les trois conditions étaient remplies dans la présente affaire, cela suffisait pour trancher l’appel — La Cour de l’impôt a énoncé une quatrième caractéristique à laquelle est subordonnée l’existence d’une créance, soit un taux d’intérêt — Toutefois, ni le droit civil ni la common law n’exigent, pour qu’il y ait dette ou créance, que le paiement ou remboursement soit assorti d’intérêts — Il s’en suivait que la quatrième caractéristique énoncée par la Cour de l’impôt n’était pas une caractéristique fondamentale — Appel rejeté.

Il s’agissait d’un appel interjeté par l’appelante d’une ordonnance rendue par la Cour canadienne de l’impôt par laquelle le juge de la Cour de l’impôt a tranché une question préliminaire qui lui avait été présentée par voie de requête conjointe de l’appelante et de la Couronne. Il s’agissait de savoir si deux contrats, portant la mention « billets », constituaient des créances pour l’application de l’alinéa 94.1(1)a de la *Loi de l’impôt sur le revenu* au cours de l’année d’imposition 2010 de l’appelante, même si la somme exigible était inconnue et le demeurerait jusqu’à la date d’échéance des billets, ultérieurement. Le juge de la Cour de l’impôt a tranché la question par l’affirmative, concluant que, pour qu’il y ait créance pour

This was the second question to reach the Court of Appeal in this matter. A first question was answered in 2015 by the Tax Court Judge in the same matter after the Minister of National Revenue reassessed the appellant to include in its income amounts related to the appellant's interest in an open-ended foreign investment company called Saint-Lawrence Trade (SLT). The reassessments were issued pursuant to the Foreign Accrual Property Income (FAPI) regime as well as the Offshore Investment Foreign Property (OIFP) rules. Because SLT was a controlled foreign affiliate of the appellant, it had to pay tax on its FAPI, if any. Further to this, the parties had asked the Tax Court the broad question as to whether the two Notes at issue constituted debt for the purposes of the Act to which the Tax Court answered affirmatively.

The appellant was at all relevant times a Canadian-controlled private corporation that held shares of SLT. Further to several transactions involving multiple corporations, SLT acquired the Notes from non-resident banking entities. It acquired them in November 2001 for a price of USD 498 million representing the Reference Assets Net Asset Value at the time. The key feature of the Notes was that after they were purchased, their value was derived from the value of the Reference Assets, which was in constant flux. As a result, the amounts to be paid under the Notes were unknown and would remain so until maturity or early termination.

On appeal, the appellant contended that in holding that the Notes were debt for purposes of paragraph 94.1(1) of the Act, the Tax Court Judge failed to have regard to the well-established legal meaning of the word debt, according to which a debt does not arise unless and until the amount to be paid is known or ascertainable. The Crown maintained that the word debt is capable of a variety of meanings and took the position that the Notes were debt even though the amounts to be paid would only be ascertainable in a later year when payment became due.

In the decision under appeal, the Tax Court Judge answered the second question by incorporating his reasons in its earlier 2015 decision in this matter into his second decision, confirming that the general answer given in response to the first question was the "complete answer" to the second question. In the first case, no submissions were made on the text, context and purpose of section 94.1 of the Act. What was left was a decision that settled the meaning of the word debt for purposes of paragraph 94.1(1) without the benefit of a textual, contextual and purposive analysis of that provision.

l'application de cette disposition, il suffit que le montant du paiement soit déterminable au moment où il est exigible. Il s'agissait de la seconde question dont la Cour était saisie dans l'instance. Le juge de la Cour de l'impôt avait tranché une première question en 2015 dans la même instance après que le ministre du Revenu national eut établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'appelante en vue d'inclure dans le calcul de son revenu des sommes concernant ses parts de Saint-Lawrence Trade (SLT), un fonds de placement à capital variable étranger. Les nouvelles cotisations ont été établies conformément au régime relatif au revenu étranger accumulé tiré de biens (REATB) ainsi qu'aux règles relatives aux biens d'un fonds de placement non-résident (BFPNR). Comme SLT était une société étrangère affiliée contrôlée de l'appelante, elle devait acquitter l'impôt sur son REATB, s'il en était. En outre, les parties avaient demandé à la Cour de l'impôt de trancher la question plus générale de savoir si les deux billets en cause constituaient une créance aux fins de la Loi, à laquelle la Cour de l'impôt a répondu par l'affirmative.

À l'époque des faits, l'appelante était une société privée sous contrôle canadien détenant des parts de SLT. À la suite de plusieurs transactions mettant en présence de multiples sociétés, SLT a acquis les billets auprès d'entités bancaires non-résidentes. Elle les a achetés en novembre 2001 pour 498 millions de dollars américains chacun, soit la valeur nette des actifs de référence à cette date. Ce qu'il faut retenir des billets, c'est qu'après leur achat, leur valeur découlait de celle des actifs de référence, laquelle fluctuait. Il en a résulté que la somme exigible pour acquitter les billets était inconnue et le resterait jusqu'à l'échéance ou la date de résiliation anticipée.

En appel, l'appelante a fait valoir qu'en concluant que les billets constituaient des créances pour l'application du paragraphe 94.1(1) de la Loi, le juge de la Cour de l'impôt a fait fi du sens, bien établi en droit, du terme « créance », suivant lequel une créance n'existe que dès lors que la somme due au créancier par le débiteur est connue ou déterminable. La Couronne a soutenu que le terme « créance » possède plus d'un sens et a fait valoir que les billets constituaient des créances, et ce même si la somme exigible ne serait connue qu'à la date d'échéance, ultérieurement.

Dans la décision faisant l'objet de l'appel, le juge de la Cour de l'impôt a répondu à la seconde question en incorporant les motifs qu'il a énoncés dans sa décision de 2015 à sa seconde décision et en confirmant que la réponse générale qu'il avait donnée à la première question constituait sa « réponse complète » à la seconde question. Dans la première affaire, il n'y a eu aucune observation sur le texte, le contexte et l'objet de l'article 94.1 de la Loi. Il en a résulté une décision qui a établi le sens du terme « créance » aux fins du paragraphe 94.1(1) sans le bénéfice d'une analyse textuelle, contextuelle et téléologique de cette disposition.

The issue was whether it was open to the Tax Court Judge to hold that the Notes could be labelled as debt for the purposes of paragraph 94.1(1)(a) during the appellant's 2010 taxation year even though the amounts to be paid thereunder were unknown at that time and could not be known until a later year when payment becomes due.

Held, the appeal should be dismissed.

The answer to the issue in question turned on the meaning to be given to the word debt under paragraph 94.1(1)(a) of the Act and whether the Notes came within this meaning. The Tax Court Judge's finding that the Notes bear the essential core characteristics of a debt for purposes of this provision involved a two-step process. It was undisputed that the exact amounts to be paid under the Notes were unknown in 2010 and would remain unknown until the due date, by reason of the fluctuating nature of the Reference Assets. There is no single meaning of the word debt; it is capable of various definitions and the one which best reflects Parliament's intent can only be made apparent by a textual, contextual and purposive analysis of paragraph 94.1(1) of the Act. The appearance of the term "debt" in subsection 94.1(1) was examined. A simple reading showed that a debt of a non-resident entity may derive its value from portfolio investments that fluctuate over time. Subsection 94.1(1) of the Act was intended to prevent the deferral of income through the use of foreign investments in low tax jurisdictions, the accumulation of the proceeds and their reinvestment offshore. When confronted with the text of subsection 94.1(1), the appellant's argument lost its traction altogether since this provision contemplates in express terms that an instrument that derives its value from fluctuating portfolio investments can be a debt. It followed that the speculative nature of the Notes, and the resulting uncertainty as to the amount ultimately payable, could not be an obstacle. As well, the meanings of the word "debt" in both civil and common law were examined. This review showed that the Tax Court Judge was on solid ground when he rejected the appellant's argument that there is a single, black letter law definition of the word debt in Canada. There was overwhelming case law support for the Tax Court Judge's conclusion that there is no all-encompassing definition of that term. The issue therefore was which of the two competing meanings—a liability is distinct from a debt and does not become a debt unless and until the amount to be paid becomes known or is reducible to certainty; or, it suffices that the amount to be paid be ascertainable when payment is due—best reflected Parliament's intention when regard is had to the text of paragraph 94.1(1). Parliament would have effectively spoken in vain in providing for a debt that derives its value from portfolio investments that fluctuate. When regard was had to the rule against redundancy and section 12 of the *Interpretation Act*, the meaning proposed by the appellant had to be rejected on that account alone.

Il s'agissait de savoir s'il était loisible au juge de la Cour de l'impôt de statuer que les billets pouvaient être qualifiés de créance pour l'application de l'alinéa 94.1(1)a) au cours de l'année d'imposition 2010 de l'appelante même si le paiement nécessaire pour acquitter les billets était inconnu à ce moment et le demeurerait jusqu'à ce que la créance soit exigible, ultérieurement.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Pour répondre à cette question, il fallait analyser le sens à attribuer au terme « créance » pour l'application de l'alinéa 94.1(1)a) de la Loi et se demander si les billets étaient visés par ce terme. La conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle les billets comportent les caractéristiques fondamentales d'une créance pour l'application de cette disposition faisait appel à une analyse en deux volets. Le fait incontestable est que les sommes exactes servant à acquitter les billets étaient inconnues en 2010 et le demeureraient jusqu'à la date d'échéance de ces instruments, en raison de la nature fluctuante des actifs de référence. Le terme « créance » ne possède pas un seul sens. Il peut revêtir plus d'une définition, et celle qui illustre le mieux l'intention du législateur ne ressortit qu'à la lumière d'une analyse textuelle, contextuelle et téléologique du paragraphe 94.1(1) de la Loi. Le terme « créance » tel qu'il figure au paragraphe 94.1(1) a été examiné. Une simple lecture a permis de constater que la créance d'une entité non-résidente peut tirer sa valeur de placements de portefeuille qui fluctuent avec le temps. Le paragraphe 94.1(1) de la Loi était censé empêcher le contribuable de différer un revenu par le truchement de placements à l'étranger dans des ressorts à faible taux d'imposition ainsi que d'accumuler des profits et de les réinvestir à l'étranger. Les failles de l'argument de l'appelante ressortaient à la lumière du texte du paragraphe 94.1(1); cette disposition prévoit expressément qu'un instrument dont la valeur découle de celle de placements de portefeuille qui fluctuent peut constituer une créance. Il s'en suivait que la nature spéculative des billets ainsi que l'incertitude qui en découle quant à la somme ultimement exigible ne sauraient représenter des obstacles. En outre, le sens du terme « créance » en droit civil et en common law a été examiné. Il est ressorti de cet examen que le juge de la Cour de l'impôt a rejeté à bon droit la thèse de l'appelante selon laquelle le terme « créance » a une seule définition établie au Canada. La conclusion du juge de la Cour de l'impôt, à savoir qu'il n'existe pas une seule définition exhaustive de ce terme, était étayée d'une abondante jurisprudence. Par conséquent, la question qui se posait était celle de savoir laquelle des deux interprétations mises en opposition représentait le mieux l'intention du législateur, à en juger par le texte de l'alinéa 94.1(1)a). S'agissait-il de l'interprétation selon laquelle l'élément de passif devient une dette que lorsque sa valeur est certaine ou peut être rendue certaine ou suffit-il que la somme due, ou exigible, soit déterminable au moment du paiement? Le législateur aurait parlé pour ne rien dire en prévoyant

The context and purpose of the subsection at issue were examined. In this case, Parliament could not have been any clearer in bringing within the meaning of debt in paragraph 94.1(1)(a) a right to claim an amount that derives its value from portfolio investments that fluctuate. Indeed, Parliament was so clear that the words used would have to be ignored if effect was to be given to the appellant's contention. The fundamental objective behind both the FAPI regime and the OIFP rules is capital export neutrality, i.e., taxing capital appreciation in a similar way whether it results from Canadian or foreign investments. Based on the record, the application of subsection 94.1(1) advanced capital export neutrality on the facts of this case.

In the end, the appellant's contention that a debt for purposes of paragraph 94.1(1)(a) does not exist unless and until the amount to be paid becomes known was rejected since it would make the word debt redundant, require that the context be overlooked and defeat the purpose for which this provision was enacted. In contrast, the Crown's position gave effect to the text, acknowledged the context and advanced the purpose for which subsection 94.1(1) was enacted. When regard was had to the text, context and purpose of paragraph 94.1(1)(a), a debt arises for purposes of this provision when an amount or credit is advanced by one party to another party; an amount is to be paid or repaid by that other party at some point in the future in satisfaction of the advance; and this amount is fixed or determinable or will be ascertainable when payment is due. As these three conditions were present here—i.e. there was a USD 498 million advance made to each of the issuing banks, a resulting obligation on the part of the issuing banks to repay an amount equal to the value of the Reference Assets at maturity or upon early termination, and this amount was ascertainable with precision at the due date—this sufficed to dispose of the appeal subject to some observations.

In particular, the Tax Court Judge found that a fourth characteristic must also be present for a debt to exist; i.e. there must be an implicit, stipulated, or calculable interest rate. While the Tax Court Judge was right that the reference to interest in the Notes can be indicative of a debt, there is no requirement under the civil law or the common law that there be an interest component in the amount to be paid or repaid in order for a debt to exist. Moreover, nothing in subsection 94.1(1) suggests that interest must be present in order for a debt to exist under that

l'existence d'une créance dont la valeur découle de celle de placements de portefeuille, qui elle-même fluctue. Compte tenu de la règle d'interprétation à l'encontre de la redondance et de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, l'interprétation avancée par l'appelante devait être écartée sur ce seul fondement.

Le contexte et l'objet de la disposition en cause ont été examinés. Dans la présente affaire, le législateur a été on ne peut plus clair quand il a exprimé son intention de faire entrer dans le champ d'application du terme « créance » qui figure à l'alinéa 94.1(1)a) le droit d'exiger une somme fluctuant au gré de la valeur des placements de portefeuille. En effet, le législateur s'est exprimé en termes si explicites qu'il faudrait faire fi du libellé qu'il a choisi pour donner effet à la prétention de l'appelante. L'objet fondamental du régime de REATB et des règles relatives aux BFPNR consiste à assurer la neutralité en matière d'exportation de capitaux, c'est-à-dire imposer similairement l'accroissement de la valeur du capital, qu'il résulte de placements au Canada ou à l'étranger. Compte tenu de la preuve, l'application du paragraphe 94.1(1) aux billets contribuait, en l'espèce, à la neutralité en matière d'exportation de capitaux.

En conclusion, la prétention de l'appelante selon laquelle il n'y a pas créance aux fins de l'alinéa 94.1(1)a) tant que la somme exigible n'est pas connue a été rejetée, car cette interprétation rendrait le terme « créance » redondant, ferait fi du contexte et minerait l'objet du paragraphe 94.1(1). En revanche, la thèse de la Couronne était conforme au texte, au contexte et à l'objet du paragraphe 94.1(1). Vu le texte, le contexte et l'objet de l'alinéa 94.1(1)a), il y a créance pour l'application de cette disposition dès lors qu'une somme donnée est avancée ou un crédit est accordé par une partie à une autre partie; cette dernière doit payer ou rembourser la créance sur demande ou à une date donnée en contrepartie de l'avance; le montant de la créance est fixé ou déterminable ou pourra être rendu certain lorsque le paiement sera dû. C'était le cas en l'espèce : une avance de 498 millions de dollars américains a été accordée à chacune des banques émettrices, les banques émettrices avaient l'obligation résultante de payer la somme correspondant à la valeur des actifs de référence à la date d'échéance ou à la date de résiliation anticipée et le montant de la créance pouvait être rendu certain à la date d'échéance. C'était suffisant pour trancher l'appel, sous réserve de certaines remarques.

Plus particulièrement, le juge de la Cour de l'impôt a énoncé une quatrième caractéristique à laquelle est subordonnée l'existence d'une créance, soit un taux d'intérêt implicite, prescrit ou calculable. Le juge de la Cour de l'impôt a eu raison de dire que la mention d'intérêts dans les billets peut suggérer l'existence d'une créance, mais ni le droit civil ni la common law n'exigent, pour qu'il y ait dette ou créance, que le paiement ou remboursement soit assorti d'intérêts et rien dans le paragraphe 94.1(1) ne suggère que la créance doive porter

provision. It followed that the fourth characteristic identified by the Tax Court Judge was not essential.

Therefore, the second question was answered in the affirmative.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3.
Civil Code of Québec, CQLR, c. CCQ-1991, art. 1371, 1373, 1374, 1508.
Farmers' Creditors Arrangement Act, 1934, S.C. 1934, c. 53.
Income Tax Act, R.S.C. 1985 (5th Supp.), c.1, ss. 15(2.16), 18(5), 80.01(4), 80.01(5.1), 80.1(5), 89(4) to (6), 89(8) to (10), 91(1), 94.1, 95(1), 96, 107.4(4), 128.1(2), 248(1) "annuity".
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Taxation Act, CQLR, c. I-3, s. 1136(1)(e).
Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688a, s. 58.

CASES CITED

APPLIED:

Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture), [1992] 1 S.C.R. 385, (1992), 89 D.L.R. (4th) 218.

CONSIDERED:

Barejo Holdings ULC v. The Queen, 2015 TCC 274, [2015] D.T.C. 1216, aff'd 2016 FCA 304, [2016] D.T.C. 5139, leave to appeal to S.C.C. refused, [2017] 1 S.C.R. vi; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915; *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367; *Ste. Rose & District Cattle Feeders Co-op v. Geisel*, 2010 MBCA 52, 319 D.L.R. (4th) 694; *Gebro Holdings Company v. Canada*, 2016 TCC 173, [2016] D.T.C. 1165, aff'd 2018 FCA 197; *Heffer v. Kokatt*, 1918 CanLII 154, 42 D.L.R. 322 (Sask. C.A.); *Walton v. The Queen*, [1999] 1 C.T.C. 2105, (1998), 98 D.T.C. 1780 (T.C.C.); *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 11, [2001] 1 S.C.R. 391; *J.D. McArthur Co. Ltd. v. Alberta & G.W. Ry. Co.*, [1924] 2 D.L.R. 118, (1924), 20 Alta. L.R. 174 (App. Div.); *Re: SemCanada Crude Company (Celtic Exploration Ltd. #2)*, 2012 ABQB 489 (CanLII), 546 A.R. 203; *Senza inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2007 QCCA 1335, [2007] R.J.Q. 2408.

intérêt pour être visée par cette disposition. Il s'en suivait que la quatrième caractéristique énoncée par le juge de la Cour de l'impôt n'était pas une caractéristique fondamentale.

En conséquence, il a été répondu à la seconde question par l'affirmative.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code civil du Québec, RLRQ, ch. CCQ-1991, art. 1371, 1373, 1374, 1508.
Loi d'arrangement entre cultivateurs et créanciers, 1934, S.C. 1934, ch. 53.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 15(2.16), 18(5), 80.01(4), 80.01(5.1), 80.1(5), 89(4) à (6), 89(8) à (10), 91(1), 94.1, 95(1), 96, 107.4(4), 128.1(2), 248(1) « rente ».
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3.
Loi sur les impôts, RLRQ, ch. I-3, art. 1136(1)(e).
Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688a, art. 58.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture), [1992] 1 R.C.S. 385, 1992 CanLII 121.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Barejo Holdings ULC c. La Reine, 2015 CCI 274, conf. par 2016 CAF 304, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2017] 1 R.C.S. vi.; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915; *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367; *Ste. Rose & District Cattle Feeders Co-op v. Geisel*, 2010 MBCA 52, 319 D.L.R. (4th) 694; *Gebro Holdings Company c. La Reine*, 2016 CCI 173, conf. par 2018 CAF 197; *Heffer v. Kokatt*, 1918 CanLII 154, 42 D.L.R. 322 (C.A. Sask.); *Walton c. La Reine*, 1998 CanLII 556 (C.C.I.); *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, 2001 CSC 11, [2001] 1 R.C.S. 391; *J.D. McArthur Co. Ltd. v. Alberta & G.W. Ry. Co.*, [1924] 2 D.L.R. 118, (1924), 20 Alta. L.R. 174 (Div. app.); *Re : SemCanada Crude Company (Celtic Exploration Ltd. #2)*, 2012 ABQB 489 (CanLII), 546 A.R. 203; *Senza inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2007 QCCA 1335, [2007] R.J.Q. 2408.

REFERRED TO:

Diewold v. Diewold, [1941] S.C.R. 35, [1941] 1 D.L.R. 561; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, (1989), 61 D.L.R. (4th) 725; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328; *Opitz v. Wrzesnewskyj*, 2012 SCC 55, [2012] 3 S.C.R. 76; *Winters v. Legal Services Society*, [1999] 3 S.C.R. 160, (1999), 177 D.L.R. (4th) 94.

AUTHORS CITED

Didier Lluelles and Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3rd ed. Montréal: Éditions Thémis, 2018.
 Dunlop, C.R.B. *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1995.
 Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, 8th ed. Saint-Paul: Thomson West, 2004.
 Li, Jinyan, Arthur Cockfield and J. Scott Wilkie. *International Taxation in Canada: Principles and Practices*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2018.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from an order of the Tax Court of Canada (2018 TCC 200) wherein the Tax Court Judge answered a preliminary question pursuant to a motion made jointly by the appellant and the Crown in a matter involving the meaning of the term “debt” for purposes of paragraph 94.1(1)(a) of the *Income Tax Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Guy Du Pont, Anne-Sophie Villeneuve and Brandon Wiener for appellant.
Simon Petit, Philippe Dupuis and Julien Wohlhuter for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DÉCISIONS CITÉES :

Diewold v. Diewold, [1941] R.C.S. 35; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328 *Opitz c. Wrzesnewskyj*, 2012 CSC 55, [2012] 3 R.C.S. 76; *Winters c. Legal Services Society*, [1999] 3 R.C.S. 160.

DOCTRINE CITÉE

Didier Lluelles et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3^e éd. Montréal : Éditions Thémis, 2018.
 Dunlop, C.R.B. *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2^e éd. Toronto : Carswell, 1995.
 Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, 8^e éd. Saint-Paul : Thomson West, 2004.
 Li, Jinyan, Arthur Cockfield et J. Scott Wilkie. *International Taxation in Canada : Principles and Practices*, 4^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2018.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

APPEL d'une ordonnance rendue par la Cour canadienne de l'impôt (2018 CCI 200) par laquelle le juge de la Cour de l'impôt a tranché une question préliminaire qui lui avait été présentée par voie de requête conjointe de l'appelante et de la Couronne dans une affaire portant sur le sens à attribuer au terme « créance » pour l'application de l'alinéa 94.1(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Guy Du Pont, Anne-Sophie Villeneuve et Brandon Wiener pour l'appelante.
Simon Petit, Philippe Dupuis et Julien Wohlhuter pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Montréal, pour l'appelante.
La sous-procureure générale du Canada pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL C.J.: This is an appeal brought by Barejo Holdings ULC (the appellant) from an order of the Tax Court of Canada ((2018 TCC 200), [2018] D.T.C. 1144) wherein Boyle J. (the Tax Court Judge) answered a preliminary question pursuant to a motion made jointly by the appellant and the Crown under section 58 of the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688a.

[2] At issue is whether two contracts—styled as “Notes”—were debt for purposes of paragraph 94.1(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985 (5th Supp.), c.1 (the Act) during the appellant’s 2010 taxation year, even though the amounts to be paid thereunder were unknown and would remain so until a later year when the Notes would come to term. The Tax Court Judge answered this question in the affirmative holding that in order for a debt to exist under this provision, it suffices that the amounts be ascertainable when payment becomes due.

[3] The appellant contends that in so holding, the Tax Court Judge failed to have regard to the well-established legal meaning of the word debt, according to which a debt does not arise unless and until the amount to be paid is known or ascertainable.

[4] The Crown maintains that the word debt is capable of a variety of meanings and takes the position that the Notes were debt even though the amounts to be paid would only be ascertainable in a later year when payment becomes due.

[5] For the reasons which follow, I agree with the Crown that the word debt is capable of a variety of meanings and that a textual, contextual and purposive analysis of paragraph 94.1(1)(a) supports the conclusion that the Notes were debt under this provision during the taxation year in issue even though the amounts to be paid remained to be ascertained at the time. I therefore propose that the appeal be dismissed.

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

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : La Cour est saisie de l’appel interjeté par Barejo Holdings ULC (l’appelante) de l’ordonnance rendue par la Cour canadienne de l’impôt (2018 CCI 200) par laquelle le juge Boyle (le juge de la Cour de l’impôt) a tranché une question préliminaire qui lui avait été présentée par voie de requête conjointe de l’appelante et de la Couronne en vertu de l’article 58 des *Règles de la Cour canadienne de l’impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a.

[2] La question est celle de savoir si deux contrats, portant la mention « billets », constituent des créances pour l’application de l’alinéa 94.1(1)a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi) au cours de l’année d’imposition 2010 de l’appelante, même si la somme exigible était inconnue et le demeurerait jusqu’à la date d’échéance des billets. Le juge de la Cour de l’impôt a tranché la question par l’affirmative, concluant que, pour qu’il y ait créance pour l’application de cette disposition, il suffit que le montant du paiement soit déterminable au moment où il est exigible.

[3] Selon l’appelante, le juge de la Cour de l’impôt a fait fi du sens, bien établi en droit, du terme « créance », suivant lequel une créance n’existe que dès lors que la somme due au créancier par le débiteur est connue ou déterminable.

[4] La Couronne soutient que le terme « créance » possède plus d’un sens et estime que les billets constituaient des créances, et ce même si la somme exigible ne serait connue qu’à la date d’échéance.

[5] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec la Couronne que le terme « créance » possède divers sens et qu’une analyse du texte, du contexte et de l’objet de l’alinéa 94.1(1)a) de la Loi étaye la conclusion selon laquelle les billets constituaient des créances pour l’application de cette disposition au cours de l’année d’imposition en question, et ce même si la somme ultimement exigible était inconnue à ce moment. Je propose donc de rejeter l’appel.

[6] The provisions of the Act that are relevant to the analysis are reproduced at the end of the reasons.

FACTS

[7] The factual background against which the question was posed is set out in an agreed statement of facts. Of significance for present purposes is the following information:

- At all relevant times, the appellant was a Canadian-controlled private corporation;
- The appellant held shares of Saint-Lawrence Trade (SLT), an open-ended investment company incorporated under the laws of the British Virgin Islands;
- SLT was a non-resident of Canada and was, at all relevant times, a controlled foreign affiliate (CFA) of the appellant;
- The predecessor of SLT was GAM Diversity Inc. (GD);
- Like SLT, GD was an open-ended investment company;
- The assets of GD were managed by Global Asset Management (GAM), a professional hedge fund manager.

[8] Because of anticipated legislative changes in Canada, GD was reorganized on November 30, 2001. For this purpose, the following steps were undertaken:

- Non-Canadian shareholders exchanged their shares in GD for shares in newly incorporated GAM Global Diversity Inc. (Global);
- The GD assets notionally attributable to the common shares held by non-Canadian shareholders were transferred to Global;
- The name of GD was changed to SLT;

[6] Les dispositions de la Loi qui sont pertinentes sont reproduites à l'annexe des présents motifs.

FAITS

[7] Les faits ayant donné naissance au litige sont décrits dans l'énoncé conjoint des faits. Les renseignements suivants importent pour les besoins du présent appel.

- À l'époque des faits, l'appelante était une société privée sous contrôle canadien;
- L'appelante détenait des parts de Saint-Lawrence Trade (SLT), un fonds de placement à capital variable constitué en société sous le régime des lois des îles Vierges britanniques;
- À l'époque des faits, SLT était une entité non résidente du Canada et une société étrangère affiliée contrôlée (SEAC) de l'appelante;
- SLT a remplacé GAM Diversity Inc. (GD);
- À l'instar de SLT, GD était une société de placement à capital variable;
- Les actifs de GD étaient gérés par Global Asset Management (GAM), gestionnaire professionnelle de fonds spéculatifs.

[8] GD a été réorganisée en prévision des modifications prévues au régime légal canadien le 30 novembre 2001. Les mesures suivantes ont alors été prises :

- Les actionnaires non canadiens ont échangé leurs parts de GD pour des parts d'une nouvelle société, à savoir GAM Global Diversity Inc. (Global);
- Les actifs de GD attribuables théoriquement aux parts ordinaires des actionnaires non canadiens ont été transférés à Global;
- GD a été renommée SLT;

- SLT sold a one-half undivided co-ownership in the remaining assets to each of Scotiabank (Ireland) Limited (SIL), a non-resident affiliate of The Bank of Nova Scotia (BNS), and TD Global Finance (TDGF), a non-resident affiliate of Toronto-Dominion Bank (TD);
 - Using the proceeds of the sale, SLT acquired the Notes, one from each of Bank of Nova Scotia International Limited (BNSI), a non-resident subsidiary of BNS, and Toronto-Dominion International Inc. (TDII), a non-resident subsidiary of TD.
- SLT a vendu les droits de propriété indivis sur ses actifs restants à parts égales à Scotiabank (Ireland) Limited (SIL), une filiale non résidente de la Banque de Nouvelle-Écosse (BNE), et à TD Global Finance (TDGF), une filiale non résidente de Toronto Dominion Bank (TD);
 - SLT a utilisé le produit de la vente pour acheter un billet de la Bank of Nova Scotia International Limited (BNSI), une filiale non résidente de BNE, ainsi qu'un billet de la Toronto Dominion International Inc. (TDII), une filiale non résidente de TD.

[9] The BNSI Note and the TDII Note (together, the Notes) were each purchased by SLT on November 30, 2001, for a price of USD 498 million representing the Reference Assets Net Asset Value at the time (BNSI Note and the TDII Note, appeal book, Vol. 3, respectively pages 511 and 553). Their salient features are the following:

- They are governed by the laws of England;
- The Reference Assets comprise of interests in a group of professionally managed hedge fund investments employing a variety of investment techniques and strategies;
- The Reference Assets Net Asset Value is equal to the amount by which the actual value of the Reference Assets exceeds certain specified liabilities, which are chargeable against the Reference Assets;
- The Reference Assets, regardless of the actual owner thereof, are required to be managed by GAM pursuant to the terms of the Reference Assets Management Agreement (RAMA);
- The composition of the Reference Assets constantly fluctuates over time, reflecting dispositions and acquisitions of hedge fund investments by GAM. The Reference Assets Net Asset Value, in turn, constantly fluctuates over time, depending

[9] Le billet de BNSI et le billet de TDII (collectivement, les billets) ont été achetés par SLT le 30 novembre 2001 pour 498 millions de dollars américains chacun, soit la valeur nette des actifs de référence à cette date (billet de BNSI et billet de TDII, dossier d'appel, vol. 3, pages 511 et 553, respectivement). Leurs principales caractéristiques sont les suivantes :

- Ils sont régis par le droit anglais;
- Les actifs de référence se composent d'un groupe de fonds spéculatifs gérés par des spécialistes qui utilisent diverses techniques et stratégies en matière de placement;
- La valeur nette des actifs de référence est égale au résultat de la valeur réelle des actifs de référence à laquelle on a soustrait certains éléments de passif précisés imputables aux actifs de référence;
- Les actifs de référence, quel qu'en soit le propriétaire réel, doivent être gérés par GAM conformément aux termes d'une entente de gestion des actifs de référence (EGAR);
- La composition des actifs de référence fluctue constamment, au gré des cessions et acquisitions de placements dans des fonds spéculatifs par GAM. La valeur nette des actifs de référence fluctue constamment également en fonction de la composition

- | | |
|---|--|
| <p>on both the composition and the performance of the individual hedge fund investments;</p> <ul style="list-style-type: none"> • GAM calculates the Reference Assets Net Asset Value on each Monday, with the exception of public holidays, on an aggregate and per investment basis; • The “Maturity Date” of each Note is the “Stated Maturity Date” of November 30, 2016, or, if applicable, the “Early Termination Date”; • The “Early Termination Date” is the date on which any cure period, notice period or extension period expires in connection with an “Early Termination Event” (namely, SLT may terminate the Notes if the credit rating of the Canadian parents of the issuing banks falls below certain thresholds, if material adverse changes in tax laws occur in any country impacting SLT or the majority of its shareholders, and if, for any reason whatsoever, it provides a prior notice of not less than 367 days to the issuing banks); • The amounts payable in settlement of the Notes upon maturity or early termination is an amount reflecting the value of the Reference Assets at that time, or in certain cases, the sales proceed of their orderly disposition; • The obligations of the issuer under the Notes are each guaranteed by BNS and TD, respectively; • Upon request, SIL provides shareholders of SLT with a put facility equal to the purchase price of all or a portion of its shares. | <p>et du rendement des placements individuels dans des fonds spéculatifs;</p> <ul style="list-style-type: none"> • GAM calcule la valeur nette des actifs de référence chaque lundi, à l’exception des jours fériés, pour l’ensemble des fonds et pour chaque placement; • La « date d’échéance » de chaque billet correspond à la « date d’échéance déclarée » du 30 novembre 2016 ou, s’il y a lieu, à la « date de résiliation anticipée »; • La « date de résiliation anticipée » est la date à laquelle expire un délai imparti, une période de préavis ou une période de prolongation en rapport avec un « événement mettant fin à l’entente de façon anticipée » (notamment, SLT peut résilier le billet si la cote de crédit des sociétés mères canadiennes des banques émettrices tombe en deçà d’un certain seuil, si des modifications substantielles défavorables sont apportées au régime fiscal d’un pays et qui sont susceptibles de toucher SLT ou la majorité de ses actionnaires et pour tout motif quel qu’il soit, sous réserve d’un préavis de 367 jours aux banques émettrices); • Le paiement à l’échéance des billets ou à la date de résiliation anticipée correspond à la valeur des actifs de référence à cette date ou, dans certains cas, à la valeur du produit de la vente à la suite d’une cession ordonnée; • Les obligations des émettrices des billets sont garanties respectivement par BNE et TD; • Sur demande, SIL fournit aux actionnaires de SLT une option de vente à un prix égal au prix d’achat de l’ensemble ou d’une partie de leurs actions. |
|---|--|

[10] The key feature of the Notes to keep in mind is that after they were purchased, their value was derived from the value of the Reference Assets, which was in constant flux. As a result, the amounts to be paid under the Notes were unknown and would remain so until maturity or early termination.

[10] Ce qu’il faut retenir des billets, c’est qu’après leur achat, leur valeur découlait de celle des actifs de référence laquelle fluctuait. Il en résulte que la somme exigible pour acquitter les billets était inconnue et le resterait jusqu’à l’échéance ou la date de résiliation anticipée.

JUDICIAL HISTORY

[11] This is the second question to reach this Court in this matter. In order to understand how it arose and the reasons given by the Tax Court Judge in disposing of it, it is necessary to review the proceedings to date.

[12] A first question was answered by the Tax Court Judge in 2015 (*Barejo Holdings ULC v. The Queen*, 2015 TCC 274, [2015] D.T.C. 1216 (*Barejo* 2015)) after the Minister of National Revenue (the Minister) reassessed the appellant for its 2004 through 2010 taxation years to include in the computation of its income distinct amounts, two of which are related to the appellant's interest in SLT.

[13] The reassessments were issued pursuant to the Foreign Accrual Property Income (FAPI) regime as well as the Offshore Investment Foreign Property (OIFP) rules. Under the FAPI regime, Canadian taxpayers are attributed their proportionate share of income earned by a controlled foreign affiliate (CFA). Because SLT was a CFA of the appellant, it had to pay tax on its FAPI, if any. The OIFP rules have a similar effect in that they impute income to Canadian taxpayers who hold property contemplated by those rules through a non-resident entity that is not a CFA. Initially, the Minister invoked both subsections 91(1) and 95(1). Specifically, it relied on element A of the formula provided in subsection 95(1) pertaining to interest income and element C which modifies subsection 94.1(1) to allow for its application where foreign investment property is held through a CFA rather than by the taxpayer directly. Insofar as the OIFP inclusions are concerned, the Minister invoked subsection 94.1(1) on its own.

[14] By the time the first question was argued before the Tax Court Judge, only the 2010 taxation year remained in play and the Minister had abandoned its reliance on element A of subsection 95(1). As explained in greater detail in paragraphs 76 and 77 of these reasons, of sole relevance was whether an amount was to be

HISTORIQUE JUDICIAIRE

[11] Il s'agit de la seconde question dont la Cour est saisie dans l'instance. Pour comprendre la genèse de celle-ci et les motifs du juge de la Cour de l'impôt qui étayaient la décision l'ayant tranchée, il faut prendre connaissance des instances instruites à ce jour.

[12] Le juge de la Cour de l'impôt a tranché une première question en 2015 (*Barejo Holdings ULC c. La Reine*, 2015 CCI 274 (*Barejo* 2015)) après que le ministre du Revenu national (le ministre) a établi une nouvelle cotisation à l'égard des années d'imposition 2004 à 2010 de l'appelante en vue d'inclure dans le calcul de son revenu d'autres sources, dont deux concernent ses parts de SLT.

[13] Les nouvelles cotisations ont été établies conformément au régime relatif au revenu étranger accumulé tiré de biens (REATB) ainsi qu'aux règles relatives aux biens d'un fonds de placement non-résident (BFPNR). Le régime du REATB attribue au contribuable canadien sa part proportionnelle du revenu d'une SEAC. Comme SLT était une SEAC de l'appelante, elle devait acquitter l'impôt sur son REATB, s'il en était. Les règles relatives aux BFPNR sont semblables, en ce sens qu'elles attribuent un revenu au contribuable canadien qui détient des biens visés par ces règles par le truchement d'une entité non-résidente qui n'est pas une SEAC. Initialement, le ministre a invoqué les paragraphes 91(1) et 95(1). Il faisait tout particulièrement valoir l'élément A de la formule prévue au paragraphe 95(1) relative au revenu tiré d'intérêts ainsi que l'élément C, qui modifie le paragraphe 94.1(1) pour en permettre l'application dans les cas où les biens d'un fonds de placement non-résident sont détenus par l'intermédiaire d'une SEAC plutôt que par le contribuable lui-même. Dans le cas des revenus de BFPNR visés, le ministre a seulement invoqué le paragraphe 94.1(1).

[14] Au moment où la première question a été plaidée devant le juge de la Cour de l'impôt, seule l'année d'imposition 2010 était en litige, et le ministre n'invoquait plus l'élément A de la formule prévue au paragraphe 95(1). Comme il est expliqué davantage aux paragraphes 76 et 77 des présents motifs, il ne restait plus qu'à décider

included in the income of SLT pursuant to section 94.1, as modified by element C of the formula set out in subsection 95(1). That is, if SLT holds an interest in an OIFP and the other requirements found in paragraph 94.1(1) are met, the appellant will be attributed its proportionate share of SLT's income under the FAPI regime for the 2010 taxation year. In turn, this requirement can only be met if, pursuant to paragraph 94.1(1)(a), the two Notes held by SLT are "debt" ("*créance*" in the French text), for purposes of this provision.

[15] Even though this was the only question to be decided (*Barejo* 2015, paragraph 4), the parties persisted in asking the Tax Court Judge to answer a broader question [at paragraph 40]:

Whether the two [Notes] held by SLT, a non-resident entity, constitute debt for the purposes of the *Income Tax Act*? [Footnote omitted.]

[16] The Tax Court Judge had numerous concerns about the broad nature of this question. Before answering it, he made extensive comments regarding the scope of the answer that he was prepared to give (*Barejo* 2015, paragraphs 5–9 and 13):

The Court's answer will only address whether the Notes in question are debt for the purposes of the *Act*. There are certain limitations, constraints and qualifications which need to be clearly set out before continuing.

The key constraint, limitation or qualification on the Court's ability to answer the reference question as framed is that it asks if the Notes are debt for purposes of the *Act*.

Firstly, to answer such a broad question it would be necessary to presume or to be satisfied that the word debt, and similar words such as indebtedness, debtor, debt obligation, et cetera, has the same meaning in each of the many provisions of the *Act* in which it is used without being defined. That is not necessarily the case. It is certainly possible that there may be some differences to the meaning of the term, depending upon the surrounding text and overall context of a particular provision or régime in the *Act*. The Court does not herein propose to preclude that as a possibility.

s'il fallait inclure une somme donnée au revenu de SLT conformément à l'article 94.1, tel qu'il est modifié par l'élément C de la formule énoncée au paragraphe 95(1). Autrement dit, si SLT détient un intérêt dans un BFPNR et qu'il est satisfait aux autres critères énoncés au paragraphe 94.1(1), l'appelante se verra attribuer sa part proportionnelle du revenu de SLT sous le régime relatif au REATB au cours de l'année d'imposition 2010. Or, ce n'est le cas que si les deux billets détenus par SLT constituent une « créance » (« *debt* » dans la version anglaise) pour l'application de l'alinéa 94.1(1)a).

[15] Même si c'était la seule question à trancher (*Barejo* 2015, paragraphe 4), les parties ont néanmoins demandé au juge de la Cour de l'impôt de trancher une question plus générale [au paragraphe 40] :

[TRADUCTION] Les deux [billets] détenus par SLT, entité non-résidente, constituent-ils une créance aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*? [Note en bas de page omise.]

[16] Le juge de la Cour de l'impôt a émis plusieurs réserves sur la nature générale d'une telle question. Avant de se prononcer, il a fait beaucoup de commentaires sur la portée de la réponse qu'il était disposé à donner (*Barejo* 2015, paragraphes 5 à 9 et 13) :

La Cour se limitera à trancher si les billets en question constituent une créance aux fins de la Loi. Il s'impose d'exposer clairement certaines réserves et restrictions avant de poursuivre.

La principale réserve ou restriction relative à la capacité de la Cour de répondre à la question telle que posée dans le renvoi est la suivante : il faut établir si les billets constituent une créance aux fins de la Loi.

Premièrement, pour répondre à une question si générale, il faudrait supposer ou être convaincu que le terme « debt » [« créance »] et d'autres mots semblables, comme « indebtedness » [« dette »], « debtor » [« débiteur »] et « debt obligation » [« créance »], ont le même sens dans chacune des nombreuses dispositions de la Loi où ils sont utilisés sans être définis. Ce n'est pas nécessairement le cas. Il est bien sûr possible qu'il existe des différences dans le sens que le terme prend, selon le libellé et le contexte général d'une disposition ou d'un régime de la Loi. La Cour ne propose pas ici d'exclure cette possibilité.

Secondly, as a general principal, the provisions of the *Act* apply to transactions, [Notes] and relationships that are most often the subject of provincial legislative jurisdiction. The proper characterization of a commercial, contractual, business, work, or family relationship for purposes of the application of the federal *Act* will generally need to be determined in accordance with, or least after considering, the provincial law applicable to the relationship or transactions.

This limitation is compounded by the fact that Canada is a bijural common-law/civil law country and, in this case, the Appellant has some direct or indirect connections to the province of Quebec.

...

In short, the Court in this case is answering the particular question referred to it as best it can. However, the general meaning ascribed to the term debt herein will not necessarily apply in all cases. In the hearing of any other particular case, this Court may give a somewhat different or more nuanced meaning to the term debt depending upon the text and context of a particular provision or régime in the *Act*, specific provincial or other applicable laws that are relevant to the interpretation of a contract or the characterization of a relationship, or the possible relevance of purpose, objective or intention to the application of the provision or the interpretation or characterization of the contract or relationship, among other things.

[17] Having expressed these limitations, the Tax Court Judge went on to hold that (*Barejo* 2015, paragraph 129):

... the core essential characteristics of debt generally for purposes of the *Act* are:

- (i) an amount or credit is advanced by one party to another party;
- (ii) an amount is to be paid or repaid by that other party upon demand or at some point in the future set out in the agreement in satisfaction of the other party's obligation in respect of the advance;
- (iii) the amount described in (ii) is fixed or determinable or will be ascertainable when payment is due; and

Deuxièmement, il est à noter, à titre de principe général, que les dispositions de la Loi s'appliquent à des opérations, des contrats et des relations qui relèvent le plus souvent de lois provinciales. La qualification des liens commerciaux, contractuels, administratifs, professionnels ou familiaux aux fins de l'application de la Loi fédérale doit donc, de façon générale, être établie conformément aux lois provinciales applicables à ces relations ou opérations, ou du moins après examen de ces lois.

Le fait que le Canada est un pays bijuridique de common law et de droit civil et que, dans la présente affaire, l'appelante a certains liens directs ou indirects avec la province de Québec, confère un poids accru à cette réserve.

[...]

En bref, dans la présente affaire, la Cour répond de son mieux à la question précise qui lui a été déférée. Le sens général conféré ici au terme « debt » [« créance »] ne s'appliquera pas nécessairement dans toutes les affaires. En effet, à l'audition d'une autre affaire, la Cour pourrait donner à ce terme un sens différent ou nuancé, en fonction du libellé et du contexte d'une disposition précise ou d'un régime de la Loi, en fonction de lois provinciales précises ou d'autres lois applicables qui seraient pertinentes pour l'interprétation d'un contrat ou la qualification d'une relation ou, enfin, en fonction de la pertinence potentielle du but, de l'objectif ou de l'intention pour l'application de la disposition ou l'interprétation ou la qualification du contrat ou de la relation, entre autres choses.

[17] Ayant exprimé de telles réserves, le juge de la Cour de l'impôt conclut que (*Barejo* 2015, paragraphe 129) :

[...] les caractéristiques fondamentales d'une créance, de façon générale aux fins de la Loi, sont les suivantes :

- i) une somme est avancée ou un crédit est accordé par une partie à une autre partie;
- ii) une somme doit être payée ou remboursée par cette autre partie sur demande ou à un point ultérieur dans le temps établi dans l'entente, à titre d'exécution de l'obligation de cette autre partie relativement à l'avance;
- iii) la somme décrite au point ii) est fixée ou déterminable ou [pourra être rendue certaine] lorsque le paiement sera dû;

(iv) there is an implicit, stipulated, or calculable interest rate (which can include zero). [Footnote omitted.]

According to the third characteristic, the amount to be paid need only be ascertainable when payment is due and, as the Notes were otherwise found to bear the other characteristics, the Tax Court Judge held that they were debt for purposes of the Act (*Barejo 2015*, paragraph 133).

[18] In reaching this conclusion, he again made it clear that his reasons were not to be read as holding that the Notes were debt for the purpose of any specific provision of the Act (*Barejo 2015*) [at paragraph 132]:

As stated at the outset, it is possible that the meaning of debt in a particular provision of the *Act* may textually and contextually identify other aspects of the term for purposes of that section. However, the reference question does not ask about any specific sections; it asks for purposes of the *Act* as a whole. [Footnote omitted.]

[19] The appellant brought an appeal against the Tax Court Judge's decision that the Notes were debt for purposes of the Act as a whole. In disposing of the appeal, this Court refused to assess the correctness of the answer given by the Tax Court Judge because nothing turned on it in the underlying appeals. The only outstanding issue before the Tax Court was whether the Notes were debt for purposes of paragraph 94.1(1)(a), and the Tax Court Judge made it clear that this was not the question that he answered. Moreover, there were no statutory parameters against which the correctness of the general answer that he gave could be assessed as no statutory consequence of any sort flowed from the finding that the Notes are debt for purposes of the Act as a whole. Given this, the Court held that dwelling on the Tax Court Judge's extensive analysis would be a pointless exercise (*Barejo Holdings ULC v. Canada*, 2016 FCA 304, [2016] D.T.C. 5139, paragraphs 12–15).

[20] After the appellant's leave to appeal to the Supreme Court from this decision was denied (37425

iv) il existe un taux d'intérêt implicite, prescrit ou calculable (qui peut être équivalent à zéro). [Note en bas de page omise.]

Selon la troisième caractéristique, il faut à tout le moins que la somme exigible soit déterminable lorsque le paiement est dû. Comme les billets se conformaient aux autres caractéristiques, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les billets constituaient une créance pour l'application de la Loi (*Barejo 2015*, paragraphe 133).

[18] Il a de nouveau précisé que ses motifs ne sauraient mener à la conclusion que les billets constituaient une créance pour l'application d'une disposition précise de la Loi (*Barejo 2015*) [au paragraphe 132] :

Comme nous l'avons mentionné au début, il est possible que le sens du terme « créance » dans une disposition donnée de la Loi désigne textuellement et contextuellement d'autres aspects du terme aux fins de cette disposition. Cependant, la question en litige ne porte pas sur des articles précis : la question est posée aux fins de la Loi dans son ensemble. [Note en bas de page omise.]

[19] L'appelante a interjeté appel de la décision du juge de la Cour de l'impôt, suivant laquelle les billets constituaient une créance pour l'application de la Loi dans son ensemble. Saisie de l'appel, notre Cour a refusé de décider si la réponse du juge de la Cour de l'impôt était la bonne, cette question n'ayant aucune incidence sur les appels sous-jacents. La seule question qui demeurait devant la Cour de l'impôt était de savoir si les billets constituaient une créance pour l'application de l'alinéa 94.1(1)a), et le juge de cette cour a précisé que ce n'était pas la question qu'il tranchait. En outre, aucun paramètre légal ne permettait de décider si la réponse générale qu'il avait donnée était la bonne, car aucune conséquence légale ne découlait de la conclusion selon laquelle les billets constituaient une créance aux fins de la Loi dans son ensemble. Ainsi, la Cour a conclu qu'un examen de l'analyse poussée à laquelle le juge de la Cour de l'impôt avait procédé serait futile (*Barejo Holdings ULC c. Canada*, 2016 CAF 304, paragraphes 12 à 15).

[20] L'appelante n'ayant pas obtenu l'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême (37425 (22 juin

(June 22, 2017) [[2017] 1 S.C.R. vi]), the parties [at paragraph 6] went back before the Tax Court Judge and put to him the question that needed to be answered:

As a follow-up to ... [Barejo 2015], do the two [Notes] held by SLT, a non-resident entity, constitute debt for purposes of paragraph 94.1(1)(a) of the *Income Tax Act*?

[21] The Tax Court Judge agreed to answer this second question on terms that it was open to him to decide that the word “debt” for purposes of paragraph 94.1(1)(a) has the same meaning as that ascribed in *Barejo 2015*. He also indicated that his answer would be given on the basis that the common law and the civil law are equally applicable in ascertaining the meaning of the word debt (order of the Tax Court dated June 21, 2018, authorizing the second question, appeal book, Vol. 1, page 166). This brings a useful precision to the applicable Canadian law in light of the Tax Court Judge’s earlier findings in *Barejo 2015*, at paragraph 12, that although the Notes are governed by the laws of England, Canadian law is presumed to apply as no evidence was adduced as to the state of the English law.

DECISION UNDER APPEAL

[22] The Tax Court Judge answered the second question by incorporating his reasons in *Barejo 2015* into his second decision (*Barejo Holdings ULC v. The Queen*, 2018 TCC 200, (*Barejo 2018*) [cited above]), and by confirming that the general answer that he gave in response to the first question was his “complete answer” to the second question (*Barejo 2018*, paragraphs 13–14, 25).

[23] Although he made a few comments specific to section 94.1 and its purpose (*Barejo 2018*, paragraphs 17–18), he discounted these after noting that the parties made no submissions on the text, context and purpose of section 94.1. He added, without conducting the prerequisite analysis, that any use that could be made of the text, context and purpose of section 94.1 was not obvious to him (*Barejo 2018*, paragraph 20). He did not

2017) [[2017] 1 R.C.S. vi]), les parties [au paragraphe 6] ont demandé au juge de la Cour de l’impôt de répondre à la question à laquelle une réponse devait être apportée :

[TRADUCTION] Pour faire suite à [*Barejo 2015*], les deux [billets] détenus par SLT, une entité non-résidente, constituent-ils une créance pour l’application de l’alinéa 94.1(1)(a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*?

[21] Le juge de la Cour de l’impôt a accepté de répondre à la seconde question, jugeant qu’il lui était loisible de décider que le terme « créance », pour l’application de l’alinéa 94.1(1)(a), avait le sens qu’il lui avait attribué dans la décision *Barejo 2015*. Il a également fait remarquer que sa réponse partait du principe que tant la common law que le droit civil s’appliquaient lorsqu’il s’agissait de définir le terme « créance » (ordonnance de la Cour de l’impôt du 21 juin 2018 autorisant la seconde question, dossier d’appel, vol. 1, page 166). Cette remarque apporte une précision utile à l’égard de l’application du droit canadien, vu la conclusion précédente du juge de la Cour de l’impôt au paragraphe 12 de la décision *Barejo 2015*, selon laquelle, bien que les billets soient régis par le droit anglais, le droit canadien est présumé s’appliquer en l’absence de preuve sur l’état du droit anglais.

DÉCISION FAISANT L’OBJET DE L’APPEL

[22] Le juge de la Cour de l’impôt a répondu à la seconde question en incorporant les motifs qu’il a énoncés dans la décision *Barejo 2015* à sa seconde décision (*Barejo Holdings ULC c. La Reine*, 2018 CCI 200 (*Barejo 2018*) [précitée]) et en confirmant que la réponse générale qu’il avait donnée à la première question constituait sa [TRADUCTION] « réponse complète » à la seconde question (*Barejo 2018*, paragraphes 13 à 14 et 25).

[23] S’il a exprimé quelques commentaires sur l’article 94.1 et son objet (*Barejo 2018*, paragraphes 17 à 18), il leur a accordé peu d’importance, faisant remarquer l’absence d’observations sur le texte, le contexte et l’objet de cette disposition. Il a ajouté, sans procéder à l’analyse requise, que l’utilité de cette analyse ne lui semblait pas manifeste (*Barejo 2018*, paragraphe 20). Il n’a pas dit ce qui l’avait mené à un tel avis, mise

say why he came to this view except to explain earlier on that (*Barejo* 2018, paragraph 9):

The parties are content to have me answer the [second question] in the same manner and for the same reasons as the Initial Question, and to specify in my answer and my reasons that it is for purposes of paragraph 94.1(1)(a), as this will allow them to have the reasons for my decision reviewed by the Federal Court of Appeal. I am prepared to oblige them.

[24] We are left with a decision that ostensibly settles the meaning of the word debt for purposes of paragraph 94.1(1)(a) without the benefit of a textual, contextual and purposive analysis of this provision.

COURT'S DIRECTION

[25] Before us, neither party saw fit to address this shortcoming and look into the text, context and purpose of paragraph 94.1(1)(a). As a result, the Court issued the following direction shortly before the hearing of the appeal:

DIRECTION

The question to be resolved in this case turns on the meaning to be given to the word “debt” as it appears in paragraph 94.1(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). As stated in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, at paragraph 47:

[i]n order to reveal or resolve any latent ambiguities in the meaning of provisions of the Income Tax Act, the courts must undertake a unified textual, contextual and purposive approach to statutory interpretation.

As this is an exercise that must be conducted, the parties are invited to make submissions on the text, context and purpose of paragraph 94.1(1)(a)

[26] The initial submissions made by the parties in their respective memorandum of fact and law, as well as the text, context and purpose submissions received further to this direction, are summarized below.

à part l'explication offerte dans un passage précédent (*Barejo* 2018, paragraphe 9) :

[TRADUCTION] Les parties souhaitent que je réponde à [la seconde question] de la même manière et pour les mêmes motifs que la première question et que je précise dans ma réponse et dans mes motifs que c'est pour l'application de l'alinéa 94.1(1)a, car elles pourront alors soumettre mes motifs à l'examen de la Cour d'appel fédérale. Je suis disposé à exaucer leur souhait.

[24] Il en résulte une décision qui prétend établir le sens du terme « créance » aux fins de l'alinéa 94.1(1)a) sans le bénéfice d'une analyse textuelle, contextuelle et téléologique de cette disposition.

DIRECTIVE DE LA COUR

[25] Devant la Cour, aucune des parties n'a cru bon de traiter de cette lacune en s'attardant au texte, au contexte et à l'objet de l'alinéa 94.1(1)a). Par conséquent, la Cour a émis la directive suivante peu de temps avant l'audience :

DIRECTIVE

[TRADUCTION] La question à trancher en l'espèce concerne le sens du terme « créance » qui figure à l'alinéa 94.1(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e supp.). Pour citer l'arrêt (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54 au paragraphe 47 :

[p]our relever et dissiper toute ambiguïté latente du sens des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les tribunaux doivent adopter une méthode d'interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée.

Comme il faut procéder à un tel exercice, nous invitons les parties à présenter des observations sur le texte, le contexte et l'objet de l'alinéa 94.1(1)a) [...]

[26] Les observations initiales des parties énoncées dans leur mémoire des faits et du droit respectif ainsi que les observations subséquentes relatives au texte, au contexte et à l'objet de la disposition qu'elles ont présentées par suite de la directive sont résumées ci-après.

POSITION OF THE APPELLANT

[27] The appellant's primary argument focusses on the third core essential characteristic identified in *Barejo* 2015. It contends that the Tax Court Judge erred in holding that the Notes are debt under paragraph 94.1(1)(a), even though the amounts to be paid are unknown and will only be ascertained in the later year when payment becomes due. In support of this contention, the appellant asserts in succession that in the absence of a statutory definition, the term debt must be given its legal meaning; that under commercial law, the definition of debt requires that the sum payable be certain or readily reducible to a certainty; and that, since it is impossible to ascertain the amounts to be paid under the Notes prior to maturity, they do not qualify as debt.

[28] In support of the first proposition, the appellant relies on the decisions of the Supreme Court in *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915 (*Will-Kare*), paragraph 31 and *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367 (*Backman*), paragraph 17. Both stand for the proposition that in order to determine the meaning of an undefined legal term under the Act, reference must be made to its meaning pursuant to commercial law (memorandum of the appellant, paragraph 32).

[29] Adopting this approach, the appellant, citing *Diewold v. Diewold*, [1941] S.C.R. 35, [1941] 1 D.L.R. 561 (*Diewold*), at page 39 and Professor Dunlop in *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1995) (Dunlop), at page 16, contends that the only accepted meaning of the word debt pursuant to commercial law is "an obligation to pay a sum certain or a sum readily reducible to a certainty" (memorandum of the appellant, paragraphs 2 and 33–38). The appellant further maintains, relying on language used in a line of jurisprudence cumulating with the decision of the Manitoba Court of Appeal in *Ste. Rose & District Cattle Feeders Co-op v. Geisel*, 2010 MBCA 52, 319 D.L.R. (4th) 694 (*Ste. Rose*), that a distinction must be made

THÈSE DE L'APPELANTE

[27] Le principal argument de l'appelante concerne la troisième caractéristique fondamentale énoncée dans la décision *Barejo* 2015. Selon elle, le juge de la Cour de l'impôt a conclu à tort que les billets constituaient une créance pour l'application de l'alinéa 94.1(1)a), même si les sommes exigibles sont inconnues et le demeureront jusqu'au moment où le paiement doit être fait, l'année suivante. À l'appui de cette prétention, l'appelante affirme en premier lieu qu'en l'absence d'une définition dans le texte de loi, le terme « créance » doit recevoir sa définition juridique; en deuxième lieu qu'en droit commercial, la définition d'une créance exige que la somme exigible soit certaine ou puisse être rendue certaine; en troisième lieu que, puisqu'il est impossible de déterminer la somme exigible pour acquitter les billets avant la date d'échéance, ces derniers ne constituent pas une créance.

[28] L'appelante invoque à l'appui de sa première prétention les arrêts de la Cour suprême du Canada *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915 (*Will-Kare*), paragraphe 31 et *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367 (*Backman*), paragraphe 17. Ces deux arrêts enseignent que, pour circonscrire le sens d'un terme juridique non défini dans la Loi, il importe de s'inspirer de la définition de ce terme en droit commercial (mémoire de l'appelante, paragraphe 32).

[29] L'appelante, suivant cette démarche, invoque l'arrêt *Diewold v. Diewold*, [1941] R.C.S. 35 (*Diewold*), à la page 39 ainsi que l'ouvrage du professeur Dunlop, *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2^e éd., Toronto : Carswell, 1995 (Dunlop), à la page 16, et affirme que la seule définition acceptée du terme « dette », soit le corollaire du terme « créance », en droit commercial est la suivante : [TRADUCTION] « une obligation de payer une somme certaine ou pourra être rendue certaine » (mémoire de l'appelante, paragraphes 2 et 33 à 38). L'appelante soutient également, à la lumière des termes qui figurent dans un courant jurisprudentiel s'étant soldé par l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *Ste. Rose & District Cattle Feeders Co-op v. Geisel*,

between “debt” and “liability”, the former having a narrower meaning that requires that the amount to be paid be ascertainable prior to maturity. According to the appellant, the Notes gave rise to a liability in 2010, but not a debt (memorandum of the appellant, paragraphs 47–50).

[30] Given the Tax Court Judge’s finding that the amount due under the Notes was not known or ascertainable during the taxation year in issue, the appellant argues that he was bound to hold that the Notes did not qualify as debt in the hands of SLT.

[31] Finally, the appellant submits that the general conclusion reached by the Tax Court Judge provides a full answer to the second question as there is no reason to define debt differently for purposes of paragraph 94.1(1)(a). In this respect, it “gratefully adopts” the Tax Court Judge’s conclusion that looking into the text, context and purpose of paragraph 94.1(1)(a) would not alter the outcome one way or the other (memorandum of the appellant, paragraph 39 citing *Barejo* 2018, paragraph 20).

[32] Before concluding its submissions, the appellant repeats at paragraph 62 of its memorandum the argument that was at the forefront of its case before the Tax Court Judge. It reiterates that the Notes are effectively a gamble because “[t]he essence or substance of this arrangement is not a creditor-debtor relationship, but rather a speculation with no ceiling for the potential rewards and no floor for the potential losses”. The appellant contends that this gamble was such that not only was it impossible to determine the amount that would be payable, there was also a possibility that the Note holder might have nothing to claim at maturity if the Reference Assets lost all their value.

2010 MBCA 52, 319 D.L.R. (4th) 694 (*Ste. Rose*), qu’il faut établir une distinction entre une dette et un élément de passif (en anglais, entre « *debt* » et « *liability* »). Le premier a un sens plus étroit suivant lequel la somme due doit pouvoir être déterminable avant la date d’échéance. Selon l’appelante, les billets ont donné lieu à un élément de passif, et non à une dette, en 2010 (mémoire de l’appelante, paragraphes 47 à 50).

[30] L’appelante fait valoir que, compte tenu de la conclusion du juge de la Cour de l’impôt selon laquelle la somme exigible pour acquitter les billets n’était ni connue ni ne pouvait être rendue certaine au cours de l’année d’imposition en question, le juge devait statuer que les billets ne constituaient pas une créance entre les mains de SLT.

[31] Enfin, l’appelante soutient que la conclusion générale à laquelle est arrivé le juge de la Cour de l’impôt constitue une réponse exhaustive à la seconde question; point n’est donc besoin de définir autrement le terme « créance » pour l’application de l’alinéa 94.1(1)a). À cet égard, elle [TRADUCTION] « souscrit avec reconnaissance » à la conclusion du juge de la Cour de l’impôt suivant laquelle examiner le texte, le contexte et l’objet de la disposition ne changerait aucunement l’issue (mémoire de l’appelante, paragraphe 39 citant *Barejo* 2018, paragraphe 20).

[32] Avant de conclure ses prétentions, l’appelante répète au paragraphe 62 de son mémoire l’argument qui était à l’avant-scène devant le juge de la Cour de l’impôt. Elle y assimile à nouveau les billets à une gageure, car [TRADUCTION] « [l]’essence ou la substance de cet arrangement n’est pas celle d’une relation créancier-débiteur, mais à un exercice spéculatif dépourvu d’un plafond sur le plan des profits possibles de même que d’un plancher sur le plan des pertes possibles ». Selon l’appelante, cette gageure est telle que, s’il est impossible de déterminer la somme exigible, il est également possible que la détentrice du billet ait eu entre les mains un papier ne valant plus rien à la date d’échéance si les actifs de référence avaient perdu toute leur valeur.

– Text, Context and Purpose Submissions

[33] The appellant reiterates that the word debt, being undefined, must receive its ordinary legal meaning. In contrast, the term “non resident-entity” is defined under paragraph 94.1(1)(a) “to capture all manner of entities” (appellant’s text, context and purpose submissions, paragraph 8). Had Parliament wished to expand the meaning of the word debt in the way proposed by the Tax Court Judge, it would have proceeded in the same way.

[34] As to the context of section 94.1, the appellant points to the fact that Parliament uses the expression “other obligation” to pay an amount in a number of provisions in juxtaposition with the term debt (or indebtedness) which suggests that not every obligation to pay an amount is a “debt”. One category of portfolio investments listed in paragraph 94.1(1)(b)—“indebtedness or annuities”—would also lead to a certain degree of redundancy, since the total amount paid pursuant to a life annuity would fall under the Tax Court Judge’s definition of “debt”. Finally, the appellant relies on a statement made in *obiter* in *Gerbro Holdings Company v. Canada*, 2016 TCC 173, [2016] D.T.C. 1165 (*Gerbro*), affd 2018 FCA 197, at paragraph 124, to the effect that “cash-settled derivatives” would not “fit snugly” into the categories of portfolio investments listed in paragraph 94.1(1)(b). The appellant seizes on this to argue that the Notes, because of their nature, are not debt for purposes of paragraph 94.1(1)(a).

[35] Lastly, the appellant argues that as the purpose of section 94.1 is to achieve capital export neutrality, a determination that the Notes are debt within the meaning of paragraph 94.1(1)(a) would defeat this objective because had the Notes been issued by a Canadian chartered bank and held directly by a Canadian taxpayer, no inclusion would result.

– Arguments relatifs au texte, au contexte et à l’objet

[33] L’appelante rappelle que le terme « créance », puisqu’il n’est pas défini, doit être interprété selon son sens juridique ordinaire. En revanche, le terme « entité non-résidente » est défini pour l’application de l’alinéa 94.1(1)a) [TRADUCTION] « pour viser des entités en tous genres » (observations de l’appelante sur le texte, le contexte et l’objet, paragraphe 8). Si le législateur avait voulu étendre le sens du terme « créance » de la manière proposée par le juge de la Cour de l’impôt, il aurait procédé à l’avenant.

[34] En ce qui a trait au contexte de l’article 94.1, l’appelante signale que le législateur juxtapose les termes « autre obligation » et « dette » dans plusieurs dispositions, ce qui laisse entendre que toute obligation de payer des fonds ne constitue pas une dette. Une catégorie de placements de portefeuille énumérée à l’alinéa 94.1(1)b), celle des créances et des rentes, donnerait également lieu à une certaine redondance, car une rente viagère serait visée par la définition d’une créance proposée par le juge de la Cour de l’impôt. Enfin, l’appelante invoque une remarque incidente tirée de la décision *Gerbro Holdings Company c. La Reine*, 2016 CCI 173 (*Gerbro*), conf. par 2018 CAF 197, au paragraphe 124, selon laquelle les « instruments dérivés donnant lieu à un règlement en espèces » « ne correspondent peut-être pas exactement » aux catégories de placements de portefeuille énumérées à l’alinéa 94.1(1)b). L’appelante excipe de cette remarque pour affirmer que les billets, en raison de leur nature, ne constituent pas une créance pour l’application de l’alinéa 94.1(1)a).

[35] En conclusion, l’appelante affirme que, comme l’objet de l’article 94.1 consiste à assurer la neutralité en matière d’exportation de capitaux, une décision portant que les billets constituent une créance pour l’application de l’alinéa 94.1(1)a) contrecarrerait un tel objet, car si les billets avaient été émis par une banque à charte canadienne et détenus directement par un contribuable canadien, il n’en résulterait aucune inclusion dans le revenu.

POSITION OF THE CROWN

[36] The Crown relies on a different line of jurisprudence which also deals with the legal meaning of debt, and submits that the definition proposed by the appellant is overly narrow. It adopts as its own the Tax Court Judge’s conclusion that the word debt has a meaning which extends to a right to claim an amount that becomes known when payment is due, and submits that this was the intended meaning when paragraph 94.1(1)(a) was enacted (memorandum of the Crown, paragraphs 30–42).

[37] The Crown adds that the position advanced by the appellant in dealing with the second question is based on “shifting sands”. In addressing the first question, the appellant maintained that the Notes were derivative instruments akin to a gamble with no predictable outcome. The appellant now relies on the distinction between the “debt” and “liability” and argues that during the year in issue, the Notes were a liability which had yet to mature into a debt. According to the Crown, the distinction now drawn between “debt” and “liability” is more closely connected to contingency claims in the context of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and has no application here (memorandum of the Crown, paragraphs 47–48).

– *Text, Context and Purpose Submissions*

[38] The Crown argues that in enacting section 94.1, without defining the word debt, Parliament intended to capture any manner of debt. Had it wished to restrict the meaning, it would have used a more specific expression such as “exigible debt or liquidated debt”. This is consistent with a series of judicial pronouncements rejecting the notion that “financial instruments cannot be qualified as debt prior to maturity” (Crown’s text, context and purpose submissions, paragraph 6). For example, in *Heffer v. Kokatt*, 1918 CanLII 154, 42 D.L.R. 322 (Sask. C.A.) (*Heffer*), it was held that an action to recover a payment reflecting the market price for hay at the due date is an

THÈSE DE LA COURONNE

[36] La Couronne, pour sa part, invoque un différent courant jurisprudentiel qui intéresse également le sens juridique du terme « créance ». Elle affirme que la définition proposée par l’appelante est trop étroite. Elle fait sienne la conclusion du juge de la Cour de l’impôt selon laquelle ce terme signifie le droit d’exiger le paiement d’une somme donnée qui ne sera connue qu’au moment où elle devient exigible et fait valoir que le législateur entendait attribuer à ce terme un tel sens lorsqu’il a adopté l’alinéa 94.1(1)a) (mémoire de la Couronne, paragraphes 30 à 42).

[37] La Couronne ajoute que la thèse de l’appelante à l’égard de la seconde question est fondée sur des [TRADUCTION] « sables mouvants ». L’appelante a soutenu, quant à la première question, que les billets constituaient des instruments dérivés de la nature d’une gageure au produit imprévisible. Elle invoque maintenant la distinction entre, d’une part, une « dette » et, d’autre part, une « obligation » et prétend qu’au cours de l’année en question, les billets constituaient une obligation qui n’était pas encore devenue une dette. Suivant la Couronne, la distinction qu’établit maintenant l’appelante entre une « dette » et une « obligation » ressortit plutôt aux réclamations éventuelles sous le régime de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 et ne trouve pas application en l’espèce (mémoire de la Couronne, paragraphes 47 et 48).

– *Arguments relatifs au texte, au contexte et à l’objet*

[38] Selon la Couronne, le législateur, en édictant l’article 94.1 sans définir le terme « créance », entendait viser les créances en tous genres. S’il avait eu l’intention d’en restreindre le sens, il aurait qualifié le terme, par exemple « créance exigible ou liquidée ». Cette thèse est dans le droit fil d’une jurisprudence qui rejette la notion suivant laquelle [TRADUCTION] « un instrument financier ne saurait constituer une créance avant sa date d’échéance » (observations de la Couronne relatives au texte, au contexte et à l’objet, paragraphe 6). Par exemple, la Cour d’appel de la Saskatchewan dans l’arrêt *Heffer v. Kokatt*, 1918 CanLII 154, 42 D.L.R. 322 (*Heffer*), conclut qu’une

action for debt even though the amount payable was incapable of being ascertained before then as the terms of the agreement furnished the means to determine this amount (Crown's text, context and purpose submissions, paragraph 9 citing *Heffer*, paragraph 21).

[39] Insofar as context is concerned, the Crown contends that the other types of property listed in paragraph 94.1(1)(a) are targeted even though their value fluctuates over time. The fluctuating nature of the portfolio investments listed in paragraph 94.1(1)(b) supports the conclusion that Parliament contemplated that the value of the types of property mentioned in paragraph 94.1(1)(a) would vary until maturity. Lastly, while the definition of debt is broad, Parliament limited the application of section 94.1 by including other thresholds such as the requirement that the OIFP derives its value from the listed portfolio investments and that its acquisition be tax motivated.

[40] As for the purpose of section 94.1, the Crown insists on its anti-avoidance nature. In *Walton v. The Queen*, [1999] 1 C.T.C. 2105, (1998), 98 D.T.C. 1780, the Tax Court held that the purpose was to prevent the use of offshore investment funds to achieve an indefinite deferral of tax on passive income. In *Gerbro*, the Tax Court insisted on the global objective which was to ensure capital export neutrality. These goals cannot be achieved if the word debt is given the narrow meaning advocated by the appellant.

[41] The Crown adds that there is no factual basis for the appellant's novel position that the Notes are "cash-settled derivatives" of the type referred to in *Gerbro* [at paragraph 124]. It points to the agreed statement of facts, which does not allude to this.

[42] Finally, the Crown challenges the appellant's contention that the tax deferrals achieved by the

action en recouvrement d'une somme calculée en fonction de la valeur marchande du foin à la date d'échéance constitue une action en recouvrement de créance, même si la somme exigible n'est pas déterminable avant cette date, puisque les modalités de l'entente prévoient le moyen de déterminer le prix à payer (observations de la Couronne relatives au texte, au contexte et à l'objet, paragraphe 9 citant l'arrêt *Heffer*, paragraphe 21).

[39] Quant au contexte, la Couronne soutient que les autres catégories de biens énumérées à l'alinéa 94.1(1)a) sont visées même si leur valeur fluctue. La nature fluctuante des placements de portefeuille énumérés à l'alinéa 94.1(1)b) étaye la conclusion selon laquelle le législateur a tenu compte du fait que la valeur des biens mentionnés à l'alinéa 94.1(1)a) varie jusqu'à leur date d'échéance. Enfin, bien que le sens du terme « créance » soit large, le législateur a restreint l'application de l'article 94.1 en prévoyant d'autres seuils, notamment en exigeant que les BFPNR tirent leur valeur des placements de portefeuille qui les composent et que leur acquisition soit motivée par des considérations fiscales.

[40] En ce qui concerne l'objet de l'article 94.1, la Couronne insiste pour dire qu'il s'agit d'une mesure anti-évitement. Dans la décision *Walton c. La Reine*, 1998 CanLII 556 (C.C.I.), la Cour de l'impôt est arrivée à la conclusion que l'objet de la disposition consiste à empêcher que le recours à des fonds de placement non-résident permette de reporter indéfiniment l'impôt sur des revenus passifs. Dans l'affaire *Gerbro*, la Cour de l'impôt souligne l'objet global consistant à assurer la neutralité en matière d'exportation de capitaux. Le sens étroit que l'appelante attribue au terme « créance » ne permet pas d'atteindre ces objets.

[41] La Couronne ajoute que la thèse novatrice avancée par l'appelante, selon laquelle les billets constituent des « instruments dérivés donnant lieu à un règlement en espèces » comme ceux dont il est question dans l'affaire *Gerbro* [au paragraphe 124], n'est pas fondée sur les faits. Elle renvoie à l'exposé conjoint des faits, qui est muet à cet égard.

[42] Enfin, la Couronne n'est pas d'accord avec l'appelante pour dire que le report d'impôt obtenu par les

shareholders of SLT would also have resulted if instead a Canadian taxpayer and a Canadian chartered bank had been direct parties to the Notes. It points out that in contrast with the foreign asset manager, the transactions made by the Canadian bank in managing the assets in Canada would have attracted tax.

ANALYSIS

[43] The narrow issue which arises on appeal is whether it was open to the Tax Court Judge to hold that the Notes can be labelled as debt for the purposes of paragraph 94.1(1)(a) during the appellant's 2010 taxation year even though the amounts to be paid thereunder were unknown at that time and could not be known until a later year when payment becomes due.

[44] The answer to this question turns on the meaning to be given to the word debt under paragraph 94.1(1)(a), and whether the Notes come within this meaning. The Tax Court Judge's finding that the Notes bear the essential core characteristics of a debt for purposes of this provision involves a two-step process that gives rise to a question of mixed fact and law reviewable only if a palpable and overriding error is shown to have been made. However, whether he properly identified these essential characteristics gives rise to an extricable question of law reviewable on a standard of correctness (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1, paragraph 37; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, paragraphs 33–35).

[45] The particular feature of the Notes that underlies the debate is easily understood. During the taxation year in issue, the amounts ultimately payable under the Notes were unknown and not reducible to certainty due to the fluctuation of the value of the Reference Assets. That said, the value of the Reference Assets was calculated weekly so that the value of the Notes was known at all times.

[46] Counsel for the appellant insisted during the hearing that what was unknown before the due date was not

actionnaires de SLT aurait également été obtenu si les parties aux billets avaient été un contribuable canadien et une banque à charte canadienne sans autre intermédiaire. Elle signale que la banque à charte canadienne doit acquitter l'impôt sur les opérations de gestion des actifs au Canada, contrairement au gestionnaire d'actifs étrangers.

ANALYSE

[43] La question circonscrite que soulève le présent appel est celle de savoir s'il était loisible au juge de la Cour de l'impôt de statuer que les billets pouvaient être qualifiés de créance pour l'application de l'alinéa 94.1(1)a au cours de l'année d'imposition 2010 de l'appelante même si le paiement nécessaire pour acquitter les billets était inconnu à ce moment et le demeurerait jusqu'à ce que la créance soit exigible, ultérieurement.

[44] Pour répondre à cette question, il faut analyser le sens à attribuer au terme « créance » pour l'application de l'alinéa 94.1(1)a et se demander si les billets sont visés par ce terme. La conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle les billets comportent les caractéristiques fondamentales d'une créance pour l'application de cette disposition fait appel à une analyse en deux volets qui soulève une question mixte de fait et de droit ne justifiant notre intervention qu'en cas d'erreur manifeste et dominante. Quant à savoir si le juge a bien déterminé ces caractéristiques fondamentales, il s'agit d'une question de droit isolable assujettie à la norme de la décision correcte (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, paragraphe 37; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, paragraphes 33 à 35).

[45] La caractéristique des billets sur laquelle porte le débat est facile à comprendre. Au cours de l'année d'imposition en question, le paiement nécessaire pour acquitter un jour les billets était inconnu et ne pouvait être rendu certain en raison de la fluctuation de la valeur des actifs de référence. Cela dit, la valeur des actifs de référence était calculée une fois par semaine, de sorte que la valeur des billets était connue en tout temps.

[46] À l'audience, les avocats de l'appelante ont fait remarquer qu'outre le montant du paiement nécessaire

only the amount to be paid under the Notes, but whether the issuing banks would have any obligation to pay. The argument as I understand it is that a market downturn could realistically have wiped out the total value of the Reference Assets thereby doing away with the obligation of the issuing banks to pay anything under the Notes at maturity or upon early termination.

[47] The fact that the Notes were a gamble which could result in there being no obligation to pay anything at the due date was at the forefront of the appellant's case before the Tax Court Judge in *Barejo 2015* (appellant's concise statement of facts and law, appeal book, Vol. 1, page 189, paragraphs 45–46; appellant's notes of argument before the Tax Court, appeal book, Vol. 2, page 225, paragraphs 21, 31 and 38). He nevertheless found that “[u]pon maturity, there is a payment obligation” under the Notes and that the second essential characteristic of a debt—an amount is to be paid or repaid at some point in the future—was accordingly present (*Barejo 2015*, paragraph 133(ii)). This finding, which required the Tax Court Judge to apply the legal test to the facts (*Barejo 2015*, paragraph 44), was made one year before the maturity date and no evidence of any sort was adduced suggesting that the value of the Reference Assets had collapsed or were about to lose the totality of their value. It is obvious that no such scenario was established in the eyes of the Tax Court Judge.

[48] Indeed none could be. We are dealing here with multi-million dollar funds each initiated by a USD 498 million infusion, managed by professionals equipped with the methods and means to anticipate and safeguard against declining markets. In this regard, I need only take judicial notice of the 2007–2008 global downturn and the fact that despite this downturn, the Reference Assets actually grew in value from \$1 546 000 000 at December 31, 2005, to \$1 655 000 000 and \$1 718 000 000 at December 31, 2008 and 2009 respectively (Financial Statements of SLT for the years ended December 2005 and 2009, appeal book, respectively Vol. 4, page 790 and Vol. 5, page 809).

pour acquitter les billets, était également incertaine avant la date d'échéance l'obligation même de payer des banques émettrices. Si je saisis bien son argument, l'appelante soutient qu'un effondrement des marchés aurait pu faire perdre toute valeur aux actifs de référence, de sorte que les banques émettrices ne seraient pas tenues de payer quoi que ce soit pour acquitter les billets à la date d'échéance ou à la date de résiliation anticipée.

[47] L'appelante a principalement fondé sa plaidoirie devant le juge de la Cour de l'impôt dans l'affaire *Barejo 2015* sur la nature des billets, assimilés à une gageure, susceptible de se solder par l'extinction de l'obligation de payer à la date d'échéance (énoncé concis des faits et du droit de l'appelante, dossier d'appel, vol. 1, page 189, paragraphes 45 et 46, notes de plaidoirie de l'appelante devant la Cour de l'impôt, dossier d'appel, vol. 2, page 225, paragraphes 21, 31 et 38). Le juge estime néanmoins « [qu'à] l'échéance, une obligation de paiement » se rattache aux billets et que la deuxième caractéristique essentielle d'un billet, une somme exigible à un moment donné dans l'avenir, est également présente (*Barejo 2015*, paragraphe 133 ii)). Cette conclusion, subordonnée à l'application par le juge de la Cour de l'impôt du critère juridique aux faits (*Barejo 2015*, paragraphe 44), a été tirée un an avant la date d'échéance en l'absence de toute preuve démontrant que les actifs de référence avaient perdu ou allaient perdre toute leur valeur. Il est évident que la possibilité d'un tel scénario n'avait pas été démontrée au juge de la Cour de l'impôt.

[48] En effet, aucune ne pouvait l'être. L'affaire dont nous sommes saisis concerne des fonds valant des millions de dollars dont chacun est né de l'injection de 498 millions de dollars américains et qui sont gérés par des professionnels dotés des méthodes et des moyens pour prévoir les chutes des marchés et se prémunir contre pareil risque. À cet égard, il me suffit de prendre connaissance d'office de la récession mondiale survenue en 2007–2008 et signaler que, malgré la situation financière, les actifs de référence ont pris de la valeur, passant de 1 546 000 000 \$ le 31 décembre 2005 à 1 655 000 000 \$ et 1 718 000 000 \$ les 31 décembre 2008 et 2009 respectivement (états financiers de SLT pour les exercices se terminant en décembre 2005 et 2009, dossier d'appel, vol. 4, page 790 et vol. 5, page 809).

[49] During the hearing, counsel for the appellant alluded to the Lehman Brothers bankruptcy in 2008 and argued that the issuing banks could have suffered the same fate. Recognizing that nothing is impossible, this is insufficient to put into question the financial capacity of the issuing banks to discharge their obligations under the Notes. Some evidence of financial frailty would be required, particularly as the Notes were guaranteed by the Canadian parents of the issuing banks. Even if this did not suffice, SLT was protected from a major collapse by reason of the early termination clause which allowed it to terminate the Notes if the credit rating of the Canadian parents fell below specified risk rating.

[50] Neither the existence of an obligation to pay nor the financial capacity of the issuing banks to discharge this obligation were ever in doubt on the facts of this case.

[51] This leaves us with the undisputed fact that the exact amounts to be paid under the Notes were unknown in 2010 and would remain unknown until the due date, by reason of the fluctuating nature of the Reference Assets. In discussing whether this precludes the existence of a debt, the parties have, from the beginning, focused on the absence of a statutory definition of the word debt. Both agreed that because the term is undefined, its legal meaning pursuant to commercial law prevailed. However, each relied on different decisions and disagreed on the appropriate legal meaning.

[52] The parties also proceeded on the assumption that the meaning of debt is the same throughout the Act regardless of the provision in which this word is used (memorandum of the appellant, paragraph 39; memorandum of the Crown, paragraph 31). The presumption of consistent expression supports this approach (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: Lexis Nexis, 2014) (Sullivan), at pages 363–367 commenting on *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at page 1387, (1989), 61 D.L.R. (4th) 725).

[49] À l'audience, les avocats de l'appelante ont également mentionné la faillite de Lehman Brothers en 2008 et la possibilité que les banques émettrices aient connu pareille fin. Si nous reconnaissons que rien n'est impossible, nous estimons toutefois que ce risque ne suffit pas à mettre en doute la capacité financière des banques émettrices quand il s'agit d'acquitter leurs obligations découlant des billets. Il faudrait pour ce faire produire des éléments de preuve sur la fragilité financière, tout particulièrement parce que les billets étaient garantis par les sociétés mères canadiennes des banques émettrices. Si ceci devait s'avérer insuffisant, signalons en outre que SLT était protégée d'un effondrement par la clause de résiliation anticipée, qui lui permettait de résilier les billets si la cote de crédit des sociétés mères canadiennes se situait en deçà d'une certaine valeur.

[50] Les faits de l'espèce n'ont jamais permis de douter de l'existence d'une obligation de paiement ni de la capacité financière des banques émettrices d'honorer cette obligation.

[51] Il en résulte le fait incontestable que les sommes exactes servant à acquitter les billets étaient inconnues en 2010 et le demeureraient jusqu'à la date d'échéance de ces instruments, en raison de la nature fluctuante des actifs de référence. Les parties, débattant la question de savoir si ce fait exclut ou non l'existence d'une créance, soulignent depuis le début l'absence de définition du terme « créance » dans la Loi. Les deux camps s'entendent pour dire que, dans ce cas, il faut opter pour le sens du terme en droit commercial, mais divergent d'opinion sur ce qu'il signifie et invoquent tous deux une jurisprudence différente.

[52] Les parties présument également que ce terme possède un sens constant dans l'ensemble de la Loi, peu importe la disposition dans laquelle il figure (mémoire de l'appelante, paragraphe 39; mémoire de la Couronne, paragraphe 31). La présomption d'uniformité d'expression étaye une telle démarche (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, Ont. : LexisNexis, 2014 (Sullivan), pages 363 à 367 à propos de l'arrêt *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, page 1387, 1989 CanLII 72).

[53] However, this presumption is not absolute. As explained in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at page 400, (1992), 89 D.L.R. (4th) 218, “[u]nless the contrary is clearly indicated by the context, a word should be given the same interpretation or meaning whenever it appears in an act”. That the same word can have a different meaning depending on the context in which it is used is particularly so when dealing with the Act, a statute known for its specificity and technical complexity (*Will-Kare*, paragraph 33). This case illustrates the importance of examining the particular provision in issue when dealing with the Act.

[54] The parties’ generalist approach also appears to have been driven by a misinterpretation of the Supreme Court’s jurisprudence. In *Backman*, and its concurrent case *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 11, [2001] 1 S.C.R. 391 (*Spire Freezers*), the Court had to determine whether a foreign partnership could deduct losses pursuant to section 96 of the Act. While the Court stated the issue as “whether a valid partnership [had] been established for income tax purposes” (paragraph 1), in *Spire Freezers*, it specified at paragraph 17 (see also *Backman*, paragraph 17):

.... as held in *Backman*, where a Canadian taxpayer seeks to deduct partnership losses through s. 96 of the Act, he or she must satisfy the essential elements of a partnership that exist under Canadian law. In other words, for the purposes of s. 96 of the Act, the essential elements of a partnership must be present, even in respect of foreign partnerships: ... [Citations omitted.]

Here, the Supreme Court makes it clear that the construction that it gave to the term “partnership” was for purposes of section 96; nowhere does it suggest that a word can be given a general meaning unrelated to the text, context and purpose of the provision in which it is used. Indeed, this is a mandatory exercise (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 (*Canada Trustco*)).

[53] Toutefois, cette présomption n’est pas absolue. Comme l’explique la Cour suprême dans l’arrêt *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la page 400, 1992 CanLII 121, « à moins que le contexte ne s’y oppose clairement, un mot doit recevoir la même interprétation et avoir le même sens tout au long d’un texte législatif ». La possibilité qu’un terme possède un sens différent selon le contexte est particulièrement réelle dans le cas de la Loi, reconnue pour ses particularités et sa nature technique (*Will-Kare*, paragraphe 33). La présente instance souligne la nécessité d’examiner la disposition en question au regard de la Loi.

[54] La démarche des parties, axée sur la généralisation, semble également découler d’une interprétation erronée de la jurisprudence issue de la Cour suprême. Dans l’arrêt *Backman*, et l’arrêt concurrent *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, 2001 CSC 11, [2001] 1 R.C.S. 391 (*Spire Freezers*), cette cour était appelée à décider si une société de personnes non-résidente pouvait déduire ses pertes sous le régime de l’article 96 de la Loi. Elle énonce ainsi la question en litige au premier paragraphe : « Les deux pourvois soulèvent la question fondamentale de savoir si une société de personnes valable a été établie aux fins d’application des lois fiscales ». Or, au paragraphe 17, elle apporte la précision suivante (voir également *Backman*, au paragraphe 17) :

[...] comme il a été jugé dans l’arrêt *Backman*, le contribuable canadien qui désire déduire les pertes d’une société de personnes en vertu de l’art. 96 de la Loi doit satisfaire aux conditions essentielles de validité d’une société de personnes en droit canadien. En d’autres mots, pour l’application de l’art. 96 de la Loi, les éléments essentiels d’une société de personnes doivent être présents, même dans le cas d’une société de personnes étrangère : [...] [Renvois omis.]

Dans cet arrêt, la Cour suprême précise que le sens qu’elle attribue au terme « société de personnes » vaut pour l’application de l’article 96; elle ne signale nulle part dans ses motifs qu’un mot peut recevoir une interprétation générale sans rapport avec le texte, le contexte et l’objet de la disposition dans laquelle il figure. En fait, cette analyse est obligatoire (*Hypothèques Trustco*

[55] In contrast with the word “partnership” which has a well-defined legislative meaning under provincial law (as does for instance the word “share” in paragraph 94.1(1)(a)), there is no single meaning of the word debt; it is capable of various definitions and the one which best reflects Parliament’s intent can only be made apparent by a textual, contextual and purposive analysis of paragraph 94.1(1)(a) (*Canada Trustco*, paragraph 10; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328, paragraphs 73–84). The appellant is rightfully grateful that the Tax Court Judge saw no need to conduct this analysis because this furthers its efforts throughout to keep this provision out of the debate. However, when we move away from general discussions about the Act as a whole and focus on paragraph 94.1(1)(a)—as we must—the appellant’s position becomes unsustainable. This is the issue to which I now turn.

– Text

[56] A word must be read in its immediate context, also referred to as its co-text (Sullivan, pages 30–33). In subsection 94.1(1), the term debt appears in the following set of words: “an ‘offshore investment fund property’ ... is ... a share of ... an interest ..., or a debt of, a non-resident entity ... that may reasonably be considered to derive its value, directly or indirectly, primarily from portfolio investments ... in shares ... indebtedness ... interests in ... funds or entities ... commodities ... real estate ... resource properties ... [foreign] currency ... options to acquire or dispose of any of the foregoing, ... or any combination of the foregoing”.

[57] As can be seen, a simple reading shows that a debt of a non-resident entity, may derive its value from portfolio investments that fluctuate over time. It follows that excluding an instrument from the ambit of the word debt simply because the amount which can ultimately be claimed will only be known when the term expires would effectively mean that Parliament has spoken in

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

[55] Contrairement au terme « société de personnes » qui est bien défini en droit provincial (comme le terme « action » qui figure à l’alinéa 94.1(1)a)), le terme « créance » ne possède pas un seul sens. Il peut revêtir plus d’une définition, et celle qui illustre le mieux l’intention du législateur ne ressortit qu’à la lumière d’une analyse textuelle, contextuelle et téléologique de la disposition (*Trustco Canada*, paragraphe 10; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328, paragraphes 73 à 84). L’appelante est reconnaissante à juste titre au juge de la Cour de l’impôt qui n’a pas jugé utile de procéder à cette analyse, car cette démarche soutient ses efforts visant à tenir la disposition à l’écart des débats. Toutefois, lorsqu’on s’éloigne d’une discussion générale au sujet de la Loi dans son ensemble pour se concentrer sur la disposition comme telle, comme il se doit, la thèse de l’appelante devient insoutenable. Nous arrivons.

– Texte

[56] Il faut interpréter un mot dans son contexte immédiat, soit les mots qui l’entourent (Sullivan, pages 30 à 33). Au paragraphe 94.1(1), le terme « créance » est entouré des termes : « “fonds de placement non-résident” ... est une action ... une participation dans une telle entité, ou une créance ... [dont la] valeur peut raisonnablement être considérée comme découlant principalement, directement ou indirectement, de placements de portefeuille [...] en actions [...] en créances [...] en participations dans [des] fonds ou organismes [...] en marchandises [...] en biens immeubles [...] en avoirs miniers [...] en monnaie [étrangère] [...] en options d’achat ou de dispositions de l’une des valeurs qui précèdent, [...] en toute combinaison de ce qui précède ».

[57] Comme nous pouvons le voir, une simple lecture permet de constater que la créance d’une entité non-résidente peut tirer sa valeur de placements de portefeuille qui fluctuent avec le temps. Il s’ensuit que, si on exclut un instrument de la portée du terme « créance », pour la simple raison que la somme ultimement exigible ne sera connue qu’à la date d’échéance de l’instrument,

vain in providing for a “debt ... that may reasonably be considered to derive its value ... from portfolio investments”. In this respect, the appellant did not point to any situation where the word debt in paragraph 94.1(1)(a) could find application if, as it maintains, the right to claim an amount whose value fluctuates and will only become known at maturity cannot be a debt.

[58] It is also useful to consider the words with which the word debt is associated, i.e. “shares of” or “an interest in” a non-resident entity both of which refer to property that must also derive its value from the same portfolio investments. Based on the rule of interpretation applicable to associated words, two or more terms that have an analogous grammatical and logical function invites the reader to look at the common feature among the terms (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2008), at page 227, as cited by the Supreme Court in *Opitz v. Wrzesnewskij*, 2012 SCC 55, [2012] 3 S.C.R. 76, paragraph 41). That common feature is the fluctuating value of the debt, share or interest as they must all derive their value primarily from portfolio investments that fluctuate.

[59] As will be seen when we come to the context and purpose analysis, subsection 94.1(1) was intended to prevent the deferral of income through the use of foreign investments in low-tax jurisdictions, the accumulation of the proceeds and their reinvestment offshore. Targeting offshore investment property that derive its value from fluctuating assets as a basis for accruing income in the hands of the Canadian taxpayer during the holding period is the method used to achieve this goal. Construing the word debt so as to exclude an instrument because it derives its value from assets that fluctuate in circumstances where shares and interests qualify precisely because they derive their value from the same fluctuating assets defeats that objective and provides for an absurd result.

le législateur aurait parlé pour ne rien dire en prévoyant « une créance [dont la] valeur peut raisonnablement être considérée comme découlant [...] de placements de portefeuille ». À cet égard, l'appelante n'a signalé aucune situation où le terme « créance » à l'alinéa 94.1(1)a trouverait application si, comme elle le prétend, le droit d'exiger un paiement dont le montant fluctue et qui ne sera connu qu'à la date d'échéance ne constitue pas une créance.

[58] Il est également utile d'examiner les mots entourant le terme « créance », c'est-à-dire « une action d[une] » ou « une participation » dans une entité non-résidente, qui renvoient tous deux aux biens dont la valeur dépend de celle des mêmes placements de portefeuille. Suivant la règle d'interprétation fondée sur les mots associés, deux termes ayant une fonction grammaticale semblable et logique analogue invitent le lecteur à chercher une caractéristique commune entre ces termes (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, Ont. : LexisNexis, 2008, page 227, cité par la Cour suprême dans l'arrêt *Opitz c. Wrzesnewskij*, 2012 CSC 55, [2012] 3 R.C.S. 76, paragraphe 41). Cette caractéristique commune est la nature fluctuante de la créance, de l'action ou de la participation, car la valeur de ces dernières dépend principalement de celle de placements de portefeuille, qui fluctue.

[59] Comme nous le verrons plus loin sous les rubriques relatives à l'analyse contextuelle et téléologique, le paragraphe 94.1(1) était censé empêcher le contribuable de différer un revenu par le truchement de placements à l'étranger dans des ressorts à faible taux d'imposition ainsi que d'accumuler des profits et de les réinvestir à l'étranger. Sont ainsi visés les biens d'un fonds de placement non-résident, dont la valeur fluctue au gré de celle des actifs qui le compose en vue d'imputer un revenu au contribuable canadien pendant la période où il détient les biens, pour que l'objet de la disposition soit atteint. En interprétant le terme « créance » de sorte qu'il ne vise pas un instrument dont la valeur est subordonnée à celle d'actifs dont la valeur fluctue alors que les actions et les participations sont visées parce que leur valeur dépend d'actifs qui fluctuent, on contrecarre cet objet et on arrive à un résultat absurde.

[60] The position adopted by the appellant in addressing the 2015 question was essentially that the Notes were derivative instruments that are a gamble on the fluctuating value of the Reference Assets (*Barejo* 2018, paragraph 19, footnote 2). According to the appellant, the essence of the relationship is not one of creditor/debtor, but rather speculation with no certainty as to the outcome until maturity or early termination (appellant's concise statement of facts and law, appeal book, Vol. 1, page 189, paragraphs 45–46; appellant's notes of argument before the Tax Court, appeal book, Vol. 2, page 225, paragraphs 31–34, and 38; see also transcript of submissions during the 2015 Hearing before the Tax Court, appeal book, Vol. 2, pages 258–260).

[61] When confronted with the text of subsection 94.1(1), the appellant's argument loses its traction altogether since this provision contemplates in express terms that an instrument that derives its value from fluctuating portfolio investments can be a debt. It follows that the speculative nature of the Notes, and the resulting uncertainty as to the amount ultimately payable, cannot be an obstacle. This may explain why before us the appellant shifted its position and now focuses on the distinction between debt and liability. Specifically, it argues that the Notes are a "liability" that will become "debt" at maturity or upon early termination (memorandum of the appellant, paragraphs 46–50). Based on this reasoning, the Notes would be debt, but only at maturity or upon early termination when the amounts due become known.

[62] The Tax Court Judge did not address this debt/liability distinction as it was only mentioned parenthetically by the appellant to assert that "not all liabilities are debts". This assertion was made in response to the contention that the Notes are debt because they were shown as "liabilities" in the financial statements of the issuing banks (appellant's notes of argument before the Tax Court, appeal book, Vol. 2, page 225, paragraph 25). The Tax Court Judge's reasons are therefore not helpful on this point. However, he did explain, more generally,

[60] La thèse de l'appelante à propos de la question soulevée en 2015 était essentiellement la suivante : les billets constituent des instruments dérivés assimilés à une gageure en raison de la fluctuation de la valeur des actifs de référence (*Barejo* 2018, paragraphe 19, note de bas de page 2). Selon l'appelante, il s'agit non pas de rapports créancier-débiteur, mais d'un exercice spéculatif dont l'issue est incertaine jusqu'à la date d'échéance ou la résiliation anticipée (énoncé concis des faits et du droit de l'appelante, dossier d'appel, vol. 1, page 189, paragraphes 45 et 46; notes de plaidoirie de l'appelante devant la Cour de l'impôt, dossier d'appel, vol. 2, page 225, paragraphes 31 à 34 et 38; voir également la transcription de l'audience devant la Cour de l'impôt en 2015, dossier d'appel, vol. 2, pages 258 à 260).

[61] Les failles de l'argument de l'appellant ressortent à la lumière du texte du paragraphe 94.1(1); cette disposition prévoit expressément qu'un instrument dont la valeur découle de celle de placements de portefeuille qui fluctuent peut constituer une créance. Il s'ensuit que la nature spéculative des billets ainsi que l'incertitude qui en découle quant à la somme ultimement exigible ne sauraient représenter des obstacles. C'est peut-être pourquoi l'appelante a changé son fusil d'épaule devant nous et fonde maintenant sa thèse sur la distinction entre une dette et un élément de passif. Tout particulièrement, elle prétend que les billets constituent des éléments de passif qui ne deviendront des dettes qu'à la date d'échéance ou de résiliation anticipée (mémoire des faits et du droit de l'appelante, paragraphes 46 à 50). Suivant un tel raisonnement, les billets constitueraient bel et bien des dettes pour le débiteur mais seulement à la date d'échéance ou de résiliation anticipée, au moment où les sommes dues, ou exigibles, seraient connues.

[62] Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas examiné pareille distinction entre une dette et un élément de passif, car l'appelante ne l'avait mentionnée qu'au passage, pour dire que [TRADUCTION] « tous les éléments de passif ne sont pas des dettes ». Cette affirmation visait à répondre à l'argument voulant que les billets fussent des dettes, car ils sont inscrits sous la catégorie des passifs (en anglais, « liabilities ») dans les états financiers des banques émettrices (notes de plaidoirie de l'appelante devant la Cour de l'impôt, dossier d'appel, vol. 2,

that “[t]here is not a single all purpose, all encompassing, and all limiting or circumscribing legal definition of debt in Canada” (*Barejo* 2015, paragraphe 65). I endorse this conclusion and if anything, the new line of jurisprudence advanced by the appellant in support of its debt/liability distinction confirms this view.

[63] This line of jurisprudence begins with *J.D. McArthur Co. Ltd. v. Alberta & G.W. Ry. Co.*, [1924] 2 D.L.R. 118, (1924), 20 Alta. L.R. 174 (App. Div.), a case about the relief of indebtedness in a commercial context, where Clarke J.A. of the Alberta Court of Appeal, concurring in the result, said at page 140:

“This term ‘liability’ has a broader meaning than the term ‘debt’, and has been interpreted as ‘the condition of being actually or potentially subject to an obligation, or, in a more special sense, as denoting inchoate, future, unascertained, or imperfect obligations as opposed to debts, — the essence of which is that they are generally ascertained and certain.’”

[64] This last passage was recently cited with approval by the Manitoba Court of Appeal in the context of bankruptcy proceedings in *Ste. Rose*, at paragraph 77. In addition, the appellant referred to *Re: SemCanada Crude Company (Celtic Exploration Ltd. #2)*, 2012 ABQB 489 (CanLII), 546 A.R. 203, another bankruptcy case, where the Alberta Court of Queen’s Bench held that “‘liability’” is a broad term and “‘debt’” a narrower one, which means a specific kind of obligation for a liquidated or certain sum (paragraph 33). Relying on the distinction drawn by these decisions, the appellant submits that the Notes do not qualify as debt until maturity.

[65] The meaning ascribed by these decisions is informed by their particular context and reflects one of a variety of meanings which have been given to the word debt over the years. This can be best illustrated by the exhaustive review conducted by the Quebec Court of Appeal in *Senza inc. c. Québec (Sous-ministre du*

page 225, paragraphe 25). Ainsi, les motifs du juge de la Cour de l’impôt ne sont guère utiles à cet égard. Cependant, il conclut généralement qu’il « n’existe pas de définition légale universelle, exhaustive et précise du terme “créance” au Canada » (*Barejo* 2015, paragraphe 65). Je souscris à cette conclusion, et, en fait, la nouvelle jurisprudence avancée par l’appelante devant nous à l’appui de sa thèse sur la distinction entre une dette et un élément de passif le confirme.

[63] Cette jurisprudence remonte à l’arrêt *J.D. McArthur Co. Ltd. v. Alberta & G.W. Ry. Co.*, [1924] 2 D.L.R. 118 (Div. app.), une affaire concernant un recours en recouvrement de créance en droit commercial. Le juge Clarke de la Cour d’appel de l’Alberta, dans des motifs concordants quant au dispositif, conclut en ces termes à la page 140 :

[TRADUCTION] Le terme « élément de passif » possède un sens plus large que le terme « dette » et a été interprété comme « l’assujettissement, réel ou potentiel, à une obligation ou renvoie plus spécialement à des obligations en devenir, futures, impossibles à établir ou imparfaites, plutôt qu’à des dettes », qui sont fondamentalement déterminables et certaines, en général.

[64] La Cour d’appel du Manitoba a récemment approuvé ce passage au paragraphe 77 de ses motifs dans l’affaire *Ste. Rose*, qui concerne une faillite. En outre, l’appelante renvoie à la décision *Re : SemCanada Crude Company (Celtic Exploration Ltd. #2)*, 2012 ABQB 489 (CanLII), 546 A.R. 203, une autre affaire intéressant une faillite, dans laquelle la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta conclut que le terme [TRADUCTION] « élément de passif » est plus large que le terme [TRADUCTION] « dette », ce dernier représentant un certain type d’obligations dont la valeur est liquidée ou déterminée (paragraphe 33). Faisant valoir la distinction qu’établissent ces décisions, l’appelante affirme que les billets ne constituent pas des créances avant leur date d’échéance.

[65] L’interprétation avancée dans ces décisions est le produit du contexte des instances mêmes et représente l’un des nombreux sens attribués à la notion au fil des ans. L’analyse exhaustive du terme « dette », et son corollaire « créance », à laquelle a procédé la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Senza inc. c. Québec*

Revenu), 2007 QCCA 1335, [2007] R.J.Q. 2408 (*Senza*), at paragraphs 83 to 94. At issue in that case was whether amounts to be paid to a financial institution pursuant to sale and lease back arrangements were debt for purposes of paragraph 1136(1)(e) of the Quebec *Taxation Act*, CQLR, c. I-3, even though the payments were not exigible at the time. Adopting a broad meaning, inspired by the statutory context and purpose, the Quebec Court of Appeal confirmed that the amounts were debt under this provision despite their non-exigibility.

[66] Notably, the distinction between debt and liability is not made in the *Civil Code of Québec* [CQLR, c. CCQ-1991] (CCQ) under which an obligation with a suspensive term can exist prior to maturity, without being exigible (article 1508 CCQ), and where the even future property, provided that it is determinate as to kind, and determinable as to quantity (articles 1371, 1373 and 1374 CCQ). As to the meaning of the word “determinable”, doctrinal authors explain that [TRANSLATION] “at first glance, the Code only requires the means of determining the quantity, by applying a sufficiently precise, objective rule that is provided for in the contract” (Didier Lluelles and Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3rd ed. (Montréal: Éditions Thémis, 2018), § 1049.13).

[67] It follows that under civil law, a debt (“*créance*”) may exist even if the future value of the prestation is uncertain prior to maturity, provided that it is precisely and objectively determinable based on the terms of the Contract. What matters is that the parties have eliminated any equivocation as to the amount to be paid on the due date. Such is the case here, and the relevance of the CCQ in addressing the issue at hand is particularly important as almost all the shareholders of SLT are Quebec residents (application for exemptive relief, appeal book, Vol. 5, page 956).

[68] At common law, the term “debt” is loosely used (Dunlop, pages 11–16). The line of cases relied upon by the appellant can be contrasted with another trend illustrated by the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Heffer*, at paragraph 21, where it was held that

(*Sous-ministre du Revenu*) (*Senza*), aux paragraphes 83 à 94 illustre bien cette fourchette. Cette affaire soulevait la question de savoir si les sommes payables à une institution financière en exécution de contrats de cession-bail constituaient des dettes pour l’application de l’alinéa 1136(1)e) de la *Loi sur les impôts*, RLRQ, ch. I-3, même si les paiements n’étaient pas exigibles. Ayant adopté une interprétation générale, inspirée du contexte et de l’objet de la loi en question, la Cour d’appel du Québec a confirmé que les sommes à payer constituaient des dettes même si elles n’étaient pas encore exigibles.

[66] Signalons que le *Code civil du Québec* [RLRQ, ch. CCQ-1991] (CcQ) ne distingue pas la dette de l’élément de passif. Il prévoit l’existence d’une obligation à terme suspensif qui n’est pas exigible avant la date d’échéance (article 1508 CcQ) et prévoit que la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier peut porter sur tout bien, même à venir, pourvu que le bien soit déterminé quant à son espèce et déterminable quant à sa quotité (articles 1371, 1373 et 1374 CcQ). En ce qui concerne le sens du mot « déterminable », des auteurs expliquent que « le Code n’impose, à première vue, que la possibilité de fixer la quotité, par l’application d’une norme prévue au contrat qui serait suffisamment précise et objective » (Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3^e éd. (Montréal : Éditions Thémis, 2018), § 1049.13).

[67] Il s’ensuit qu’en droit civil, une créance peut exister même si la valeur future de la prestation est incertaine avant l’échéance, tant qu’elle est précisément et objectivement déterminable à la lumière du contrat. Ce qui importe, c’est que les parties aient enrayé toute ambiguïté quant à la somme exigible à la date d’échéance. C’est le cas en l’espèce, et le rôle du CcQ dans la présente analyse de la question est particulièrement important, car presque tous les actionnaires de SLT sont des résidents du Québec (demande d’exonération fiscale, dossier d’appel, vol. 5, page 956).

[68] En common law, le sens du terme « créance » est flottant (Dunlop, pages 11 à 16). La jurisprudence qu’avance l’appelante se distingue d’un autre courant, celui-là représenté par l’arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan dans l’affaire *Heffer*, où cette cour

an action for debt can result from a contract that “by its terms, furnishes the means of ascertaining the amount due”. This illustrates the wide range of possible meanings at common law. *Black’s Law Dictionary* accounts for most of these meanings (Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, 8th ed. (Saint-Paul: Thomson West, 2004), pages 432–433).

[69] In commercial law and insolvency law, a contingent debt is not presently fixed but may become fixed in the future with the occurrence of some event; an exigible debt is liquidated; a liquidated debt is an amount determined by agreement of the parties or by operation of law; a liquid debt is due immediately and unconditionally; and an unliquidated debt is one that has not been reduced to a specific amount, about which there may be a dispute. Understandably, all are debts, but each is characterised by different legal attributes depending on the legal context in which the term is used and the interests at play. To illustrate the point, the phrase “exigible debt” or “liquidated debt” would each be pleonasm when regard is had to the *Diewold* definition of debt advocated by the appellant, since this definition entails that a debt is both exigible and liquidated. As pointed out by the Court of Appeal of Quebec, this is a narrow definition drawn from the interpretation of the *Farmers’ Creditors Arrangement Act, 1934*, S.C. 1934, c. 53, which is not necessarily appropriate when interpreting a tax statute (*Senza*, paragraph 115).

[70] One can see from this review that the Tax Court Judge was on solid ground when he rejected the appellant’s argument that there is a single, black letter law definition of the word debt in Canada. Courts have adopted different terminologies and given different meanings to the word debt and its analogs depending on the area of law and the particular context in which it is used. There is overwhelming jurisprudential support for the Tax Court Judge’s conclusion that there is no all-encompassing definition of that term.

conclut, au paragraphe 21, qu’une action en recouvrement de créance peut découler d’un contrat [TRANSDUCTION] « dont les modalités prévoient le moyen de calculer la somme exigible ». Cet arrêt illustre la grande fourchette de sens possibles en common law. Le dictionnaire de droit *Black’s Law Dictionary* relève la plupart de ces sens (Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, 8^e éd. (Saint-Paul : Thomson West, 2004), pages 432 et 433).

[69] En droit commercial et en droit de l’insolvabilité, une créance éventuelle a une valeur qui n’est pas encore fixée, mais peut le devenir plus tard si certains faits se produisent; une créance exigible est liquidée; une créance liquidée est une créance dont le montant est déterminé par entente des parties ou par l’application d’une règle juridique; une créance liquide est exigible sans délai ni condition; une créance non liquidée est celle dont le montant n’est pas fixé et au sujet duquel il peut y avoir un litige. Certes, il s’agit dans tous les cas d’une créance, mais dans chaque cas, la notion est qualifiée selon le contexte juridique applicable et les intérêts en jeu. En guise d’exemple, signalons que les expressions « créance exigible » et « créance liquidée » constitueraient des pléonasmes à la lumière de la définition issue de l’arrêt *Diewold* avancée par l’appelante. Il en serait ainsi puisqu’il ressort de cette définition, qu’une créance, ou son corollaire « dette », est à la fois exigible et liquidée. Comme le souligne la Cour d’appel du Québec, cette définition étroite découle de l’interprétation de la *Loi d’arrangement entre cultivateurs et créanciers, 1934*, S.C. 1934, ch. 53, qui n’est pas nécessairement pertinente pour l’interprétation d’une disposition fiscale (*Senza*, paragraphe 115).

[70] Il ressort de l’examen qui précède que le juge de la Cour de l’impôt a rejeté à bon droit la thèse de l’appelante selon laquelle le terme « créance » (et son corollaire « dette ») a une seule définition établie au Canada. Les tribunaux ont employé une terminologie variée et ont donné à ce terme et à ses dérivés des interprétations différentes selon le domaine du droit et le contexte. La conclusion du juge de la Cour de l’impôt, à savoir qu’il n’existe pas une seule définition exhaustive de ce terme, est étayée d’une abondante jurisprudence.

[71] The issue therefore is which of the two competing meanings—a liability is distinct from a debt and does not become a debt unless and until the amount to be paid becomes known or is reducible to certainty; or, it suffices that the amount to be paid be ascertainable when payment is due—best reflects Parliament’s intention when regard is had to the text of paragraph 94.1(1)(a).

[72] As a matter of first impression, the definition proposed by the appellant would not make the words of subsection 94.1(1) totally redundant as it allows for the recognition of the Notes at maturity, when the amount to be paid becomes known. But even then, subsection 94.1(1) would have no application if SLT’s fiscal year ends on November 30, a date which coincides with the initial reorganization which took place on November 30, 2001. This is because no income can be accrued under this provision unless a debt is held “at the end of a month in the year” and no such debt could be held as of the end of November 2016, if the Notes were settled by payment made on November 30 of that year, in conformity with section 5.1 of the Notes (BNSI Note and the TDII Note, appeal book, Vol. 3, respectively pages 533 and 575). As a result, no debt would be held by SLT at any time during the year of maturity any more than during the prior years.

[73] If on the other hand, SLT’s fiscal year coincides with its financial year end (December 31), SLT would have held a debt at the close of the month ending November 30, 2016, that is in one of the 180 months during which the Notes were in place.

[74] Either way, the result is that Parliament would have effectively spoken in vain in providing for a debt that derives its value from portfolio investments that fluctuate. When regard is had to the rule against redundancy (*Winters v. Legal Services Society*, [1999] 3 S.C.R. 160, (1999), 177 D.L.R. (4th) 94, paragraph 48) and section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985,

[71] Par conséquent, la question qui se pose est la suivante : laquelle des deux interprétations mises en opposition représente le mieux l’intention du législateur, à en juger par le texte de l’alinéa 94.1(1)a)? S’agit-il de l’interprétation selon laquelle l’élément de passif devient une dette pour le débiteur, et une créance pour le créancier, que lorsque sa valeur est certaine ou puisse être rendue certaine ou suffit-il pour qu’il y ait dette pour le débiteur, ou créance pour le créancier, que la somme due, ou exigible, soit déterminable au moment du paiement?

[72] *A priori*, la définition proposée par l’appelante ne crée pas de redondance complète au sein du paragraphe 94.1(1), car cette interprétation reconnaît l’existence d’une créance lorsque cette dernière devient exigible. Or, le paragraphe 94.1(1) ne s’appliquerait pas si l’exercice fiscal de SLT se terminait le 30 novembre, date qui coïncide avec la réorganisation initiale ayant eu lieu le 30 novembre 2001. Il en est ainsi en raison du fait qu’une créance doit exister « à la fin d’un mois donné de l’année » pour que la disposition donne lieu à une inclusion au revenu, et ce ne serait pas le cas en l’espèce, les billets devant être acquittés au moyen d’un paiement effectué le 30 novembre 2016, conformément à l’article 5.1 des billets (billet de BNSI et billet de TDII, dossier d’appel, vol. 3, pages 533 et 575, respectivement). Par conséquent, SLT ne détiendrait pas plus une créance durant l’année où survient l’échéance que durant les années antérieures.

[73] Au contraire, si l’exercice fiscal de SLT coïncide avec son exercice financier (se terminant le 31 décembre), SLT détiendrait une créance durant un seul mois, soit celui prenant fin le 30 novembre 2016. Les billets constitueraient donc une créance pour un mois sur les 180 mois durant lesquels les billets étaient en vigueur.

[74] Dans les deux cas, le législateur aurait parlé pour ne rien dire en prévoyant l’existence d’une créance dont la valeur découle de celle de placements de portefeuille, qui elle-même fluctue. Compte tenu de la règle d’interprétation à l’encontre de la redondance (*Winters c. Legal Services Society*, [1999] 3 R.C.S. 160, paragraphe 48) et de l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985),

c. I-21, the meaning proposed by the appellant would have to be rejected on that account alone.

– *Context*

[75] The FAPI regime and the OIFP rules are part of subdivision I [of the Act] “Shareholders of Corporations Not Resident in Canada”. Save for certain aspects that are not at play in this case (*Gebro*, paragraphs 113–117), the regime and the rules are complementary. The present case provides a good illustration of the way in which they interact.

[76] For the taxation year in issue, two distinct amounts related to the appellant’s interest in SLT were added into its income. As provided for under subsection 91(1), the first amount is equal to the appellant’s pro rata share of SLT’s FAPI, as defined in subsection 95(1). One component of FAPI, element C of the formula, corresponds to the amount that would be included if SLT were a Canadian resident to which 94.1(1) applied. The question therefore is whether SLT holds an interest in an OIFP in the form of a debt of a non-resident-entity—the Notes.

[77] The second amount included in the appellant’s income for the year in issue resulted from the direct application of subsection 94.1(1) for the portion of its 2010 taxation year following January 31, when SLT ceased to be a CFA of the appellant. This inclusion is not tied to the Notes, but is rather based on the appellant’s holding of an OIFP in the form of the shares of SLT. Although the direct application of subsection 94.1(1) is not impacted by the question we are called upon to answer, it serves to illustrate how the OIFP rules and the FAPI regime interact. Indeed, all other requirements being present, the imputed income under subsection 94.1(1) in the case of a taxpayer holding the OIFP directly, and subsection 95(1) in the case of a taxpayer holding the same property through a CFA, is computed the same way given the direct application of subsection 94.1(1) in the first case and the directed application of this provision under element C of subsection 95(1) in the other. In order to achieve this result, subsection 95(1) modifies the

ch. I-21, l’interprétation avancée par l’appelante devrait être écartée sur ce seul fondement.

– *Contexte*

[75] Le régime relatif au REATB et les règles relatives aux BFPNR sont prévus à la sous-section I [de la Loi] « Actionnaires de sociétés ne résidant pas au Canada ». Outre certains aspects qui ne jouent pas en l’espèce (*Gebro*, paragraphes 113 à 117), ils sont complémentaires. La présente affaire illustre bien leur interaction.

[76] Au cours de l’année d’imposition en question, deux sommes distinctes ont été ajoutées au revenu de l’appelante, qui correspondent à ses intérêts dans SLT. Comme le prévoit le paragraphe 91(1), la première correspond au pourcentage de participation de l’appelante dans le REATB de SLT pour 2009, comme il est défini au paragraphe 95(1). L’élément C de la formule qui figure à cette disposition correspond à la somme qui serait incluse dans le calcul du revenu si SLT était une entité résidant au Canada à laquelle le paragraphe 94.1(1) s’appliquait. La question est donc de savoir si SLT détient des parts dans des BFPNR qui constituent une créance d’une entité non-résidente, soit les billets.

[77] La seconde somme incluse dans le revenu de l’appelante pour l’année en question découle de l’application directe du paragraphe 94.1(1) à l’égard de la portion de l’année d’imposition 2010 suivant le 31 janvier, date à laquelle SLT ne constituait plus une SEAC de l’appelante. L’inclusion de ces revenus découle, non pas des billets, mais du fait que l’appelante détenait des BFPNR, à savoir les actions de SLT. Si l’application directe du paragraphe 94.1(1) n’est pas visée par la question à laquelle nous devons apporter une réponse, elle sert toutefois à illustrer l’interaction entre les règles relatives aux BFPNR et le régime de REATB. En effet, tous les autres critères étant présents, le revenu imputé en application du paragraphe 94.1(1) au contribuable qui détient les BFPNR directement et celui imputé en application du paragraphe 95(1) au contribuable qui détient les mêmes biens par le truchement d’une SEAC sont calculés pareillement, le paragraphe 94.1(1) étant appliqué directement dans le premier cas et par le jeu de l’élément C

text of subsection 94.1(1) so as to bring within its scope an interest in an OIFP held by a CFA of a taxpayer. In this respect, section 94.1 operates as an anti-avoidance measure as it targets investments made through a non-resident entity that is not a CFA and that would, for that reason, escape the application of the FAPI regime. The OIFP rules consistent with the FAPI regime make it clear that income is intended to be accrued throughout the holding period.

[78] The precise circumstances that led to the creation of the OIFP rules are best encapsulated by Jinyan Li, Arthur Cockfield and J. Scott Wilkie in *International Taxation in Canada: Principles and Practices* (4th ed. (Toronto: LexisNexis, 2018), at page 365):

[T]hese rules establish a regime to determine whether a foreign vehicle should be treated as an investment and, if so, how a taxpayer's income from that investment should be measured for Canadian tax purposes when, otherwise, it and the taxpayer's interest in it would exist outside the tax system unless and until actual distributions of foreign income were made to the investor or the investor sold the investment property. [Emphasis added.]

[79] The appellant, in addressing the context of section 94.1, points to the fact that in a number of other provisions, Parliament uses expressions such as “other obligations” to pay an amount in juxtaposition with the word “debt” or “indebtedness” (subsections 15(2.16), 18(5), 80.01(4), 80.01(5.1), 80.1(5), 89(4) to (6), 89(8) to (10), 107.4(4), 128.1(2), etc.). This, according to the appellant, is the drafting technique used by Parliament to capture obligations broader than debt.

[80] However, Parliament expresses its intent in various ways, the most common and effective being the use of plain and explicit language. In this case, Parliament could not have been any clearer in bringing within the meaning of debt in paragraph 94.1(1)(a) a right to claim an amount that derives its value from portfolio investments that fluctuate. Indeed, Parliament was so clear that

du paragraphe 95(1) dans le second. Pour ce faire, le paragraphe 95(1) modifie le libellé du paragraphe 94.1(1) de telle sorte que puisse être visée par cette disposition un intérêt dans un BFPNR détenus par la SEAC d'un contribuable. Dans cette optique, l'article 94.1 joue le rôle d'une mesure anti-évitement, car il vise les placements faits par le truchement d'une entité non-résidente qui n'est pas une SEAC et qui, pour cette raison, échapperaient à l'application du régime de REATB. Il ressort clairement des règles relatives aux BFPNR, en adéquation avec le régime de REATB, que l'intention est d'imputer un revenu tout au long de la période de détention.

[78] La meilleure explication des circonstances précises ayant mené à la création des règles relatives aux BFPNR provient de l'ouvrage de Jinyan Li, Arthur Cockfield et J. Scott Wilkie, *International Taxation in Canada : Principles and Practices* (4^e éd. (Toronto : LexisNexis, 2018), page 365) :

[TRADUCTION] [C]es règles établissent un régime servant à déterminer si un instrument étranger doit être assimilé à un placement et, dans l'affirmative, comment calculer l'obligation fiscale canadienne du contribuable à l'égard du revenu qu'il tire de ce placement dans les cas où le placement et la part du contribuable dans ce dernier échapperaient autrement au système d'imposition avant que le revenu étranger soit distribué à l'investisseur ou que l'investisseur vende ces biens. [Non souligné dans l'original.]

[79] Au sujet du contexte de l'article 94.1, l'appelante signale que la Loi juxtapose au terme « dette » d'autres expressions, comme « autres obligations » de paiement (paragraphe 15(2.16), 18(5), 80.01(4), 80.01(5.1), 80.1(5), 89(4) à (6), 89(8) à (10), 107.4(4), 128.1(2), etc.). Selon l'appelante, cette technique de rédaction législative vise des éléments de passif plus généraux que les dettes seules.

[80] Or, le législateur exprime son intention de diverses manières, la plus fréquente et efficace étant par l'emploi de termes ordinaires et exprès. Dans la présente affaire, comme nous l'avons vu, le législateur a été on ne peut plus clair quand il a exprimé son intention de faire entrer dans le champ d'application du terme « créance » qui figure à l'alinéa 94.1(1)a) le droit d'exiger une

the words used would have to be ignored if effect was to be given to the appellant's contention.

[81] The appellant seizes on the statement made by the Tax Court in *Gerbro* according to which cash-settled derivatives such as swaps and contracts for differences “might not fit snugly” into the portfolio investments listed in subparagraphs 94.1(1)(b)(i) to (ix) (*Gerbro*, paragraph 124). It argues that likewise the Notes are “cash-settled derivatives” and that if they do not fit within paragraph 94.1(1)(b), it is hard to see how they are debt for purposes of paragraph 94.1(1)(a) (appellant's text, context and purpose submissions, paragraph 12).

[82] Although, the Notes are, in a literal sense, cash-settled derivatives in that they derive their value from the underlying assets and are ultimately to be settled by cash payments, they are not the type of “cash-settled derivatives” referred to by the Tax Court in *Gerbro* [paragraph 124]. What the Tax Court referred to in *Gerbro* are forward contracts involving two parties who take converse positions as to the market price of the underlying asset at the close date. Under such a contract, not only is the amount to be paid unknown until the close date but equally unknown up to that time is which of the two parties will end up being debtor and creditor.

[83] The suggestion that the Notes are “cash-settled derivatives” of the type envisaged in *Gerbro* finds no support in the evidence and indeed is contrary to the agreed statement of facts which identifies the two issuing banks as the sole parties liable to make the respective payment under the Notes.

[84] In commenting on the context of paragraph 94.1(1)(a), the appellant lastly referred to the

somme fluctuant au gré de la valeur des placements de portefeuille. En effet, le législateur s'est exprimé en termes si explicites qu'il faudrait faire fi du libellé qu'il a choisi pour donner effet à la prétention de l'appelante.

[81] L'appelante fait valoir l'énoncé de la Cour de l'impôt dans sa décision *Gerbro* selon lequel les instruments dérivés donnant lieu à un règlement en espèces, comme les contrats d'échange et les contrats de couverture des fluctuations, « ne correspondent peut-être pas exactement » aux catégories de placements de portefeuille énumérées aux sous-alinéas 94.1(1)(b)(i) à (ix) (*Gerbro*, paragraphe 124). Selon elle, les billets constituent ainsi des instruments dérivés donnant lieu à un règlement en espèces et, s'ils ne correspondent pas aux catégories énumérées à l'alinéa 94.1(1)(b), on ne peut guère les assimiler à une créance pour l'application de l'alinéa 94.1(1)(a) (observations de l'appelante sur le texte, le contexte et l'objet, paragraphe 12).

[82] Certes, les billets sont littéralement des instruments dérivés donnant lieu à un règlement en espèces, en ce sens que leur valeur découle de celle des actifs sous-jacents et qu'ils feront ultimement l'objet d'un règlement en espèces, mais il ne s'agit pas du genre d'« instruments dérivés donnant lieu à un règlement en espèces » auxquels renvoyait la Cour de l'impôt dans la décision *Gerbro* [au paragraphe 124]. Il s'agissait dans ce cas de contrats à terme conclus par deux parties ayant pris des positions contradictoires quant au prix de marché de l'actif sous-jacent à la date de clôture. Dans le cadre d'un tel contrat, non seulement le montant du paiement est inconnu jusqu'à la date de clôture, mais également des deux parties laquelle sera débitrice et créancière.

[83] La suggestion selon laquelle les billets constituent des instruments dérivés donnant lieu à un règlement en espèces, à l'instar de ceux dont il était question dans l'affaire *Gerbro*, n'est pas étayée par la preuve et contredit en fait l'énoncé conjoint des faits, qui désigne les deux banques émettrices comme seules parties à qui incombent le paiement acquittant les billets.

[84] Dans ses commentaires sur le contexte de l'alinéa 94.1(1)(a), l'appelante signale en dernier lieu le fait

fact that the portfolio investments listed in paragraph 94.1(1)(b) include “annuities”. According to the appellant, this reference would be redundant if the word debt in paragraph 94.1(1)(b) includes an instrument that allows the holder to claim an amount that only becomes known at the due date.

[85] In advancing this argument, the appellant fails to consider the defined meaning of the word “annuity” (subsection 248(1)) which includes periodic payments whether under a contract, will or trust. When regard is had to the first two characteristics of a debt identified by the Tax Court Judge, which require that an amount be credited or advanced by the creditor to the debtor in the expectation of a payment or repayment, an annuity constituted by a gift made by way of a will or a trust would not be captured by the meaning ascribed to the word debt. Hence the need for a specific reference to annuities in subparagraph 94.1(1)(b)(ii).

– Purpose

[86] The fundamental objective behind both the FAPI regime and the OIFP rules is capital export neutrality, i.e., taxing capital appreciation in a similar way whether it results from Canadian or foreign investments (*Gerbros*, paragraph 111). Absent these, investments made through the use of foreign entities by Canadian taxpayers would only be taxable when income is distributed, as these foreign entities are non-residents earning income outside of Canada. As a result, tax would be deferred for Canadians investing abroad while the contrary holds true for investments made through Canadian resident entities. The annual imputation of income while the foreign investments are in place has the effect of leveling the playing field. The appellant’s proposed definition of debt would effectively keep the deferral in place.

[87] A more precise objective underlying section 94.1 is the prevention of deferral through the use of roll-up funds. Here again, the objective is to prevent the avoidance of the FAPI regime by interposing non-resident entities that are not CFAs.

que les placements de portefeuille énumérés à l’alinéa 94.1(1)(b) incluent les rentes. Selon l’appelante, cette mention serait redondante si le terme « créance » qui figure à l’alinéa 94.1(1)(b) renvoie à un instrument qui permet au détenteur d’exiger une somme qui demeure inconnue jusqu’à la date d’échéance.

[85] Or, l’appelante fait ainsi fi de la définition du terme « rente » prévue au paragraphe 248(1), qui vise notamment les sommes payables à intervalles réguliers en vertu d’un contrat, d’un testament ou d’une fiducie. Compte tenu des deux premières caractéristiques d’une créance définies par le juge de la Cour de l’impôt, selon lesquelles une somme donnée est avancée ou un crédit est accordé au débiteur par le créancier qui s’attend à ce qu’elle soit payée ou remboursée, une rente qui découle d’un legs ou d’un don par voie de fiducie ne serait pas visée par le sens attribué au terme « créance », d’où la nécessité d’une mention expresse des rentes au sous-alinéa 94.1(1)(b)(ii).

– Objet

[86] L’objet fondamental du régime de REATB et des règles relatives aux BFPNR consiste à assurer la neutralité en matière d’exportation de capitaux, c’est-à-dire imposer similairement l’accroissement de la valeur du capital, qu’il résulte de placements au Canada ou à l’étranger (*Gerbros*, paragraphe 111). Sans ce cadre, les placements faits par les contribuables canadiens par le truchement d’entités étrangères ne seraient imposables qu’à la distribution du revenu, car ces entités non-résidentes génèrent des revenus hors du Canada. Par conséquent, ces contribuables canadiens bénéficieraient d’un report d’impôt qui ne s’applique pas aux placements faits par le truchement d’entités résidant au Canada. En imputant au contribuable un revenu annuel issu de ces placements à l’étranger, la Loi promeut l’égalité des chances. La définition avancée par l’appelante aurait pour effet de maintenir le report.

[87] Plus précisément, l’article 94.1 a pour objet d’empêcher le contribuable d’utiliser des fonds à intérêt cumulatif pour obtenir un report. Répétons que le but consiste à parer à l’évitement du régime de REATB par l’intermédiaire d’entités non-résidentes qui ne sont pas des SEAC.

[88] The appellant argued that the definition of debt advocated by the Crown would defeat the capital export neutrality objective behind the FAPI regime and the OIFP rules since no income inclusion would have taken place until maturity if the Notes had been issued by a Canadian chartered bank and had been held directly by a taxpayer in Canada (appellant's text, context and purpose submissions, paragraph 15).

[89] There is no basis for this argument. Although counsel for the appellant questioned this point, there is no doubt that the transactions reflecting the ongoing disposition and acquisition of investments by the hedge fund manager, if conducted by a Canadian chartered bank, would have given rise to tax consequences pursuant to the Act, thereby affecting the return of the Reference Assets and the amount payable under the Notes (agreed statement of facts, paragraph 28, appeal book, Vol. 2, page 316). Based on the record, the application of subsection 94.1(1) advances capital export neutrality on the facts of this case.

– *Conclusion*

[90] In the end, the appellant's contention that a debt for purposes of paragraph 94.1(1)(a) does not exist unless and until the amount to be paid becomes known must be rejected as it would make the word debt redundant, require that the context be overlooked and defeat the purpose for which this provision was enacted. In contrast, the Crown's position gives effect to the text, acknowledges the context and advances the purpose for which subsection 94.1(1) was enacted.

[91] When regard is had to the text, context and purpose of paragraph 94.1(1)(a), a debt arises for purposes of this provision when an amount or credit is advanced by one party to another party; an amount is to be paid or repaid by that other party at some point in the future in satisfaction of the advance and this amount is fixed or determinable or will be ascertainable when payment is due. As these three conditions are present here—i.e. there was a USD 498 million advance made to each of

[88] Selon l'appelante, le sens attribué au terme « créance » par la Couronne minerait l'objectif de neutralité en matière d'exportation de capitaux qui sous-tend le régime de REATB et les règles relatives aux BFPNR, car aucune inclusion au revenu n'aurait lieu avant la date d'échéance si les billets étaient émis par des banques à charte canadiennes et étaient détenus par un contribuable au Canada sans autre intermédiaire (observations de l'appelante sur le texte, le contexte et l'objet, paragraphe 15).

[89] Cet argument n'est pas fondé. Bien que les avocats de l'appelante aient remis en question ce fait, il est indubitable que les opérations d'acquisition et de disposition d'investissements reflétant celles effectuées par le gestionnaire d'actifs en l'espèce, si elles avaient été exécutées par une banque à charte canadienne, auraient donné lieu à des conséquences fiscales en application de la Loi, ce qui se serait répercuté sur le rendement des actifs de référence ainsi que sur la somme due pour acquitter les billets (énoncé conjoint des faits, paragraphe 28, dossier d'appel, vol. 2, page 316). Compte tenu de la preuve, l'application du paragraphe 94.1(1) aux billets contribue, en l'espèce, à la neutralité en matière d'exportation de capitaux.

– *Conclusion*

[90] En conclusion, la prétention de l'appelante selon laquelle il n'y a pas créance aux fins de l'alinéa 94.1(1)a) tant que la somme exigible n'est pas connue doit être rejetée; cette interprétation rend le terme « créance » redondant, fait fi du contexte et mine l'objet de la disposition. En revanche, la thèse de la Couronne est conforme au texte, au contexte et à l'objet du paragraphe 94.1(1).

[91] Vu le texte, le contexte et l'objet de l'alinéa 94.1(1)a), il y a créance pour l'application de cette disposition dès lors que les trois conditions suivantes sont réunies : 1) une somme donnée est avancée ou un crédit est accordé par une partie à une autre partie; 2) cette dernière doit payer ou rembourser la créance sur demande ou à une date donnée en contrepartie de l'avance; 3) le montant de la créance est fixé ou déterminable ou pourra être rendu certain lorsque le paiement

the issuing banks, a resulting obligation on the part of the issuing banks to repay an amount equal to the value of the Reference Assets at maturity or upon early termination, and this amount was ascertainable with precision at the due date—this suffices to dispose of the appeal subject to two observations.

[92] The Tax Court Judge found that a fourth characteristic must also be present in order for a debt to exist; i.e. there must be an implicit, stipulated, or calculable interest rate (which can include zero) (*Barejo* 2015, paragraph 129(iv)). I agree with the Tax Court Judge that the reference to interest in the Notes, even if zero is the amount to be considered for this purpose, can be indicative of a debt as loans are often described as “no interest” or “interest-free” (*Barejo* 2015, paragraphs 131 and 133(v)). However, there is no requirement under the civil law or the common law, that there be an interest component in the amount to be paid or repaid in order for a debt to exist and nothing in subsection 94.1(1) suggest that interest must be present in order for a debt to exist under that provision. It follows that the fourth characteristic identified by the Tax Court Judge is not essential.

[93] The Tax Court Judge was also equivocal as to whether each of the characteristics that he identified had to be present in order for a debt to exist. He explained that “[a]ll of these core essentials may not need to be perfectly met in particular circumstances” (*Barejo* 2015, paragraph 130). This comment was likely prompted by the general nature of the question that he initially considered. However, when dealing with the word debt in paragraph 94.1(1)(a), only the first three characteristics identified by the Tax Court Judge are relevant and all three must be present in order for a debt to exist under that provision.

sera dû. C’est le cas en l’espèce : une avance de 498 millions de dollars américains a été accordée à chacune des banques émettrices, les banques émettrices avaient l’obligation résultante de payer la somme correspondant à la valeur des actifs de référence à la date d’échéance ou à la date de résiliation anticipée et le montant de la créance pouvait être rendu certain à la date d’échéance. C’est suffisant pour trancher l’appel, sous réserve de deux remarques.

[92] Le juge de la Cour de l’impôt a énoncé une quatrième caractéristique à laquelle est subordonnée l’existence d’une créance, soit un taux d’intérêt implicite, prescrit ou calculable (qui peut être équivalent à zéro) (*Barejo* 2015, paragraphe 129 iv)). Je conviens avec le juge de la Cour de l’impôt que la mention d’intérêts dans les billets, et ce même si le taux à cet égard est de zéro, peut suggérer l’existence d’une créance, les prêts étant souvent décrits comme étant « “sans intérêts” » ou « “ne portant pas intérêt” » (*Barejo* 2015, paragraphes 131 et 133 v)). Toutefois, ni le droit civil ni la common law n’exigent, pour qu’il y ait dette ou créance, que le paiement ou remboursement soit assorti d’intérêts et rien dans le paragraphe 94.1(1) ne suggère que la créance doive porter intérêt pour être visée par cette disposition. En outre, la quatrième caractéristique énoncée par le juge de la Cour de l’impôt n’est pas une caractéristique fondamentale.

[93] En outre, le juge de la Cour de l’impôt était ambivalent au sujet de la nécessité, pour qu’il y ait créance, que chacune des caractéristiques soit présente. Pour le citer, « [i]l n’est peut-être pas nécessaire, dans certains cas, que l’ensemble de ces critères de base soient parfaitement remplis » (*Barejo* 2015, paragraphe 130). Il est probable que cette remarque résulte de la nature générale de la question qui lui avait été soumise initialement. Or, lorsqu’il s’agit de décider s’il y a une créance pour l’application de l’alinéa 94.1(1), seules les trois premières caractéristiques énumérées par le juge de la Cour de l’impôt sont pertinentes et toutes les trois doivent être présentes.

DISPOSITION

[94] For the above reasons, I would answer the second question in the affirmative and dismiss the appeal with costs.

RENNIE J.A.: I agree.

RIVOALEN J.A.: I agree.

ANNEX

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1

PART I

Income Tax

...

DIVISION B

Computation of Income

...

SUBDIVISION I

Shareholders of Corporations Not Resident in Canada

...

Amounts to be included in respect of share of foreign affiliate

91 (1) In computing the income for a taxation year of a taxpayer resident in Canada, there shall be included, in respect of each share owned by the taxpayer of the capital stock of a controlled foreign affiliate of the taxpayer, as income from the share, the percentage of the foreign accrual property income of any controlled foreign affiliate of the taxpayer, for each taxation year of the affiliate ending in the taxation year of the taxpayer, equal to that share's participating percentage in respect of the affiliate, determined at the end of each such taxation year of the affiliate.

DISPOSITIF

[94] En raison des motifs qui précèdent, je propose qu'une réponse affirmative soit donnée à la seconde question et que l'appel soit rejeté avec dépens.

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

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

ANNEXE

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1

PARTIE I

Impôt sur le revenu

[...]

SECTION B

Calcul du revenu

[...]

SOUS-SECTION I

Actionnaires de sociétés ne résidant pas au Canada

Sommes à inclure au titre d'une action dans une société étrangère affiliée

91 (1) Dans le calcul du revenu pour une année d'imposition d'un contribuable résidant au Canada, il doit être inclus, relativement à chaque action qui lui appartient dans le capital-actions d'une société étrangère affiliée contrôlée du contribuable, à titre de revenu tiré de l'action, le pourcentage du revenu étranger accumulé, tiré de biens, de toute société étrangère affiliée contrôlée du contribuable, pour chaque année d'imposition de la société affiliée qui se termine au cours de l'année d'imposition du contribuable, égal au pourcentage de participation de cette action, afférent à la société affiliée et déterminé à la fin de chaque telle année d'imposition de cette dernière.

...

[...]

Offshore investment fund property

94.1 (1) Where in a taxation year a taxpayer, other than a non-resident-owned investment corporation, holds or has an interest in property (in this section referred to as an “offshore investment fund property”)

(a) that is a share of the capital stock of, an interest in, or a debt of, a non-resident entity (other than a controlled foreign affiliate of the taxpayer or a prescribed non-resident entity) or an interest in or a right or option to acquire such a share, interest or debt, and

(b) that may reasonably be considered to derive its value, directly or indirectly, primarily from portfolio investments of that or any other non-resident entity in

(i) shares of the capital stock of one or more corporations,

(ii) indebtedness or annuities,

(iii) interests in one or more corporations, trusts, partnerships, organizations, funds or entities,

(iv) commodities,

(v) real estate,

(vi) Canadian or foreign resource properties,

(vii) currency of a country other than Canada,

(viii) rights or options to acquire or dispose of any of the foregoing, or

(ix) any combination of the foregoing,

and it may reasonably be concluded, having regard to all the circumstances, including

(c) the nature, organization and operation of any non-resident entity and the form of, and the terms and conditions governing, the taxpayer’s interest in, or connection with, any non-resident entity,

Bien d’un fonds de placement non-résident

94.1 (1) Lorsque, au cours d’une année d’imposition, un contribuable, autre qu’une société de placement appartenant à des non-résidents, détient un bien ou a un droit sur un bien (appelé « bien d’un fonds de placement non-résident » au présent article) qui répond aux conditions suivantes :

a) il est une action du capital-actions d’une entité non-résidente (autre qu’une société étrangère affiliée contrôlée du contribuable ou une entité non-résidente visée par règlement) ou une participation dans une tell[e] entité, ou une créance sur elle, ou un droit sur une telle action, participation ou créance ou un droit ou une option d’achat d’une telle action, participation ou créance;

b) sa valeur peut raisonnablement être considérée comme découlant principalement, directement ou indirectement, de placements de portefeuille de cette même entité ou de toute autre entité non-résidente :

(i) en actions du capital-actions d’une ou de plusieurs sociétés,

(ii) en créances ou en rentes,

(iii) en participations dans un ou plusieurs fonds ou organismes ou dans une ou plusieurs sociétés, fiducies, sociétés de personnes ou entités,

(iv) en marchandises,

(v) en biens immeubles,

(vi) en avoirs miniers canadiens ou étrangers,

(vii) en monnaie autre que la monnaie canadienne,

(viii) en droits ou options d’achat ou de disposition de l’une des valeurs qui précèdent,

(ix) en toute combinaison de ce qui précède,

et que l’on peut raisonnablement conclure, compte tenu des circonstances, y compris :

c) la nature, l’organisation et les activités de toute entité non-résidente, ainsi que les formalités et les conditions régissant la participation du contribuable dans toute entité non-résidente ou les liens qu’il a avec une telle entité;

(d) the extent to which any income, profits and gains that may reasonably be considered to be earned or accrued, whether directly or indirectly, for the benefit of any non-resident entity are subject to an income or profits tax that is significantly less than the income tax that would be applicable to such income, profits and gains if they were earned directly by the taxpayer, and

(e) the extent to which the income, profits and gains of any non-resident entity for any fiscal period are distributed in that or the immediately following fiscal period,

that one of the main reasons for the taxpayer acquiring, holding or having the interest in such property was to derive a benefit from portfolio investments in assets described in any of subparagraphs 94.1(1)(b)(i) to 94.1(1)(b)(ix) in such a manner that the taxes, if any, on the income, profits and gains from such assets for any particular year are significantly less than the tax that would have been applicable under this Part if the income, profits and gains had been earned directly by the taxpayer, there shall be included in computing the taxpayer's income for the year the amount, if any, by which

(f) the total of all amounts each of which is the product obtained when

(i) the designated cost to the taxpayer of the offshore investment fund property at the end of a month in the year

is multiplied by

(ii) the quotient obtained when the prescribed rate of interest for the period including that month is divided by 12

exceeds

(g) the taxpayer's income for the year (other than a capital gain) from the offshore investment fund property determined without reference to this subsection.

...

Definitions for this subdivision

95 (1) In this Subdivision,

d) la mesure dans laquelle les revenus, bénéfices et gains qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été gagnés ou accumulés, directement ou indirectement, au profit de toute entité non-résidente sont assujettis à un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices qui est considérablement moins élevé que l'impôt sur le revenu dont ces revenus, bénéfices et gains seraient frappés s'ils étaient gagnés directement par le contribuable;

e) la mesure dans laquelle les revenus, bénéfices et gains de toute entité non-résidente pour un exercice donné sont distribués au cours de ce même exercice ou de celui qui le suit,

que l'une des raisons principales pour le contribuable d'acquérir, de détenir ou de posséder un droit sur un tel bien était de tirer un bénéfice de placements de portefeuille dans des biens visés à l'un des sous-alinéas b) (i) à (ix) de façon que les impôts sur les revenus, bénéfices et gains provenant de ces biens pour une année donnée soient considérablement moins élevés que l'impôt dont ces revenus, bénéfices et gains auraient été frappés en vertu de la présente partie s'ils avaient été gagnés directement par le contribuable, celui-ci doit inclure dans le calcul de son revenu pour l'année l'excédent éventuel du total visé à l'alinéa f) sur le montant visé à l'alinéa g) :

f) le total des montants dont chacun est le produit de la multiplication du montant visé au sous-alinéa (i) par le quotient visé au sous-alinéa (ii) :

(i) le coût désigné, pour le contribuable, du bien d'un fonds de placement non-résident à la fin d'un mois donné de l'année,

(ii) le quotient de la division par 12 du taux d'intérêt prescrit pour la période comprenant ce mois;

g) le revenu du contribuable pour l'année (autre qu'un gain en capital) tiré d'un bien d'un fonds de placement non-résident et déterminé compte non tenu du présent paragraphe.

[...]

Définitions applicables à la présente sous-section

95 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente sous-section.

...

foreign accrual property income of a foreign affiliate of a taxpayer, for any taxation year of the affiliate, means the amount determined by the formula

$$(A + A.1 + A.2 + B + C) - (D + E + F + F.1 + G + H)$$

where

...

C is, where the affiliate is a controlled foreign affiliate of the taxpayer, the amount that would be required to be included in computing its income for the year if

(a) subsection 94.1(1) were applicable in computing that income,

(b) the words “earned directly by the taxpayer” in that subsection were replaced by the words “earned by the person resident in Canada in respect of whom the taxpayer is a foreign affiliate”,

(c) the words “other than a controlled foreign affiliate of the taxpayer or a prescribed non-resident entity” in paragraph 94.1(1)(a) were replaced by the words “other than a prescribed non-resident entity or a controlled foreign affiliate of a person resident in Canada of whom the taxpayer is a controlled foreign affiliate”, and

(d) the words “other than a capital gain” in paragraph 94.1(1)(g) were replaced by the words “other than any income that would not be included in the taxpayer’s foreign accrual property income for the year if the value of C in the definition **foreign accrual property income** in subsection 95(1) were nil and other than a capital gain”,

[...]

revenu étranger accumulé, tiré de biens S’agissant du revenu étranger accumulé, tiré de biens, d’une société étrangère affiliée d’un contribuable, pour une année d’imposition de la société affiliée, le montant calculé selon la formule suivante :

$$(A + A.1 + A.2 + B + C) - (D + E + F + F.1 + G + H)$$

où :

[...]

C lorsque la société affiliée est une société étrangère affiliée contrôlée du contribuable, le montant qui serait inclus dans le calcul du revenu de la société affiliée pour l’année si :

a) le paragraphe 94.1(1) s’appliquait au calcul d’un tel revenu;

b) les passages « gagnés directement par le contribuable » au paragraphe 94.1(1) étaient remplacés par « gagnés par la personne résidant au Canada pour qui le contribuable est une société étrangère affiliée »;

c) le passage « (autre qu’une société étrangère affiliée contrôlée du contribuable ou une entité non-résidente visée par règlement) » à l’alinéa 94.1(1)a) était remplacé par « (autre qu’une entité non-résidente visée par règlement ou une société étrangère affiliée contrôlée d’une personne résidant au Canada et dont le contribuable est une société étrangère affiliée contrôlée) »;

d) le passage « (autre qu’un gain en capital) » à l’alinéa 94.1(1)g) était remplacé par « (autre qu’un revenu qui ne serait pas inclus dans le revenu étranger accumulé, tiré de biens du contribuable pour l’année si la valeur de l’élément C de la formule figurant à la définition **de revenu étranger accumulé, tiré de biens** au paragraphe 95(1) était nulle et autre qu’un gain en capital) »;

IMM-2283-19
2020 FC 506

IMM-2283-19
2020 CF 506

Eloi Biquer Silva Rosa Gomes (*Applicant*)

Eloi Biquer Silva Rosa Gomes (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: GOMES v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : GOMES c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Pamel J.—Ottawa, February 19 and April 9, 2020.

Cour fédérale, juge Pamel—Ottawa, 19 février et 9 avril 2020.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Refugee Appeal Division (RAD) decision ruling that Refugee Protection Division (RPD) not erring in rejecting applicant's claim for refugee protection — Applicant claiming refugee protection based on political opinions, activism in Guinea-Bissau, Brazil — RPD finding, inter alia, that applicant not at risk in Guinea-Bissau — RAD simply ruling that RPD not committing any error — Applicant submitting, inter alia, that RAD not conducting independent analysis of evidence, issuing "scarce" reasons — Whether paucity of reasons indicative of failure by RAD to undertake independent assessment of record; whether reasons of RAD meeting standard of justification, transparency, intelligibility — Applicant failing to rebut presumption that all evidence considered, independent analysis of record undertaken by RAD — Approach followed by RAD herein not implying that it failed to conduct own analysis — However, RAD's decision unreasonable — RAD having to provide reasons addressing key issues, explicitly express its own findings — In this case, failure by RAD to do so constituting sufficiently serious shortcoming such that decision, as a whole, could not be said to exhibit requisite degree of justification, intelligibility, transparency — RAD not meaningfully grappling with key elements of case, thus failing to provide justification of its decision regarding central issues, concerns raised by applicant — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel des réfugiés (SAR) a jugé que la Section de la protection des réfugiés (SPR) n'avait commis aucune erreur en rejetant la demande d'asile du demandeur — Le demandeur a demandé l'asile sur la base de ses opinions politiques et de son activisme en Guinée-Bissau et au Brésil — La SPR a conclu notamment que le demandeur n'était pas exposé à un risque en Guinée-Bissau — La SAR a simplement jugé que la SPR n'avait commis aucune erreur — Selon le demandeur, notamment, la SAR n'a pas procédé à une analyse indépendante de la preuve et les motifs du tribunal étaient « très limités » — Il s'agissait de savoir si le caractère très succinct des motifs montrait que la SAR n'a pas procédé à une évaluation indépendante du dossier; et si les motifs de la SAR respectaient la norme requise en matière de justification, de transparence et d'intelligibilité — Le demandeur n'a pas réussi à réfuter la présomption selon laquelle la SAR a examiné l'ensemble de la preuve et effectué sa propre analyse indépendante du dossier — L'approche suivie par la SAR dans la présente affaire ne signifie pas qu'elle a omis de mener sa propre analyse — Cela dit, la décision rendue par la SAR était déraisonnable — La SAR doit fournir des motifs qui répondent aux questions clés et énoncer explicitement ses propres conclusions — Dans la présente affaire, le fait que la SAR ne l'a pas fait constituait une lacune suffisamment grave pour que la décision dans son ensemble soit considérée comme ne présentant pas le degré requis de justification, d'intelligibilité et de transparence — La décision de la SAR ne s'est pas attaquée de façon significative aux questions clés de l'affaire et ne comportait donc pas de justification à l'appui de ses conclusions concernant les questions et préoccupations centrales soulevées par le demandeur — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Appeal Division (RAD) ruling that the Refugee Protection Division (RPD) did not err in rejecting the applicant's claim for refugee protection.

The applicant is a citizen of Guinea-Bissau. After several stays in Brazil, he fled to Canada and claimed refugee protection based on his political opinions and activism in Guinea-Bissau and Brazil. The RPD found, *inter alia*, that the applicant did not demonstrate a serious risk of persecution on family grounds and that his profile did not match the type of individual who would be at risk in Guinea-Bissau. Without making any determination of its own, the RAD simply ruled that the RPD did not commit any error in its discussion of the applicant's past, including his professional and political activities, nor in its discussion of his credibility and of the events relating to his father. The applicant submitted, *inter alia*, that the RAD decision failed to provide sufficient "clues" that it conducted an independent analysis of the evidence, and issued reasons which were "scarce".

At issue was whether the paucity of reasons were indicative of a failure on the part of the RAD to undertake an independent assessment of the record before it, and whether the reasons of the RAD met the requisite standard of justification, transparency and intelligibility.

Held, the application should be allowed.

The applicant failed to rebut the presumption that the RAD considered all of the evidence and undertook its own independent analysis of the record. Requiring the RAD to catalogue and expound upon each issue on appeal would frustrate the policy goals of administrative efficiency and access to justice, as well as the very purpose of the RAD. The RAD is not required to restart the analysis from scratch in order for it to show that it conducted an independent review of the matter. The length of the decision is not itself indicative of any failure of the RAD to do so. The approach followed by the RAD in this case did not imply that it failed to conduct its own analysis of the evidence.

That being said, the decision rendered by the RAD was unreasonable. One must be mindful not to conflate, on the one hand, the RAD's application of the standard of review to its analysis when considering the RPD's factual and legal conclusions with, on the other hand, the RAD's duty to provide sufficient reasons for its decision. The RAD must provide reasons for its decision; the absence of reasons amounts to unfair treatment that may prejudice further review proceedings. Regardless of whether the RAD agrees or disagrees with the findings of the RPD, it is not enough to simply provide

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel des réfugiés (SAR) a jugé que la Section de la protection des réfugiés (SPR) n'avait commis aucune erreur en rejetant la demande d'asile du demandeur.

Le demandeur est citoyen de Guinée-Bissau. Après plusieurs séjours au Brésil, il est venu au Canada et a demandé l'asile sur la base de ses opinions politiques et de son activisme en Guinée-Bissau et au Brésil. La SPR a conclu notamment que le demandeur n'avait pas démontré qu'il était exposé à un risque grave de persécution pour des motifs liés à la famille et que ses caractéristiques personnelles ne correspondaient pas au type de personne à risque en Guinée-Bissau. Sans tirer par elle-même de conclusions, la SAR a simplement jugé que la SPR n'avait commis aucune erreur dans son analyse sur le passé du demandeur, y compris concernant ses activités professionnelles et politiques, ni dans son évaluation de la crédibilité du demandeur et son analyse des événements liés à son père. Selon le demandeur, notamment, la décision de la SAR n'a pas fourni suffisamment « d'indices » révélateurs d'une analyse indépendante de la preuve, et les motifs du tribunal étaient « très limités ».

Il s'agissait de savoir si le caractère très succinct des motifs montrait que la SAR n'a pas procédé à une évaluation indépendante du dossier, et si les motifs de la SAR respectaient la norme requise en matière de justification, de transparence et d'intelligibilité.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le demandeur n'a pas réussi à réfuter la présomption selon laquelle la SAR a examiné l'ensemble de la preuve et effectué sa propre analyse indépendante du dossier. Le fait d'exiger de la SAR qu'elle énumère et aborde chaque question soulevée en appel va à l'encontre des objectifs de politique en matière d'efficacité administrative et d'accès à la justice ainsi que de la mission même de la SAR. La SAR n'est pas tenue de reprendre l'analyse à zéro pour montrer qu'elle a mené un examen indépendant de la question. La longueur de la décision ne témoigne pas en soi d'un manquement de la SAR à cet égard. L'approche suivie par la SAR dans la présente affaire ne signifie pas qu'elle a omis de mener sa propre analyse de la preuve.

Cela dit, la décision rendue par la SAR était déraisonnable. On doit veiller à ne pas amalgamer, d'une part, l'application par la SAR de la norme de contrôle à son analyse lorsqu'elle examine les conclusions de fait et les conclusions de droit de la SPR avec, d'autre part, l'obligation de la SAR de fournir des motifs suffisants pour justifier sa décision. La SAR doit fournir les motifs de sa décision; l'absence de motifs équivaut à un traitement inéquitable qui pourrait porter préjudice à d'autres instances de contrôle judiciaire. Que la SAR soit d'accord ou en désaccord avec les conclusions de la SPR, il ne suffit pas

sufficient reasons; reasons must address the key issues relevant to the decision. Nowhere in its decision did the RAD state whether it actually agreed or disagreed with any of the findings of the RPD on any of the key issues raised by the applicant. It is not sufficient for the RAD to simply undertake its own analysis of the record; it must also explicitly express its own findings. Such an expression need not be lengthy, but it must allow the parties to understand where the RAD comes down on the issues raised in the case. In this case, the failure by the RAD to make explicit findings on the key issues constituted sufficiently serious shortcomings such that the decision, as a whole, could not be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency. Administrative decision makers must provide “responsive reasons” in regard to the key facts and issues of the case. They are required to make determinations in regard to the arguments or issues raised by the parties, especially when the arguments are detailed. Here, the RAD simply focused on the nature of the applicant’s argument. The RAD decision must show that it “meaningfully grapple[d] with key issues or central arguments raised by the parties” by way of explicit findings. Given the multiple issues at stake, and the specific issues raised by the applicant, the unsupported assertions made by the RAD were not “justified in light of the facts”. The decision was not based on an internally coherent and rational chain of analysis on the critical points. In short, the RAD did not meaningfully grapple with the key elements of the case, and thus failed to provide justification of its decision regarding the central issues and concerns raised by the applicant in a transparent and intelligible manner.

de fournir des motifs suffisants : les motifs doivent répondre aux questions clés pertinentes quant à la décision. La SAR ne précise nulle part dans sa décision si elle est réellement d’accord ou en désaccord avec l’une ou l’autre des conclusions de la SPR sur les questions clés soulevées par le demandeur. Il ne suffit pas que la SAR entreprenne simplement sa propre analyse du dossier; elle doit aussi énoncer explicitement ses propres conclusions. Il n’est pas nécessaire que ces conclusions soient longues, mais elles doivent permettre aux parties de comprendre la position de la SAR sur les questions soulevées dans l’affaire. Dans la présente affaire, le fait que la SAR n’a pas formulé de conclusions claires sur les questions principales constituait une lacune suffisamment grave pour que la décision dans son ensemble soit considérée comme ne présentant pas le degré requis de justification, d’intelligibilité et de transparence. Les décideurs administratifs doivent fournir des « motifs adaptés aux questions et préoccupations soulevées » quant aux faits et aux questions clés de l’affaire. Ils doivent tirer des conclusions à l’égard des arguments ou des questions soulevées par les parties, particulièrement lorsque les arguments sont détaillés. Dans la présente affaire, la SAR s’est simplement concentrée sur la nature de l’argumentation du demandeur. La SAR doit démontrer qu’elle « s’[est] attaqu[ée] de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties » au moyen de conclusions explicites. Vu les multiples questions à trancher et les questions précises soulevées par le demandeur, les affirmations non étayées de la SAR ne « se justifiaient pas au regard des faits ». La décision ne reposait pas sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle par rapport aux éléments cruciaux. En bref, la décision de la SAR ne s’est tout simplement pas attaquée de façon significative aux questions clés de l’affaire et ne comportait donc pas, d’une manière transparente et intelligible, de justification à l’appui de ses conclusions concernant les questions et préoccupations centrales soulevées par le demandeur.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97(1), 169(b).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Rozas Del Solar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1145, [2019] 2 F.C.R. 597; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Davoodabadi*, 2019 FC 350.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97(1), 169b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65; *Rozas Del Solar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1145, [2019] 2 R.C.F. 597 *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Davoodabadi*, 2019 CF 350.

DISTINGUISHED:

Kayitankore v. Canada (Citizenship and Immigration), 2016 FC 1030; *Tekle v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 1040.

CONSIDERED:

Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration), 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157; *Ali v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 396; *Taabea v. Refugee Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316, (1980), 109 D.L.R. (3d) 664 (T.D.); *Galusic v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2020 FC 223; *Sadiq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 267; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

REFERRED TO:

Mission Institution v. Khela, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Denis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1182; *Cruz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 22; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Gebrewold*, 2018 FC 374; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 77; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada Post Corp v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 44 D.L.R. (4th) 269; *Rodriguez Martinez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 293; *Mattar v. National Dental Examining Board of Canada*, 2020 ONSC 403; *Kotai v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 233; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 53; *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 162.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Appeal Division (*X (Re)*, 2019 CanLII 143003) ruling that the Refugee Protection Division did not err in rejecting the applicant's claim for refugee protection. Application allowed.

APPEARANCES

Élaine Simon for applicant.
Elsa Michel for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Community Legal Services of Ottawa (South),
Ottawa, for applicant.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Kayitankore c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2016 CF 1030; *Tekle c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 1040.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157; *Ali c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 396; *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316 (1^{re} inst.); *Galusic c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2020 CF 223; *Sadiq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 267; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

DÉCISIONS CITÉES :

Établissement de Mission c. Khela, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Denis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1182; *Cruz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 22; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Gebrewold*, 2018 CF 374; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 77; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67; *Rodriguez Martinez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 293; *Mattar v. National Dental Examining Board of Canada*, 2020 ONSC 403; *Kotai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 233; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 53; *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 162.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel des réfugiés (*X (Re)*, 2019 CanLII 143003) a jugé que la Section de la protection des réfugiés n'avait commis aucune erreur en rejetant la demande d'asile du demandeur. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Élaine Simon pour le demandeur.
Elsa Michel pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Services juridiques communautaires d'Ottawa (Sud), Ottawa, pour le demandeur.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

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

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

[1] PAMEL J.: This case relates to the role of the Refugee Appeal Division (RAD) as a safety net to correct any errors on the part of the Refugee Protection Division (RPD), as well as to the responsiveness of its reasons so as ensure that the decision as a whole is transparent, intelligible and justified.

[1] LE JUGE PAMEL : La présente affaire concerne le rôle de filet de sécurité de la Section d’appel des réfugiés (SAR) pour corriger les erreurs commises par la Section de la protection des réfugiés (SPR), ainsi que le caractère adéquat des motifs de la SAR pour que la décision dans son ensemble soit considérée comme transparente, intelligible et justifiée.

I. Facts

I. Faits

[2] A little context is in order.

[2] Il convient de fournir un peu de contexte.

[3] The applicant is a citizen of Guinea-Bissau. Since his parents are members of Guinea-Bissau’s main opposition party, the *Resistência da Guiné-Bissau-Movimento Bafatá* (RGB or Resistance of Guinea-Bissau-Bafatá Movement), his family is known for its political activism.

[3] Le demandeur est citoyen de Guinée-Bissau. Comme ses parents sont membres du principal parti d’opposition de Guinée-Bissau, la *Resistência da Guiné-Bissau-Movimento Bafatá* (RGB ou Mouvement Bafata – Résistance de la Guinée-Bissau), sa famille est connue pour son activisme politique.

[4] After suffering at the hands of militia members, and living through the kidnapping, torture and death of his father, the applicant left the country for neighbouring Senegal at the outbreak of the Guinea-Bissau Civil War (1998–1999). In June 1999, he returned to Guinea-Bissau.

[4] Après avoir souffert aux mains de membres de la milice et vécu l’enlèvement, la torture et le décès de son père, le demandeur a quitté son pays d’origine pour se rendre au Sénégal, État voisin, au début de la guerre civile en Guinée-Bissau (1998–1999). En juin 1999, il est retourné en Guinée-Bissau.

[5] Soon thereafter, the applicant participated in a national reconciliation conference, seeking to raise awareness for the need for retribution for the human rights violations committed during the civil war. According to the applicant, death threats followed, and, fearing for his life, he travelled to Brazil in February 2001 to study, eventually graduating with a degree in agronomy engineering.

[5] Peu après, le demandeur a participé à une conférence sur la réconciliation nationale, dans le cadre de laquelle il a cherché à sensibiliser la population à la nécessité de ne pas laisser impunis les actes de violation des droits de la personne commis durant la guerre civile. Selon le demandeur, il aurait ensuite fait l’objet de menaces de mort et, craignant pour sa vie, il s’est rendu au Brésil en février 2001 pour étudier. Il y a finalement obtenu un diplôme en agronomie.

[6] Following graduation, the applicant returned to Guinea-Bissau and worked as a support technician for Mona Terra, a non-profit land reform advocacy organization, thereby attracting the ire of the local traditional

[6] Après avoir obtenu son diplôme, le demandeur est retourné en Guinée-Bissau, où il a travaillé comme technicien de soutien pour Mona Terra, organisation à but non lucratif de défense de la réforme foncière, et s’est

chiefs. According to the applicant, more death threats followed. Hence, in August 2007, he again left Guinea-Bissau for a third time, returning to Brazil where he completed two graduate-level degrees.

[7] In December 2009, the applicant returned to Guinea-Bissau. According to him, threats to his life continued, prompting him to leave Guinea-Bissau a fourth and final time in March 2010, returning to Brazil to continue his studies.

[8] While in Brazil, the applicant joined the PDD (Parti démocratique pour le développement), a political party conceived to mobilize members of the Bissau-Guinean diaspora in Brazil to promote social and human rights reform in Guinea-Bissau. According to the applicant, his activity put him in the crosshairs of the Bissau-Guinean government, and in January 2015, the Bissau-Guinean Embassy in Brazil terminated the applicant's financial support as an international student, refused to renew his passport and denied him access to the Embassy, the only reason being, according to him, his political activism.

[9] The applicant then left Brazil for Canada, arriving in January 2016 where he claimed refugee protection pursuant to section 96 and subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), on the basis of his political opinions and activism in Guinea-Bissau and Brazil.

[10] In particular, the applicant stated four grounds of persecution: (1) as the son of two members of the RGB, (2) as an activist at the national reconciliation conference, (3) as an employee of Mona Terra, and (4) as a political activist in Brazil. He relies on a series of documents in support of his asylum claim.

[11] On October 27, 2017, in a lengthy 25-page, 122-paragraph decision, the RPD rejected the applicant's claim.

ainsi attiré la colère des chefs traditionnels locaux. Selon le demandeur, d'autres menaces de mort ont suivi. Il a par conséquent quitté la Guinée-Bissau pour la troisième fois en août 2007; il est retourné au Brésil, où il a obtenu deux diplômes d'études supérieures.

[7] En décembre 2009, le demandeur est retourné en Guinée-Bissau. Il affirme avoir continué à recevoir des menaces de mort, ce qui l'a poussé à quitter la Guinée-Bissau une quatrième et dernière fois en mars 2010 pour retourner au Brésil afin de poursuivre ses études.

[8] Au Brésil, le demandeur s'est joint au Parti démocratique pour le développement (PDD), parti politique formé pour mobiliser les membres de la diaspora de Bissau-Guinée au Brésil afin de promouvoir la réforme des droits sociaux et de la personne en Guinée-Bissau. Selon le demandeur, ses activités l'ont placé dans la mire du gouvernement bissau-guinéen. En janvier 2015, l'ambassade de Guinée-Bissau au Brésil a mis fin au soutien financier du demandeur en tant qu'étudiant étranger, a refusé de renouveler son passeport et lui a refusé l'accès à l'ambassade. La seule raison ayant motivé ces mesures était, selon lui, son activisme politique.

[9] Le demandeur a ensuite quitté le Brésil pour venir au Canada, où il est arrivé en janvier 2016. Il a demandé l'asile au titre de l'article 96 et du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), sur la base de ses opinions politiques et de son activisme en Guinée-Bissau et au Brésil.

[10] Plus précisément, le demandeur a invoqué quatre motifs de persécution : 1) à titre de fils de deux membres de la RGB, 2) à titre d'activiste à la conférence sur la réconciliation nationale, 3) à titre d'employé de Mona Terra et 4) à titre de militant politique au Brésil. Il invoque une série de documents à l'appui de sa demande d'asile.

[11] Le 27 octobre 2017, dans une longue décision de 25 pages comptant 122 paragraphes, la SPR a rejeté la demande d'asile du demandeur.

[12] As to the first ground of alleged persecution, the RPD found that the applicant did not demonstrate a serious risk of persecution on family grounds in view of his ability to study in Brazil, his sibling's continued residence in Guinea-Bissau, his repeated returns to Guinea-Bissau, and of the fact that 15-years had elapsed since the persecution against his father.

[13] The RPD was silent as to the financial support that the applicant was receiving from the Bissau-Guinean government allowing him to study in Brazil; support which was withdrawn in January 2015.

[14] As to the second ground, the RPD identified inconsistencies in the evidence relating to the applicant's fear on account of his participation in the national reconciliation conference and in his description of a threat incident in 2010, and noted important omissions in his FDA relating to the threats to his brother in 2010.

[15] As to the third ground of persecution, the RPD rejected the applicant's claim in relation to his work for Mona Terra because the documentary evidence failed to show that traditional chiefs threatened their political opponents.

[16] Finally, the RPD found that the applicant's profile did not match the type of individual who would be at risk in Guinea-Bissau, and that some of his key assertions were inconsistent with the documentary evidence in the National Documentation Package (NDP) for that country. The RPD also found that the applicant was rather unclear on key issues, which affected his credibility.

II. Decision under Review

[17] The applicant appealed against the decision to the RAD. His appeal memorandum, which filled 27-pages and 97-paragraphs, raised three main grounds of appeal:

1. Whether the RPD erred in the assessment of the evidence;

[12] Quant au premier motif de persécution avancé, la SPR a conclu que le demandeur n'avait pas démontré qu'il était exposé à un risque grave de persécution pour des motifs liés à la famille, étant donné qu'il avait été en mesure d'aller étudier au Brésil, que sa fratrie continuait de résider en Guinée-Bissau, qu'il était retourné à plusieurs reprises dans ce pays et que 15 ans s'étaient écoulés depuis la persécution contre son père.

[13] La SPR n'a pas abordé la question du soutien financier que le demandeur recevait du gouvernement bissauguinéen et grâce auquel il étudiait au Brésil, soutien qui lui a été retiré en janvier 2015.

[14] Quant au deuxième motif, la SPR a relevé des incohérences dans la preuve concernant la crainte du demandeur liée à sa participation à la conférence sur la réconciliation nationale et dans sa description d'un incident menaçant en 2010. La SPR a aussi relevé d'importantes omissions dans le formulaire Fondement de la demande d'asile (formulaire FDA) concernant les menaces proférées à son frère en 2010.

[15] En ce qui a trait au troisième motif de persécution, la SPR a rejeté la prétention du demandeur concernant son travail pour Mona Terra au motif que la preuve documentaire ne montrait pas que les chefs traditionnels menaçaient leurs opposants politiques.

[16] Enfin, la SPR a conclu que les caractéristiques personnelles du demandeur ne correspondaient pas au type de personne à risque en Guinée-Bissau, et que certaines de ses affirmations clés ne concordaient pas avec la preuve documentaire du cartable national de documentation (CND) pour ce pays. La SPR a conclu que le demandeur s'était montré vague sur certains éléments essentiels, ce qui a nui à sa crédibilité.

II. Décision attaquée

[17] Le demandeur a interjeté appel de la décision de la SPR auprès de la SAR. Dans son mémoire d'appel, qui comptait 27 pages et 97 paragraphes, il a soulevé trois principaux motifs d'appel :

1. La SPR a-t-elle commis une erreur dans son appréciation de la preuve?

- | | |
|---|---|
| <p>2. Whether the RPD drew conclusions from the evidence in a capricious and perverse fashion; and</p> <p>3. Whether the RPD erred in assessing the applicant's credibility by drawing capricious and perverse conclusions from ambiguities in the applicant's testimony.</p> | <p>2. La SPR a-t-elle tiré d'une manière arbitraire et abusive des conclusions à partir de la preuve?</p> <p>3. La SPR a-t-elle erronément évalué la crédibilité du demandeur en tirant des conclusions arbitraires et abusives à partir des ambiguïtés du témoignage du demandeur?</p> |
|---|---|

[18] Each ground of appeal was extensively argued and the applicant also argued that the RPD:

1. Failed to assess the applicant's risk factors cumulatively;
2. Erred in minimizing the risk faced by the applicant in the light of the documentary evidence; and
3. Relied on very minor inconsistencies in the applicant's testimony to impugn his credibility.

[18] Chacun des motifs d'appel a été débattu en profondeur, et le demandeur a également fait valoir que la SPR :

1. n'a pas évalué les facteurs de risque le concernant de façon cumulative;
2. a commis une erreur en minimisant le risque auquel il est exposé à la lumière de la preuve documentaire et
3. s'est appuyée sur des incohérences très mineures dans son témoignage pour mettre en doute sa crédibilité.

[19] After setting out the facts of the case, the RAD dismissed the appeal in a two-page decision [*X (Re)*, 2019 CanLII 143003]; its discussion contained three-paragraphs.

[19] Après avoir exposé les faits de l'affaire, la SAR a rejeté l'appel dans une décision de deux pages [*X Re*, 2019 CanLII 143003], dont l'analyse comportait trois paragraphes.

[20] In short, without making any determination of its own, the RAD simply ruled that the RPD did not commit any error in its discussion of the applicant's past, including his professional and political activities, nor in its discussion of his credibility and of the events relating to his father.

[20] En bref, sans tirer par elle-même de conclusions, la SAR a simplement jugé que la SPR n'avait commis aucune erreur dans son analyse sur le passé du demandeur, y compris concernant ses activités professionnelles et politiques, ni dans son évaluation de la crédibilité du demandeur et son analyse des événements liés à son père.

[21] The applicant now seeks the judicial review of this decision.

[21] Le demandeur sollicite maintenant le contrôle judiciaire de cette décision.

[22] The decision of the RAD failed to make explicit findings on any of the key elements of the case: it simply stated that the RPD had committed no errors. The RAD thereby failed to provide explicit findings and meaningful justifications of its decision regarding the central issues and concerns raised by the applicant in a transparent and intelligible manner.

[22] Dans sa décision, la SAR n'a tiré aucune conclusion précise à l'égard de l'un ou l'autre des éléments clés de l'affaire; elle a simplement déclaré que la SPR n'avait commis aucune erreur. La SAR a donc omis de fournir, d'une manière transparente et intelligible, des conclusions explicites et des justifications valables à l'appui de sa décision concernant les questions qui étaient au cœur

[23] As a result, I allow the application for judicial review.

III. Issues

[24] This case raises two issues:

1. Is the paucity of reasons indicative of a failure on the part of the RAD to undertake an independent assessment of the record before it?
2. Did the reasons of the RAD meet the requisite standard of justification, transparency and intelligibility?

IV. Standard of Review

[25] It is common ground between the parties that the standard of review of the RAD's decision is one of reasonableness in relation to the two issues raised in this case (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), at paragraph 23).

[26] I agree. A reasonable decision is, *inter alia*, one “that is justified in light of the facts” and “meaningfully account[s] for the central issues and concerns raised by the parties”, and under the reasonableness standard of review, “the reviewing court must consider only whether the decision made by the administrative decision maker—including both the rationale for the decision and the outcome to which it led—was unreasonable” (*Vavilov*, at paragraphs 83, 126, and 127).

[27] That said, the sole role of this Court on judicial review consists in ascertaining that the tribunal's decision is consistent with the rule of law (*Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraph 37; *Rozas Del Solar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1145, [2019] 2 F.C.F. 597 (*Rozas Del Solar*), at paragraph 11; *Vavilov*, at paragraphs 2 and 82).

de la demande d'asile et les préoccupations que le demandeur avait soulevées.

[23] Par conséquent, j'accueille la demande de contrôle judiciaire.

III. Questions à trancher

[24] Cette affaire soulève deux questions :

1. Le caractère très succinct des motifs montre-t-il que la SAR n'a pas procédé à une évaluation indépendante du dossier?
2. Les motifs de la SAR respectent-ils la norme requise en matière de justification, de transparence et d'intelligibilité?

IV. Norme de contrôle applicable

[25] Les parties s'entendent pour dire que la norme de contrôle applicable à la décision de la SAR est celle de la décision raisonnable en ce qui concerne les deux questions soulevées en l'espèce (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*), au paragraphe 23).

[26] Je suis d'accord. Une décision raisonnable « en est [entre autres] une qui se justifie au regard des faits » et qui « tien[t] valablement compte des questions et préoccupations centrales soulevées par les parties ». Selon la norme de contrôle de la décision raisonnable, la « cour de révision n'est [...] appelée qu'à décider du caractère raisonnable de la décision rendue par le décideur administratif — ce qui inclut à la fois le raisonnement suivi et le résultat obtenu » (*Vavilov*, aux paragraphes 83, 126 et 127).

[27] Cela dit, le seul rôle de la Cour dans le cadre du contrôle judiciaire consiste à vérifier que la décision du tribunal respecte la primauté du droit (*Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, au paragraphe 37; *Rozas Del Solar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1145, [2019] 2 R.C.F. 597 (*Rozas Del Solar*), au paragraphe 11; *Vavilov*, aux paragraphes 2 et 82).

V. Discussion

[28] The three paragraphs of analysis in the RAD decision read as follows [at paragraphs 5–7]:

After conducting my own analysis of the record, I conclude that the RPD did not enjoy a meaningful advantage, and the standard of correctness must be applied. [note 6] In my opinion, the RPD did not err as alleged. My reasons are as follows.

The RPD did not err in concluding, after taking into account his professional and political activities as well as his past, including what happened to his father, that the appellant had failed to establish that he would face a serious possibility of persecution because of his political opinion. The RPD's reasons for decision show that it conducted a detailed and nuanced analysis of both the appellant's testimony and the totality of the documentary evidence concerning people who are politically active in Guinea-Bissau and oppose the authorities. I disagree with the appellant that the RPD analyzed the documentary evidence in a perverse and capricious manner or by limiting itself to certain details. I disagree with the appellant that the RPD made perverse and capricious findings regarding his credibility.

I will take the example of the appellant's political activities. In his memorandum, he states that the RPD should have noticed that his overall profile shows him to be a political activist with increased visibility because of his professional activities and his family. [note 7] Based on my own analysis of the record, I conclude that the RPD carefully considered his political and professional activities, his family membership and the resulting consequences. The RPD analyzed all of the appellant's allegations, taking into account his testimony and the documentary evidence. Distinguishing what may have been true in the past from the current situation, [note 8] and distinguishing the situation of current political party opposition leaders from that of the appellant, who has not carried out any political activities in Guinea-Bissau since XXXX 2010, [note 9] does not constitute a perverse and capricious analysis of the documentary evidence. Noting contradictions in the appellant's testimony [note 10] and the fact that he failed to mention in his BOC Form that his brother was allegedly questioned by the military in 2010 [note 11] does not constitute a capricious analysis of his credibility. [Emphasis added; footnotes 8 to 11 specifically cite the relevant paragraphs in the RPD decision.]

V. Analyse

[28] Voici les trois paragraphes de l'analyse de la décision de la SAR [aux paragraphes 5 à 7] :

Après avoir procédé à ma propre analyse du dossier, j'estime que la SPR ne jouit d'aucun avantage particulier et que c'est la norme de la décision correcte qui doit être mise en œuvre [note 6]. À mon avis, la SPR n'a pas commis les erreurs qui lui sont reprochées. Voici pourquoi.

La SPR n'a commis aucune erreur en jugeant, après avoir tenu compte de son passé, incluant ce qui est arrivé à son père, et de ses activités tant professionnelles que politiques, que l'appellant n'avait pas établi une possibilité sérieuse d'être persécuté à cause de ses opinions politiques. Les motifs de la décision de la SPR démontrent que celle-ci a procédé à une analyse détaillée et nuancée tant du témoignage de l'appellant que de l'ensemble de la preuve documentaire concernant les personnes qui, en Guinée-Bissau, sont engagées politiquement et s'opposent aux autorités. Je suis en désaccord avec l'appellant pour qui la SPR a analysé la preuve documentaire d'une manière capricieuse et perverse ou en se limitant à des détails. Je suis en désaccord avec l'appellant pour qui la SPR a tiré au sujet de sa crédibilité des conclusions capricieuses et perverses.

Je prendrai l'exemple des activités politiques de l'appellant. Dans son mémoire, celui-ci a déclaré que la SPR aurait dû constater que son profil global fait de lui un activiste politique avec une visibilité accrue du fait de ses activités professionnelles et de son appartenance familiale [note 7]. Suite à ma propre analyse du dossier, j'estime que la SPR a soigneusement tenu compte de ses activités politiques et professionnelles, de son appartenance familiale et des conséquences qui en ont découlé. La SPR a analysé l'ensemble des allégations de l'appellant en tenant compte à la fois de son témoignage et de la preuve documentaire. Distinguer ce qui a pu exister dans le passé de la situation actuelle [note 8], tout comme distinguer la situation des dirigeants actuels de partis politiques de l'opposition de celle de l'appellant, qui n'a mené aucune activité politique en Guinée-Bissau depuis mars 2010 [note 9], ne constitue pas une analyse capricieuse et perverse de la preuve documentaire. Constater l'existence de contradictions au sein de son propre témoignage [note 10] ainsi que le fait d'avoir omis de mentionner dans son [formulaire] FDA que son frère aurait été interpellé par des militaires en 2010 [note 11], ne constitue pas une analyse capricieuse de sa crédibilité. [Non souligné dans l'original; les notes de bas de page 8 à 11 renvoient aux paragraphes pertinents de la décision de la SPR.]

A. *Is the paucity of reasons indicative of a failure on the part of the RAD to undertake an independent assessment of the record before it?*

[29] The RAD has a duty to undertake an independent assessment of the record before it (*Rozas Del Solar*, at paragraphs 122–126; *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157 (*Huruglica*); *Denis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1182, at paragraphs 37–39; *Ali v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 396 (*Ali*), at paragraph 4). It must consider the RPD’s findings carefully and, unless otherwise shown, it is assumed to have taken into consideration the RPD’s decision in its entirety (*Rozas Del Solar*, at paragraph 99; *Cruz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 22 (*Cruz*), at paragraph 32).

[30] The applicant challenges the decision of the RAD on the basis that the RAD upheld errors on the part of the RPD; in addition, it is argued that the brevity and rigidity of the reasons provided by the RAD and its failure to address most of the key grounds of appeal reveal a failure to undertake an independent analysis of the issues.

[31] The applicant submits that the RAD decision fails to provide sufficient “clues” that it conducted an independent analysis of the evidence, and issued reasons which were “scarce”, which itself is evidence of the fact that the RAD failed to address the key issues of the case or the applicant’s submissions on appeal.

[32] I appreciate that requiring the RAD to catalogue and expound upon each issue on appeal would frustrate the policy goals of administrative efficiency and access to justice, as well as the very purpose of the RAD (*Huruglica*, at paragraphs 79, 88, 98 and 103; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, at paragraphs 41–42; *Vavilov*, at paragraph 128). And although brevity, in and of itself, is not problematic, I must admit that the paucity of any meaningful findings by the RAD on the issues raised by the applicant in this case is remarkable.

A. *Le caractère très succinct des motifs montre-t-il que la Section d’appel des réfugiés n’a pas procédé à une évaluation indépendante du dossier?*

[29] La SAR a l’obligation d’entreprendre une évaluation indépendante du dossier qui lui est présenté (*Rozas Del Solar*, aux paragraphes 122 à 126; *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157 (*Huruglica*); *Denis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1182, aux paragraphes 37 à 39; *Ali c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 396 (*Ali*), au paragraphe 4). Elle doit examiner attentivement les conclusions de la SPR et, en l’absence d’indication contraire, elle est réputée avoir pris en compte la décision de la SPR dans son ensemble (*Rozas Del Solar*, au paragraphe 99; *Cruz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 22 (*Cruz*), au paragraphe 32).

[30] Le demandeur conteste la décision de la SAR au motif qu’elle a confirmé les erreurs commises par la SPR. Faisant observer que la SAR a omis de traiter de la plupart des motifs d’appel clés, il soutient que la concision et la rigidité des motifs de la SAR révèlent qu’elle n’a pas procédé à une analyse indépendante des questions à trancher.

[31] Selon le demandeur, la décision de la SAR ne fournit pas suffisamment [TRADUCTION] « d’indices » révélateurs d’une analyse indépendante de la preuve. Il ajoute que les motifs du tribunal sont [TRADUCTION] « très limités », ce qui démontre que la SAR n’a ni examiné les questions clés de l’affaire ni les observations du demandeur dans le cadre de l’appel.

[32] Le fait d’exiger de la SAR qu’elle énumère et aborde chaque question soulevée en appel va à l’encontre des objectifs de politique en matière d’efficacité administrative et d’accès à la justice ainsi que de la mission même de la SAR (*Huruglica*, aux paragraphes 79, 88, 98 et 103; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299, aux paragraphes 41 et 42; *Vavilov*, au paragraphe 128). Et quoique la brièveté ne pose pas en soi problème, je dois admettre que, dans la présente affaire, l’absence de toute conclusion véritable de la SAR sur les questions soulevées par le demandeur est étonnante.

[33] The respondent recognizes the duty of the RAD to conduct its own independent analysis of the record, but submits that the RAD, in fact, did so, that it did not overlook any important factor, and did not misapprehend the circumstances of the applicant's case.

[34] In any event, on this first issue, I must agree with the respondent. There is a presumption that the RAD has considered all of the evidence. The RAD is not required to restart the analysis from scratch (*Huruglica*, at paragraphs 79, 98 and 103) in order for it to show that it conducted an independent review of the matter. I do not think that the length of the decision is itself indicative of any failure of the RAD to do so.

[35] It is certainly open to the RAD to adopt the RPD's lengthy and reasoned treatment of the record, so long as the RAD itself does examine the record. The approach followed by the RAD in this case does not imply that it failed to conduct its own analysis of the evidence.

[36] Here, I am not convinced that the presumption that the RAD considered all of the evidence and undertook its own independent analysis of the record is rebutted. I therefore do not agree with the applicant on this issue.

B. *Did the reasons of the RAD meet the requisite standard of justification, transparency and intelligibility?*

[37] As I have indicated, there is nothing wrong with short reasons. The role of the RAD is that of a safety net: it is called to correct any errors made by the RPD (*Huruglica*, at paragraph 98). It is tethered to the RPD decision, and although it functions as an appeal body, a RAD hearing "is not a true *de novo* proceeding" (*Rozas Del Solar*, at paragraph 99; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Gebrewold*, 2018 FC 374, at paragraph 25; *Huruglica*, at paragraph 79; *Cruz*, at paragraph 32).

[33] Le défendeur reconnaît que la SAR a l'obligation de mener sa propre analyse indépendante du dossier, mais il soutient que la SAR a bel et bien mené cette analyse, qu'elle n'a pas omis de traiter de l'un ou l'autre des facteurs importants et qu'elle a bien cerné la situation du demandeur.

[34] Quoi qu'il en soit, je dois souscrire à l'avis du défendeur concernant la première question. Il existe une présomption selon laquelle la SAR a tenu compte de l'ensemble des éléments de preuve dont elle disposait. La SAR n'est pas tenue de reprendre l'analyse à zéro (*Huruglica*, aux paragraphes 79, 98 et 103) pour montrer qu'elle a mené un examen indépendant de la question. Je ne crois pas que la longueur de la décision témoigne en soi d'un manquement de la SAR à cet égard.

[35] Il est certainement loisible à la SAR d'adopter le traitement long et réfléchi du dossier de la SPR, dans la mesure où elle examine elle-même le dossier. L'approche suivie par la SAR dans la présente affaire ne signifie pas qu'elle a omis de mener sa propre analyse de la preuve.

[36] Je ne suis pas convaincu en l'espèce que le demandeur a réussi à réfuter la présomption selon laquelle la SAR a examiné l'ensemble de la preuve et effectué sa propre analyse indépendante du dossier. Je ne suis donc pas d'accord avec le demandeur en ce qui touche cette question.

B. *Les motifs de la Section d'appel des réfugiés respectent-ils la norme requise en matière de justification, de transparence et d'intelligibilité?*

[37] Comme je l'ai dit, il n'y a rien d'irrégulier dans le fait que le tribunal rédige des motifs courts. Le rôle de la SAR en est un de filet de sécurité : la SAR est appelée à rattraper les erreurs de la SPR (*Huruglica*, au paragraphe 98). La SAR doit s'en tenir à la décision de la SPR et, bien qu'elle accomplisse des fonctions de tribunal d'appel, elle « ne procède pas à un examen *de novo* » lors de l'audience (*Rozas Del Solar*, au paragraphe 99; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Gebrewold*, 2018 CF 374, au paragraphe 25; *Huruglica*, au paragraphe 79; *Cruz*, au paragraphe 32).

[38] The respondent asserts that the standard of review under which the RAD reviews the RPD's decision is that of correctness, not reasonableness (*Huruglica*, at paragraph 103), and postulates that what this means is that the RAD is mostly concerned with whether the RPD committed any error—was the RPD correct or incorrect in coming to the findings set out in its decision?

[39] As such, argues the respondent, and in this context, a more wholesome analysis beyond what was undertaken by the RPD would have only been required had the RAD found that the RPD erred in some aspect of its decision, at which point the RAD would have had to delve into why it is so.

[40] I agree that the standard of review, being the lens through which the RAD conducts its analysis of the RPD's decision to determine whether judicial intervention is warranted, is one of correctness, and that the role of the RAD is to not intervene unless the RPD has made an error of law, of fact, or mixed fact and law (*Huruglica*, at paragraphs 98 and 103; *Rozas Del Solar*, at paragraphs 13 and 122–125).

[41] After discussing the role of deference in the distinction between the standards of correctness and reasonableness, Mr. Justice Diner in *Rozas Del Solar* continued at paragraphs 21 and 22:

Ultimately, the difference between correctness and reasonableness comes down to deference. Deference is the attitude that must be adopted when conducting a reasonableness review. Deference means that on some questions, the reviewer must respect the decision maker's conclusions and accept them, even if the reviewer would have concluded differently based on the same arguments and evidence. This is because certain questions can be legitimately answered by an administrative decision maker in more than one way (*Dunsmuir* at paragraph 47).

A correctness standard, on the other hand, requires no deference—the decision lies with the reviewer and

[38] Le défendeur affirme que la norme de contrôle que la SAR doit appliquer à la décision de la SPR est celle de la décision correcte, et non celle de la décision raisonnable (*Huruglica*, au paragraphe 103). Il fait valoir que cela signifie que la SAR doit se concentrer principalement sur la question de savoir si la SPR a commis une erreur, autrement dit qu'elle doit déterminer si les conclusions énoncées dans la décision de la SPR sont correctes ou erronées.

[39] Par conséquent, soutient le défendeur, et dans ce contexte, une analyse plus approfondie que celle de la SPR n'aurait été nécessaire que si la SAR avait conclu que la SPR avait commis une erreur à l'égard d'un aspect de sa décision. La SAR aurait alors dû expliquer les raisons pour lesquelles elle estime que la SPR a commis une telle erreur.

[40] Je suis d'accord pour dire que la norme de contrôle — ces lentilles au travers desquelles la SAR analyse la décision de la SPR pour savoir s'il est justifié d'intervenir — est celle de la décision correcte, et que le rôle de la SAR consiste à ne pas intervenir, sauf si la SPR a commis une erreur de droit, de fait ou de fait et de droit (*Huruglica*, au paragraphe 98 et 103; *Rozas Del Solar*, aux paragraphes 13 et 122 à 125).

[41] Après avoir examiné le rôle de la déférence dans la distinction entre les normes de la décision correcte et de la décision raisonnable dans *Rozas Del Solar*, le juge Diner, a ajouté ce qui suit aux paragraphes 21 et 22 :

En fin de compte, la différence entre la norme de la décision correcte et la norme de la décision raisonnable tient à la déférence. La déférence est l'attitude qui doit être adoptée dans le contexte d'un contrôle assujéti à la norme de la décision raisonnable. La déférence signifie que, relativement à certaines questions, la cour siégeant en révision doit respecter les conclusions du décideur et les accepter, et ce, même si elle aurait tranché les questions de façon différente si on lui avait soumis les mêmes arguments et la même preuve. Il en est ainsi, parce que certaines questions peuvent être légitimement tranchées de plus d'une façon par un décideur administratif (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

D'un autre côté, la norme de la décision correcte n'appelle à aucune déférence : la cour siégeant en révision

no margin for error exists for the decision maker below. The reviewer undertakes its own analysis of the question raised (*Dunsmuir*, at paragraph 50; *British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, 2017 SCC 62, [2017] 2 S.C.R. 795, at paragraph 28). [Emphasis added.]

[42] That said, as cautioned by Mr. Justice Diner in *Rozas Del Solar*, we must be mindful not to conflate, on the one hand, the RAD's application of the standard of review to its analysis when considering the RPD's factual and legal conclusions with, on the other hand, the RAD's duty to provide sufficient reasons for its decision (*Huruglica*, at paragraph 35; *Rozas Del Solar*, at paragraph 25). I agree. The former requires an upstream focus, while the latter has a downstream purpose, i.e., for the benefit of the audience, particularly the parties and admittedly of any subsequent reviewing court which is itself applying in most cases a reasonableness standard, and tasked with determining whether the RAD's process and conclusions are justified, transparent and intelligible in the light of its underlying rationale (*Rozas Del Solar*, at paragraph 26; *Vavilov*, at paragraph 15).

[43] In addition to conducting its own independent analysis, the RAD must provide reasons for its decision (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraphs 39 and 43); the absence of reasons amounts to unfair treatment that may prejudice further review proceedings. As stated by the Court in *Taabea v. Refugee Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316 (T.D.), at paragraph 33 [page 327], (1980), 109 D.L.R. (3d) 664, it comes down to optics:

In my opinion, the long established rule in judicial proceedings that justice must not only be done but must appear to be done, may be paraphrased for cases where the requirement is simply that of fair dealing, by saying that in such cases not only must the person involved be dealt with fairly but it must be apparent that they are being so dealt with.

prend la décision et le décideur de l'instance inférieure ne dispose d'aucune marge de manœuvre. La cour siégeant en révision entreprendra sa propre analyse des questions soulevées (*Dunsmuir*, au paragraphe 50; *British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk*, 2017 CSC 62, [2017] 2 R.C.S. 795, au paragraphe 28). [Non souligné dans l'original.]

[42] Cela dit, comme le juge Diner l'a souligné dans la décision *Rozas Del Solar*, nous devons veiller à ne pas amalgamer, d'une part, l'application par la SAR de la norme de contrôle à son analyse lorsqu'elle examine les conclusions de fait et les conclusions de droit de la SPR avec, d'autre part, l'obligation de la SAR de fournir des motifs suffisants pour justifier sa décision (*Huruglica*, au paragraphe 35; *Rozas Del Solar*, au paragraphe 25). Je suis d'accord. La première notion exige une attention en amont, tandis que la seconde comporte un objectif en aval, axé sur le lectorat, en particulier sur les parties et sur toute cour de révision éventuellement saisie de l'affaire qui applique elle-même, dans la plupart des cas, la norme de la décision raisonnable, et chargée de déterminer si le processus et les conclusions de la SAR sont justifiés, transparents et intelligibles à la lumière de son raisonnement principal sous-jacent (*Rozas Del Solar*, au paragraphe 26; *Vavilov*, au paragraphe 15).

[43] En plus de procéder à sa propre analyse indépendante, la SAR doit fournir les motifs de sa décision (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 39 et 43); l'absence de motifs équivaut à un traitement inéquitable qui pourrait porter préjudice à d'autres instances de contrôle judiciaire. Comme la Cour l'a déclaré au paragraphe 33 [page 327] de *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316 (1^{re} inst.), cela revient à une question de perception :

À mon avis la règle bien établie en matière de procédure judiciaire selon laquelle il est important que non seulement justice soit rendue mais qu'il soit manifeste que justice est rendue peut être paraphrasée, pour les cas où l'obligation consiste simplement à agir équitablement, en disant que dans de tels cas, l'intéressé doit non seulement être traité avec équité mais il doit être manifeste qu'il est effectivement traité équitablement.

[44] According to the respondent, it is only where the RAD concludes that the RPD erred does it have to provide more cogent reasons to show where the RPD essentially erred.

[45] I disagree. Regardless of whether the RAD agrees or disagrees with the findings of the RPD, it is not enough to simply provide sufficient reasons; reasons must address the key issues relevant to the decision. As stated in by the Supreme Court in *Vavilov*, at paragraph 128:

... a decision maker's failure to meaningfully grapple with key issues or central arguments raised by the parties may call into question whether the decision maker was actually alert and sensitive to the matter before it. In addition to assuring parties that their concerns have been heard, the process of drafting reasons with care and attention can alert the decision maker to inadvertent gaps and other flaws in its reasoning.... [Citation omitted; emphasis added.]

[46] This, of course, begs the question as to what is meant by “meaningfully grapp[ing] with the key issues or central arguments raised by the parties”.

[47] First of all, I see nothing unreasonable in the approach taken by the RAD in so far as it concentrated its analysis on whether an error was committed (*Huruglica*, at paragraph 78). However, nowhere in its decision does the RAD state whether it actually agrees or disagrees with any of the findings of the RPD on any of the key issues raised by the applicant.

[48] I would think that if the RAD is to “meaningfully grapple with the issues” under the correctness standard of review, in addition to independently reviewing the evidence, and quite apart from the obligation to render reasons, the RAD must explicitly state its own findings by more than simply limiting itself to commenting as to whether the RPD committed any errors in its assessment of the evidence.

[44] Selon le défendeur, c'est seulement lorsque la SAR conclut que la SPR a commis une erreur qu'elle doit fournir des motifs plus convaincants pour montrer à quels égards la SPR a principalement erré.

[45] Je ne suis pas de cet avis. Que la SAR soit d'accord ou en désaccord avec les conclusions de la SPR, il ne suffit pas de fournir des motifs suffisants : les motifs doivent répondre aux questions clés pertinentes quant à la décision. Comme la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *Vavilov*, au paragraphe 128 :

[...] le fait qu'un décideur n'ait pas réussi à s'attaquer de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties permet de se demander s'il était effectivement attentif et sensible à la question qui lui était soumise. En plus d'assurer aux parties que leurs préoccupations ont été prises en considération, le simple fait de rédiger des motifs avec soin et attention permet au décideur d'éviter que son raisonnement soit entaché de lacunes et d'autres failles involontaires [...] [Renvoi omis, non souligné dans l'original.]

[46] Cela soulève évidemment la question de savoir ce qu'on entend par « s'attaquer de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties ».

[47] Tout d'abord, je ne vois rien de déraisonnable dans l'approche adoptée par la SAR, dans la mesure où elle a concentré son analyse sur la question de savoir si une erreur avait été commise (*Huruglica*, au paragraphe 78). Toutefois, la SAR ne précise nulle part dans sa décision si elle est réellement d'accord ou en désaccord avec l'une ou l'autre des conclusions de la SPR sur les questions clés soulevées par le demandeur.

[48] À mon avis, si la SAR doit « s'attaquer de façon significative aux questions clés » selon la norme de la décision correcte, en plus d'examiner les éléments de preuve de façon indépendante. Par ailleurs, outre l'obligation distincte de fournir des motifs, la SAR doit énoncer explicitement ses propres conclusions en ne se limitant pas simplement à commenter la question de savoir si la SPR a commis des erreurs dans son évaluation de la preuve.

[49] The RAD disagrees with the applicant when he asserts that the RPD had analyzed the documentary evidence in a capricious and perverse manner or in limited detail, but does not say why. The RAD also disagrees with the applicant when he states that the RPD made capricious and perverse conclusions about his credibility, but again, without setting out why, other than a simple example that does not explicitly express the RAD's view on the issue, thus leaving it to the reader to try and connect the dots.

[50] By indicating that, following its assessment of the applicant's past activities and family history, the RPD did not commit any errors in finding that the applicant had not shown the possibility of serious risk of persecution, is not the same as stating that the RAD agrees with the RPD's findings on the prospective risks of persecution, nor does it address the components of the applicant's identified concerns with such assessment by the RPD.

[51] In addition, simply asserting its disagreement with the applicant's submission that the RPD analyzed the evidence in a capricious and perverse manner is not the same as stating the RAD agrees with the RPD's specific findings on the evidence; nor is stating its disagreement with the applicant's submission that the RPD's assessment on credibility was arrived at in a capricious and perverse fashion the same as stating the RAD agrees with the RPD's credibility findings, especially where the RAD had already confirmed that the RPD is not entitled to a particular advantage.

[52] It seems to me that it is not sufficient for the RAD to simply undertake its own analysis of the record; it must also explicitly express its own findings, thereby allowing the parties to transcend the strict letter of the decision to understand where the RAD stands on the key issues and the chain of analysis that led to the determination. Such an expression need not be lengthy, but it must allow the parties to understand, one way or the other, where the RAD comes down on the issues raised in the

[49] La SAR n'est pas d'accord avec le demandeur lorsqu'il affirme que la SPR a analysé la preuve documentaire de façon arbitraire et abusive ou de façon superficielle, mais elle ne donne pas de motifs. La SAR n'est pas non plus d'accord avec le demandeur lorsqu'il affirme que la SPR a tiré des conclusions de façon arbitraire et abusive au sujet de sa crédibilité, mais, encore une fois, sans préciser pourquoi. Mis à part un exemple simple qui n'exprime pas explicitement le point de vue de la SAR sur la question, la SAR laisse ainsi au lecteur le soin d'essayer de faire le lien entre les idées.

[50] Dire que la SPR, après avoir évalué les activités antérieures et les antécédents familiaux du demandeur, n'a commis aucune erreur en concluant que le demandeur n'avait pas démontré la possibilité d'un risque sérieux de persécution, n'équivaut à dire que la SAR est d'accord avec les conclusions de la SPR concernant les risques éventuels de persécution, et n'équivaut pas non plus à un examen des préoccupations soulevées par le demandeur au sujet de l'évaluation menée par la SPR.

[51] De plus, le simple fait que la SAR ne soit pas d'accord avec le demandeur lorsqu'il affirme que la SPR a analysé la preuve de façon arbitraire et abusive n'est pas la même chose qu'une déclaration de la SAR selon laquelle est d'accord avec les conclusions précises de la SPR concernant la preuve. Par ailleurs, ce n'est pas parce que la SAR dit être en désaccord avec l'observation du demandeur selon laquelle l'évaluation par la SPR sur la crédibilité a été faite de façon arbitraire et abusive qu'elle dit qu'elle partage les conclusions de la SPR sur la crédibilité, d'autant plus que la SAR avait déjà confirmé que la SPR ne jouissait pas d'un avantage particulier.

[52] À mon avis, il ne suffit pas que la SAR entreprenne simplement sa propre analyse du dossier; elle doit aussi énoncer explicitement ses propres conclusions afin de permettre aux parties d'aller au-delà de la lettre de décision stricte pour comprendre le fondement de la position de la SAR sur les questions clés et le raisonnement qui sous-tend la décision. Il n'est pas nécessaire que ces conclusions soient longues, mais elles doivent permettre aux parties de comprendre la position de la

case (*Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 77 (*Patel*), at paragraph 17).

[53] At paragraph 96 in *Vavilov*, the Supreme Court states:

Where, even if the reasons given by an administrative decision maker for a decision are read with sensitivity to the institutional setting and in light of the record, they contain a fundamental gap or reveal that the decision is based on an unreasonable chain of analysis, it is not ordinarily appropriate for the reviewing court to fashion its own reasons in order to buttress the administrative decision. Even if the outcome of the decision could be reasonable under different circumstances, it is not open to a reviewing court to disregard the flawed basis for a decision and substitute its own justification for the outcome: *Delta Air Lines*, at paras. 26-28. To allow a reviewing court to do so would be to allow an administrative decision maker to abdicate its responsibility to justify to the affected party, in a manner that is transparent and intelligible, the basis on which it arrived at a particular conclusion. This would also amount to adopting an approach to reasonableness review focused solely on the outcome of a decision, to the exclusion of the rationale for that decision. To the extent that cases such as *Newfoundland Nurses* and *Alberta Teachers* have been taken as suggesting otherwise, such a view is mistaken. [Emphasis added.]

[54] The outcome in this case is not the issue; it is the rationale for the RAD decision that is flawed. The RPD may have followed the correct process, yet, did the RAD agree with its findings on the key elements and issues raised by the applicant? That question is never answered by the RAD.

[55] The RAD did not elaborate further after stating that the RPD did not commit an error in the manner in which it reached its findings. The reasons provided by the RAD only make vague references to the grounds of appeal raised by the applicant; that is problematic.

[56] In this case, the failure by the RAD to make explicit findings on the key issues, even if only to agree with the findings of the RPD, is not merely superficial or peripheral as to the merits of the decision. It constitutes

SAR sur les questions soulevées dans l'affaire (*Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 77 (*Patel*), au paragraphe 17).

[53] Voici ce que la Cour suprême déclare, au paragraphe 96 de l'arrêt *Vavilov* :

Lorsque, même s'ils sont interprétés en tenant dûment compte du contexte institutionnel et du dossier, les motifs fournis par l'organisme administratif pour justifier sa décision comportent une lacune fondamentale ou révèlent une analyse déraisonnable, il ne convient habituellement pas que la cour de révision élabore ses propres motifs pour appuyer la décision administrative. Même si le résultat de la décision pourrait sembler raisonnable dans des circonstances différentes, il n'est pas loisible à la cour de révision de faire abstraction du fondement erroné de la décision et d'y substituer sa propre justification du résultat : *Delta Air Lines*, par. 26-28. Autoriser une cour de révision à agir ainsi reviendrait à permettre à un décideur de se dérober à son obligation de justifier, de manière transparente et intelligible pour la personne visée, le fondement pour lequel il est parvenu à une conclusion donnée. Cela reviendrait également à adopter une méthode de contrôle selon la norme de la décision raisonnable qui serait axée uniquement sur le résultat de la décision, à l'exclusion de la justification de cette décision. Dans la mesure où des arrêts comme *Newfoundland Nurses* et *Alberta Teachers* ont été compris comme appuyant une telle conception, cette compréhension est erronée. [Soulignement ajouté.]

[54] L'issue de l'affaire n'est pas en litige en l'espèce; c'est la justification de la décision de la SAR qui comporte une lacune. La SPR a peut-être suivi la bonne procédure, mais la SAR était-elle d'accord avec ses conclusions sur les éléments clés et les questions soulevées par le demandeur? La SAR n'a jamais répondu à cette question.

[55] La SAR n'a pas fourni d'explications supplémentaires après avoir affirmé que la SPR n'avait pas commis d'erreur dans la manière dont elle était parvenue à ses conclusions. Les motifs de la SAR ne contiennent que de vagues renvois aux motifs d'appel soulevés par le demandeur, ce qui est problématique.

[56] Dans la présente affaire, le fait que la SAR n'a pas formulé de conclusions claires sur les questions principales, même si ce n'est que pour dire qu'elle est d'accord avec les conclusions de la SPR, ne constitue pas

sufficiently serious shortcomings such that the decision, as a whole, cannot be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency.

[57] The manner in which the RAD expressed its findings is better tailored to an analysis using the reasonableness standard where what is required is not necessarily an expression of agreement or disagreement with the findings of the RPD, but rather where it must simply be determined whether the decision fell within a range of possible, acceptable outcomes (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47).

[58] In *Rozas Del Solar*, Mr. Justice Diner reviewed the role of the RAD. He stated at paragraphs 15 and 16:

Simply put, when a correctness lens is used, the reviewer decides the question before it exactly as it thinks it should. If the reviewer's conclusion ends up being different than the decision maker's, the reviewer will substitute its own answer as the correct one (*Dunsmuir*, at paragraph 50).

For other types of questions, there is no one correct answer. This is where a reasonableness standard of review applies, and where there is typically a range of acceptable approaches to and outcomes for the legal questions raised. The decision maker will have a margin of appreciation, or a range of acceptable solutions (*Dunsmuir*, at paragraph 47). Even if the conclusion is not the reviewer's preferred solution, the decision maker's process and outcome have to fall somewhere in that range of possible outcomes, although, sometimes there is only one possible outcome. [Emphasis added.]

[59] I do not believe that the RAD was overly deferential to the RPD in any way, regardless of how it structured its reasons. However, I would add to the discussion as to what constitutes proper reasons flowing from an analysis conducted through the lens of correctness that the RAD must put a stake in the ground, and must decide the key and determinative issues by either expressing

simplement une considération négligeable ou accessoire quant au bien-fondé de la décision, mais une lacune suffisamment grave pour que la décision dans son ensemble soit considérée comme ne présentant pas le degré requis de justification, d'intelligibilité et de transparence.

[57] La façon dont la SAR a exprimé ses conclusions est mieux adaptée à une analyse selon la norme de la décision raisonnable, laquelle n'exige pas nécessairement de la SAR qu'elle se dise en accord ou en désaccord avec les conclusions de la SPR, mais plutôt qu'elle établisse simplement si la décision attaquée appartient aux issues possibles acceptables (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47).

[58] Dans la décision *Rozas Del Solar*, le juge Diner s'est penché sur le rôle de la SAR. Voici ce qu'il a écrit aux paragraphes 15 et 16 :

Autrement dit, lorsque la Cour examine le dossier dont elle est saisie à travers le prisme de la décision correcte, elle tranche la question exactement comme elle la perçoit. Si sa conclusion est en fin de compte différente de celle du décideur, la Cour substituera sa propre réponse, puisqu'il s'agit de la réponse correcte (*Dunsmuir*, au paragraphe 50).

Pour les autres types de questions, il n'y a pas qu'une seule réponse correcte. C'est dans ces cas-là que la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique et qu'il existe habituellement un éventail de démarches et d'issues acceptables relativement aux questions juridiques soulevées. Le décideur dispose d'une marge de manœuvre, ou de différentes solutions acceptables (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). Le processus adopté par le décideur et l'issue à laquelle il parvient n'a qu'à appartenir à ces issues possibles acceptables; il n'est pas nécessaire que la conclusion soit celle que préfère la cour siégeant en révision. Toutefois, dans certains cas, il n'existe qu'une seule issue possible. [Soulignement ajouté.]

[59] Je ne crois pas que la SAR ait d'une quelconque façon fait preuve d'une trop grande déférence à l'égard de la SPR, indépendamment de la façon dont elle a structuré ses motifs. Toutefois, j'ajouterais à l'analyse de ce que constituent des motifs appropriés découlant d'une analyse effectuée sous l'angle de la décision correcte que la SAR doit par elle-même répondre aux questions clés

agreement or disagreement with the impugned findings of the RPD, otherwise refugee claimants are left, as submitted herein by the applicant, not knowing what the RAD's own determination would be, one way or the other, on the issues raised in appeal.

[60] While the RAD may have been justified in rejecting the applicant's submissions, assessing the process is not enough; the RAD must assess the RPD's key, determinative, findings and explicitly come to its own conclusions.

[61] Indeed, the post-*Vavilov* jurisprudence confirms that administrative decision makers must provide "responsive reasons" in regard to the key facts and issues of the case (*Vavilov*, at paragraph 127). Reasons that are truly responsive to the issues and facts of the case "must", to borrow a phrase from Mr. Justice Diner in *Galusic v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2020 FC 223, at paragraph 42 "do more than simply recite statutory language, summarize arguments and regurgitate boilerplate phrases."

[62] Responsiveness requires that decision makers make determinations in regard to the arguments or issues raised by the parties, especially when the arguments are detailed (*Canada Post Corp v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 44 D.L.R. (4th) 269, at paragraph 60; *Rodriguez Martinez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 293, at paragraphs 12–16; *Mattar v. National Dental Examining Board of Canada*, 2020 ONSC 403, at paragraphs 47–49).

[63] Under the requirement of responsiveness, a decision maker must make a determination that addresses the key facts of the case (*Kotai v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 233, at paragraphs 42–44; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 53, at paragraphs 4–12; *Patel*, at paragraphs 14–22; *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 162, at paragraphs 35–36; *Sadiq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 267 (*Sadiq*), at paragraphs 14–31).

et déterminantes en déclarant si elle est d'accord ou non avec les conclusions contestées de la SPR. Autrement, comme l'a fait observer le demandeur en l'espèce, les demandeurs d'asile ne sauraient jamais à quelle conclusion, favorable ou défavorable, serait arrivée la SAR sur les questions soulevées en appel.

[60] Il est possible que la SAR ait été justifiée de rejeter les observations du demandeur, mais il ne suffit pas d'évaluer le processus : la SAR doit évaluer les conclusions clés et déterminantes de la SPR et parvenir à ses propres conclusions, qu'elle doit énoncer explicitement.

[61] En fait, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Vavilov* confirme que les décideurs administratifs doivent fournir des « motifs adaptés aux questions et préoccupations soulevées » quant aux faits et aux questions clés de l'affaire (*Vavilov*, au paragraphe 127). Les motifs qui sont vraiment adaptés aux questions et aux faits principaux de l'affaire « ne doivent pas », pour emprunter une expression du juge Diner dans *Galusic c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2020 CF 223, au paragraphe 42, « se contenter de citer le libellé, de résumer les arguments et de régurgiter les phrases standard ».

[62] L'adaptation des motifs aux questions et préoccupations soulevées exige que les décideurs tirent des conclusions à l'égard des arguments ou des questions soulevées par les parties, particulièrement lorsque les arguments sont détaillés (*Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67, au paragraphe 60; *Rodriguez Martinez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 293, aux paragraphes 12 à 16; *Mattar v. National Dental Examining Board of Canada*, 2020 ONSC 403, aux paragraphes 47 à 49).

[63] Selon ce principe de l'adaptation des motifs aux questions et préoccupations soulevées, le décideur doit rendre une décision qui tient compte des principaux faits de l'affaire (*Kotai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 233, aux paragraphes 42 et 44; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 53, aux paragraphes 4 à 12; *Patel*, aux paragraphes 14 à 22; *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 162, aux paragraphes 35 et 36; *Sadiq c. Canada*

[64] In this case, when called to support its expressed disagreement with the applicant's grounds of appeal, the RAD stated that distinguishing between past and present realities and political leadership in Guinea-Bissau does not constitute a capricious and perverse analysis of the evidence. The RAD simply focused on the nature of the applicant's argument, but nowhere do I see the RAD explicitly asserting its agreement or disagreement with any particular finding of the RPD on any of the issues raised by the applicant, other than to cite specific paragraphs of the RPD decision in footnote references.

[65] I take issue with the position of the respondent; that is not a simple question of semantics.

[66] The respondent argues that the RAD must simply state a minimal explanation, if only to show why the RAD is in agreement with the findings of the RPD. I disagree.

[67] It is not enough for the RAD simply to express agreement with the manner in which the RPD rendered its decision, or to simply express disagreement with the applicant's argument. The RAD decision must also show that it "meaningfully grapple[d] with key issues or central arguments raised by the parties" (*Vavilov*, at paragraph 128), something which is done by way of explicit findings, whether such findings are in agreement or disagreement with the findings of the lower tribunal.

[68] Indeed, like any other administrative decision-maker, the RAD is required to provide responsive reasons that show that it "actually *listened* to the parties" (*Vavilov*, at paragraph 127 [emphasis in original]; *Sadiq*, at paragraphs 13 and 30).

[69] To quote Mr. Justice Martineau in *Ali* at paragraph 4:

(*Citoyenneté et Immigration*), 2020 CF 267 (*Sadiq*), aux paragraphes 14 et 31).

[64] Dans la présente affaire, lorsqu'elle a dû fournir des motifs pour son désaccord à l'égard des motifs d'appel du demandeur, la SAR a déclaré que faire une distinction entre les réalités du passé et du présent et les dirigeants politiques en Guinée-Bissau ne constitue pas une analyse arbitraire et abusive de la preuve. La SAR s'est simplement concentrée sur la nature de l'argumentation du demandeur, mais je ne vois nulle part où la SAR affirme explicitement qu'elle est en accord ou en désaccord avec une conclusion de la SPR en particulier sur l'une ou l'autre des questions soulevées par le demandeur, sauf pour citer des paragraphes précis de la décision de la SPR dans des notes de bas de page.

[65] Je ne partage pas la position du défendeur : il ne s'agit pas d'une simple question de sémantique.

[66] Le défendeur soutient que la SAR n'a qu'à fournir une explication minimale, ne serait-ce que pour montrer pourquoi elle souscrit aux conclusions de la SPR. Je ne suis pas de cet avis.

[67] Il ne suffit pas que la SAR exprime son accord avec la façon dont la SPR a rendu sa décision ou qu'elle se dise simplement en désaccord avec l'argumentation du demandeur. La SAR doit également démontrer qu'elle « s'[est] attaqu[ée] de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties » (*Vavilov*, au paragraphe 128), ce qui se fait au moyen de conclusions explicites, que ces conclusions soient en accord ou en désaccord avec les conclusions du tribunal de première instance.

[68] En fait, comme tout autre décideur administratif, la SAR doit fournir des motifs qui démontrent qu'elle a « effectivement *écouté* les parties » (*Vavilov*, au paragraphe 127 [italique dans l'original]; *Sadiq*, aux paragraphes 13 et 30).

[69] Voici ce qu'a déclaré le juge Martineau, au paragraphe 4 de la décision *Ali* :

It was not sufficient for the RAD to simply state that it “conducted an independent analysis of the evidence in order to decide, whether the RPD’s reasons were supportable in regards to the viability of an internal flight alternative for the Appellant” (emphasis added). In order to sustain the reasonableness of the RAD’s decision, this Court must be satisfied that the RAD truly acted as an appeal tribunal and came to its own conclusion with respect to the correctness of the RPD’s findings of law, fact or fact and law, even if the RAD refused to admit new evidence on appeal. In practice, this means that there must be some minimal discussion in the RAD’s reasons of the errors raised by an appellant and their respective merit, in light of the relevant parts of the documentary evidence that were not considered by the RPD. The reasons provided by the RAD in this case do not meet this minimal standard. [Further emphasis added.]

[70] A minimal discussion of the errors raised by the applicant in this case does not mean that every single impugned finding of the RPD should be addressed, for a decision maker is not required to make “an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion” (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 16).

[71] An “explicit finding” is only required as regards the key, or “constituent” elements leading to a decision.

[72] Given the multiple issues at stake, and the specific issues raised by the applicant, I cannot see how the unsupported assertions made by the RAD were “justified in light of the facts” and “meaningfully account[ed] for the central issues and concerns raised by the parties” (*Vavilov*, at paragraphs 126–127).

[73] As stated by Mr. Justice Norris in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Davoodabadi*, 2019 FC 350, after citing subsection 169(b) of IRPA, “[t]he RAD’s reasons do not need to be perfect or exhaustive but they

Il n’était pas suffisant pour la SAR de déclarer tout simplement qu’elle avait [TRADUCTION] « mené une analyse indépendante des éléments de preuve en vue de décider si les motifs de la SPR étaient justifiables en ce qui a trait à la viabilité d’une possibilité de refuge intérieur pour l’appelant » (non souligné dans l’original). Pour étayer le caractère raisonnable de la décision de la SAR, la Cour doit être convaincue que la SAR a véritablement agi en qualité de tribunal d’appel et qu’elle a tiré sa propre conclusion quant à l’exactitude des conclusions de droit, de fait, ou de fait et de droit de la SPR, et ce, même si la SAR a refusé d’admettre de nouveaux éléments de preuve en appel. En pratique, cela signifie qu’il doit y avoir un débat minimal concernant les motifs de la SAR quant aux erreurs soulevées par un appellant et leur bien-fondé respectif, compte tenu des passages pertinents de la preuve documentaire qui n’ont pas été pris en considération par la SPR. Les motifs fournis par la SAR en l’instance ne satisfont pas à la norme minimale. [Non souligné dans l’original.]

[70] Une analyse minimale des erreurs soulevées par le demandeur dans la présente affaire ne signifie pas que chaque conclusion contestée de la SPR devrait être abordée, car un décideur n’est pas tenu de « tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à sa conclusion finale » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, au paragraphe 16).

[71] Une « conclusion explicite » n’est nécessaire qu’à l’égard des éléments clés ou des éléments « constitutifs » à l’origine d’une décision.

[72] Vu les multiples questions à trancher et les questions précises soulevées par le demandeur, je ne vois pas en quoi les affirmations non étayées de la SAR « se justif[iaient] au regard des faits » et « [tenaient] valablement compte des questions et préoccupations centrales soulevées par les parties » (*Vavilov*, aux paragraphes 126 et 127).

[73] Comme l’a déclaré le juge Norris dans la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Davoodabadi*, 2019 CF 350, après avoir cité l’alinéa 169b) de la LIPR, « [i]l n’est pas nécessaire que les motifs de la SAR soient

must say enough to permit the parties to understand why the result was reached, to allow the parties to make an informed decision about whether or not to seek judicial review and, if such review is sought, to be able to meaningfully advance their respective positions” (at paragraph 26).

[74] In this case, the applicant submits that he does not know how the RAD came to its conclusion; neither do I. I cannot see the decision as being based on an internally coherent and rational chain of analysis on the critical points (*Vavilov*, at paragraphs 85 and 102), nor am I able to infer such reasons from the record (*Vavilov*, at paragraphs 91 and 97).

[75] The respondent cites a pre-*Vavilov* case, *Kayitankore v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1030 (*Kayitankore*), where Mr. Justice Gascon stated, at paragraphs 21 and 23:

The language used by the RAD in its decision could perhaps have been clearer in certain respects and could have explained in more detail how it “would have reached the same conclusions” as the RPD. However, it certainly does not fall outside the range of acceptable, possible outcomes. The RAD has not overlooked any important factor nor has it misapprehended the circumstances of Mr. Kayitankore. Under the reasonableness standard, as long as the process and the outcome fit comfortably with the principles of justification, transparency and intelligibility, a reviewing court should not intervene even if its assessment of the evidence might have led it to a different outcome. This is clearly the case here.

...

I do not agree with Mr. Kayitankore that the RAD was required to provide a “different analysis”. The RAD was just required to conduct its own assessment. The fact that it followed and repeated the RPD legal analysis before concluding that it was correct and that it would have reached the same conclusion does not mean or imply that it did not do its own analysis. The RAD cannot be faulted for not having done its own independent assessment simply because it followed the approach and reasoning of the RPD, and found it convincing. In exercising its appeal

parfaits ou exhaustifs, mais ils doivent être suffisamment développés pour permettre aux parties de comprendre pourquoi le résultat a été atteint, de prendre une décision éclairée quant à savoir si elles doivent ou non demander un contrôle judiciaire et, le cas échéant, de faire valoir leurs thèses respectives de façon significative dans le cadre d’un contrôle judiciaire » (au paragraphe 26).

[74] En l’espèce, le demandeur soutient qu’il ne comprend pas ce qui a motivé la décision de la SAR; moi non plus. Je ne constate pas que la décision repose sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle par rapport aux éléments cruciaux (*Vavilov*, aux paragraphes 85 et 102). Je ne suis pas non plus en mesure de déduire de tels motifs à la lumière du dossier (*Vavilov*, aux paragraphes 91 et 97).

[75] Le défendeur cite une décision antérieure à l’arrêt *Vavilov, Kayitankore c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1030 (*Kayitankore*), dans laquelle le juge Gascon affirme ceci aux paragraphes 21 et 23 :

La SAR aurait pu, à certains égards, s’exprimer plus clairement dans sa décision et aurait pu expliquer plus en détail comment elle [TRADUCTION] « aurait tiré les mêmes conclusions » que la SPR. Cependant, sa conclusion appartient certainement aux issues possibles acceptables. La SAR n’a négligé aucun facteur important et elle n’a pas mal interprété la situation de M. Kayitankore. En vertu de la norme de la décision raisonnable, tant que le processus et le résultat sont conformes aux principes de la justification, de la transparence et de l’intelligibilité, la cour de révision ne devrait pas intervenir même si son évaluation de la preuve dont elle disposait aurait pu mener à une issue différente. C’est manifestement le cas en l’espèce.

[...]

Je ne suis pas d’accord avec M. Kayitankore que la SAR devait effectuer une « analyse différente ». La SAR était simplement tenue d’effectuer sa propre évaluation. Le fait qu’elle ait suivi et répété l’analyse juridique de la SPR avant de conclure que celle-ci était correcte et qu’elle aurait tiré la même conclusion ne signifie pas ou n’implique pas qu’elle n’a pas effectué sa propre analyse. On ne peut pas reprocher à la SAR de ne pas avoir effectué sa propre évaluation simplement parce qu’elle a suivi l’approche et le raisonnement de la SPR et qu’elle

function, the RAD was entitled to echo the RPD analysis and to agree with it. In this case, the RAD reviewed the RPD's reasoning and analysis of the record in detail, it determined that the RPD did not err and did use the correct legal tests under sections 96 and 96 of IRPA, and it confirmed the RPD decision. In doing so, the RAD clearly performed the analysis summarized in *Huruglica FCA* at para 103, applying a correctness standard. [Emphasis added.]

[76] I stand by the principles set out by Mr. Justice Gascon; however, in *Kayitankore*, the RAD not only conducted its own independent analysis, but had also come to its own findings on key issues, although those findings echoed the findings of the RPD.

[77] Here, even read as a whole, there is no explicit indication that the RAD has made its own findings as to any of the key issues raised by the applicant. All we are left with is that the RAD disagrees with the applicant's submissions, and footnote references to certain paragraphs of the RPD decision. I am afraid that is not enough.

[78] The respondent cites a case decided by Mr. Justice Annis, *Tekle v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 1040 (*Tekle*), for the proposition that the RAD need not reinvent the wheel when it finds that the RPD has committed no reviewable error, and where the RPD went to great length to set out reasons with which the RAD agrees.

[79] Although a pre-*Vavilov* decision, I read *Tekle* as standing for the proposition that the RAD need not address each component of applicant's argument as long as the determinative issues are canvassed, and may express its findings by simply agreeing with the conclusions of the RPD without necessarily having to come up with its own fresh reasons.

les a trouvés convaincants. En s'acquittant de sa fonction en matière d'appel, la SAR avait le droit de faire écho à l'analyse de la SPR et d'abonder dans le même sens. En l'espèce, la SAR a examiné en détail le raisonnement de la SPR et son analyse du dossier et elle a conclu que la SPR n'avait commis aucune erreur et qu'elle avait appliqué les bons critères juridiques en vertu des articles 96 et 97 de la SPR; et elle a confirmé la décision de la SPR. Ce faisant, la SAR a de toute évidence effectué l'analyse qui est résumée dans l'arrêt *Huruglica CAF*, au paragraphe 103, en appliquant la norme de la décision correcte. [Non souligné dans l'original.]

[76] Je souscris aux principes énoncés par le juge Gascon; cependant, dans l'affaire *Kayitankore*, la SAR a non seulement mené sa propre analyse indépendante, mais aussi tiré ses propres conclusions sur des questions clés, même si ces conclusions faisaient écho aux conclusions de la SPR.

[77] Même en considérant la décision dans son ensemble, rien ne montre que la SAR a tiré ses propres conclusions relativement à l'une ou l'autre des questions clés soulevées par le demandeur. Tout ce que nous savons, c'est que la SAR n'est pas d'accord avec les observations du demandeur et qu'elle renvoie à des notes de bas de page concernant certains paragraphes de la décision de la SPR. Je crains que ce ne soit pas suffisant.

[78] Le défendeur cite une décision rendue par le juge Annis, *Tekle c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 1040 (*Tekle*), à l'appui de la thèse selon laquelle la SAR n'a pas à réinventer la roue lorsqu'elle conclut que la SPR n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle et que la SPR a fourni des motifs détaillés auxquels elle souscrit.

[79] Même s'il s'agissait d'une décision antérieure à l'arrêt *Vavilov*, j'interprète la décision *Tekle* comme indiquant que la SAR n'est pas tenue d'examiner chaque élément de l'argumentation du demandeur dans la mesure où elle traite des questions déterminantes, et qu'elle peut exprimer ses conclusions en se contentant de souscrire aux conclusions de la SPR sans avoir à énoncer ses propres motifs.

[80] However, I do not find that *Tekle* is altogether helpful to the respondent where the issue relates more to the sufficiency rather than to the method of delivery of the RAD's decision. In any event, in *Tekle*, the RAD did provide reasons in response to the submissions of the applicant, and pointed to elements of the evidence to support its findings (at paragraph 23). Here, the RAD did not.

[81] I wish to conclude with a comment taken from *Vavilov*, at paragraph 15:

... What distinguishes reasonableness review from correctness review is that the court conducting a reasonableness review must focus on the decision the administrative decision maker actually made, including the justification offered for it, and not on the conclusion the court itself would have reached in the administrative decision maker's place. [Emphasis added.]

[82] It would have been possible to appreciate the decision that the RAD "would have reached", only if it had been explicit in its findings. This was not done here.

[83] In short, the decision of the RAD simply did not meaningfully grapple with the key elements of the case, and thus failed to provide justification of its decision regarding the central issues and concerns raised by the applicant in a transparent and intelligible manner.

[84] For the reasons set out above, I find that the decision rendered by the RAD is unreasonable, and must be set aside. Given my reasons, I need not address the remaining issues raised by the applicant regarding the alleged shortcomings of the RAD's decision.

VI. Conclusion

[85] Accordingly, I allow the application for judicial review.

[80] Cependant, je ne trouve pas que la décision *Tekle* aide vraiment le défendeur, puisque la question se rapporte davantage au caractère suffisant qu'au prononcé des décisions de la SAR. Quoiqu'il en soit, dans la décision *Tekle*, la SAR a fourni des motifs en réponse aux observations du demandeur et elle a attiré l'attention sur des éléments de preuve pour appuyer ses conclusions (au paragraphe 23), ce que la SAR n'a pas fait dans la présente affaire.

[81] Je conclurai par un commentaire tiré de l'arrêt *Vavilov*, au paragraphe 15 :

[...] Ce qui distingue le contrôle selon la norme de la décision raisonnable du contrôle selon la norme de la décision correcte tient au fait que la cour de justice effectuant le premier type de contrôle doit centrer son attention sur la décision même qu'a rendue le décideur administratif, notamment sur sa justification, et non sur la conclusion à laquelle elle serait parvenue à la place du décideur administratif. [Non souligné dans l'original.]

[82] Il aurait été possible d'apprécier la décision « à laquelle [la SAR] serait parvenue » seulement si ses conclusions avaient été explicites. Or, ce n'était pas le cas en l'espèce.

[83] En bref, la décision de la SAR ne s'est tout simplement pas attaquée de façon significative aux questions clés de l'affaire et ne comportait donc pas, d'une manière transparente et intelligible, de justification à l'appui de ses conclusions concernant les questions et préoccupations centrales soulevées par le demandeur.

[84] Pour tous ces motifs, je conclus que la décision rendue par la SAR est déraisonnable et qu'elle doit être annulée. Compte tenu de mes motifs, je n'ai pas besoin d'examiner les autres questions soulevées par le demandeur concernant des lacunes que comporterait la décision de la SAR.

VI. Conclusion

[85] Par conséquent, j'accueille la demande de contrôle judiciaire.

JUDGMENT in IMM-2283-19

JUGEMENT dans le dossier IMM-2283-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

LA COUR STATUE que :

1. The application for judicial review is allowed and the matter is returned to a different panel member for reconsideration.
2. There are no questions for certification.

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie et l'affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué pour qu'il effectue un nouvel examen.
2. Il n'y a aucune question à certifier.

T-1336-17
2020 FC 570

T-1336-17
2020 CF 570

The Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Plaintiffs)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (demandeurs)

v.

c.

Cedo Kljajic (Defendant)

Cedo Kljajic (défendeur)

INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. KLJAJIC

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. KLJAJIC

Federal Court, Crampton C.J.—Ottawa, January 13–17, 20–22; April 30, 2020.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Ottawa, 13 au 17 et 20 au 22 janvier; 30 avril 2020.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — False representation or fraud — Inadmissible persons — War crimes and crimes against humanity — Action by plaintiffs seeking various declarations of inadmissibility against defendant pursuant to Citizenship Act, ss. 10.1(1), 10.2, 10.5(1) in force at time statement of claim served, filed — Defendant holding position of Under-Secretary for Public Security of Ministry of Internal Affairs of Bosnian Serb Republic (RS MUP) from outbreak of Bosnian war until September 1992 — Responsible for, inter alia, defence of police academy — Applying for permanent residence in Canada in 1995, becoming Canadian citizen in 1999 — Minister of RS MUP, defendant's direct subordinates later imprisoned for war crimes — Plaintiffs alleging that defendant inadmissible (1) for having been prescribed senior official in service of government that engaged in systematic or gross human rights violations, genocide, war crimes, crimes against humanity, within meaning of Crimes Against Humanity and War Crimes Act (CAHWCA), ss. 6(3), (4), (5); (2) for having been complicit in commission of acts outside Canada constituting offence referred to in CAHWCA, ss. 6, 7 — Seeking declarations that defendant inadmissible, obtaining permanent resident status, citizenship by false representation or fraud, or by knowingly concealing material circumstances — Whether defendant becoming permanent resident by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances; whether defendant inadmissible on grounds of violating human or international rights, as set forth in Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 35(1)(b); whether defendant inadmissible on grounds of violating human or international rights, as set forth in Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 35(1)(a) — Defendant knowingly concealing material circumstances — Omitted facts possibly leading to screening out of defendant's application, further inquiries — Fear of harm not negating reasonable inference that defendant "knowingly" concealing material circumstances

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Fraude ou fausse déclaration — Personnes interdites de territoire — Crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Action par laquelle les demandeurs ont sollicité divers jugements déclarant le défendeur interdit de territoire conformément aux art. 10.1(1), 10.2 et 10.5(1) de la version de la Loi sur la citoyenneté qui était en vigueur lorsqu'ils ont signifié et déposé leur déclaration — Le défendeur a occupé le poste de sous-secrétaire de la section de la sécurité publique du ministère de l'Intérieur de la République de la Bosnie-Herzégovine (RS MUP) dès le début de la guerre jusqu'en septembre 1992 — Il était, entre autres, responsable de la défense de l'académie de police — Il a présenté une demande de résidence permanente au Canada en 1995 et il est devenu citoyen canadien en 1999 — Le ministre du RS MUP et une personne qui a été un des subalternes directs du défendeur ont ensuite été emprisonnés pour crimes de guerre — Les demandeurs ont soutenu que le défendeur était interdit de territoire au Canada 1) pour avoir occupé un poste de rang supérieur au sein d'un gouvernement qui s'est livré à des violations graves ou répétées des droits de la personne, à un génocide, à des crimes de guerre et à des crimes contre l'humanité, au sens des art. 6(3), (4) et (5) de la Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (LCHCG), et 2) pour avoir été complice à l'étranger d'infractions visées aux art. 6 et 7 de la LCHCG — Ils ont sollicité des jugements déclarant que le défendeur était interdit de territoire, qu'il a obtenu la résidence permanente et la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Il s'agissait de savoir si le défendeur est devenu résident permanent par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels; si le défendeur était interdit de territoire au Canada pour atteinte aux droits humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l'art. 35(1)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (Loi); et si le défendeur était interdit de territoire au Canada pour atteinte aux droits

— Applicants having to disclose basis for fear of persecution — Defendant inadmissible on grounds of violating human or international rights — Within Parliament's power to legislate that permanent residents inadmissible by virtue of holding prescribed senior position within government engaged in crimes referred to in Act, s. 35(1)(b) — *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)* having no application to s. 35(1)(b) — Nothing in Act, s. 42.1 or elsewhere providing Court with jurisdiction to take account of national interest considerations in conducting assessment contemplated by Citizenship Act, s. 10.5(1) — Here, defendant "senior member" of military, internal security service of RS government — Defendant complicit in RS MUP's crimes against humanity, pursuant to Act, s. 35(1)(a), voluntarily making significant, knowing contribution to group's crime or criminal purpose — RS MUP playing critical role in war — Defendant likely aware of crimes perpetrated by RS MUP — Heading branch heavily involved in combat activities — Actively involved in establishment, functioning of RS MUP — Routinely giving orders — Contribution to criminal purposes of RS MUP having element of recklessness — Voluntarily joining RS MUP — Defendant's state of mind leading-up to departure from RS MUP not reflecting air of coercion or moral involuntariness — No tension reflected between fear for defendant's personal safety, continuing complicity in crimes — Defendant not compelled to commit crimes against humanity — Declarations granted.

Evidence — Plaintiffs seeking declarations of inadmissibility against defendant pursuant to Citizenship Act, ss. 10.1(1), 10.2, 10.5(1) in force at time statement of claim served, filed — Witnesses for proceeding herein testifying from embassy in Belgrade — Not necessary to administer oath to foreign witnesses in accordance with Serbian law or in presence of Serbian judge or lawyer — Sufficient to administer oath in manner contemplated by Canada Evidence Act, ss. 52, 53.

humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l'art. 35(1)a) de la Loi — Le défendeur a intentionnellement dissimulé des faits essentiels — Il a omis des faits qui auraient soit mené au rejet de sa demande, soit à la tenue d'enquêtes supplémentaires — La crainte que l'on s'en prenne à lui n'a pas écarté la déduction raisonnable qu'il a dissimulé de façon « intentionnelle » des faits essentiels — Les demandeurs d'asile doivent indiquer le fondement de leur crainte de persécution — Le défendeur a été déclaré interdit de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux — Il relève de la compétence du législateur de légiférer l'interdiction de territoire des résidents permanents parce qu'ils occupent un poste de rang supérieur au sein d'un gouvernement qui a commis les crimes mentionnés à l'art. 35(1)b) de la LIPR — L'arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* ne s'applique aucunement dans le contexte de l'art. 35(1)b) — Rien dans l'art. 42.1 de la Loi ou ailleurs ne confère compétence à la Cour pour prendre en compte des considérations relatives à l'intérêt national lors de la réalisation de l'évaluation prévue à l'art. 10.5(1) de la Loi sur la citoyenneté — Dans la présente affaire, le défendeur était un « responsable » des forces armées et des services de sécurité intérieure de la RS — Le défendeur était complice des crimes contre l'humanité perpétrés par le RS MUP, au sens de l'art. 35(1)a) de la Loi, et il a volontairement et consciemment contribué de manière significative à la perpétration d'un crime par un groupe ou à la réalisation du dessein criminel de ce groupe — Le RS MUP a joué un rôle déterminant pendant la guerre — Le défendeur savait vraisemblablement que le RS MUP perpétrait des crimes — Il était le chef de la division qui a participé largement aux activités de combat — Le défendeur a participé activement à l'établissement du RS MUP et à son organisation — Il donnait régulièrement des ordres — Sa contribution au dessein criminel du RS MUP comportait un élément d'insouciance — Il s'est joint volontairement au RS MUP — Son état mental avant son départ du RS MUP ne reflétait pas la moindre impression de coercition ou de caractère involontaire au sens moral — Rien n'indiquait l'existence d'un conflit entre sa crainte pour sa sécurité personnelle et sa complicité continue dans la perpétration de crimes — Le défendeur n'a pas été contraint à commettre des crimes contre l'humanité — Jugements déclaratoires accordés.

Preuve — Les demandeurs ont sollicité des jugements déclarant le défendeur interdit de territoire conformément aux art. 10.1(1), 10.2 et 10.5(1) de la version de la Loi sur la citoyenneté qui était en vigueur lorsqu'ils ont signifié et déposé leur déclaration — Dans la présente affaire, des personnes ont témoigné depuis l'ambassade du Canada à Belgrade — Il n'était pas nécessaire de s'assurer que les témoins étrangers avaient prêté serment conformément au droit serbe ou en présence d'un juge ou d'un avocat serbe — Il suffisait que l'assermentation ait eu lieu de la manière prévue aux art. 52 et 53 de la Loi sur la preuve au Canada.

This was an action by the plaintiffs seeking various declarations of inadmissibility against the defendant pursuant to subsection 10.1(1), section 10.2 and subsection 10.5(1) of the version of the *Citizenship Act* that was in force at the time they served and filed their statement of claim.

In 1991, the defendant was appointed to the position of Deputy to the Assistant Minister of Internal Affairs of the Republic of Bosnia and Herzegovina (SRBiH MUP), which had jurisdiction over public and state security services in the republic. In January 1992, the Assembly of the Serb People in Bosnia and Herzegovina proclaimed the Serb Republic of Bosnia and Herzegovina (RS). A few weeks later a new law creating the Ministry of Internal Affairs of the Bosnian Serb Republic (RS MUP) came into force. In April, Serbs (including the defendant) who had refused to comply with orders to continue fulfilling their responsibilities to the SRBiH MUP were fired from that organization, the Bosnian war broke out, and the defendant was appointed to the position of Under-Secretary for Public Security of the RS MUP. The defendant held that position for at least five months, i.e., from the outbreak of the war until September 1992. During his time as Under-Secretary of the RS MUP, the defendant was responsible for, among other things, the defence of a police academy. In 1995, the defendant applied for, and was granted, permanent residence in Canada as a member of the refugee class. He went on to become a Canadian citizen in 1999. In 2016, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia sentenced the Minister of the RS MUP, as well as one of the defendant's direct subordinates, to imprisonment for war crimes. The plaintiffs alleged that there were reasonable grounds to believe that the defendant was inadmissible to Canada (1) for having been a prescribed senior official in the service of a government that engaged in systematic or gross human rights violations, genocide, war crimes and crimes against humanity, within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* (CAHWCA), and (2) for having been complicit in the commission of acts outside Canada that constitute an offence referred to in sections 6 and 7 of the CAHWCA. The plaintiffs sought, for the purposes of section 10.2, and subsections 10.1(1) and 10.5(1) of the *Citizenship Act*, declarations that the defendant obtained permanent resident status and his citizenship by false representation or fraud, or by knowingly concealing material circumstances. The plaintiffs also sought declarations that the defendant was inadmissible under paragraphs 19(1)(l) and (j) of the *Immigration Act*, and under paragraphs 35(1)(a) and (b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act). The defendant maintained that he did not make false representations on his permanent residence application, i.e. by failing to disclose his career as a police officer, and the position that he held in the RS MUP, with the intention of misleading immigration officials who would be reviewing his application. Rather, he omitted mentioning his

Il s'agissait d'une action par laquelle les demandeurs ont sollicité divers jugements déclarant le défendeur interdit de territoire conformément au paragraphe 10.1(1), à l'article 10.2 et au paragraphe 10.5(1) de la version de la *Loi sur la citoyenneté* qui était en vigueur lorsqu'ils ont signifié et déposé leur déclaration.

En 1991, le défendeur a été nommé sous-ministre adjoint de l'Intérieur de la République de la Bosnie-Herzégovine (SRBiH MUP), dont relevaient le service de sécurité publique et le service de sécurité de l'État. En janvier 1992, l'Assemblée du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine a proclamé la République serbe de Bosnie-Herzégovine (RS). Quelques semaines plus tard, une nouvelle loi instaurant le ministère de l'Intérieur de la République serbe de Bosnie (RS MUP) est entrée en vigueur. En avril, les Serbes (y compris le défendeur) qui avaient refusé de continuer à s'acquitter de leurs responsabilités envers le SRBiH MUP ont été congédiés, la guerre de Bosnie a éclaté et le défendeur a été nommé au poste de sous-secrétaire de la section de la sécurité publique du RS MUP. Le défendeur a occupé ce poste pendant au moins cinq mois, c'est-à-dire dès le début de la guerre jusqu'en septembre 1992. Lorsqu'il était sous-secrétaire du RS MUP, le défendeur était, entre autres, responsable de la défense de l'académie de police. En 1995, il a présenté une demande de résidence permanente au Canada en tant que réfugié, et cette demande a été accueillie. Il est ensuite devenu citoyen canadien en 1999. En 2016, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a condamné à l'emprisonnement le ministre du RS MUP et une personne qui a été un des subalternes directs du défendeur pour crimes de guerre. Les demandeurs ont soutenu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que le défendeur était interdit de territoire au Canada 1) pour avoir occupé un poste de rang supérieur au sein d'un gouvernement qui s'est livré à des violations graves ou répétées des droits de la personne, à un génocide, à des crimes de guerre et à des crimes contre l'humanité, au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* (LCHCG), et 2) pour avoir été complice à l'étranger d'infractions visées aux articles 6 et 7 de la LCHCG. Les demandeurs ont sollicité, aux fins de l'application de l'article 10.2 et des paragraphes 10.1(1) et 10.5(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, des jugements déclarant que le défendeur a obtenu la résidence permanente et la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Les demandeurs ont aussi sollicité des jugements déclarant le défendeur interdit de territoire en vertu des alinéas 19(1)l) et j) de la *Loi sur l'immigration* et des alinéas 35(1)a) et b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Loi). Le défendeur a maintenu qu'il n'avait pas fait de fausses déclarations dans sa demande de résidence permanente notamment en omettant de mentionner sa carrière policière et le poste qu'il avait occupé au sein du RS MUP, dans le but d'induire en erreur les agents d'immigration responsables de l'examen de sa demande. Plutôt, il a omis de mentionner sa

history because he was afraid that he and his family would be harmed. The defendant also submitted, *inter alia*, that to the extent that “prescribed senior officials” (as defined in section 16 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*) may be inadmissible merely by virtue of their position in a designated or non-designated government, this is inconsistent with the Supreme Court’s teachings in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*. While the defendant acknowledged that the RS MUP committed crimes against humanity during the time that he was the Under-Secretary of that organization, he took issue with the plaintiffs’ allegation that he was complicit in those crimes.

At issue was whether the defendant became a permanent resident by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, and subsequently obtaining his citizenship; whether the defendant was inadmissible on grounds of violating human or international rights, as set forth in paragraph 35(1)(b) of the Act; and whether the defendant was inadmissible on grounds of violating human or international rights, as set forth in paragraph 35(1)(a) of the Act.

Held, the declarations should be granted.

A preliminary issue was first addressed pertaining to the swearing-in of four witnesses who testified herein from the Canadian embassy in Belgrade. It was not necessary to ensure that the foreign witnesses were administered oaths in accordance with Serbian law or in the presence of someone occupying the position of judge or lawyer in that country. It was sufficient that those witnesses had their oaths administered in the manner contemplated by sections 52 and 53 of the *Canada Evidence Act*, namely, by a Consul while performing one of his functions at the embassy.

Turning to the heart of the matter, the defendant knowingly concealed material circumstances from his permanent residence application, including that he resided in Bosnia between April and December 1992, had a police career in the SRBiH MUP, and was Under-Secretary of the RS MUP. These facts were material circumstances, within the meaning of subsection 10.1(1) of the *Citizenship Act*. They would either have led to the screening out of the defendant’s application, or to further inquiries with respect to his potential involvement in the genocide, war crimes and crimes against humanity that were known to have been perpetrated by the RS MUP. Had the defendant disclosed the fact that he had been a senior member of the RS government, more inquiries would have been made. The defendant failed to disclose those facts out of fear that he would be harmed by a paramilitary group. This did not negate the reasonable inference that the defendant “knowingly” concealed material circumstances related to his permanent

carrière policière parce qu’il craignait que l’on s’en prenne à lui ou aux membres de sa famille. Le défendeur a soutenu en outre que dans la mesure où des personnes qui occupent un « poste de rang supérieur » (défini à l’article 16 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*) peuvent être interdites de territoire simplement du fait de leurs fonctions au sein d’un gouvernement désigné ou non, cela va à l’encontre des enseignements de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*. Si le défendeur a reconnu que le RS MUP a commis des crimes contre l’humanité alors qu’il était sous-secrétaire de cette organisation, il a toutefois contesté l’allégation des demandeurs selon laquelle il a été complice de ces crimes.

Il s’agissait de savoir si le défendeur est devenu résident permanent par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels et a ensuite obtenu la citoyenneté canadienne; si le défendeur était interdit de territoire au Canada pour atteinte aux droits humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l’alinéa 35(1)(b) de la Loi; et si le défendeur était interdit de territoire au Canada pour atteinte aux droits humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l’alinéa 35(1)(a) de la Loi.

Jugement : les jugements déclaratoires doivent être accordés.

Il a fallu dans un premier temps régler une question préliminaire quant à la façon d’assermenter les quatre personnes qui, dans la présente instance, ont témoigné depuis l’ambassade du Canada à Belgrade. Il n’était pas nécessaire de s’assurer que les témoins étrangers avaient prêté serment conformément au droit serbe ou en présence d’un juge ou d’un avocat serbe. Il suffisait que l’assermentation ait eu lieu de la manière prévue aux articles 52 et 53 de la *Loi sur la preuve au Canada*, c’est-à-dire qu’elle ait été effectuée par un consul dans l’exécution de ses fonctions à l’ambassade.

En ce qui concerne le fond de l’affaire, le défendeur a intentionnellement dissimulé des faits essentiels dans sa demande de résidence permanente, notamment le fait qu’il vivait en Bosnie entre avril et décembre 1992, sa carrière policière au sein du SRBiH MUP, et le poste de sous-secrétaire du RS MUP qu’il avait occupé. Ces faits étaient des faits essentiels, au sens du paragraphe 10.1(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Ils auraient soit mené au rejet de la demande du défendeur, soit à la tenue d’enquêtes supplémentaires en lien avec sa participation potentielle au génocide, aux crimes de guerre et aux crimes contre l’humanité reconnus comme ayant été perpétrés par le RS MUP. Si le défendeur avait divulgué le fait qu’il était un ancien haut fonctionnaire de la RS, une enquête plus approfondie aurait été menée. Le défendeur a omis de mentionner ces faits parce qu’il craignait qu’un groupe paramilitaire s’en prenne à lui. Cela n’a pas écarté la déduction raisonnable qu’il a dissimulé de façon « intentionnelle » des faits essentiels en

residence application. The mental element contemplated by the word “knowing” in section 10.1 is the concealing of information with the intention to deceive, to hide that information from immigration authorities. The defendant specifically did not want anyone in the embassy to know about his links to the RS MUP and the SRBiH MUP. This is very different from innocently forgetting to include material information, providing inaccurate information because of an honest translation error, or omitting information because it was genuinely considered to be inconsequential. The defendant did not identify any authority in support of the proposition that the knowing concealment of material circumstances, with the intention to deceive Canadian immigration authorities, can be justified. While such concealment may be justifiable in exceptional circumstances (i.e. where the application is completed under duress or where the defence of necessity applies), there was no persuasive evidence that the defendant’s application was completed under such circumstances. Where refugee protection is sought, an applicant must disclose the basis for his fear of persecution. In light of the above, the defendant was held to have become a permanent resident in Canada (and subsequently a citizen thereof) by knowingly concealing material circumstances on his permanent residence application. The first two declarations sought by the plaintiffs were therefore granted.

The defendant was also declared inadmissible on grounds of violating human or international rights, as set forth in paragraph 35(1)(b) of the Act. A person who is “a prescribed senior official” as described in that provision and in section 16 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* is inadmissible on that ground alone. No further factual inquiry is required. While the Supreme Court in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)* rejected the proposition that “high high-ranking government officials” should be “exposed to a form of complicity by association”, *Ezokola* did not deal with inadmissibility under paragraph 35(1)(b), but rather with the issue of whether an individual can be excluded from refugee protection under section 98 of the Act. *Ezokola* has no application to paragraph 35(1)(b). It is within Parliament’s power to legislate that permanent residents and foreign nationals are inadmissible by virtue of holding a prescribed senior position within a government that has engaged in the crimes referred to in paragraph 35(1)(b). Section 42.1 of the Act permits the Minister to declare that the matters referred to in paragraph 35(1)(b) do not constitute inadmissibility, if a foreign national is able to satisfy the Minister that his or her admission is not contrary to the national interest. However, section 42.1 is an exception to paragraph 35(1)(b) that operates only where, on application by a foreign national, the Minister makes such

lien avec sa demande de résidence permanente. L’élément moral prévu par le mot « intentionnelle » à l’article 10.1 est la dissimulation d’information dans le but d’induire en erreur, de cacher cette information des autorités de l’immigration. Le défendeur tenait particulièrement à ce que tous ceux qui se trouvaient dans l’ambassade ne soient pas mis au courant des liens qu’il avait avec le RS MUP et le SRBiH MUP. Cela ne s’assimile pas du tout à oublier innocemment d’inclure des faits essentiels, à fournir des renseignements inexacts en raison d’une erreur de traduction commise de bonne foi, ou à omettre des renseignements parce qu’ils étaient sincèrement considérés comme étant sans grande importance. Le défendeur n’a cité aucune jurisprudence à l’appui de l’observation selon laquelle la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, dans le but d’induire en erreur les autorités canadiennes de l’immigration, peut se justifier. Bien que cette dissimulation puisse être justifiable dans des circonstances exceptionnelles (lorsque la demande est présentée dans des circonstances assimilables à la contrainte ou lorsque le moyen de défense fondé sur la nécessité s’applique), il n’existait aucune preuve convaincante selon laquelle la demande du défendeur a été présentée dans ces circonstances. Lorsqu’une demande d’asile est présentée, un demandeur doit indiquer le fondement de sa crainte de persécution. Compte tenu de ce qui précède, le défendeur a été jugé être devenu résident permanent du Canada (dont il a ensuite acquis la citoyenneté) en procédant à une dissimulation intentionnelle de faits essentiels dans sa demande de résidence permanente. Les deux premiers jugements déclaratoires demandés par les demandeurs ont donc été rendus.

Le défendeur a été également déclaré interdit de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l’alinéa 35(1)b) de la Loi. Une personne qui occupe un « poste de rang supérieur », comme défini dans cette disposition et à l’article 16 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, est interdite de territoire au Canada pour ce seul motif. Aucune enquête sur les faits complémentaires n’est requise. Si la Cour suprême a rejeté dans l’arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* la proposition selon laquelle les personnes qui « occupent un poste de rang supérieur » doivent « s’expose[r] [...] à la responsabilité pour une quelconque forme de complicité par association », l’arrêt *Ezokola* ne portait pas sur l’interdiction de territoire aux termes de l’alinéa 35(1)b), mais portait plutôt sur la question de savoir si une personne pouvait être exclue de la protection des réfugiés aux termes de l’article 98 de la Loi. L’arrêt *Ezokola* ne s’applique aucunement dans le contexte de l’alinéa 35(1)b). Il relève de la compétence du législateur de légiférer l’interdiction de territoire des résidents permanents ou des étrangers parce qu’ils occupent un poste de rang supérieur au sein d’un gouvernement qui a commis les crimes mentionnés à l’alinéa 35(1)b). L’article 42.1 de la Loi permet au ministre de déclarer que les faits visés à l’alinéa 35(1)b) n’emportent pas interdiction de territoire, si un étranger est en mesure de convaincre le ministre que son

a declaration. There is nothing in section 42.1 or elsewhere in the Act, the former *Immigration Act* or the *Citizenship Act* that provides or provided the Court with jurisdiction to take account of national interest considerations in conducting the assessment contemplated by subsection 10.5(1) of the *Citizenship Act*. The evidence demonstrated that there were reasonable grounds to believe that the defendant was in fact a “senior member” of both the military and the internal security service of the RS government. The declaration sought by the plaintiffs in respect of paragraph 35(1)(b) was therefore issued.

Finally, there were reasonable grounds to believe that the defendant was complicit in the RS MUP’s crimes against humanity, pursuant to paragraph 35(1)(a) of the Act. Crimes against humanity can be committed either directly, or by complicity. Individuals may be complicit in international crimes without a link to a particular crime. However, “there must be a link between the individuals and the criminal purpose of the group”. For the purposes of paragraph 35(1)(a), that link is established where there are reasonable grounds to believe that the individual in question “has voluntarily made a significant and knowing contribution to a group’s crime or criminal purpose”. This is established by examining certain factors such as the size and nature of the organization, the individual’s duties and activities within the organization and his position and rank. The RS MUP’s “combat” operations played a critical role in the war. Communications within the RS MUP were such that the defendant likely was aware of the crimes against humanity that were being perpetrated by the RS MUP while he was the Under-Secretary. The defendant was the head of the branch of the RS MUP that was responsible for public security. That branch was also heavily involved in combat activities during the time that he held that position. Parts of the public security branch of the RS MUP were involved in the perpetration of crimes against humanity. The defendant was actively involved in the establishment of the RS MUP, its subsequent structuring and coordination, its steering council, and in several important aspects of its functioning. He routinely gave orders, both orally and in writing. These included orders pertaining to the eviction of Muslims from their homes and the arrests of opponents. Insofar as the defendant may not have been aware of some of the crimes against humanity that were perpetrated by the RS MUP while he held the position of Under-Secretary of that organization, he was nevertheless complicit in those crimes, because his contribution to the criminal purposes of the RS MUP had a significant element of recklessness. Finally, the defendant voluntarily joined the RS MUP. His state of mind in the lead-up to his departure from the RS MUP did not reflect the slightest air of coercion or moral involuntariness. The evidence did not suggest any tension whatsoever between a fear

admission au Canada ne serait pas contraire à l’intérêt national. Toutefois, l’article 42.1 est une exception à l’alinéa 35(1)b) qui ne s’applique que lorsque, sur demande de l’étranger, le ministre fait une telle déclaration. Rien dans l’article 42.1 ou ailleurs dans la Loi, l’ancienne *Loi sur l’immigration* ou la *Loi sur la citoyenneté* ne confère ou conférerait compétence à la Cour pour prendre en compte des considérations relatives à l’intérêt national lors de la réalisation de l’évaluation prévue au paragraphe 10.5(1) de cette dernière loi. Les éléments de preuve ont montré qu’il existait des motifs raisonnables de croire que le défendeur était en réalité un « responsable » des forces armées et des services de sécurité intérieure de la RS. Par conséquent, le jugement déclaratoire sollicité par les demandeurs concernant l’alinéa 35(1)b) a été rendu.

Enfin, il y avait des motifs raisonnables de croire que le défendeur était complice des crimes contre l’humanité perpétrés par le RS MUP, au sens de l’alinéa 35(1)a) de la Loi. Les crimes contre l’humanité peuvent être commis directement ou par complicité. Des individus peuvent être complices de crimes internationaux sans être liés à un crime en particulier. Toutefois, « il doit exister un lien entre ces individus et le dessein criminel du groupe ». Aux fins de l’application de l’alinéa 35(1)a), ce lien est établi lorsqu’il existe des motifs raisonnables de croire que la personne en cause « a volontairement et consciemment contribué de manière significative à la perpétration d’un crime par un groupe ou à la réalisation du dessein criminel de ce groupe ». Les facteurs qui doivent baliser l’analyse sont notamment la taille et la nature de l’organisation, les fonctions et les activités de la personne au sein de l’organisation, ainsi que son poste ou son grade. Les opérations de « combat » du RS MUP ont été déterminantes pendant la guerre. Les communications au sein du RS MUP étaient telles que le défendeur savait vraisemblablement que le RS MUP perpétrait des crimes contre l’humanité alors qu’il était sous-secrétaire. Il était le chef de la division du RS MUP responsable de la sécurité publique. Cette division participait aussi largement aux activités de combat pendant la période où il occupait ces fonctions. Plusieurs membres de la division de la sécurité publique du RS MUP ont pris part à la perpétration de crimes contre l’humanité. Le défendeur a participé activement à l’établissement du RS MUP, à son organisation et sa coordination subséquentes, à son conseil directeur et à plusieurs aspects importants de son fonctionnement. Il donnait régulièrement des ordres, oralement et par écrit. Ces derniers comprenaient des ordres ayant trait à l’expulsion des musulmans de leurs maisons et à l’arrestation d’opposants. Dans la mesure où le défendeur n’était peut-être pas au courant de certains des crimes contre l’humanité qui avaient été perpétrés par le RS MUP pendant qu’il occupait le poste de sous-secrétaire de cette organisation, il était néanmoins complice de ces crimes, étant donné que sa contribution au dessein criminel du RS MUP comportait un élément d’insouciance considérable. Enfin, le défendeur s’est joint volontairement au RS MUP. Son état mental avant son départ

for his personal safety and continuing to be complicit in heinous crimes. In brief, the defendant did not establish on a balance of probabilities, *inter alia*, that he was subjected to any explicit or implicit threat of death or bodily harm made for the purpose of compelling him to commit crimes against humanity. At the time he voluntarily joined the RS MUP, he ought to have known that he would be exposed to the very risk of compulsion to obey orders and to remain with the organization, that he now relied upon in asserting this defence. Given the foregoing, the declaration sought by the plaintiffs in respect of paragraph 35(1)(a) of the Act was granted.

du RS MUP ne reflétait pas la moindre impression de coercition ou de caractère involontaire au sens moral. La preuve n'indique aucun conflit entre sa crainte pour sa sécurité personnelle et sa complicité continue dans la perpétration de crimes odieux. En somme, le défendeur n'a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, notamment, qu'il avait fait l'objet de menaces de mort ou de lésions corporelles, explicites ou implicites dans le but de le contraindre à commettre des crimes contre l'humanité. Au moment où il s'est joint volontairement au RS MUP, il devait certainement savoir qu'il serait exposé au risque d'être contraint d'obéir aux ordres et de demeurer au sein de l'organisation, deux points sur lesquels il se fonde maintenant pour invoquer cette défense. Compte tenu de ce qui précède, le jugement déclaratoire sollicité par les demandeurs conformément à l'alinéa 35(1)a) de la Loi a été accordé.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to amend the Citizenship Act and to make consequential amendments to another Act, S.C. 2017, c. 14, s. 19.1(2).
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 52, 53.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(2), 5(1)(c), 10.1, 10.2, 10.5, 10.7.
Constitution of the Serb Republic of Bosnia and Herzegovina. Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24, ss. 4-7, 6, 7, 33.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 7(3.76),(3.77).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 32.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(3), 19(1)(j),(l).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 2(1), 33, 34, 35, 36, 42.1, 98.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 16.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F.

CASES CITED

APPLIED:

Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Rogan*, 2011 FC 1007, 396 F.T.R. 47; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Halidintwali*, 2015 FC 390, 34 Imm. L.R. (4th) 182; *Habeeb v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 253, 387 F.T.R. 57; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(3.76),(3.77).
Constitution de la République serbe de Bosnie. Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté et une autre loi en conséquence, L.C. 2017, ch. 14, art. 19.1(2).
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(2), 5(1)c), 10.1, 10.2, 10.5, 10.7.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 52, 53.
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24, art. 4-7, 6, 7.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(3), 19(1j),l).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 2(1), 33, 34, 35, 36, 42.1, 98.
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 16.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 32.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Rogan*, 2011 CF 1007; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Halidintwali*, 2015 CF 390; *Habeeb c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 253; *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678, en ce qui concerne l'interdiction

2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678 as to inadmissibility under paragraph 35(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*; *Al-Naib v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 723, 43 Imm. L.R. (4th) 235; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14.

DISTINGUISHED:

Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 1453, 282 F.T.R. 238; *Ramnarine v. The Queen*, [2002] 1 C.T.C. 2213, 2001 CanLII 795 (T.C.C.); *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678 as to inadmissibility under paragraph 35(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

CONSIDERED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Rubuga, 2015 FC 1073; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seifert*, 2007 FC 1165, 54 C.R. (6th) 125; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kassab*, 2020 FCA 10, 441 D.L.R. (4th) 369; *Kanagendren v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 86, [2016] 1 F.C.R. 428; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395.

REFERRED TO:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Odyinsky, 2001 FCT 138, 196 F.T.R. 1, [2001] F.C.J. No. 286 (QL); *Canada (Citizenship and Immigration) v. Savic*, 2014 FC 523, [2015] 3 F.C.R. 209; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Schneeberger*, 2003 FC 970, [2004] 1 F.C.R. 280; *Mella v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1587; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam*, [2001] 2 F.C. 337, (2001), 196 D.L.R. (4th) 497, [2001] F.C.J. No. 25 (QL) (C.A.); *Sekularac v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 381; *Sherzai v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 166, 43 Imm. L.R. (4th) 332; *Younis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1157; *Tareen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1260, 260 A.C.W.S. (3d) 563; *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306, [1992] F.C.J. No. 109 (QL) (C.A.); *Gil Luces v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1200; *L'Espérance v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 19; *Prosecutor v. Mico Stanisic and Stojan Zupljanin*, ICTY, Case No. IT-08-91-T (27 March 2013); *Prosecutor v. Mico Stanisic and Stojan Zupljanin*, ICTY, Case No. IT-08-91-A (30 June 2016); *Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*, ICTY, Case No. IT-00-39-T (27 September 2006); *Mata Mazima v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 531; *Hadhiri v. Canada (Minister of Citizenship and*

de territoire conformément à l'alinéa 35(1)a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés; *Al-Naib c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 723; *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Farzam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1453; *Ramnarine c. La Reine*, 2001 CanLII 795 (C.C.I.); *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678, en ce qui concerne l'interdiction de territoire conformément à l'alinéa 35(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Rubuga, 2015 CF 1073; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seifert*, 2007 CF 1165; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Kassab*, 2020 CAF 10; *Kanagendren c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 86, [2016] 1 R.C.F. 428; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Odyinsky, 2001 CFPI 138, [2001] A.C.F. n° 286 (QL); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Savic*, 2014 CF 523, [2015] 3 R.C.F. 209; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Schneeberger*, 2003 CF 970, [2004] 1 R.C.F. 280; *Mella c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1587; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Adam*, [2001] 2 C.F. 337, [2001] A.C.F. n° 25 (QL) (C.A.); *Sekularac c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 381; *Sherzai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 166; *Younis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1157; *Tareen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1260; *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306, [1992] A.C.F. n° 109 (QL) (C.A.); *Gil Luces c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1200; *L'Espérance c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 19; *Le procureur c. Mico Stanisic et Stojan Zupljanin*, TPIY, affaire n° IT-08-91-T (27 mars 2013); *Le procureur c. Mico Stanisic et Stojan Zupljanin*, TPIY, affaire n° IT-08-91-A (30 juin 2016); *Le procureur c. Momcilo Krajisnik*, TPIY, affaire n° IT-00-39-T (27 septembre 2006); *Mata Mazima c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 531; *Hadhiri c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1284; *Durango c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 146; *Sarwary c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018

Immigration), 2016 FC 1284; *Durango v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 146; *Sarwary v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 437; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 947, [2019] 1 F.C.R. 652; *Equizabal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 514, [1994] F.C.J. No. 897 (QL) (C.A.).

ACTION by the plaintiffs seeking various declarations of inadmissibility against the defendant pursuant to subsection 10.1(1), section 10.2 and subsection 10.5(1) of the version of the *Citizenship Act* that was in force at the time they served and filed their statement of claim. Declarations granted.

APPEARANCES

Geneviève Bourbonnais and *Anne-Renée Touchette* for plaintiffs.

Deborah Enokou, *Khadi Ndiaye* and *Nadia Kuevidjen* for defendant.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for plaintiffs.

Ndiaye Enokou Avocats S.E.N.C.R.L., Gatineau, Québec, for defendant.

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

CRAMPTON C.J.:

I. Introduction

[1] War can bring out the worst in people. Some do things that they later regret, perhaps deeply so. Others may act in ways that haunt, shame or torment them for the rest of their lives. They may understandably want to hide such things, from others and indeed themselves, as they endeavour to build a new life for themselves and their progeny, some of whom may have come along well after the distant events.

[2] Yet, as much as compassion for such people can reflect a virtuous aspect of the human spirit, a civilized

CF 437; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2018 FC 947, [2019] 1 R.C.F. 652; *Equizabal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 514, [1994] A.C.F. n° 897 (QL) (C.A.).

ACTION par laquelle les demandeurs ont sollicité divers jugements déclarant le défendeur interdit de territoire conformément au paragraphe 10.1(1), à l'article 10.2 et au paragraphe 10.5(1) de la version de la *Loi sur la citoyenneté* qui était en vigueur lorsqu'ils ont signifié et déposé leur déclaration. Jugements déclaratoires accordés.

ONT COMPARU :

Geneviève Bourbonnais et *Anne-Renée Touchette* pour les demandeurs.

Deborah Enokou, *Khadi Ndiaye* et *Nadia Kuevidjen* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour les demandeurs.

Ndiaye Enokou Avocats S.E.N.C.R.L., Gatineau, Québec, pour le défendeur.

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

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

I. Introduction

[1] La guerre peut faire ressortir les pires comportements humains. Certains commettent des actes qu'ils regrettent plus tard et dont ils se repentent peut-être énormément. D'autres sont hantés, couverts de honte ou tourmentés toute leur vie par leurs actions. On comprendra que certains se voilent la face ou essaient de cacher ces actes aux autres lorsqu'ils tentent de refaire leur vie pour eux-mêmes et pour leurs enfants, dont certains sont peut-être nés bien après ces lointains événements.

[2] Néanmoins, malgré l'aspect vertueux de la compassion envers ces personnes, une société civilisée ne peut

society cannot turn its back on the victims of distant crimes. Not even after decades of law abiding behaviour and hard-working contributions to society by those who may have been complicit in such crimes. The light of the law must be allowed to shine on all of the circumstances surrounding dark deeds that may later be discovered, so that the role of those who may have been involved can be scrutinized for what it was and was not.

[3] In this proceeding, the plaintiff ministers allege that Mr. Kljajic obtained refugee protection, permanent residence, and ultimately citizenship in this country by concealing his former high-ranking position of Under-Secretary of the Ministry of Internal Affairs of the Bosnian Serb Republic (the “RS MUP”). They further allege that he explicitly, and falsely, denied any involvement in the commission of any war crime or crime against humanity.

[4] In addition, they allege that there are reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic is inadmissible to Canada on two grounds:

- First, for having been a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engaged in systematic or gross human rights violations, genocide, war crimes and crimes against humanity, within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24 (the “CAHWCA”), as contemplated by paragraph 35(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the “IRPA”).
- Second, for having been complicit in the commission of acts outside Canada that constitute an offence referred to in sections 6 and 7 of the CAHWCA, and as contemplated by paragraph 35(1)(a) of the IRPA.

[5] At the time Mr. Kljajic sought refugee status and permanent residence in this country, the Bosnian Serb government was designated as a government described

pas tourner le dos aux victimes de crimes lointains. Cela reste vrai même si ceux qui pourraient avoir été complices de ces crimes ont, pendant des décennies, respecté la loi, travaillé dur et contribué à la société. Il faut examiner à la lumière de la loi toutes les circonstances entourant les sombres activités qui pourraient être découvertes ultérieurement, afin que le rôle des personnes qui pourraient y avoir pris part soit analysé minutieusement pour déterminer ce qu’elles ont réellement fait.

[3] En l’espèce, les ministres demandeurs affirment que M. Kljajic a obtenu l’asile, la résidence permanente et enfin la citoyenneté canadienne en dissimulant le fait qu’il avait auparavant occupé le poste important de sous-secrétaire du ministère de l’Intérieur de la République serbe de Bosnie (RS MUP). Les ministres demandeurs ajoutent que M. Kljajic a expressément et faussement nié toute implication dans la perpétration de quelconques crimes de guerre ou crimes contre l’humanité.

[4] Ils soutiennent également qu’il y a des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic est interdit de territoire au Canada, et ce, pour deux motifs :

- Premièrement, pour avoir occupé un poste de rang supérieur au sein d’un gouvernement qui, de l’avis du ministre, s’est livré à des violations graves ou répétées des droits de la personne, à un génocide, à des crimes de guerre et à des crimes contre l’humanité, au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24 (LCHCG), comme le prévoit l’alinéa 35(1)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR).
- Deuxièmement, pour avoir été complice à l’étranger d’infractions visées aux articles 6 et 7 de la LCHCG et également prévues par l’alinéa 35(1)a) de la LIPR.

[5] À l’époque où M. Kljajic a demandé l’asile et la résidence permanente dans notre pays, le gouvernement serbe de Bosnie était désigné comme un gouvernement

under paragraph 19(1)l) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the “*Immigration Act*”), i.e., a government generally described above. However, given that the CAHWCA had not yet been enacted, the crimes were defined by reference to subsection 7(3.76) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (the “*Criminal Code*”). For the present purposes, the differences between the latter provision and subsections 6(3) to (5) of the CAHWCA are not material: *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100 (*Mugesera*), at paragraph 118.

[6] Given the above, the plaintiffs seek various declarations against Mr. Kljajic pursuant to subsection 10.1(1), section 10.2 and subsection 10.5(1) of the version of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (the “*Citizenship Act*”), that was in force at the time they served and filed their statement of claim.

[7] For the reasons that follow, those declarations will be granted, with certain modifications. In brief, I have concluded that:

- i. Mr. Kljajic became a permanent resident of Canada by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances with respect to a fact described in section 35 of the IRPA;
- ii. Because of having acquired permanent resident status, Mr. Kljajic subsequently obtained citizenship in Canada, and therefore is presumed, pursuant to section 10.2 of the *Citizenship Act*, to have obtained his citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances with respect to a fact described in section 35 of the IRPA;
- iii. Mr. Kljajic is inadmissible to Canada pursuant to paragraph 35(1)(b) of the IRPA, because there are reasonable grounds to believe that he was a prescribed senior official of a government described in that provision (and at paragraph 4 above); and

défini à l’alinéa 19(1)l) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (*Loi sur l’immigration*), c’est-à-dire un gouvernement répondant à la description générale donnée ci-dessus. Toutefois, puisque la LCHCG n’avait pas encore été adoptée, les crimes étaient définis en fonction du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (*Code criminel*). Aux fins de la présente instance, les différences entre cette dernière disposition et les paragraphes 6(3) à (5) de la LCHCG ne sont d’aucune pertinence : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100 (*Mugesera*), au paragraphe 118.

[6] Compte tenu de ce qui précède, les demandeurs sollicitent divers jugements déclaratoires à l’encontre de M. Kljajic conformément au paragraphe 10.1(1), à l’article 10.2 et au paragraphe 10.5(1) de la version de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, qui était en vigueur lorsque les demandeurs ont signifié et déposé leur déclaration (*Loi sur la citoyenneté*).

[7] Pour les motifs exposés ci-dessous, ces jugements déclaratoires seront accordés, mais avec certaines modifications. En bref, j’ai tiré les conclusions suivantes :

- i. M. Kljajic est devenu résident permanent du Canada par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels concernant un fait visé à l’article 35 de la LIPR.
- ii. Ayant le statut de résident permanent, M. Kljajic a ensuite obtenu la citoyenneté canadienne; on présume donc, conformément à l’article 10.2 de la *Loi sur la citoyenneté*, qu’il a obtenu sa citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels concernant un fait visé à l’article 35 de la LIPR.
- iii. M. Kljajic est interdit de territoire au Canada conformément à l’alinéa 35(1)(b) de la LIPR, parce qu’il y a des motifs raisonnables de croire qu’il occupait un poste de rang supérieur au sein d’un gouvernement visé par cette disposition (et au paragraphe 4 ci-dessus).

iv. Mr. Kljajic is inadmissible to Canada pursuant to paragraph 35(1)(a) of the IRPA, because he was complicit in the crimes against humanity that were perpetrated by the RS MUP against non-Serbs during the period that he was the Under-Secretary of that organization.

II. Background

[8] The following background information was provided in an expert report prepared on behalf of the plaintiffs by Dr. Christian Axboe Nielsen. This particular information was not contested by Mr. Kljajic.

[9] The Socialist Federal Republic of Yugoslavia (Yugoslavia) was established in 1945, following the Second World War. Throughout its existence of approximately 45 years, it consisted of six republics: Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina (“B&H” also sometimes referred to simply as “Bosnia”), Serbia, Montenegro and Macedonia.

[10] During the Second World War, several large massacres of the civilian population were perpetrated in Bosnia, including during internal conflicts between the Serb, Croat and Muslim ethnic groups.

[11] Following that war, Yugoslavia was tightly controlled by the Communist Party of Yugoslavia, later known as the League of Communists of Yugoslavia. However, in the wake of the fall of the Berlin Wall in late 1989, the grip of the communists waned. In B&H, this led to multi-party elections in November 1990. Three ethnically defined anti-communist parties—the Serb Democratic Party (the “SDS”), the Croat Democratic Union (the “HDZ”) and the Muslim Party of Democratic Action (the “SDA”)—emerged as the main victors. Shortly afterwards, they reached an agreement to divide various government positions, including those related to policing and security, based on the electoral results.

[12] In principle, the SDS, HDZ and SDA agreed that it was desirable for the ethnic composition of the police in any given municipality to match the ethnic

iv. M. Kljajic est interdit de territoire au Canada conformément à l’alinéa 35(1)a) de la LIPR, parce qu’il a été complice des crimes contre l’humanité commis par le RS MUP à l’endroit des non-Serbes lorsqu’il était sous-secrétaire de cette organisation.

II. Résumé des faits

[8] Les faits suivants ont été fournis dans un rapport d’expert préparé par M. Christian Axboe Nielsen pour le compte des demandeurs. M. Kljajic n’a pas contesté ces renseignements.

[9] La République socialiste fédérale de Yougoslavie (Yougoslavie) a été fondée en 1945, après la Seconde Guerre mondiale. Au cours de ses quelque 45 années d’existence, elle a été composée de six républiques : la Slovénie, la Croatie, la Bosnie-Herzégovine (B-H, parfois simplement appelée « Bosnie »), la Serbie, le Monténégro et la Macédoine.

[10] Pendant la Seconde Guerre mondiale, plusieurs importants massacres de civils ont été perpétrés en Bosnie, y compris lors de conflits internes entre les groupes ethniques serbes, croates et musulmans.

[11] Après cette guerre, la Yougoslavie a été étroitement contrôlée par le Parti communiste de Yougoslavie, connu plus tard sous le nom de Ligue des communistes de Yougoslavie. Toutefois, la chute du mur de Berlin à la fin de 1989 a secoué l’emprise des communistes. En B-H, cet événement a mené à des élections multipartites en novembre 1990. Les principaux vainqueurs de ce scrutin étaient trois partis anticommunistes ayant un fondement ethnique : le Parti démocratique serbe (SDS), l’Union démocratique croate (HDZ) et le Parti d’action démocratique (SDA), un parti musulman. Peu après, ces partis ont conclu une entente pour se répartir les différents postes au sein du gouvernement, y compris les postes liés aux services de police et à la sécurité, en fonction des résultats électoraux.

[12] En principe, le SDS, la HDZ et le SDA ont convenu qu’il était souhaitable que la composition ethnique de la police dans une municipalité donnée corresponde à la

composition of the population of that municipality. Nevertheless, negotiations regarding appointments quickly became protracted and acrimonious.

[13] Policing in the socialist republic of B&H was under the jurisdiction of the Ministry (or Secretariat) of Internal Affairs (the “SRBiH MUP”), which had two main branches: the public security service and the state security service. The public security service encompassed the most common types of policing, including criminal investigations and the maintenance of law and public order. The state security service (colloquially known as the “secret police”) was responsible for protecting the constitutionally established order from internal and external threats. Leadership and other positions in both branches of the SRBiH MUP were particularly coveted by those who were in charge of the SDS, HDZ and SDA, respectively. This was because of that Ministry’s access to arms and electronic surveillance equipment, and the critical role it played in controlling the public.

[14] Over the course of 1991, the political and security situation in B&H continued to deteriorate. Among other things, this was due to (i) the declarations of independence that were made that year by the Republic of Slovenia and the Republic of Croatia, (ii) the adverse impact that those declarations had on relations between the Croat, Muslims and Serbian peoples, and (iii) disputes among the SDS, HDZ and SDA relating to positions in the SRBiH MUP and elsewhere. This led to a parliamentary crisis in October, after Bosnian Muslim and Bosnian Croat deputies voted to become a sovereign state. This was strongly opposed by the Serb deputies, who considered that it was in the best interest of Serbs in B&H to remain with Yugoslavia. Among other things, the Serbs were very concerned because they were an ethnic minority in large areas of B&H, including much of the northern, western and southeastern regions of B&H.

[15] Given the separatist direction that the Muslim and Croat members of the Bosnian Assembly had decided to take, the SDS unilaterally withdrew from the

composition ethnique de cette municipalité. Cependant, les négociations au sujet des nominations ont été longues et sont rapidement devenues acrimonieuses.

[13] Les services de police au sein de la République socialiste de B-H relevaient du ministère (ou secrétariat) de l’Intérieur (SRBiH MUP), qui comportait deux sections principales : le service de sécurité publique et le service de sécurité de l’État. Le service de sécurité publique regroupait les types de services de police les plus courants, y compris les enquêtes criminelles et le maintien de l’ordre public. Le service de sécurité de l’État (communément appelé « police secrète ») était chargé de protéger l’ordre constitutionnellement établi contre les menaces intérieures et extérieures. Les postes de responsables et les autres postes au sein des deux sections du SRBiH MUP étaient particulièrement convoités par les responsables du SDS, de la HDZ et du SDA, respectivement. Cet attrait s’expliquait par l’accès de ce ministère aux armes et au matériel de surveillance électronique ainsi que par le rôle important qu’il jouait dans le contrôle du public.

[14] Au cours de l’année 1991, la situation de la B-H sur les plans de la politique et de la sécurité a continué d’empirer. Cette dégradation était notamment due (i) aux déclarations d’indépendance proclamées cette année-là par la République de Slovénie et la République de Croatie, (ii) à l’effet défavorable de ces déclarations sur les relations entre les peuples croates, serbes et musulmans, et (iii) aux différends entre le SDS, la HDZ et le SDA relativement aux postes au sein du SRBiH MUP et ailleurs. En octobre, la situation a débouché sur une crise parlementaire après que des députés croates et musulmans de Bosnie eurent voté pour faire de la Bosnie un État souverain. Les députés serbes s’y sont fortement opposés, car ils considéraient que les Serbes de B-H avaient tout intérêt à continuer de faire partie de la Yougoslavie. Les Serbes étaient notamment très préoccupés par le fait qu’ils constituaient une minorité ethnique dans de vastes zones de la B-H, y compris dans la plupart des régions du nord, de l’ouest et du sud-est du pays.

[15] Compte tenu des intentions séparatistes des membres croates et musulmans de l’Assemblée de Bosnie, le SDS a décidé unilatéralement de quitter l’Assemblée.

Assembly. In a speech explaining this action, the SDS's President, Radovan Karadzic, told the Muslim members of Assembly that if they continued to pursue a path towards independence, they would be "pursuing a path that leads to hell". He then rhetorically asked whether they realized that "pursuing independence might well lead to their physical extermination": Court transcript, Vol. 1, at page 131 (testimony of Dr. Nielsen).

[16] In the meantime, in September 1991, Mr. Kljajic was appointed to the position of Deputy to the Assistant Minister of the SRBiH MUP, a position which included the position of Chief of Police for B&H. (He had previously held a number of policing positions in the SRBiH, dating back to at least 1979.)

[17] Following a referendum vote by the Bosnian Serbs in November 1991 to remain in Yugoslavia, the SDS quickly took steps to establish a political entity with all of the characteristics of a state, including its own police force. To this end, the SDS issued a document in December 1991, entitled "Instructions for the Organization and Operation of Organs of the Serbian People in [B&H] in Emergency Conditions", which set out a detailed set of steps to be taken. Those steps included the takeover of SRBiH MUP staff, buildings and equipment, and their integration within what would become the RS MUP. This applied to areas in which the Serbs were a majority ("Variant A" areas) as well as to areas in which they were a minority ("Variant B" areas), although the approach to be taken in those two types of areas differed in some respects.

[18] In January 1992, the Assembly of the Serb People in Bosnia and Herzegovina (the "RS Assembly") then proclaimed the Serb Republic of Bosnia and Herzegovina (the "Republic of Srpska" or "RS"). (The Republic of Srpska is not to be confused with Serbia, one of the original six republics of the former Yugoslavia, which is located immediately to the east of B&H.) The following month, the Bosnian Serbs boycotted a second referendum that resulted in a vote to become independent from Yugoslavia.

Dans un discours expliquant ce geste, le président du SDS, Radovan Karadzic, a dit aux membres musulmans de l'Assemblée que s'ils poursuivaient leur chemin vers l'indépendance, ils [TRADUCTION] « s'engageaient sur le chemin de l'enfer ». Il leur a ensuite demandé, de manière rhétorique, s'ils se rendaient compte que [TRADUCTION] « la recherche de l'indépendance pourrait très bien se solder par leur extermination physique » : transcription de la Cour, vol. 1, à la page 131 (témoignage de M. Nielsen).

[16] Entre temps, en septembre 1991, M. Kljajic a été nommé sous-ministre adjoint du SRBiH MUP, un poste qui faisait également de lui le chef de police de la B-H. (Il avait auparavant occupé un certain nombre de postes au sein des services de police de la République socialiste de B-H, et ce, depuis 1979 au moins.)

[17] Après un référendum en novembre 1991 lors duquel les Serbes de Bosnie ont voté de ne pas quitter la Yougoslavie, le SDS a rapidement pris des mesures pour créer une entité politique ayant toutes les caractéristiques d'un État, y compris sa propre force policière. Pour ce faire, le SDS a publié en décembre 1991 un document intitulé « Instructions for the Organization and Operation of Organs of the Serbian People in [B&H] in Emergency Conditions » (directives pour l'organisation et le fonctionnement des organes du peuple serbe en (B-H) dans des situations d'urgence), qui exposait un ensemble détaillé de mesures à prendre. Ces mesures comprenaient la prise de contrôle du personnel, des bâtiments et du matériel du SRBiH MUP, et leur intégration dans ce qui allait devenir le RS MUP. Ces actions concernaient des zones dans lesquelles les Serbes étaient majoritaires (zones de la « variante A ») ainsi que des zones dans lesquelles ils étaient minoritaires (zones de la « variante B »), bien que l'approche adoptée n'ait pas été identique dans ces deux types de zones.

[18] Ensuite, en janvier 1992, l'Assemblée du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine (Assemblée de RS) a proclamé la République serbe de Bosnie-Herzégovine (Republika Srpska, ou RS). (Il ne faut pas confondre la Republika Srpska et la Serbie, une des six républiques d'origine de l'ex-Yougoslavie, située immédiatement à l'est de la B-H.) Le mois suivant, les Serbes de Bosnie ont boycotté un second référendum sur l'indépendance au cours duquel les électeurs ont voté en faveur d'une

On March 18, 1992, the President of the Assembly, Momcilo Krajisnik, referred to the need for “ethnic separation on the ground”. Shortly afterwards, on March 27, 1992, the RS Assembly proclaimed the *Constitution of the Serb Republic of Bosnia and Herzegovina* and established a National Security Council, chaired by the Republic’s President, Radovan Karadzic.

[19] A few days later, on March 31, 1992, and after the SDS had created a parallel policing organization covering many areas of the RS, a new law creating the RS MUP came into force. The next day, the RS MUP proclaimed itself to have sole police jurisdiction throughout the RS. On approximately April 5, Serbs (including Mr. Kljajic) who had refused to comply with orders to continue fulfilling their responsibilities to the SRBiH MUP were fired from that organization, the Bosnian war broke out, and Mr. Kljajic was appointed to the position of Under-Secretary for Public Security of the RS MUP.

[20] It appears to be common ground between the parties that Mr. Kljajic held the latter position for at least approximately five months, i.e., from virtually the outbreak of the war in early April 1992 until September of that year. (The plaintiffs maintain that he stayed in that position until November of that year, when he left Bosnia to become a lawyer in Belgrade. This will be further discussed in part VIII.C.(2)(v) of these reasons below.)

[21] During his time as Under-Secretary of the RS MUP, Mr. Kljajic was initially located in Vraca, a suburb of Sarajevo. While he was there, he was, among other things, responsible for the defence of the police academy, where he was located. Sometime in the first half of June 1992, he transferred to Pale, the principal headquarters of the RS MUP, before they were moved to Bijeljina later that month. He remained in the latter location until he left the RS MUP sometime in the Fall of 1992.

[22] In February 1995, Mr. Kljajic applied for permanent residence in Canada as a member of the refugee class. In August of that year, his application (the “PR Application”) was granted. He then became a Canadian citizen in November 1999.

séparation de la Yougoslavie. Le 18 mars 1992, le président de l’Assemblée, Momcilo Krajisnik, a mentionné la nécessité d’une [TRADUCTION] « séparation ethnique sur le terrain ». Peu après, le 27 mars 1992, l’Assemblée de RS a proclamé la *Constitution de la République serbe de Bosnie* et a mis sur pied un conseil de sécurité nationale dirigé par le président de la République, Radovan Karadzic.

[19] Quelques jours plus tard, le 31 mars 1992, et après la création par le SDS d’une organisation policière parallèle couvrant de nombreuses zones de la RS, une nouvelle loi instaurant le RS MUP est entrée en vigueur. Le lendemain, le RS MUP a revendiqué la compétence policière exclusive dans l’ensemble de la RS. Vers le 5 avril, les Serbes (y compris M. Kljajic) qui avaient refusé de continuer à s’acquitter de leurs responsabilités envers le SRBiH MUP ont été congédiés, la guerre de Bosnie a éclaté et M. Kljajic a été nommé au poste de sous-secrétaire de la section de la sécurité publique du RS MUP.

[20] Les parties semblent s’accorder pour dire que M. Kljajic a occupé ce poste de sous-secrétaire pendant au moins cinq mois, c’est-à-dire quasiment dès le début de la guerre en avril 1992 et jusqu’en septembre de la même année. (Les demandeurs soutiennent qu’il a occupé ce poste jusqu’en novembre 2012, lorsqu’il a quitté la Bosnie pour exercer le métier d’avocat à Belgrade. Cette question sera examinée de façon plus détaillée dans la partie VIII.C.(2)(v) des présents motifs.)

[21] Lorsqu’il était sous-secrétaire du RS MUP, M. Kljajic a tout d’abord travaillé à Vraca, une banlieue de Sarajevo. Il était alors, entre autres, responsable de la défense de l’académie de police, où il travaillait. À un moment donné pendant la première moitié de juin 1992, il a été muté à Pale, où se trouvait le siège principal du RS MUP, avant le déménagement de ce dernier à Bijeljina plus tard durant le mois. Il est resté à Bijeljina jusqu’à ce qu’il quitte le RS MUP au cours de l’automne 1992.

[22] En février 1995, M. Kljajic a présenté une demande de résidence permanente (demande de RP) au Canada en tant que réfugié; cette demande a été accueillie en août de la même année. Il est ensuite devenu citoyen canadien en novembre 1999.

[23] In June 2016, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (the “ICTY”) sentenced the Minister with whom Mr. Kljajic worked at the RS MUP, Mr. Mico Stanisic, to 22 years’ imprisonment for having committed “through participation in a joint criminal enterprise (JCE), persecutions as a crime against humanity and murder and torture as violations of the laws or customs of war”. (Christian Axboe Nielsen, *Report on the Establishment and Performance of the Ministry of Internal Affairs of Republika Srpska in Bosnia and Herzegovina, 1990-1992* (the “Nielsen Report”), at paragraph 233, quoting the ICTY Case Information Sheet IT-08-91.) On the same date, the Appeals Chamber of the ICTY imposed a similar sentence, for that same crime plus others, against a person who is alleged to have been one of Mr. Kljajic’s direct subordinates, namely, Mr. Stojan Zupljanin.

[24] Given that I will be discussing certain interactions that Mr. Kljajic had with Radovan Karadzic, the President of Republika Srpska during the Bosnian War, I will simply note in passing that Mr. Karadzic was convicted and sentenced by the Trial Chamber of the ICTY to 40 years of imprisonment for genocide, crimes against humanity, and violations of the laws or customs of war.

III. Relief sought by plaintiffs

[25] In their statement of claim, the plaintiffs sought five declarations.

[26] The first two concerned the allegations that Mr. Kljajic obtained permanent residence in Canada by false representation or fraud, or by knowingly concealing material circumstances. In this regard the plaintiffs sought declarations, for the purposes of section 10.2 of the *Citizenship Act*, that Mr. Kljajic obtained *permanent resident status* in this manner because, had he been truthful with Canadian immigration officials when he applied for permanent residence in 1995, he would have been found inadmissible:

[23] En juin 2016, la Chambre d’appel du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie (TPIY) a condamné Mico Stanisic, le ministre avec lequel M. Kljajic a travaillé au sein du RS MUP, à 22 ans d’emprisonnement pour avoir commis « en participant à une entreprise criminelle commune, les crimes de persécutions (crime contre l’humanité), de meurtre et de torture (violations des lois ou coutumes de la guerre) » (Christian Axboe Nielsen, *Report on the Establishment and Performance of the Ministry of Internal Affairs of Republika Srpska in Bosnia and Herzegovina, 1990-1992* (rapport sur l’établissement et les accomplissements du ministère de l’Intérieur de la Republika Srpska de Bosnie-Herzégovine de 1990 à 1992, appelé « rapport de M. Nielsen » dans le présent jugement), au paragraphe 233, citant la Fiche informative IT-08-91 du TPIY). Au même moment, la Chambre d’appel du TPIY a infligé une peine semblable, pour le même crime ainsi que d’autres, à une personne qui aurait été un des subalternes directs de M. Kljajic; il s’agissait de M. Stojan Zupljanin.

[24] Étant donné que j’aborderai certaines des interactions que M. Kljajic a eues avec Radovan Karadzic, qui était président de la Republika Srpska pendant la guerre de Bosnie, j’observerai, en passant, que M. Karadzic a été déclaré coupable et condamné par Chambre de première instance du TPIY à 40 ans d’emprisonnement pour génocide, crimes contre l’humanité et violations des lois ou des coutumes de la guerre.

III. Mesure de redressement réclamée par les demandeurs

[25] Dans leur déclaration, les demandeurs ont sollicité cinq jugements déclaratoires.

[26] Les deux premiers portaient sur les allégations selon lesquelles M. Kljajic a obtenu la résidence permanente au Canada par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels. À cet égard, les demandeurs ont sollicité, aux fins de l’application de l’article 10.2 de la *Loi sur la citoyenneté*, des jugements déclarant que c’est de cette manière que M. Kljajic a obtenu le *statut de résident permanent* puisque, s’il avait dit la vérité aux agents d’immigration canadiens lorsqu’il a présenté sa demande de résidence permanente en 1995, il aurait été déclaré interdit de territoire :

- | | |
|--|--|
| <p>i. under paragraph 19(1)(l) of the <i>Immigration Act</i>, on the grounds that he was a senior member in the service of a government that was, in the opinion of the Minister, engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the <i>Criminal Code</i>, as it then was; and</p> | <p>i. en vertu de l’alinéa 19(1)l) de la <i>Loi sur l’immigration</i>, au motif qu’il était une personne qui, à un rang élevé, avait été au service d’un gouvernement qui, de l’avis du ministre, se livrait au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou à des crimes contre l’humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du <i>Code criminel</i> qui était en vigueur à cette époque;</p> |
| <p>ii. under paragraph 19(1)(j) of the <i>Immigration Act</i>, as a person who there are reasonable grounds to believe has committed an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the <i>Criminal Code</i>, as it then was.</p> | <p>ii. en vertu de l’alinéa 19(1)j) de la <i>Loi sur l’immigration</i>, en tant que personne dont on pouvait penser, pour des motifs raisonnables, qu’elle avait commis à l’étranger un fait — acte ou omission — constituant un crime de guerre ou un crime contre l’humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du <i>Code criminel</i> qui était en vigueur cette époque.</p> |

[27] In their final submissions, the plaintiffs consolidated the two declarations described above into a single, more streamlined, requested declaration. In this regard, they now request, for the purposes of section 10.2 of the *Citizenship Act*, a declaration that Mr. Kljajic obtained *permanent resident status* in Canada by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, with respect to a fact described in section 35 of the IRPA.

[27] Dans leurs observations finales, les demandeurs ont regroupé les deux demandes présentées ci-dessus pour former une seule demande simplifiée de jugement déclaratoire. À cet égard, ils demandent désormais, aux fins de l’application de l’article 10.2 de la *Loi sur la citoyenneté*, un jugement déclarant que M. Kljajic a obtenu le *statut de résident permanent* au Canada par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels concernant un fait visé à l’article 35 de la LIPR.

[28] The third declaration sought in the plaintiffs’ statement of claim also relates to an alleged false representation or fraud or knowing concealment. In particular, the plaintiffs seek a declaration, pursuant to subsection 10.1(1) of the *Citizenship Act*, that Mr. Kljajic obtained *Canadian citizenship* in the manner described in the immediately preceding paragraph.

[28] Le troisième jugement déclaratoire sollicité dans la déclaration des demandeurs se rapporte également à une prétendue fausse déclaration, fraude ou dissimulation intentionnelle de faits. Les demandeurs sollicitent plus précisément un jugement déclarant, en application du paragraphe 10.1(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, que M. Kljajic a obtenu la *citoyenneté canadienne* de la façon exposée au paragraphe précédent.

[29] The fourth and fifth declarations sought by the plaintiffs in their statement of claim concern Mr. Kljajic’s alleged inadmissibility to Canada under paragraphs 35(1)(a) and (b) of the IRPA, respectively. Specifically, the plaintiffs seek declarations, pursuant to subsection 10.5(1) of the *Citizenship Act*, that Mr. Kljajic is inadmissible:

[29] Les quatrième et cinquième jugements déclaratoires sollicités dans la déclaration des demandeurs concernent la prétendue interdiction de territoire de M. Kljajic au Canada en application des alinéas 35(1)a) et b) de la LIPR, respectivement. Plus particulièrement, les demandeurs sollicitent, en application du paragraphe 10.5(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, des jugements déclarant que M. Kljajic est interdit de territoire :

- | | |
|--|---|
| <p>i. under paragraph 35(1)(a), on grounds of committing an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the CAHWCA; and</p> <p>ii. under paragraph 35(1)(b), on grounds of his being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister of Immigration, Refugees and Citizenship Canada, engages in or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the CAHWCA.</p> | <p>i. aux termes de l’alinéa 35(1)a), parce qu’il a commis hors du Canada une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la LCHCG;</p> <p>ii. aux termes de l’alinéa 35(1)b), parce qu’il a occupé un poste de rang supérieur au sein d’un gouvernement qui, de l’avis du ministre de l’Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté, se livre ou s’est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l’humanité ou un crime de guerre au sens des paragraphes 6(3) à 6(5) de la LCHCG.</p> |
|--|---|

IV. Relevant legislation

[30] This proceeding raises issues under the *Citizenship Act*, the IRPA and its predecessor (the *Immigration Act*), the CAHWCA and the *Criminal Code*.

[31] To determine which legislation applies to which issues, it has been considered to be helpful to distinguish between a defendant’s substantive rights and his or her procedural rights: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Rogan*, 2011 FC 1007, 396 F.T.R. 47 (*Rogan*), at paragraphs 17–23; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Halindintwali*, 2015 FC 390, 34 Imm. L.R. (4th) 182 (*Halindintwali*), at paragraphs 24–25.

A. *Mr. Kljajic’s substantive rights*

[32] Insofar as Mr. Kljajic’s acquisition of Canadian citizenship is concerned, his substantive rights are governed by the citizenship legislation that was in force on November 30, 1999, when he obtained his Canadian citizenship, namely, the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, as amended (the “Citizenship Act, 1985”): *Rogan*, above, at paragraph 21. Insofar as his prior acquisition of permanent resident status is concerned, his substantive rights are governed by the immigration legislation that was in force on August 8, 1995, when he obtained his permanent resident status, namely, the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended (the “Immigration Act, 1985”): *Rogan*, above, at paragraphs 23 and 247; *Halindintwali*,

IV. Dispositions législatives pertinentes

[30] La présente instance soulève des questions aux termes de la *Loi sur la citoyenneté*, de la LIPR et de la loi qui l’a précédée (la *Loi sur l’immigration*), de la LCHCG ainsi que du *Code criminel*.

[31] Pour déterminer quelle loi s’applique à quelle question, on a jugé utile d’établir une distinction entre les droits substantifs d’un défendeur et ses droits procéduraux : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Rogan*, 2011 CF 1007 (*Rogan*), aux paragraphes 17 à 23; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Halindintwali*, 2015 CF 390 (*Halindintwali*), aux paragraphes 24 et 25.

A. *Droits substantifs de M. Kljajic*

[32] En ce qui concerne l’obtention de la citoyenneté canadienne, les droits substantifs de M. Kljajic sont régis par la loi en matière de citoyenneté qui était en vigueur le 30 novembre 1999, date à laquelle il a obtenu sa citoyenneté canadienne, c’est-à-dire la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, telle que modifiée (Loi sur la citoyenneté de 1985) : décision *Rogan*, précitée, au paragraphe 21. En ce qui concerne l’obtention antérieure du statut de résident permanent, ses droits substantifs sont régis par la loi en matière d’immigration qui était en vigueur le 8 août 1995, date à laquelle il a obtenu son statut de résident permanent, c’est-à-dire la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, telle que modifiée (Loi sur

above, at paragraph 25. Given that one of the relevant provisions of the latter legislation referred to the *Criminal Code*, it is also necessary to consider the version of that enactment that was in force at that time, namely, the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended.

[33] For the purposes of this proceeding, the relevant substantive provision of the Citizenship Act, 1985 is paragraph 5(1)(c), which contemplated a grant of citizenship to any person who, among other things, “has been lawfully admitted to Canada for permanent residence”.

[34] Regarding the Immigration Act, 1985, there are three substantive provisions that are relevant in this proceeding. The first is subsection 9(3), which stated as follows:

9....

(3) Every person shall answer truthfully all questions put to that person by a visa officer and shall produce such documentation as may be required by the visa officer for the purpose of establishing that his admission would not be contrary to this Act or the regulations.

[35] The two other provisions of that legislation that are relevant in this proceeding are paragraphs 19(1)(j) and (l), which stated the following:

Inadmissible classes

19(1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the Criminal Code and that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission.

...

(l) persons who are or were senior members of or senior officials in the service of a government that is or

l’immigration de 1985) : décision *Rogan*, précitée, aux paragraphes 23 et 247; décision *Halindintwali*, précitée, au paragraphe 25. Étant donné que l’une des dispositions pertinentes de la Loi sur l’immigration de 1985 renvoyait au *Code criminel*, il faut également tenir compte de la version du Code qui était en vigueur à l’époque, c’est-à-dire le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dans sa version modifiée.

[33] Aux fins de la présente instance, la disposition pertinente de la Loi sur la citoyenneté de 1985 est l’alinéa 5(1)c), qui prévoyait l’attribution de la citoyenneté à quiconque, entre autres, « a été légalement admis au Canada à titre de résident permanent ».

[34] En ce qui concerne la Loi sur l’immigration de 1985, trois dispositions de fond s’appliquent en l’espèce. La première est le paragraphe 9(3) :

9. [...]

(3) Toute personne doit répondre franchement aux questions de l’agent des visas et produire toutes les pièces qu’exige celui-ci pour établir que son admission ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

[35] Les deux autres dispositions de cette loi qui sont pertinentes en l’espèce sont les alinéas 19(1)(j) et l) :

Catégories non admissibles

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu’elles ont commis, à l’étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l’humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du Code criminel et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l’époque de la perpétration.

[...]

l) celles qui, à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d’un gouvernement qui, de

was, in the opinion of the Minister, engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the Criminal Code, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.

[36] With respect to the Criminal Code, 1985, the relevant provisions are subsections 7(3.76) and 7(3.77). The former defined the terms “conventional international law”, “crime against humanity” and “war crime”. Subsection 7(3.77) provided that, in the definitions of those three terms, the phrase “‘act or omission’ includes, for greater certainty, attempting or conspiring to commit, counselling any person to commit, aiding or abetting any person in the commission of, or being an accessory after the fact in relation to, an act or omission.” The full text of subsections 7(3.76) and (3.77) is set forth in Appendix 1 below.

[37] If a person’s Canadian citizenship is revoked, it becomes relevant to consider whether the person is inadmissible to Canada on any of the grounds set forth in the IRPA. For the purposes of this proceeding, there are two such grounds, namely those set forth in paragraphs 35(1)(a) and (b), respectively. Pursuant to those provisions, a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of violating human or international rights for:

Human or international rights violations

35 (1) ...

(a) committing an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*;

(b) being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engages or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*.

[38] Pursuant to section 33 of the IRPA, “[t]he facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37

l’avis du ministre, se livre ou s’est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l’humanité, au sens du paragraphe 7(3.76) du Code criminel, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national.

[36] En ce qui concerne le Code criminel de 1985, les dispositions pertinentes sont les paragraphes 7(3.76) et 7(3.77). Le paragraphe 7(3.76) définissait les notions de « droit international conventionnel », de « crime contre l’humanité » et de « crime de guerre ». Le paragraphe 7(3.77) prévoyait ce qui suit quant aux définitions de ces trois notions : « Sont assimilés à un fait [...], la tentative, le complot, la complicité après le fait, le conseil, l’aide ou l’encouragement à l’égard du fait ». Le texte intégral des paragraphes 7(3.76) et (3.77) est énoncé à l’Annexe 1 ci-dessous.

[37] Si la citoyenneté canadienne d’une personne est révoquée, il devient pertinent d’examiner si cette personne est interdite de territoire au Canada pour l’un des motifs énoncés dans la LIPR. Aux fins de la présente instance, ces motifs sont au nombre de deux et sont énoncés aux alinéas 35(1)a) et b), respectivement. Conformément à ces dispositions, emportent interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux les faits suivants :

Atteinte aux droits humains ou internationaux

35 (1) [...]

a) commettre, hors du Canada, une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*;

b) occuper un poste de rang supérieur — au sens du règlement — au sein d’un gouvernement qui, de l’avis du ministre, se livre ou s’est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l’humanité ou un crime de guerre au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*.

[38] Aux termes de l’article 33 de la LIPR, « [l]es faits – actes ou omissions – mentionnés aux articles 34 à 37 sont,

include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred or are occurring or may occur.”

[39] With respect to the CAHWCA, the plaintiffs only seek a declaration in respect of section 6. Subsections 6(1), 6(1.1) and (2) state as follows:

OFFENCES OUTSIDE CANADA

Genocide, etc., committed outside Canada

6 (1) Every person who, either before or after the coming into force of this section, commits outside Canada

- (a) genocide,
- (b) a crime against humanity, or
- (c) a war crime,

is guilty of an indictable offence and may be prosecuted for that offence in accordance with section 8.

Conspiracy, attempt, etc.

(1.1) Every person who conspires or attempts to commit, is an accessory after the fact in relation to, or counsels in relation to, an offence referred to in subsection (1) is guilty of an indictable offence.

Punishment

(2) Every person who commits an offence under subsection (1) or (1.1)

- (a) shall be sentenced to imprisonment for life, if an intentional killing forms the basis of the offence; and
- (b) is liable to imprisonment for life, in any other case

[40] For the purposes of the provisions quoted immediately above, definitions of the terms “crime against humanity”, “genocide” and “war crime” are set forth in subsection 6(3) of the CAHWCA, which is reproduced at Appendix 1 to these reasons.

sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu’ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir ».

[39] En ce qui concerne la LCHCG, les demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire uniquement quant à l’article 6. Les paragraphes 6(1), 6(1.1) et 6(2) prévoient ce qui suit :

INFRACTIONS COMMISES À L’ÉTRANGER

Génocide, crime contre l’humanité, etc., commis à l’étranger

6 (1) Quiconque commet à l’étranger une des infractions ci-après, avant ou après l’entrée en vigueur du présent article, est coupable d’un acte criminel et peut être poursuivi pour cette infraction aux termes de l’article 8 :

- a) génocide;
- b) crime contre l’humanité;
- c) crime de guerre.

Punition de la tentative, de la complicité, etc.

(1.1) Est coupable d’un acte criminel quiconque complotte ou tente de commettre une des infractions visées au paragraphe (1), est complice après le fait à son égard ou conseille de la commettre.

Peines

(2) Quiconque commet une infraction visée aux paragraphes (1) ou (1.1) :

- a) est condamné à l’emprisonnement à perpétuité, si le meurtre intentionnel est à l’origine de l’infraction;
- b) est passible de l’emprisonnement à perpétuité, dans les autres cas.

[40] Aux fins de l’application des dispositions susmentionnées, les définitions des termes « crime contre l’humanité », « génocide » et « crime de guerre » sont énoncées au paragraphe 6(3) de la LCHCG, reproduit à l’Annexe 1 des présents motifs.

B. *Mr. Kljajic's procedural rights*

[41] The parties to this proceeding submitted that Mr. Kljajic's procedural rights are governed by the version of Canada's citizenship legislation that was in force at the time the plaintiffs served and filed their statement of claim on August 29, 2017 (defined above as the *Citizenship Act*): Rogan, above, at paragraph 17; Halindintwali, above, at paragraph 24.¹

[42] However, pursuant to subsection 19.1(2) of Bill C-6 [*An Act to amend the Citizenship Act and to make consequential amendments to another Act*, S.C. 2017, c. 14], a proceeding that was pending before this Court prior to the day on which subsection 3(2) came into force is to be dealt with and disposed of in accordance with the version of the *Citizenship Act* that was in force immediately before that day. Subsection 3(2) came into force on January 24, 2018. Accordingly, the version of the *Citizenship Act* that applies in this proceeding is the version that was in force on January 23, 2018. Nothing turns on this, as the language of sections 10.1, 10.2 and 10.5 of the *Citizenship Act* did not change between August 29, 2017, and January 23, 2018.

[43] As noted at paragraph 27 above, the first of the revised list of four declarations sought by the plaintiffs is a declaration under section 10.2 of the *Citizenship Act*. That provision states as follows:

Presumption

10.2 For the purposes of subsections 10(1) and 10.1(1), a person has obtained or resumed his or her citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person became a permanent resident, within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of having acquired that status, the person subsequently obtained or resumed citizenship.

¹ The provisions in the *Citizenship Act* regarding the revocation of citizenship are procedural in nature: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Odynsky*, 2001 FCT 138, 196 F.T.R. 1, [2001] F.C.J. No. 286 (QL), at para. 121.

B. *Droits procéduraux de M. Kljajic*

[41] Les parties à la présente instance ont soutenu que les droits procéduraux de M. Kljajic sont régis par la version de la loi canadienne en matière de citoyenneté qui était en vigueur lorsque les demandeurs ont signifié et déposé leur déclaration le 29 août 2017 (définie ci-dessus comme la *Loi sur la citoyenneté*) : décision Rogan, précitée, au paragraphe 17; décision Halindintwali, précitée, au paragraphe 24¹.

[42] Cependant, en application du paragraphe 19.1(2) du projet de loi C-6 [*Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté et une autre loi en conséquence*, L.C. 2017, ch. 14], une procédure qui était en instance devant la Cour avant l'entrée en vigueur du paragraphe 3(2) — lequel est entré en vigueur le 24 janvier — doit être traitée et réglée conformément à la version de la loi antérieure à la date d'entrée en vigueur du paragraphe. Par conséquent, la version de la *Loi sur la citoyenneté* applicable en l'espèce est celle qui était en vigueur le 23 janvier 2018. Ce n'est pas une question déterminante puisque les articles 10.1, 10.2 et 10.5 de la *Loi sur la citoyenneté* n'ont pas changé entre le 29 août 2017 et le 23 janvier 2018.

[43] Tel qu'il est indiqué au paragraphe 27 ci-dessus, parmi les quatre jugements déclaratoires sollicités par les demandeurs dans leur liste révisée, le premier est un jugement déclaratoire aux termes de l'article 10.2 de la *Loi sur la citoyenneté*, que voici :

Présomption

10.2 Pour l'application des paragraphes 10(1) et 10.1(1), a acquis la citoyenneté ou a été réintégrée dans celle-ci par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels la personne ayant acquis la citoyenneté ou ayant été réintégrée dans celle-ci après être devenue un résident permanent, au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, par l'un de ces trois moyens.

¹ Les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* qui se rapportent à la révocation de la citoyenneté sont de nature procédurale : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Odynsky*, 2001 CFPI 138, [2001] A.C.F. n° 286 (QL), au par. 121.

[44] The second of the declarations now sought by the plaintiffs is under subsection 10.1(1), which states:

Revocation for fraud — declaration of Court

10.1 (1) Unless a person makes a request under paragraph 10(3.1)(b), the person's citizenship or renunciation of citizenship may be revoked only if the Minister seeks a declaration, in an action that the Minister commences, that the person has obtained, retained, renounced or resumed his or her citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and the Court makes such a declaration.

[45] I pause to note that, pursuant to subsection 10.2(3), a declaration made under subsection 10.1(1) has the effect of revoking a person's citizenship.

[46] Under subsection 10.1(4), for the purposes of subsection 10.1(1), the Minister need prove only that the person obtained his or her citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

[47] The third and fourth declarations sought by the plaintiffs are under subsection 10.5(1), which states:

Inadmissibility

10.5 (1) On the request of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the Minister shall — in the originating document that commences an action under subsection 10.1(1) on the basis that the person obtained, retained, renounced or resumed his or her citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, with respect to a fact described in section 34, 35 or 37 of the *Immigration and Refugee Protection Act* other than a fact that is also described in paragraph 36(1)(a) or (b) or (2)(a) or (b) of that Act — seek a declaration that the person who is the subject of the action is inadmissible on security grounds, on grounds of violating human or international rights or on grounds of organized criminality under, respectively, subsection 34(1), paragraph 35(1)(a) or (b) or subsection 37(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[48] I will add in passing that pursuant to subsection 10.5(3), a declaration that a person is inadmissible

[44] Le deuxième jugement déclaratoire est sollicité en application du paragraphe 10.1(1) :

Révocation pour fraude — déclaration de la Cour

10.1 (1) Sauf si une personne fait une demande en vertu de l'alinéa 10(3.1)b), la citoyenneté de la personne ou sa répudiation ne peuvent être révoquées que si, à la demande du ministre, la Cour déclare, dans une action intentée par celui-ci, que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté de la personne ou sa réintégration dans celle-ci est intervenue par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels

[45] Je tiens à souligner que, conformément au paragraphe 10.2(3), un jugement déclaratoire en application du paragraphe 10.1(1) a pour effet de révoquer la citoyenneté d'une personne.

[46] Selon le paragraphe 10.1(4), aux fins de l'application du paragraphe 10.1(1), le ministre a seulement besoin de prouver que la personne a obtenu sa citoyenneté par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

[47] Les troisième et quatrième jugements déclaratoires sont sollicités conformément au paragraphe 10.5(1), que voici :

Interdiction de territoire

10.5 (1) À la requête du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, le ministre demande, dans l'acte introductif d'instance de l'action intentée en vertu du paragraphe 10.1(1) au motif que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté de la personne ou sa réintégration dans celle-ci est intervenue par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels liée à l'un ou l'autre des faits énoncés aux articles 34, 35 ou 37 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* sauf ceux énoncés aux alinéas 36(1)a) ou b) ou (2)a) ou b) de cette loi, que la personne soit déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou pour criminalité organisée au titre, respectivement, du paragraphe 34(1), des alinéas 35(1)a) ou b) ou du paragraphe 37(1) de cette loi.

[48] J'ajoute en passant qu'en application du paragraphe 10.5(3), le jugement déclarant qu'une personne est

on one of the grounds referred to in subsection (1) is a removal order against that person under the IRPA. Such an order comes into force when it is made, without the necessity of holding or continuing an examination or an inadmissibility hearing under the IRPA.

V. Preliminary issue

[49] During a pre-trial case management teleconference that took place on December 4, 2019, legal counsel to the parties had a disagreement regarding the manner in which the four witnesses who testified in this proceeding from the Canadian embassy in Belgrade should be sworn-in. In brief, counsel to Mr. Kljajic submitted that those witnesses should be sworn-in in accordance with Serbian law, whereas counsel to the plaintiffs maintained that the witnesses could and should be sworn-in pursuant to sections 52 and 53 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the “CAE”).

[50] I agreed with counsel to the plaintiffs and undertook to explain why, in this decision.

[51] Sections 52 and 53 of the CAE state the following:

APPLICATION

Application of this Part

52 This Part extends to the following classes of persons:

(a) officers of any of Her Majesty’s diplomatic or consular services while performing their functions in any foreign country, including ambassadors, envoys, ministers, charges d’affaires, counsellors, secretaries, attaches, consuls general, consuls, vice-consuls, pro-consuls, consular agents, acting consuls general, acting consuls, acting vice-consuls and acting consular agents;

(b) officers of the Canadian diplomatic, consular and representative services while performing their functions in any foreign country or in any part of the Commonwealth and Dependent Territories other than Canada, including, in addition to the diplomatic and consular officers mentioned in paragraph (a), high commissioners, permanent delegates, acting high

interdite de territoire pour l’un des motifs énoncés au paragraphe 10.5(1) consiste en une mesure de renvoi contre cette personne en application de la LIPR. Une telle mesure est exécutoire dès qu’elle est prise, sans qu’il soit nécessaire d’effectuer ou de poursuivre un contrôle ou une enquête aux termes de la LIPR.

V. Question préliminaire

[49] Le 4 décembre 2019, lors d’une téléconférence préparatoire à la gestion de l’instance, les avocates des parties ont eu un différend quant à la façon d’assermenter les personnes qui, dans la présente instance, ont témoigné depuis l’ambassade du Canada à Belgrade. En bref, les avocates de M. Kljajic ont affirmé que ces témoins devaient être assermentés conformément au droit serbe, tandis que les avocates des demandeurs ont soutenu que les témoins pouvaient et devaient être assermentés conformément aux articles 52 et 53 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (LPC).

[50] J’étais d’accord avec les avocates des demandeurs et je me suis engagé à expliquer pourquoi dans les présents motifs.

[51] Les articles 52 et 53 de la LPC sont ainsi libellés :

APPLICATION

Application

52 La présente partie s’applique aux catégories suivantes de personnes :

a) les fonctionnaires de l’un des services diplomatiques ou consulaires de Sa Majesté, lorsqu’ils exercent leurs fonctions dans tout pays étranger, y compris les ambassadeurs, envoyés, ministres, chargés d’affaires, conseillers, secrétaires, attachés, consuls généraux, consuls, vice-consuls, proconsuls, agents consulaires, consuls généraux suppléants, consuls suppléants, vice-consuls suppléants et agents consulaires suppléants;

b) les fonctionnaires des services diplomatiques, consulaires et représentatifs du Canada lorsqu’ils exercent leurs fonctions dans tout pays étranger ou dans toute partie du Commonwealth et territoires sous dépendance autre que le Canada, y compris, outre les fonctionnaires diplomatiques et consulaires mentionnés à l’alinéa a), les hauts commissaires, délégués permanents, hauts commissaires

commissioners, acting permanent delegates, counsellors and secretaries;

(c) Canadian Government Trade Commissioners and Assistant Canadian Government Trade Commissioners while performing their functions in any foreign country or in any part of the Commonwealth and Dependent Territories other than Canada;

(d) honorary consular officers of Canada while performing their functions in any foreign country or in any part of the Commonwealth and Dependent Territories other than Canada;

(e) judicial officials in a foreign country in respect of oaths, affidavits, solemn affirmations, declarations or similar documents that the official is authorized to administer, take or receive; and

(f) persons locally engaged and designated by the Deputy Minister of Foreign Affairs or any other person authorized by that Deputy Minister while performing their functions in any foreign country or in any part of the Commonwealth and Dependent Territories other than Canada.

OATHS AND SOLEMN AFFIRMATIONS

Oaths taken abroad

53 Oaths, affidavits, solemn affirmations or declarations administered, taken or received outside Canada by any person mentioned in section 52 are as valid and effectual and are of the like force and effect to all intents and purposes as if they had been administered, taken or received in Canada by a person authorized to administer, take or receive oaths, affidavits, solemn affirmations or declarations therein that are valid and effectual under this Act.

[52] On a plain reading, section 53 of the CAE provides authority for oaths and solemn affirmations to be administered outside Canada by any person mentioned in section 52, while performing their functions in any foreign country. When an oath or a solemn affirmation is administered by such a person in this manner, it is as valid and effectual, and is of like force and effect to all intents and purposes, as if it had been duly and properly administered in Canada.

[53] In this proceeding, the person who administered the oaths of the witnesses who testified from Belgrade

suppléants, délégués permanents suppléants, conseillers et secrétaires;

c) les délégués commerciaux du gouvernement canadien et les délégués commerciaux adjoints du gouvernement canadien lorsqu'ils exercent leurs fonctions dans un pays étranger ou dans toute partie du Commonwealth et territoires sous dépendance autre que le Canada;

d) les fonctionnaires consulaires honoraires lorsqu'ils exercent leurs fonctions dans tout pays étranger ou dans toute partie du Commonwealth et territoires sous dépendance autre que le Canada;

e) les fonctionnaires judiciaires d'un État étranger autorisés, à des fins internes, à recevoir les serments, les affidavits, les affirmations solennelles, les déclarations ou autres documents semblables;

f) les employés engagés sur place et désignés par le sous-ministre des Affaires étrangères ou toute autre personne autorisée par lui à procéder à une telle désignation lorsqu'ils exercent leurs fonctions dans tout pays étranger ou dans toute partie du Commonwealth et des territoires sous sa dépendance autre que le Canada.

SERMENTS ET AFFIRMATIONS SOLENNELLES

Serments déférés à l'étranger

53 Les serments, affidavits, affirmations solennelles ou déclarations déférés, recueillis ou reçus à l'étranger par toute personne mentionnée à l'article 52 sont aussi valides et efficaces et possèdent la même vigueur et le même effet, à toutes fins, que s'ils avaient été déférés, recueillis ou reçus au Canada par une personne autorisée à y déferer, recueillir ou recevoir les serments, affidavits, affirmations solennelles ou déclarations qui sont valides ou efficaces en vertu de la présente loi.

[52] Suivant le sens ordinaire de l'article 53 de la LPC, celui-ci autorise toute personne mentionnée à l'article 52, dans l'exécution de ses fonctions à l'étranger, à faire prêter serment et à recevoir des affirmations solennelles à l'étranger. Lorsque pareille personne fait prêter serment ou reçoit des affirmations solennelles de cette manière, le serment ou l'affirmation solennelle est valide et effectif et a la même valeur, en pratique, que si l'assermentation avait eu lieu en bonne et due forme au Canada.

[53] En l'espèce, c'est M. François Lavertue qui a fait prêter serment aux témoins à Belgrade. M. Lavertue

was Mr. François Lavertue. He holds the title of Consul in Canada's embassy in Belgrade. He performed the oaths in the course of performing his functions at the embassy. Accordingly, he is a person described in section 52, and the oaths he administered were entirely valid and effectual, as described above. I pause to note that those oaths were administered in person, and witnessed by video-conference by everyone who was present in the Ottawa courtroom where the trial took place.

[54] Out of an abundance of caution, the witnesses mentioned above were also sworn-in by video-conference by the Registrar who was present in the courtroom in Ottawa.

[55] Pursuant to rule 32 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, the Court may order that a hearing be conducted in whole or in part by means of a telephone conference call, video-conference or any other form of electronic communication. When I verbally agreed to the parties' requests, on consent, to have some of their witnesses testify from Belgrade, I implicitly gave such an order. That order was also implicitly contemplated by a verbal Direction, dated November 21, 2019, that I issued instructing counsel to provide submissions regarding the applicable law and related requirements for administering the oaths to the witnesses who would be testifying by video-conference from the Canadian embassy in Belgrade.

[56] In response to that Direction, counsel to Mr. Kljajic maintained that Serbian law applied to the administration of oaths in Belgrade. However, no evidence or information was provided regarding the content and requirements of that law.

[57] Quoting this Court's decision in *Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1453, 282 F.T.R. 238 (*Farzam*), at paragraph 49, counsel to Mr. Kljajic maintained that it was "imperative that a witness who provides evidence in a jurisdiction other than Canada do so under oath in accordance with our laws, as well as in accordance with local laws". However, *Farzam* is distinguishable on several grounds. First and foremost, it does not appear that the foreign

détient le titre de consul à l'ambassade du Canada à Belgrade. Il a fait prêter serment aux témoins dans l'exécution de ses fonctions à l'ambassade. Il est donc visé par l'article 52 et les serments qu'il a fait prêter étaient entièrement valides et effectifs, tel qu'il est indiqué ci-dessus. Je tiens à faire remarquer que ces serments ont été prêtés en personne, sous les yeux — par vidéoconférence — de toutes les personnes présentes dans la salle d'audience où s'est déroulé le procès, à Ottawa.

[54] Pour plus de sûreté, les témoins susmentionnés ont tous été assermentés par vidéoconférence par le greffier qui était présent dans la salle d'audience à Ottawa.

[55] La règle 32 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, prévoit que la Cour peut ordonner qu'une audience soit tenue en tout ou en partie par voie de conférence téléphonique ou de vidéoconférence ou par tout autre moyen de communication électronique. J'ai implicitement donné cet ordre lorsque j'ai consenti oralement aux demandes sur consentement des parties qui souhaitaient que certains témoignages soient donnés depuis Belgrade. Cet ordre transparaissait aussi dans une directive verbale par laquelle j'ai demandé aux avocates des parties, le 21 novembre 2019, de fournir des observations quant au droit applicable et aux exigences qui s'y rapportent pour faire prêter serment aux personnes appelées à témoigner par vidéoconférence depuis l'ambassade du Canada à Belgrade.

[56] En réponse à cette instruction, les avocates de M. Kljajic ont soutenu que le droit serbe s'appliquait aux assermentations effectuées à Belgrade. Cependant, aucun élément de preuve ou renseignement n'a été fourni quant au contenu ou aux exigences de cette loi.

[57] Citant les observations par notre Cour dans la décision *Farzam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1453 (*Farzam*), au paragraphe 49, les avocates de M. Kljajic ont soutenu qu'il fallait « absolument que le témoin qui dépose à l'étranger le fasse sous serment, dans le cadre des lois canadiennes comme des lois du pays en question ». Cependant, la décision *Farzam* se distingue pour plusieurs motifs. En premier lieu, il ne semble pas que les témoins étrangers

witness had planned to testify at a Canadian embassy. Accordingly, there was no discussion whatsoever of sections 52 and 53 of the CAE. Second, the witness there rejected the possibility of testifying by video-conference, and proposed instead to testify by telephone. Third, the Court was not satisfied that various “technological barriers” could be overcome. Fourth, the Court noted that several important logistical issues remained unanswered, and it was not satisfied that they could be addressed in the short period that remained before trial. Finally, the Court was concerned that, in the particular circumstances of the case, “[h]olding a teleconference ... [could] only add to the length, costs and overall complexity of this proceeding” (*Farzam*, above, at paragraph 48).

[58] In addition, relying on both *Farzam*, above, and *Ramnarine v. The Queen*, [2002] 1 C.T.C. 2213, 2001 CanLII 795 (T.C.C.), counsel further maintained that the oaths in question should be administered in the presence of a Serbian judge or member of the bar in that country. However, neither of those cases addressed the possibility that the foreign witness in question might be administered an oath or solemn affirmation by an officer of Her Majesty’s diplomatic or consular services, while performing their functions, as contemplated by sections 52 and 53 of the CAE. This is a critical difference from the present proceeding.

[59] Counsel to Mr. Kljajic also expressed concern that, in the absence of the weight of the Serbian law applicable to the administration of oaths, the foreign witnesses would not need to be concerned about the potential consequences of saying untruthful things. However, as a practical matter, it was not apparent to me that the potential consequences that the witnesses would perceive themselves to face would be less if they testified from Belgrade than if they were to testify in Canada, and then return to Belgrade before any perjury proceeding could realistically be scheduled. In both cases, Canadian courts would have subject matter jurisdiction over the witnesses, but face potential challenges in exercising personal jurisdiction over them.

avaient prévu de témoigner dans une ambassade canadienne. Il n’a donc pas du tout été question des articles 52 et 53 de la LPC. Deuxièmement, les témoins à Belgrade ont écarté la possibilité de témoigner au moyen d’une vidéoconférence et ont plutôt proposé de témoigner par téléphone. Troisièmement, la Cour n’était pas certaine que divers « obstacles techniques » pouvaient être surmontés. Quatrièmement, la Cour a noté que plusieurs questions logistiques importantes restaient sans réponse, et elle n’était pas certaine qu’il soit possible de les régler avant le procès compte tenu du peu de temps qui restait. Enfin, la Cour craignait, dans les circonstances particulières de l’affaire, que « [l]a formule de la téléconférence [...] ne [fasse] qu’allonger la présente instance et accroître ses coûts comme sa complexité » (*Farzam*, précitée, au paragraphe 48).

[58] En outre, s’appuyant sur les décisions *Farzam*, précitée, et *Ramnarine c. La Reine*, 2001 CanLII 795 (C.C.I.), les avocates ont ajouté qu’il faudrait qu’un avocat ou juge serbe soit présent afin d’assermenter les témoins. Cependant, aucune de ces deux décisions n’a abordé la possibilité que les témoins étrangers en question soient assermentés par un agent des services diplomatiques ou consulaires de Sa Majesté dans l’exécution de ses fonctions, comme le prévoient les articles 52 et 53 de la LPC. Il s’agit d’une différence majeure par rapport à la présente instance.

[59] Les avocates de M. Kljajic ont également déclaré craindre que sans application du droit serbe à la prestation des serments, les témoins étrangers seraient susceptibles de dire des choses fausses puisqu’ils n’auraient pas à s’inquiéter des représailles possibles s’ils mentaient. Cependant, en pratique, il ne m’a pas semblé évident que les témoins auraient moins l’impression de s’exposer à d’éventuelles représailles s’ils témoignaient depuis Belgrade au lieu de témoigner au Canada pour retourner ensuite à Belgrade avant qu’il soit raisonnablement possible d’intenter des poursuites pour parjure. Dans les deux cas, les tribunaux canadiens auraient compétence *ratione materiae* sur les témoins, mais seraient exposés à d’éventuelles difficultés dans l’exercice de leur compétence *ratione personae* sur ces personnes.

[60] I pause to observe that swearing oaths on the Bible or a similar religious text, as each of the foreign witnesses in this case did, counts for something important. The same is true of solemn affirmations. That is why these procedures continue to be maintained by the Court.

[61] Moreover, in contrast to the situation that prevailed as recently as a few short years ago, this Court now has high-quality video-conferencing equipment that permits the Court to properly assess a witness's testimony, including by getting a good sense of the witness's body language and overall demeanor. I certainly found that to be the case in the present proceeding.

[62] In summary, it was not necessary to ensure that the foreign witnesses who testified in this proceeding were administered oaths in accordance with Serbian law or in the presence of someone occupying the position of judge or lawyer in that country. It was sufficient that those witnesses had their oaths administered in the manner contemplated by sections 52 and 53 of the CEA, namely, by a Consul while performing one of his functions at the Canadian embassy in Belgrade. Out of an abundance of caution, each of those witnesses also had a second oath administered via video-conference by the Registrar who was present before me in the courtroom in Ottawa. Given the high quality of the video-conference link, I was able to effectively assess the credibility of each witness' testimony.

VI. Expert and lay evidence

A. *The plaintiffs' witnesses*

[63] In this proceeding, one expert (Dr. Christian Axboe Nielsen) and two lay witnesses (Messrs Brian Casey and Milorad Davidovic) testified on behalf of the plaintiffs.

(1) Dr. Nielsen

[64] Dr. Nielsen was qualified as an expert regarding the history of the police and the security apparatus in the former Yugoslavia, as well as the role and functioning of the police in the RS MUP. In addition to providing

[60] Je prends le temps de faire remarquer que le fait de prêter serment sur la Bible ou sur un texte religieux semblable, comme l'a fait chacun des témoins étrangers en l'espèce, est quelque chose d'important. Il en est de même pour les affirmations solennelles. Voilà pourquoi ces procédures restent en vigueur à la Cour.

[61] En outre, à l'opposé de la situation qui régnait il y a quelques années encore, notre Cour dispose désormais d'un matériel de vidéoconférence d'excellente qualité qui lui permet d'évaluer comme il se doit les témoignages, y compris en ayant une bonne idée du langage corporel et du comportement général du témoin. Cela a certainement été le cas en l'espèce.

[62] En résumé, il n'était pas nécessaire de s'assurer que les témoins étrangers qui ont témoigné dans la présente instance avaient prêté serment conformément au droit serbe ou en présence d'un juge ou d'un avocat serbe. Il suffisait que l'assermentation ait eu lieu de la manière prévue aux articles 52 et 53 de la LPC, c'est-à-dire qu'elle ait été effectuée par un consul dans l'exécution de ses fonctions à l'ambassade du Canada à Belgrade. Pour plus de sûreté, chacun des témoins étrangers a été assermenté une deuxième fois, par vidéoconférence, par le greffier qui était présent devant moi dans la salle d'audience à Ottawa. L'excellente qualité du lien de la vidéoconférence m'a permis d'évaluer adéquatement la crédibilité de chaque témoignage.

VI. Témoignages de l'expert et des profanes

A. *Témoins des demandeurs*

[63] Dans la présente instance, un témoin expert (M. Christian Axboe Nielsen) et deux témoins profanes (MM. Brian Casey et Milorad Davidovic) ont témoigné pour le compte des demandeurs.

1) M. Nielsen

[64] M. Nielsen a été reconnu comme spécialiste de l'histoire de la police et de l'appareil de sécurité de l'ex-Yougoslavie, ainsi que du rôle et du fonctionnement de la police au sein du RS MUP. En plus de fournir un

extensive testimony, he authored the previously mentioned Nielsen Report.

[65] Dr. Nielsen's professional experience includes having worked in the Leadership Research Team of the Office of the Prosecutor at the ICTY. During his time at the ICTY, he was the analyst chiefly responsible for researching and analyzing the police in the RS. He also testified as an expert witness in, among other proceedings, four trials at the ICTY and one trial in this Court (*Rogan*, above). One of those ICTY proceedings was the joint trial of Mr. Kljajic's immediate superior (Minister Mico Stanisic) and Mr. Kljajic's alleged subordinate, Mr. Stojan Zupljanin. The other ICTY proceeding was the trial of Radovan Karadzic. In *Rogan*, Dr. Nielsen's evidence was extensively embraced in the reasons for judgment provided by Justice Mactavish. His evidence was similarly embraced by the ICTY.

[66] In this current proceeding, Dr. Nielsen testified with respect to the dispersion of majority and minority ethnic populations in B&H, the events that led to the Bosnian War, the power struggle between the principal political parties in B&H prior to the breakout of the war, and the steps that were taken by the Serbs to establish the RS and the RS MUP. In addition, he addressed the types of people who were sought for leadership positions in the RS MUP, the manner in which the SDS and the RS MUP went about establishing control over areas that would become part of the RS, and the various ways in which communications were maintained within the RS MUP over the course of 1992. He also testified with respect to Mr. Kljajic's roles within the SRBiH MUP and the RS MUP, his involvement in the establishment of the RS MUP, his relationships with various leaders within the RS MUP and Radovan Karadzic, the crimes that were committed by the RS MUP and the alleged links between Mr. Kljajic and those crimes.

[67] I found Dr. Nielsen's testimony to be candid and very forthcoming. As with the Nielsen Report, I also

témoignage détaillé, il a rédigé le rapport que j'ai déjà mentionné et appelé le « rapport de M. Nielsen ».

[65] M. Nielsen a, entre autres, travaillé au sein du Groupe de recherche des principaux responsables du Bureau du procureur du TPIY. Au cours des années qu'il a passées au TPIY, il a été l'analyste principalement responsable de la recherche et des analyses concernant la police au sein de la RS. Il a également comparu à titre de témoin expert lors de quatre procès au TPIY et d'un procès devant notre Cour (décision *Rogan*, précitée), entre autres. Une de ces instances devant le TPIY était le procès conjoint de deux personnes avec lesquelles M. Kljajic avait des liens : son supérieur immédiat (le ministre Mico Stanisic) et son prétendu subalterne (M. Stojan Zupljanin). L'autre instance devant le TPIY était le procès de Radovan Karadzic. Dans ses motifs dans la décision *Rogan*, précitée, la juge Mactavish a largement retenu les éléments de preuve fournis par M. Nielsen. Le TPIY a lui aussi accueilli les éléments de preuve de M. Nielsen.

[66] En l'espèce, M. Nielsen a témoigné au sujet de la dispersion des populations ethniques majoritaires et minoritaires en B-H, des événements qui ont mené à la guerre de Bosnie, des rapports de force entre les principaux partis politiques en B-H avant le début de la guerre et de ce qu'ont fait les Serbes pour créer la RS et le RS MUP. Il a également parlé des types de personnes recherchées pour occuper les postes de responsables au sein du RS MUP, de la façon dont le SDS et le RS MUP s'y étaient pris pour contrôler les zones qui allaient faire partie de la RS, ainsi que des différentes manières dont les communications ont été maintenues au sein du RS MUP tout au long de l'année 1992. Il a aussi témoigné quant aux rôles joués par M. Kljajic au sein du SRBiH MUP et du RS MUP, de sa participation à la création du RS MUP, des liens qu'il entretenait avec divers dirigeants au sein du RS MUP et avec Radovan Karadzic, des crimes qui ont été commis par le RS MUP et des prétendus liens entre M. Kljajic et ces crimes.

[67] J'ai trouvé M. Nielsen franc et très coopératif. Son témoignage, comme le rapport Nielsen, m'a également

found it to be reliable. Unless otherwise indicated in my reasons below, I generally accepted his evidence.

(2) Mr. Brian Casey

[68] Mr. Casey was the second or third ranking person at the Canadian embassy in Belgrade from late 1990 to sometime in 1995. During that period, had the dual roles of Counsellor and Immigration Program Manager. In the former role, he was in charge of the consular program.

[69] As the Immigration Program Manager at the embassy, Mr. Casey was responsible for administering Canada's refugee program in Belgrade. Among his qualifications for that position, he had an intimate understanding of the *Immigration Act* and the Regulations [*Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172*], including the provisions pertaining to inadmissibility in paragraphs 19(1)(j) and (l) of the former enactment. He had a similar understanding of subsections 7(3.76) and 7(3.77) of the *Criminal Code*. Broadly speaking, his testimony focused on the process that was followed at the embassy when treating applications for refugee and permanent resident status in Canada, particularly after June 1993, when the RS was designated as a regime described under paragraph 19(1)(l) of the *Immigration Act*.

[70] As with Dr. Nielsen's evidence, I found Mr. Casey's testimony to be candid, forthcoming and reliable. That testimony primarily related to the plaintiffs' allegation that Mr. Kljajic made false representations and knowingly concealed material circumstances when he completed his PR Application, and that this foreclosed or averted further inquiries with respect to that Application. For the purposes of my assessment of that issue, there were no noteworthy discrepancies between Mr. Casey's evidence and Mr. Kljajic's evidence. This was primarily because Mr. Kljajic ultimately conceded in his final submissions that he made false representations in his PR Application for permanent residence in Canada. In addition, Mr. Casey did not specifically recall Mr. Kljajic's PR Application, so there was not much scope for discrepancies to arise

semblé fiable. Sauf indication contraire plus loin dans mes motifs, j'ai de manière générale retenu le témoignage de M. Nielsen.

2) M. Brian Casey

[68] M. Casey occupait le deuxième ou le troisième poste en importance à l'ambassade du Canada à Belgrade de la fin 1990 à un moment donné en 1995. Pendant cette période, il était à la fois conseiller et gestionnaire du programme d'immigration. En tant que conseiller, il était responsable du programme consulaire.

[69] En tant que gestionnaire du programme d'immigration à l'ambassade, M. Casey était chargé de gérer le programme de réfugiés du Canada à Belgrade. Ses qualifications pour ce poste incluaient une excellente connaissance de la *Loi sur l'immigration* et du Règlement sur l'immigration [*Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172*], et notamment des dispositions relatives à l'interdiction de territoire énoncées aux alinéas 19(1)(j) et l) de cette loi. Il connaissait également très bien les paragraphes 7(3.76) et 7(3.77) du *Code criminel*. De façon générale, son témoignage a porté sur le processus suivi à l'ambassade pour traiter les demandes de statut de réfugié et de statut de résident permanent au Canada, en particulier après juin 1993, lorsque la RS était désignée comme un régime défini aux termes de l'alinéa 19(1)l) de la *Loi sur l'immigration*.

[70] Le témoignage de M. Casey, comme celui de M. Nielsen, m'a semblé franc et fiable. Ce témoignage portait principalement sur l'allégation des demandeurs voulant que M. Kljajic ait fait de fausses déclarations et ait intentionnellement dissimulé des faits essentiels dans sa demande de RP, ce qui aurait empêché des enquêtes plus poussées quant à cette demande. Dans le but d'analyser cette question, je note qu'il n'existe pas d'écarts notables entre le témoignage de M. Casey et celui de M. Kljajic. Cela s'explique principalement par le fait que M. Kljajic a en fin de compte reconnu, dans ses observations finales, qu'il avait fait de fausses déclarations dans sa demande de résidence permanente au Canada. En outre, M. Casey ne se souvenait pas précisément de la demande de RP de M. Kljajic; il n'y avait donc pas beaucoup de raisons

between his testimony and the evidence provided by Mr. Kljajic on that issue.

[71] I will add for the record that Mr. Casey's testimony on a very similar issue in *Rogan* was relied upon by Justice Mactavish in concluding that Mr. Rogan had misrepresented a material fact and that this had the effect of foreclosing or averting further inquiries by Canadian immigration officials: *Rogan*, above, at paragraph 326.

(3) Mr. Milorad Davidovic

[72] Mr. Davidovic had a long police career with the SRBiH MUP that included being the commander of the police stations in Ilic and Bijeljina. After the elections in 1991, and after he refused to join the SDS, he was released from his duties by his Serb superiors within the SRBiH MUP in Bijeljina. He then transferred to the federal security police in Belgrade, where he held the position of Chief Police Inspector.

[73] Following the outbreak of the war, his duties included being sent to Vraca on three occasions, to assist in assessing and then meeting the RS MUP's needs, including with respect to weapons and other equipment. His testimony focused on those three visits, as well as on the time he later spent Bijeljina, after Mr. Kljajic moved there in June 1992 as part of the transfer of the RS MUP's headquarters to that city. More specifically, Mr. Davidovic's testimony focused on his dealings with Mr. Kljajic, Mr. Kljajic's role and responsibilities within the RS MUP, his perception of Mr. Kljajic's relationship with Minister Stanisic and those below him in the RS MUP's hierarchy, the manner in which senior personnel within the RS MUP maintained communications after the outbreak of the war in April 1992, and Mr. Kljajic's knowledge of crimes that were committed against the Muslim population in the RS.

[74] As with the evidence provided by Dr. Nielsen and Mr. Casey, I found Mr. Davidovic's testimony to be candid, forthcoming and reliable.

de trouver des écarts entre son témoignage et celui de M. Kljajic sur cette question.

[71] J'ajouterais pour mémoire que la juge Mactavish s'est fondée sur le témoignage de M. Casey sur une question très semblable dans la décision *Rogan*, précitée, pour conclure que M. Rogan avait fait une présentation erronée sur un fait important et que cela avait empêché des enquêtes plus poussées de la part des agents d'immigration canadiens : décision *Rogan*, susmentionnée, au paragraphe 326.

3) M. Milorad Davidovic

[72] M. Davidovic a eu une longue carrière policière au sein du SRBiH MUP et a notamment été commandant des postes de police d'Ilic et de Bijeljina. Après les élections de 1991, et après avoir refusé de devenir membre du SDS, il a été libéré de ses fonctions par ses supérieurs serbes au sein du SRBiH MUP à Bijeljina. Il a ensuite été muté au sein de la police fédérale de sécurité à Belgrade, où il a occupé le poste d'inspecteur-chef.

[73] Après le début de la guerre, il a été envoyé trois fois à Vraca dans le cadre de ses fonctions afin d'aider à évaluer les besoins du RS MUP, puis à y répondre, notamment en ce qui concerne les armes et d'autre matériel. Dans son témoignage, il a mis l'accent sur ces trois visites ainsi que sur le temps qu'il a ensuite passé à Bijeljina, après que M. Kljajic y eut déménagé en juin 1992 lors du transfert du siège du RS MUP dans cette ville. Le témoignage de M. Davidovic portait plus précisément sur ses rapports avec M. Kljajic, le rôle et les responsabilités de ce dernier au sein du RS MUP, son propre point de vue sur la relation qu'entretenait M. Kljajic avec le ministre Stanisic et ses subalternes dans la hiérarchie du RS MUP, la façon dont les cadres supérieurs du RS MUP sont restés en communication après le début de la guerre en avril 1992, et enfin ce que M. Kljajic savait des crimes perpétrés contre la population musulmane en RS.

[74] Le témoignage de M. Davidovic, comme celui de MM. Nielsen et Casey, m'a semblé franc et fiable.

B. The defendant's witnesses

[75] Three lay witnesses testified on behalf of Mr. Kljajic, who also gave evidence on his own behalf.

(1) Mr. Dragomir Andan

[76] Mr. Andan was a police inspector with the SRBiH MUP in Sarajevo prior to the outbreak of the war in April 1992. While he was in that position, he reported to Mr. Kljajic and was responsible for overseeing police operations throughout Eastern Bosnia. Following the capture of his police station in Sarajevo by Muslim forces later that month, Mr. Andan did not have a specific position for several weeks, until he was briefly transferred to Brcko, where he was a police inspector. At the request of Mr. Kljajic, he was then transferred to Bijeljina, where he was responsible for ensuring security and public order, as well as containing the activities of Serbian paramilitary units. In the latter regard, he worked with Mr. Davidovic.

[77] Mr. Andan's testimony was very brief and focused on two things. First, he addressed the reporting structure within the RS MUP, and in particular his perception that police chiefs located at the regional police stations (CSBs) and others who were below Mr. Kljajic in the RSMUP's hierarchy reported directly to Minister Stanisic. However, he acknowledged that this perception was based on rumours that he heard after he was transferred to the army. As such, that testimony was inadmissible hearsay.

[78] Secondly, Mr. Andan testified that Mr. Kljajic requested him to move to Bijeljina to assist in dismantling the Yellow Wasps and other paramilitary groups, and in preventing attacks against Muslims. However, on cross-examination, Mr. Andan conceded that many arrests and detentions of paramilitary group members were for crimes, such as theft, against Serbs. Mr. Andan added that he received threats from some members of the Yellow Wasps that he had helped to capture, after some of them were released from detention in mid-1992. Ultimately, I did not find Mr. Andan's admissible evidence to be particularly reliable or credible where it was inconsistent with other evidence.

B. Témoins du défendeur

[75] Trois témoins profanes ont déposé pour le compte de M. Kljajic, qui a également témoigné pour son propre compte.

1) M. Dragomir Andan

[76] M. Andan était inspecteur de police au sein du SRBiH MUP à Sarajevo avant le début de la guerre en avril 1992. Lorsqu'il occupait ce poste, il relevait de M. Kljajic et était chargé de superviser les opérations policières dans tout l'est de la Bosnie. Après la prise de son poste de police à Sarajevo par les forces musulmanes le même mois, M. Andan n'a occupé aucun poste précis pendant plusieurs semaines, jusqu'à ce qu'il soit muté brièvement à Brcko où il a occupé les fonctions d'inspecteur de police. À la demande de M. Kljajic, il a ensuite été muté à Bijeljina, où il était chargé d'assurer la sécurité et l'ordre public ainsi que de freiner les activités des unités paramilitaires serbes. À cet égard, il a collaboré avec M. Davidovic.

[77] Dans son très court témoignage, M. Andan s'est concentré sur deux points. Il a d'abord parlé de la structure hiérarchique du RS MUP, notamment sa perception selon laquelle les chefs des postes de police régionaux (CSB) et d'autres subalternes de M. Kljajic au sein du RS MUP relevaient directement du ministre Stanisic. Il a toutefois admis que cette impression reposait sur des rumeurs dont il avait eu vent après son transfert dans l'armée. Cette partie du témoignage constituait donc une preuve par ouï-dire inadmissible.

[78] Ensuite, M. Andan a affirmé que M. Kljajic lui avait demandé de déménager à Bijeljina pour participer au démantèlement des guêpes jaunes et d'autres groupes paramilitaires, ainsi que pour aider à contrer les attaques visant les musulmans. Cependant, au cours de son contre-interrogatoire, M. Andan a reconnu que plusieurs des arrestations et des détentions de membres de groupes paramilitaires visaient des crimes, tels que des vols, commis contre des Serbes. Il a également affirmé avoir reçu des menaces de la part de certains membres des guêpes jaunes qu'il avait contribué à capturer, après que certains d'entre eux eurent été remis en liberté au milieu de l'année 1992. Au bout du compte, il ne m'a pas semblé que

les éléments de preuve admissibles de M. Andan étaient particulièrement fiables ou crédibles lorsqu'ils étaient incompatibles avec d'autres éléments de preuve.

(2) Mr. Radomir Njegus

[79] Mr. Njegus was Minister Stanisic's Chief of Staff from approximately May 1992 until April 1994. His testimony focused on Mr. Kljajic's *de facto* authority within the RS MUP. In particular, Mr. Njegus testified that, in reality, Mr. Kljajic was not capable of doing anything in his position. Mr. Njegus added that Mr. Kljajic did not give any orders, and that those below him in the RS MUP's hierarchy reported directly to Minister Stanisic. He explained that this situation, together with his inability to protect Mr. Andan, the absence of support from the Minister and the fact that Mr. Kljajic did not have a good relationship with the Minister, led Mr. Kljajic to become frustrated to the point that he ultimately quit the RS MUP.

[80] Mr. Njegus further noted that men who had a military obligation and who left the territory of the RS without authorization faced the prospect of sanction, imprisonment, transfer to the army and, he believed, "other disagreeable" consequences: transcript, Vol. 7, at page 19.

[81] On cross-examination, Mr. Njegus was confronted with different testimony that he gave before the ICTY. There, he testified that Minister Stanisic's closest associates from May 1992 until the end of 1992 were his two Under Secretaries, namely, Mr. Kljajic and Mr. Slobodan Skipina. In that regard, he added the following in that proceeding: "Whether we wanted or not, it was not just on paper. That's how things were" (Exhibit 383, at page 11302). He explained: "Under the law, I was directly answerable to Mr. Stanisic. But I have to be very honest and admit that, in factual terms, on a daily basis, I had much more communication with Kljajic" (Exhibit 383, at page 11306.). He further explained that Mr. Stanisic delegated the authority to sign on his behalf to Mr. Kljajic, and that this authority included the power to further delegate to others below him (Mr. Kljajic) (Exhibit 383, at page 11336). He then gave examples of such further delegation, to himself (Mr. Njegus) and to others. He later added that, in any event, "[t]he common practice was that

2) M. Radomir Njegus

[79] M. Njegus a été le chef de cabinet du ministre Stanisic d'environ mai 1992 à avril 1994. Son témoignage était centré sur l'autorité *de facto* de M. Kljajic au sein du RS MUP. Plus précisément, M. Njegus a affirmé que le poste occupé par M. Kljajic ne lui conférerait en réalité aucun pouvoir. Il a ajouté que M. Kljajic ne donnait pas d'ordres et que ses subalternes au sein du RS MUP relevaient directement du ministre Stanisic. Il a expliqué que cette situation, conjuguée à son incapacité de protéger M. Andan, au manque de soutien du ministre et au fait que M. Kljajic n'entretenait pas une bonne relation avec le ministre, a contrarié M. Kljajic au point de l'amener à démissionner du RS MUP.

[80] M. Njegus a ajouté que les hommes qui avaient une obligation militaire et qui quittaient sans autorisation le territoire de la RS risquaient d'être sanctionnés, emprisonnés, envoyés dans les unités de l'armée et, selon lui, de subir « d'autres choses pas agréables » : transcription, vol. 7, à la page 19.

[81] Au cours de son contre-interrogatoire, M. Njegus a été questionné sur un témoignage différent qu'il avait donné devant le TPIY. Il y avait affirmé que les plus proches associés du ministre Stanisic de mai 1992 à la fin de 1992 étaient ses deux sous-secrétaires, à savoir M. Kljajic et M. Slobodan Skipina. À cet égard, il avait ajouté ce qui suit lors de son témoignage devant le TPIY : [TRADUCTION] « Que nous le souhaitions ou non, ce n'était pas seulement quelque chose couché sur le papier. C'est ainsi que se présentait la réalité des faits » (pièce 383, ligne 11302). Il a donné l'explication suivante : [TRADUCTION] « D'après ce qui était prévu par la loi, j'étais directement responsable devant M. Stanisic. Mais pour être tout à fait sincère, je dois dire que de fait et dans la réalité, au jour le jour, pendant mon travail, j'avais plus de communication avec justement Kljajic » (pièce 383, ligne 11306). Il a également expliqué que M. Stanisic donnait à M. Kljajic le pouvoir de signer à sa place, et que M. Kljajic pouvait à son tour déléguer ce pouvoir à ses propres subalternes

everything issued from our offices in Vrac[a] at the time went out under the name of the minister, not the others, the under-secretary for public security or the chief of administration. You will rarely find any documents signed by chiefs of administrations. Most of the documents were signed [by] Mico Stanisic” (Exhibit 384, at page 11383).

[82] Despite Mr. Njegus’ repeated insistence that his testimony before both the ICTY and this Court was truthful and consistent, I do not consider that to be the case. In my view, there are important inconsistencies between Mr. Njegus’ testimony in this proceeding and his testimony before the ICTY, as set forth in the two paragraphs immediately above. Moreover, Mr. Njegus’ testimony that Mr. Kljajic was incapable of doing anything in his position and did not give any orders was also inconsistent with several other statements he made during the present proceeding. These included his statements that Mr. Kljajic (i) ordered the arrest of someone named “Batko”, who was a well-known member of a paramilitary unit, (ii) was responsible for disarming a particular paramilitary unit, and (iii) was sent to Belgrade to put a stop to widespread misuse of official documents, such as passports, driver’s licences and vehicle permits.

[83] Considering the foregoing, and the fact that Mr. Njegus repeatedly stated that he could not recall certain things, I did not find Mr. Njegus’ testimony to be candid, forthright, reliable or credible where it was inconsistent with other evidence.

(3) Mr. Dragan Kijac

[84] Mr. Kijac was the Chief of Police in Sarajevo immediately prior to the outbreak of the Bosnian war in April 1992. After the creation of the RS MUP, he was the Chief of National Security at the CSB in Sarajevo, until his appointment as Under-Secretary for National Security in August 1992. He held the latter position until November 1995, when he became the Minister of

(pièce 383, ligne 11336). Il a ensuite donné des exemples de cette subdélégation à lui-même (M. Njegus) et à d’autres. Il a ajouté plus loin que, de toute façon, [TRADUCTION] « [l]a pratique était la suivante, c’est-à-dire que tout ce qui sortait de nos bureaux de Vrac[a] sortait avec la signature du ministre, et tout était envoyé avec sa signature à lui, et il n’y avait jamais le sous-secrétaire chargé de la sécurité publique ni le chef de la direction. Et à l’exception, il y avait la mienne, mais la plupart des documents étaient envoyés avec la signature de Mico Stanisic, ou l’on mettait Mico Stanisic » (pièce 384, ligne 11383).

[82] Bien que M. Njegus ait insisté sur le fait que son témoignage devant le TPIY et son témoignage devant notre Cour étaient honnêtes et cohérents, je ne pense pas que ce soit le cas. À mon avis, les deux témoignages de M. Njegus renferment d’importantes contradictions, comme l’illustrent les deux paragraphes qui précèdent. En outre, le témoignage de M. Njegus selon lequel M. Kljajic n’avait aucun pouvoir au poste qu’il occupait et ne donnait aucun ordre était également incompatible avec plusieurs autres déclarations qu’il a faites au cours de la présente instance. M. Njegus a notamment déclaré que M. Kljajic (i) avait donné l’ordre d’arrêter un dénommé « Batko », qui était un membre bien connu d’une unité paramilitaire, (ii) était responsable du désarmement d’une certaine unité paramilitaire, et (iii) avait été envoyé à Belgrade pour mettre fin à la mauvaise utilisation généralisée de documents officiels tels que des passeports, des permis de conduire et des permis de véhicules.

[83] Compte tenu de ce qui précède et du fait que M. Njegus a affirmé à plusieurs reprises ne pas se souvenir de certaines choses, je n’ai pas trouvé son témoignage franc, direct, fiable ou crédible lorsqu’il ne cadrait pas avec les autres éléments de preuve.

3) M. Dragan Kijac

[84] M. Kijac était chef de police à Sarajevo juste avant le début de la guerre de Bosnie en avril 1992. Après la création du RS MUP, il est devenu chef de la sécurité nationale au CSB de Sarajevo, avant d’être nommé sous-secrétaire de la division de la sécurité nationale en août 1992. Il a occupé ce poste jusqu’en novembre 1995, année où il est devenu ministre de l’Intérieur. En

Internal Affairs. In August 1997, he was appointed Vice-President of the RS, and Minister for Local Services.

[85] In his capacity as Chief of National Security in Sarajevo, Mr. Kijac was principally responsible for gathering information from behind enemy lines, to protect the public and state institutions in the RS. He was also responsible for counter-terrorism and “counter-information”.

[86] His testimony focused on the communications difficulties that were experienced within the RS MUP, his perception that Mr. Kljajic did not have much practical authority or responsibility within the RS MUP, his very limited dealings with Mr. Kljajic and his perception that Mr. Kljajic was not aware of what was happening on the ground during the period that he held the position of Under-Secretary within the RS MUP. (He stated that, had he not gone to have coffee with Mr. Kljajic from time to time, Mr. Kljajic would not have been aware of what was happening on the ground.) In addition, Mr. Kijac spoke to the consequences that would likely have been faced by someone who deserted the RS MUP.

[87] On cross-examination, Mr. Kijac was very defensive, to the point of being confrontational. Moreover, when asked about the genocide at Srebrenica, he began by remarking that he did not believe that it was a genocide. He then stated that he did not find out about what happened there until approximately five years later. When asked how this could possibly be true, given that he was the Under-Secretary for State Security at the time and given the widespread reporting that occurred about the massacre that took place, he clarified that “there was lots of talks about it, but there were no clear proofs” (transcript, Vol. 8, at page 59). He was then asked whether he had issued false documents for people who were wanted by the ICTY. To his credit, he acknowledged that he had provided false identity documents to a number of people, at the request of “the Military Security and Chief of the Intelligence Service” (transcript, Vol. 8, at page 61).

août 1997, il a été nommé vice-président de la RS et ministre des Services locaux.

[85] Lorsqu’il était chef de la sécurité nationale à Sarajevo, M. Kijac était principalement responsable de l’obtention de renseignements recueillis derrière les lignes ennemies, afin de protéger le public et les institutions gouvernementales en RS. Il était également chargé du contre-terrorisme et de la [TRADUCTION] « contre-information ».

[86] Son témoignage était axé sur les difficultés de communication au sein du RS MUP, sa perception selon laquelle M. Kljajic n’avait en réalité pas beaucoup de pouvoir ou de responsabilités au sein du RS MUP, ses interactions très limitées avec M. Kljajic et l’impression qu’il avait que ce dernier ne savait pas ce qui se passait sur le terrain lorsqu’il était sous-secrétaire du RS MUP. (Il a affirmé que s’il n’avait pas pris le café de temps en temps avec M. Kljajic, ce dernier n’aurait pas été au courant de ce qui se passait sur le terrain.) M. Kijac a également expliqué ce qui serait probablement arrivé à quiconque désertait le RS MUP.

[87] Au cours de son contre-interrogatoire, M. Kijac avait une attitude très défensive, au point d’adopter une posture conflictuelle. En outre, lorsqu’on l’a interrogé sur le génocide à Srebrenica, il a commencé par faire remarquer qu’il n’estimait pas qu’il s’agissait d’un génocide. Il a ensuite affirmé qu’il n’avait appris ce qu’il s’y était passé que cinq ans après environ. Quand on lui a demandé comment cela pouvait être vrai, comme il était sous-secrétaire de la sécurité de l’État à l’époque et compte tenu des rapports fréquents sur le massacre qui a eu lieu, il a précisé que [TRADUCTION] « beaucoup de choses ont été dites sur le sujet, mais qu’il n’y avait pas d’éléments de preuve concrets » (transcription, vol. 8, à la page 59). On lui a ensuite demandé s’il avait émis de faux documents concernant des personnes recherchées par le TPIY. Tout à son honneur, il a reconnu avoir fourni de faux documents d’identité à plusieurs personnes à la demande de « la sécurité militaire et du chef du service du renseignement » (transcription, vol. 8, à la page 61).

[88] Considering the foregoing, I did not consider Mr. Kijac's testimony to have been particularly forthcoming or credible where it differed from evidence provided on behalf of the plaintiffs.

[89] I will simply add in passing that, in testimony before the ICTY, Mr. Kijac stated that he had no interest in the affairs of the Public Safety branch of the RS MUP (where Mr. Kljajic worked), because the two branches of the RS MUP were independent. In my view, this undermines the significance of his above-mentioned perceptions with respect to Mr. Kljajic. Although Mr. Kljajic's counsel objected to the admissibility of this transcript based on the fact that it does not have the ICTY's stamp and therefore is of questionable authenticity, I am satisfied that it is authentic and trustworthy, as contemplated by paragraph 10.5(5)(c) of the *Citizenship Act*. This is because it is on the ICTY's website. In contrast to purported records of foreign proceedings that need to be certified because they may not be available to one or more other parties to a dispute, this transcript is publicly available online.

(4) Mr. Kljajic

[90] Mr. Kljajic's testimony focused on his work history prior to the Bosnian war, his PR Application, his position and role within the RS MUP, his relationship with Minister Stanisic, his alleged limited awareness of the war crimes and crimes against humanity that were being committed by the RS MUP, and the consequences that he would have faced had he left the RS MUP without official permission. He also discussed his work history in Canada and the absence of any troubles with the law since coming here 25 years ago, as well as the fact that he has several children and grandchildren who all live here.

[91] Where Mr. Kljajic's testimony was inconsistent with the evidence provided by the plaintiffs' witnesses, particularly Dr. Nielsen and Mr. Davidovic, I found the plaintiffs' witnesses to be more candid, forthright, reliable and credible. This was largely due to the fact

[88] Compte tenu de ce qui précède, je n'estime pas que le témoignage de M. Kijac comme ayant été particulièrement honnête ou crédible lorsqu'il diffère des éléments de preuve déposés pour le compte des demandeurs.

[89] J'ajouterai simplement au passage que, dans son témoignage devant le TPIY, M. Kijac a allégué qu'il n'avait accordé aucun intérêt aux activités de la division de la sécurité publique du RS MUP (où M. Kljajic travaillait), car les deux divisions du RS MUP étaient indépendantes. À mon avis, cela mine le sens de sa perception susmentionnée, concernant M. Kljajic. Bien que l'avocate de M. Kljajic ait contesté l'admissibilité de cette transcription, compte tenu du fait qu'elle n'est pas frappée du sceau du TPIY et que son authenticité est donc discutable, je suis d'avis qu'elle est authentique et digne de foi, au sens de l'alinéa 10.5(5)c) de la *Loi sur la citoyenneté*. Cela tient au fait que la transcription est affichée sur le site Web du TPIY. Contrairement aux prétendus dossiers d'instances étrangères qui doivent être certifiés parce qu'ils peuvent ne pas être à la disposition d'une ou plusieurs autres parties à un contentieux, cette transcription est accessible en ligne.

4) M. Kljajic

[90] Le témoignage de M. Kljajic portait principalement sur ses antécédents professionnels avant la guerre de Bosnie, sa demande de RP, son poste et son rôle au sein du RS MUP, sa relation avec le ministre Stanisic, la connaissance limitée qu'il disait avoir des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité perpétrés par le RS MUP, et les conséquences qu'il aurait subies s'il avait quitté l'organisation sans avoir obtenu une autorisation officielle. Il a aussi parlé de ses antécédents professionnels au Canada, du fait qu'il n'avait eu aucun démêlé avec la justice depuis son arrivée au pays il y a 25 ans, et de ses nombreux enfants et petits-enfants qui vivent tous ici.

[91] Lorsque le témoignage de M. Kljajic était incompatible avec les éléments de preuve fournis par les témoins des demandeurs, particulièrement M. Nielsen et M. Davidovic, j'estime que les témoins des demandeurs étaient plus francs, directs, fiables et crédibles. Cela

that I found Mr. Kljajic’s testimony to be internally inconsistent at times, implausible in some respects, and less credible and less believable than conflicting evidence provided by the other witnesses (see, e.g., paragraphs 118–124, 174, 178, 185–212, 216–219, 221–223 and 228–251 below).

VII. Issues

[92] Although the plaintiffs’ statement of claim seeks four declarations, I consider that there are three principal issues, namely:

- i. Did Mr. Kljajic become a permanent resident by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, and because of having acquired that status, subsequently obtain Canadian citizenship?
- ii. Is Mr. Kljajic inadmissible to Canada on grounds of violating human or international rights, as set forth in paragraph 35(1)(b) of the IRPA?
- iii. Is Mr. Kljajic inadmissible to Canada on grounds of violating human or international rights, as set forth in paragraph 35(1)(a) of the IRPA?

VIII. Assessment

A. *Did Mr. Kljajic become a permanent resident by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, and because of having acquired that status, subsequently obtain Canadian citizenship?*

(1) Applicable Legal Principles

[93] To demonstrate that a person became a permanent resident by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, the Minister does not have to demonstrate that, “but for” the person’s deception, his or her application for permanent residence would necessarily have been rejected. The Minister’s

s’explique principalement par le fait que je trouvais le témoignage de M. Kljajic intrinsèquement contradictoire à certains moments, invraisemblable à certains égards, et moins plausible et crédible que les éléments de preuve conflictuels fournis par les autres témoins (voir, par exemple, les paragraphes 118 à 124, 174, 178, 185 à 212, 216 à 219, 221 à 223 et 228 à 251 ci-dessous).

VII. Questions en litige

[92] Bien que la déclaration des demandeurs vise l’obtention de quatre jugements déclaratoires, je suis d’avis qu’il y a trois principales questions en litige, à savoir :

- i. M. Kljajic est-il devenu résident permanent par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels, et, par raison d’avoir obtenu le statut de résident permanent, a-t-il ensuite obtenu la citoyenneté canadienne?
- ii. M. Kljajic est-il interdit de territoire au Canada pour atteinte aux droits humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l’alinéa 35(1)b) de la LIPR?
- iii. M. Kljajic est-il interdit de territoire au Canada pour atteinte aux droits humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l’alinéa 35(1)a) de la LIPR?

VIII. Discussion

A. *M. Kljajic est-il devenu résident permanent par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels, et, par raison d’avoir obtenu le statut de résident permanent, a-t-il ensuite obtenu la citoyenneté canadienne?*

1) Règles de droit applicables

[93] Pour établir que quelqu’un est devenu un résident permanent par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels, le ministre n’est pas tenu de démontrer que, « n’eût été » de la tromperie employée par cette personne, la demande de résidence permanente aurait nécessairement été refusée. Le ministre

burden is simply to demonstrate that such deception likely had the effect of foreclosing or averting further inquiries in respect of circumstances that had a material bearing on the assessment of the person's application: *Rogan*, above, at paragraphs 31–32; *Halindintwali*, above, at paragraphs 35–36; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Savic*, 2014 FC 523, [2015] 3 F.C.R. 209 (*Savic*), at paragraphs 51 and 80; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Rubuga*, 2015 FC 1073 (*Rubuga*), at paragraphs 72–73.

[94] This burden must be demonstrated on the civil “balance of probabilities” standard of proof. In brief, the Minister must demonstrate that it is more probable than not that the person in question knowingly made false representations, engaged in fraudulent conduct or concealed material circumstances, either in an application for permanent residence or in the related interviews or other communications that took place in connection with that application: *Rogan*, above, at paragraph 27; *Halindintwali*, above, at paragraph 32.

[95] In this regard, the Minister is not required to demonstrate that the person knew that the circumstances were material or that the false representations or fraud concerned matters that were potentially important or significant. The Court must simply find, on the evidence or by reasonable inference, that the person engaged in deception with the intent of misleading those involved in the assessment of his or her application. For this purpose, the element of “knowing concealment of material circumstances” in subsection 10.1(1) does not include innocent misrepresentations. Likewise, the element of “materiality” does not include inadvertent omissions of immaterial information and mere technical transgressions. However, willful blindness will not be condoned: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Odynsky*, 2001 FCT 138, 196 F.T.R. 1, [2001] F.C.J. No. 286 (QL), at paragraphs 158–159; *Rogan*, above, at paragraphs 32–35; *Halindintwali*, above, at paragraph 36; *Savic*, above, at paragraphs 57–78; *Rubuga*, above, at paragraphs 73–74.

[96] For greater certainty, the concealment of material circumstances can occur either through the withholding

est uniquement tenu de prouver qu'une telle tromperie a probablement eu l'effet d'exclure ou d'écarter d'autres enquêtes en ce qui a trait aux circonstances qui ont eu une incidence importante sur l'évaluation de la demande de cette personne : *Rogan*, précitée, aux paragraphes 31 et 32; *Halindintwali*, précitée, aux paragraphes 35 et 36; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Savic*, 2014 CF 523, [2015] 3 R.C.F. 209 (*Savic*), aux paragraphes 51 et 80; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Rubuga*, 2015 CF 1073 (*Rubuga*), aux paragraphes 72 et 73.

[94] Il doit s'acquitter de ce fardeau selon la norme de preuve en matière civile de la « prépondérance des probabilités ». En somme, le ministre doit établir qu'il est plus probable qu'improbable que la personne en question ait sciemment fait de fausses déclarations, se soit livrée à une conduite frauduleuse ou ait dissimulé intentionnellement des faits essentiels, que ce soit pour une demande de résidence permanente ou lors d'entrevues connexes ou d'autres communications en lien avec cette demande : *Rogan*, précitée, au paragraphe 27; *Halindintwali*, précitée, au paragraphe 32.

[95] À cet égard, le ministre n'est pas tenu de démontrer que la personne savait que les faits étaient essentiels ou que la fraude ou les fausses représentations se rapportaient à des éléments potentiellement importants. La Cour est seulement tenue de conclure que, sur la foi de la preuve ou par déduction raisonnable, la personne a eu recours à la tromperie dans le but d'induire en erreur ceux ou celles qui ont participé à l'évaluation de sa demande. À cette fin, la « dissimulation intentionnelle de faits essentiels » dont il est question au paragraphe 10.1(1) ne comprend pas les déclarations inexactes faites innocemment. Également, le caractère « essentiel » ne comprend pas les omissions involontaires de renseignements non pertinents et les simples transgressions techniques. Cependant, l'aveuglement délibéré ne sera pas toléré : *Canada (Citizenship and Immigration) c. Odynsky*, 2001 CFPI 138, [2001] A.C.F. n° 286 (QL), aux paragraphes 158 et 159; *Rogan*, précitée, aux paragraphes 32 à 35; *Halindintwali*, précitée, au paragraphe 36; *Savic*, précitée, aux paragraphes 57 à 78; *Rubuga*, précitée, aux paragraphes 73 et 74.

[96] Pour plus de précision, il y a dissimulation de faits essentiels si une personne dissimule des renseignements

of material information or through a misleading answer which has the effect of foreclosing or averting further inquiries, and thereby diverting attention away from material circumstances. This is so even if the withheld or misleading information itself does not concern a dispositive or potentially important issue: *Rogan*, above, at paragraph 33; *Halindintwali*, above, at paragraph 36. Likewise, the alleged false representations or fraud do not themselves have to concern a dispositive or potentially important issue.

[97] In assessing whether circumstances that have been concealed rise to the level of being “material”, within the meaning of subsection 10.1(1), the Court must consider “the significance [of the circumstances] for [the] purposes of the decision in question”: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Schneeberger*, 2003 FC 970, [2004] 1 F.C.R. 280, at paragraph 21; *Rubuga*, above, at paragraph 73.

[98] Of course, where the Minister seeks a declaration that a person’s false representation, fraud or knowing concealment was with respect to a fact described in one of the sections of the IRPA that are specifically mentioned in subsection 10.1(1) of the *Citizenship Act*, the Minister must, in addition, “establish on a balance of probabilities that the false representation, fraud, or knowing concealment was with regard to” such a fact: *Rubuga*, above, at paragraphs 33 and 76.

[99] However, where the declaration sought is simply the one that is described in subsection 10.1(1), the Minister need only demonstrate “that the person has obtained, retained, renounced or resumed his or her citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances”. This is readily apparent not only from the plain meaning of those quoted words, but also from the words in subsection 10.1(4), which state that the Minister “need only prove that the person has obtained ... his or her citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances”. There is no mention in the latter provision of a fact described in any section of the IRPA. Likewise, section 10.2 of the *Citizenship Act*, which creates an important presumption for the purposes of

importants ou donne une réponse trompeuse qui a pour effet d’exclure ou d’écarter d’autres enquêtes, et, de ce fait, détourne l’attention de faits essentiels. Il en est ainsi même si les renseignements dissimulés ou trompeurs ne se rapportent pas à une question déterminante ou potentiellement importante : *Rogan*, précitée, au paragraphe 33; *Halindintwali*, précitée, au paragraphe 36. Pareillement, la prétendue fausse déclaration ou fraude ne doit pas nécessairement se rapporter à une question déterminante ou potentiellement importante.

[97] Pour déterminer si les faits dissimulés sont suffisamment importants pour être qualifiés d’« essentiels », au sens du paragraphe 10.1(1), la Cour doit prendre en compte « l’importance [des faits] [...] par rapport à la décision visée » : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Schneeberger*, 2003 CF 970, [2004] 1 R.C.F. 280, au paragraphe 21; *Rubuga*, précitée, au paragraphe 73.

[98] Bien sûr, lorsque le ministre sollicite un jugement déclarant que la fraude, la fausse déclaration ou la dissimulation intentionnelle d’une personne portait sur un fait visé par l’un des articles de la LIPR expressément mentionnés au paragraphe 10.1(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, le ministre doit en outre « établir selon la prépondérance des probabilités que la fraude, la fausse déclaration ou la dissimulation intentionnelle portait sur » un tel fait : *Rubuga*, précitée, aux paragraphes 33 et 76.

[99] Cependant, lorsque la déclaration visée est simplement celle décrite au paragraphe 10.1(1), le ministre est uniquement tenu de démontrer que « l’acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté de la personne ou sa réintégration dans celle-ci est intervenue par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels ». C’est ce qui se dégage clairement non seulement du sens ordinaire des passages cités, mais aussi du libellé au paragraphe 10.1(4), qui énonce qu’« il suffit au ministre [...] de prouver que [la personne a obtenu sa citoyenneté] par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels ». Il n’y a aucune mention dans cette dernière disposition d’un fait décrit dans un quelconque article de la LIRP. Également, l’article 10.2 de la

subsections 10(1) and 10.1(1), does not refer to sections 34, 35, or 36 of the IRPA: see paragraph 43 above.

[100] Given the seriousness of the allegations that have been made in this proceeding and the significance of the negative consequences that revocation of Canadian citizenship may have for Mr. Kljajic, it is incumbent upon the Court to scrutinize the evidence that has been adduced with great care: *Rogan*, above, at paragraph 29.

(2) Analysis

[101] The plaintiffs allege that Mr. Kljajic knowingly concealed three important facts from his PR Application: (i) the fact that he resided in Bosnia between April and December 1992; (ii) his police career in the SRBiH MUP between 1979 and April 1992; and (iii) his position as Under-Secretary of the RS MUP between April 1992 and December 1992. In addition, the plaintiffs allege that Mr. Kljajic falsely represented that he had worked as a lawyer in Sarajevo between 1980 and 1993, and had briefly worked in the military in 1979 and 1980, when he completed his obligatory military service as a young man in the former Yugoslavia. For the purposes of this proceeding, it is unnecessary to address these two additional allegations. Finally, the plaintiffs alleged that Mr. Kljajic made a false representation and knowingly concealed material circumstances when he wrote “NO” beside the following question on his PR Application: “In periods of either peace or war, have you ever been involved in the commission of a war crime or crime against humanity, such as: willful killing, torture, attacks upon, enslavement, starvation or other inhumane acts committed against civilians or prisoners of war, or deportation of civilians?”.

[102] In support of their allegation that Mr. Kljajic knowingly concealed the three important facts mentioned at the outset of the paragraph immediately above, the plaintiffs noted that Mr. Kljajic indicated on his PR Application that he read and spoke English “well” and that no one assisted him in preparing his application. He also signed a declaration on the last page of the application stating, among

Loi sur la citoyenneté, qui crée une présomption importante pour l’application des paragraphes 10(1) et 10.1(1), ne fait pas mention des articles 34, 35 ou 36 de la LIPR : voir le paragraphe 43 ci-dessus.

[100] Étant donné la gravité des allégations qui ont été formulées dans la présente instance et des conséquences graves que peut entraîner la révocation de la citoyenneté canadienne pour M. Kljajic, il incombe à la Cour d’examiner les éléments de preuve qui ont été présentés avec le plus grand soin : *Rogan*, précitée, au paragraphe 29.

2) Analyse

[101] Les demandeurs allèguent que M. Kljajic a intentionnellement dissimulé trois faits importants dans sa demande de RP : (i) le fait qu’il vivait en Bosnie entre avril et décembre 1992; (ii) sa carrière policière au sein du SRBiH MUP entre 1979 et avril 1992; et (iii) le poste de sous-secrétaire du RS MUP qu’il a occupé entre avril et décembre 1992. En outre, les demandeurs allèguent que M. Kljajic a faussement déclaré qu’il travaillait comme avocat à Sarajevo entre 1980 et 1993, et qu’il avait servi brièvement dans l’armée entre 1979 et 1980, lorsque, étant jeune homme, il avait effectué son service militaire obligatoire dans l’ex-Yougoslavie. Pour les besoins de la présente instance, il n’est pas nécessaire d’examiner ces deux autres allégations. Enfin, les demandeurs allèguent que M. Kljajic a fait de fausses déclarations et a intentionnellement dissimulé des faits essentiels lorsqu’il a inscrit [TRADUCTION] « NON » vis-à-vis de la question suivante sur sa demande de RP : [TRADUCTION] « En période de paix ou de guerre, avez-vous déjà participé à la perpétration d’un crime de guerre ou d’un crime contre l’humanité, comme l’assassinat, la torture, l’agression, la réduction en esclavage, la privation de nourriture, ou tout autre acte inhumain commis contre des civils ou des prisonniers de guerre, ou encore la déportation de civils? ».

[102] Pour étayer leur allégation selon laquelle M. Kljajic aurait intentionnellement dissimulé les trois faits essentiels mentionnés au début du paragraphe immédiatement ci-dessus, les demandeurs ont souligné que M. Kljajic avait indiqué dans sa demande de RP qu’il savait [TRADUCTION] « bien » lire et écrire en anglais et que personne ne l’avait aidé à préparer sa demande. Il a également signé

other things, that the information he had provided was “truthful, complete and correct”, and that he understood all of the statements he had been asked to make in that declaration. Those statements also included an undertaking to report any change in the information he had provided, prior to his departure for Canada.

[103] In his final oral submissions, Mr. Kljajic admitted that he had made false representations on his PR Application, by failing to disclose his career as a police officer, and in particular, the position that he held in the RS MUP for several months in 1992. However, he maintained that he did not do so with the intention of misleading immigration officials who would be reviewing his application. Rather, he omitted mentioning his history with the police because he was afraid that he and his family would be harmed by Minister Stanisic or a paramilitary group, such as the Yellow Wasps. Moreover, insofar as the question on his PR Application relating to past involvement in war crimes, etc., is concerned, he sincerely believed (and continues to believe) that he has never been involved in the commission of any such crimes.

[104] I am satisfied on a balance of probabilities that Mr. Kljajic knowingly concealed material circumstances from his PR Application. Those circumstances included (i) the fact that he resided in Bosnia between April and December 1992; (ii) his police career in the SRBiH MUP between 1979 and April 1992; and (iii) his position as Under-Secretary of the RS MUP between April 1992 and sometime in the Fall of 1992. Mr. Kljajic also knowingly provided false information when he stated that no one assisted him in completing his application. In this regard, he testified in this proceeding that he was indeed assisted by someone who told him that a “legal counsellor” is a “lawyer”. (He maintained that he was in fact a “legal counsellor” prior to becoming a lawyer in 1993.) He also knowingly made a false representation when he declared that the information he had provided was “truthful, complete and correct”.

une déclaration à la dernière page de la demande attestant notamment que l’information qu’il avait fournie était [TRADUCTION] « véridique, complète et exacte », et qu’il comprenait toutes les affirmations qu’on lui avait demandé de faire dans cette déclaration. Ces affirmations comprenaient également un engagement à signaler tout changement dans l’information fournie, avant son départ pour le Canada.

[103] Dans ses plaidoiries finales, M. Kljajic a reconnu qu’il avait fait de fausses déclarations dans sa demande de RP, ayant omis de mentionner sa carrière policière et, plus précisément, le poste qu’il avait occupé pendant plusieurs mois au sein du RS MUP en 1992. Il a cependant maintenu qu’il n’avait pas omis cette information dans le but d’induire en erreur les agents d’immigration responsables de l’examen de sa demande. Plutôt, il a choisi de ne pas mentionner sa carrière policière parce qu’il craignait que le ministre Stanisic ou un autre groupe paramilitaire, tel que les guêpes jaunes, s’en prenne à lui ou aux membres de sa famille. En outre, en ce qui concerne la question dans sa demande de RP qui se rapportait à toute participation passée à des crimes de guerre, etc., il croyait sincèrement (et croit toujours) qu’il n’avait jamais participé à la perpétration de tels crimes.

[104] Je conclus, selon la prépondérance des probabilités, que M. Kljajic a intentionnellement dissimulé des faits essentiels dans sa demande de RP. Ces faits essentiels comprenaient notamment : (i) le fait qu’il vivait en Bosnie entre avril et décembre 1992; (ii) sa carrière policière au sein du SRBiH MUP entre 1979 et avril 1992; et (iii) le poste de sous-secrétaire du RS MUP qu’il occupait entre avril 1992 et un certain moment à l’automne de la même année. M. Kljajic a aussi sciemment fourni de faux renseignements lorsqu’il a déclaré que personne ne l’avait aidé à remplir sa demande. À cet égard, il a témoigné au cours de la présente instance qu’il avait effectivement fait appel à quelqu’un d’autre pour l’aider, une personne qui lui avait dit qu’un « conseiller juridique » est un « avocat ». (Il maintient qu’il était effectivement « conseiller juridique » avant de devenir avocat en 1993.) Il a également sciemment fait une fausse déclaration lorsqu’il a affirmé que l’information qu’il avait fournie était [TRADUCTION] « véridique, complète et exacte ».

[105] The omitted facts described immediately above were material circumstances, within the meaning of subsection 10.1(1) of the *Citizenship Act*. This is because, had they been disclosed, they would either have led to the screening out of Mr. Kljajic's PR Application, or to further inquiries with respect to his potential involvement in the genocide, war crimes and crimes against humanity that were known to have been perpetrated by the RS MUP between April 1992 and the fall of that year.

[106] For the reasons that I have given in part VIII.C.(2) below, the same is true with respect to the false declaration that Mr. Kljajic made on his PR Application with respect to his prior involvement in the commission of a war crime or a crime against humanity.

[107] The impact that the foregoing omissions and false declarations had on the processing of Mr. Kljajic's PR Application is evident from Mr. Casey's testimony. In brief, he stated that the number of refugee applicants at the Belgrade embassy in 1995 was very large and exceeded the processing ability of staff at the Canadian embassy. Accordingly, to avoid having the processing system for the refugee program "grind to a halt" at the embassy, he and his staff made a conscious decision to focus on applicants who "truly were victims of the conflict", and "to make sure that no possible perpetrators got into the program at all" (transcript, Vol. 1, at pages 50–51). Indeed, staff at the embassy were explicitly instructed by the Minister, in August 1993, to deny visas to all senior members and officials of the RS government (which had been designated in June of that year for the purposes of paragraph 19(1)(l) of the *Immigration Act*): Exhibits 5 and 6.

[108] As a first step in the triaging of applicants for refugee protection and permanent residence, Mr. Casey and his staff developed a "preliminary questionnaire" in Serbo-Croatian. As he was the only officer who was fluent in that language, he took it upon himself to personally screen the questionnaires. At that stage, if there had been any indication that more investigation might be

[105] Les faits omis décrits immédiatement ci-dessus étaient des faits essentiels, au sens du paragraphe 10.1(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Il en est ainsi, car, si ces faits avaient été mentionnés, ils auraient soit mené au rejet de la demande de RP de M. Kljajic, soit à la tenue d'enquêtes supplémentaires en lien avec sa participation potentielle au génocide, aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité reconnus comme ayant été perpétrés par le RS MUP entre avril 1992 et l'automne de la même année.

[106] Pour les motifs que j'ai énoncés à la partie VIII.C.(2) ci-dessous, il en est de même pour la fausse déclaration que M. Kljajic a faite sur sa demande de RP en ce qui concerne sa participation antérieure à la perpétration d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité.

[107] Le témoignage de M. Casey met clairement en évidence l'incidence des omissions et des fausses déclarations qui précèdent dans le traitement de la demande de RP de M. Kljajic. En résumé, il a affirmé que le nombre de demandeurs d'asile à l'ambassade de Belgrade en 1995 était très élevé, et que le personnel de l'ambassade du Canada n'était pas en mesure de traiter toutes les demandes. Par conséquent, pour éviter que le système de traitement du programme de protection des réfugiés [TRADUCTION] « soit complètement paralysé » à l'ambassade, son personnel et lui-même ont pris la décision délibérée de se concentrer sur les demandeurs qui étaient [TRADUCTION] « réellement victimes du conflit », et [TRADUCTION] « de veiller à ce qu'aucun auteur de crime éventuel ne puisse être accepté dans ce programme » (transcription, vol. 1, aux pages 50 et 51). En effet, en août 1993, le ministre avait expressément indiqué au personnel de n'accorder aucun visa aux hauts fonctionnaires ou aux représentants du gouvernement de la RS (qui avait été désigné en juin de cette même année pour les besoins de l'alinéa 19(1)(l) de la *Loi sur l'immigration*) : pièces 5 et 6.

[108] En guise de première étape du processus de sélection des demandeurs sollicitant le statut de réfugié et la résidence permanente, M. Casey et son personnel avaient conçu un [TRADUCTION] « questionnaire préliminaire » en serbo-croate. Comme il était le seul agent qui maîtrisait bien cette langue, il a pris l'initiative de trier personnellement les questionnaires. À ce stade, s'il y avait

required in respect of an applicant, “the decision would simply have been not to deal with that particular applicant and that was the end of it” (transcript, Vol. 1, at page 82).

[109] Unfortunately, the questionnaire that Mr. Kljajic completed in advance of submitting his PR Application was not adduced in evidence in this proceeding. It appears that the questionnaires from that period may have been destroyed long ago. However, based on Mr. Casey’s evidence, as well as the fact that Mr. Kljajic did not disclose his police work history and his whereabouts during the early months of the war in his PR Application, it is reasonable to infer that Mr. Kljajic did not disclose that information on his questionnaire and that this enabled his application to avoid getting screened out at that stage of the process.

[110] Turning to Mr. Kljajic’s PR Application, Mr. Casey testified that, had Mr. Kljajic disclosed the fact that he had been a senior member of the RS, his application would have been referred to Ottawa with an indication that in the opinion of the visa officer he was a person contemplated by paragraph 19(1)(l) of the *Immigration Act*. Mr. Casey explained that, in general, if it was possible that paragraph 19(1)(j) might apply, “a lot more questioning, a lot more examination of evidence” ordinarily would be required (transcript, Vol. 1, at page 66). Given what Mr. Casey had stated earlier in his testimony (mentioned above), I understood this to mean that more inquiries would have been made, if the person’s application had not been simply screened out in its entirety.

[111] Considering the foregoing, I am satisfied that Mr. Kljajic’s failure to disclose in his PR Application the fact that he held the position of Under-Secretary in the RS MUP had the effect of foreclosing further inquiries in respect of a matter that would have had a very important bearing on the assessment of his application. That omission alone constituted the concealment of a material circumstance, within the meaning of subsection 10.1(1) of the *Citizenship Act*. Having regard to all of Mr. Casey’s evidence discussed above, I have reached

des motifs de croire qu’une enquête plus poussée était nécessaire auprès d’un demandeur, [TRADUCTION] « on décidait simplement de ne pas traiter la demande de cette personne, un point c’est tout » (transcription, vol. 1, à la page 82).

[109] Malheureusement, le questionnaire rempli par M. Kljajic avant de soumettre sa demande de RP n’a pas été déposé en preuve dans la présente instance. Il appert que les questionnaires datant de cette période ont peut-être été éliminés il y a un certain temps. Toutefois, d’après le témoignage de M. Casey, et compte tenu du fait que M. Kljajic n’a pas mentionné sa carrière policière ni ses allées et venues pendant les premiers mois de la guerre dans sa demande de RP, on peut raisonnablement supposer que M. Kljajic n’a pas divulgué cette information dans son questionnaire, et que sa demande n’a pas été rejetée à cette étape du processus pour cette raison.

[110] En ce qui concerne la demande de RP de M. Kljajic, M. Casey a témoigné que, si M. Kljajic avait divulgué le fait qu’il était un ancien haut fonctionnaire de la RS, sa demande aurait été transmise à Ottawa avec une mention précisant que, selon l’agent des visas, il était une personne visée à l’alinéa 19(1)l) de la *Loi sur l’immigration*. M. Casey a expliqué que, en général, s’il y a possibilité que l’alinéa 19(1)j) s’applique, [TRADUCTION] « un interrogatoire beaucoup plus poussé, et un examen de la preuve beaucoup plus exhaustif » seraient normalement nécessaires (transcription, vol. 1, à la page 66). Étant donné ce que M. Casey a déclaré antérieurement dans son témoignage (susmentionné), j’ai cru comprendre que cela signifie qu’une enquête plus approfondie aurait été menée, à supposer que la demande n’aurait pas tout simplement été rejetée.

[111] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le fait que M. Kljajic a omis de mentionner dans sa demande de RP qu’il avait occupé le poste de sous-secrétaire au sein du RS MUP a eu pour effet d’exclure d’autres enquêtes sur un aspect qui aurait certainement eu une très grande incidence sur l’évaluation de sa demande. Cette omission constitue à elle seule une dissimulation d’un fait essentiel, au sens du paragraphe 10.1(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. En ce qui concerne l’ensemble du témoignage de M. Casey analysé précédemment, j’en suis

the same conclusion with respect to Mr. Kljajic's concealment of (i) his places of residence between April 1992 and the Fall of that year, and (ii) his police work history with the SRBiH MUP, especially the positions he held in that organization in the period leading up to the breakout of the Bosnian war.

[112] I consider it reasonable to infer that Mr. Kljajic also knowingly concealed the facts mentioned immediately above in the interview that he had with staff in the embassy prior to departing for Canada. Although Mr. Casey had no recollection of Mr. Kljajic's interview, he testified that one of the principal purposes of the interview was "to determine whether any of the inadmissibility categories appl[ied]" (transcript, Vol. 1, at page 79).

[113] Notwithstanding the foregoing, it remains necessary to determine whether Mr. Kljajic *intended* to mislead Mr. Casey and his colleagues at the embassy in Belgrade. As noted at paragraph 95 above, the element of "knowingly" concealing material circumstances does not include innocent misrepresentations.

[114] Mr. Kljajic's explanation for failing to disclose the facts described above is that he was afraid that he and his family would be harmed by Minister Stanisic or a paramilitary group, such as the Yellow Wasps. In this regard, Mr. Kljajic testified that when he filled out his PR Application, he did not mention the positions that he had held with the SRBiH MUP and the RS MUP because he was aware that Mr. Vitomir Zepinic, a former senior member of the SRBiH MUP had been "intercepted" by Mr. Stanisic outside the Canadian embassy. He was afraid that this would also happen to him. He also testified that he was afraid that he would be assassinated, like Mr. Goran Zugic.

[115] During his counsel's final oral submissions, I inquired as to why Mr. Kljajic would have been concerned about being intercepted outside the embassy if he had included the information about his past work history in his PR Application. In brief, given that he apparently was not concerned about being apprehended after submitting

arrivé à la même conclusion en ce qui a trait à la dissimulation, par M. Kljajic, de : (i) ses lieux de résidence entre avril 1992 et l'automne de la même année; et (ii) sa carrière policière dans le SRBiH MUP, plus particulièrement les postes qu'il a occupés au sein de cette organisation lors de la période ayant précédé le déclenchement de la guerre de Bosnie.

[112] Je crois qu'il est raisonnable de déduire que M. Kljajic a aussi intentionnellement dissimulé les faits mentionnés immédiatement ci-dessus lors de son entrevue avec le personnel de l'ambassade avant son départ pour le Canada. Bien que M. Casey n'eût aucun souvenir de l'entrevue de M. Kljajic, il a affirmé dans son témoignage que l'un des buts premiers de l'entrevue était de [TRADUCTION] « déterminer si l'une des conditions d'interdiction de territoire s'appliquait » (transcription, vol. 1, à la page 79).

[113] Malgré ce qui précède, il demeure nécessaire de déterminer si M. Kljajic avait l'*intention* d'induire en erreur M. Casey et ses collègues à l'ambassade à Belgrade. Tel qu'il est mentionné au paragraphe 95 ci-dessus, la dissimulation « intentionnelle » de faits essentiels ne comprend pas les déclarations inexactes faites innocemment.

[114] En vue de justifier pourquoi il avait omis de mentionner les faits décrits ci-dessus, M. Kljajic a expliqué qu'il craignait que le ministre Stanisic ou un autre groupe paramilitaire, tel que les guêpes jaunes, s'en prenne à lui ou aux membres de sa famille. À cet égard, M. Kljajic a témoigné qu'au moment de remplir sa demande de RP, il n'avait pas mentionné les postes qu'il avait occupés au sein du SRBiH MUP et du RS MUP parce qu'il savait que M. Vitomir Zepinic, ancien haut fonctionnaire du SRBiH MUP, avait été « intercepté » par M. Stanisic à l'extérieur de l'ambassade canadienne. Il craignait qu'il lui arrive la même chose. Il a également témoigné qu'il avait peur d'être assassiné, comme M. Goran Zugic.

[115] Lors des plaidoiries finales de ses avocates, j'ai demandé pourquoi M. Kljajic craignait d'être intercepté à l'extérieur de l'ambassade s'il avait inclus l'information au sujet de ses antécédents professionnels dans sa demande de RP. En résumé, puisqu'il ne semblait pas préoccupé par l'idée d'être appréhendé après avoir soumis

the application that excluded that work history, why would it be any different if he had included that work history in his application? One way or another, he would still have found himself in the position of exiting the Canadian embassy.

[116] Counsel replied that Mr. Kljajic believed that someone inside the embassy had likely tipped off Minister Stanisic that Mr. Zepinic was there. Therefore, Mr. Kljajic was afraid that the same thing would happen to him, if he included anything in his application that would provide a link between him and the Minister or the RS MUP (transcript, Vol. 10, at pages 96–97 and 100–101). Counsel elaborated that the Minister likely would have been upset that Mr. Kljajic had requested asylum in Canada, instead of remaining in Serbia to serve his country. She maintained that Minister Stanisic would have considered this to be tantamount to desertion (transcript, Vol. 10, at page 99).

[117] There are two distinct problems with these submissions.

[118] First, I do not consider them to be credible or persuasive. There is no evidence whatsoever that anyone in the Canadian embassy ever leaked any information to Minister Stanisic, anyone in his circle, anyone associated with the Yellow Wasps, or anyone else. Mr. Kljajic's suggestion to the contrary is a bald and speculative assertion. Moreover, the suggestion that he would have been considered to be a deserter is inconsistent with Mr. Kljajic's evidence that the letter he was given on behalf of the Minister, dated December 3, 1992, would "protect [him] in case [he was] arrested for being a deserter from the Republika Srpska" (transcript, Vol. 5, at page 65, referring to the letter at Exhibit 128).

[119] In addition, there is no evidence whatsoever that Mr. Stanisic or the Yellow Wasps had any interest in Mr. Kljajic after he was given that letter and then moved to Belgrade. Likewise, there is no evidence that Mr. Kljajic hid from Minister Stanisic or anyone else while he lived for over two years in Belgrade, prior to applying for permanent residence in Canada. Furthermore,

une demande qui ne faisait pas état de ces antécédents professionnels, pourquoi en aurait-il été autrement s'il les avait inclus? D'une façon ou d'une autre, il se serait tout de même retrouvé dans une position où il aurait eu à quitter l'ambassade canadienne.

[116] L'avocate a répondu que M. Kljajic croyait que quelqu'un dans l'ambassade avait probablement avisé le ministre Stanisic que M. Zepinic s'y trouvait. Par conséquent, M. Kljajic avait peur de subir le même sort s'il incluait toute mention dans sa demande qui l'aurait associé au ministre ou au RS MUP (transcription, vol. 10, aux pages 96, 97, 100 et 101). L'avocate a expliqué que le ministre aurait probablement été contrarié par le fait que M. Kljajic avait demandé l'asile au Canada, au lieu de demeurer en Serbie pour servir son pays. Elle a soutenu que le ministre Stanisic aurait considéré ce geste comme une désertion (transcription, vol. 10, à la page 99).

[117] Je relève deux problèmes distincts dans ces observations.

[118] Tout d'abord, je ne les considère pas comme crédibles ni convaincantes. Il n'existe absolument aucune preuve que quelqu'un à l'ambassade du Canada a transmis de l'information au ministre Stanisic, à une personne dans son entourage, à tout individu associé aux guêpes jaunes, ou à qui que ce soit d'autre d'ailleurs. La suggestion à l'effet contraire formulée par M. Kljajic n'est qu'une affirmation purement spéculative. En outre, la prétention selon laquelle qu'il aurait été considéré comme un déserteur est incompatible avec la preuve de M. Kljajic selon laquelle la lettre qu'il avait reçue au nom du ministre, datée du 3 décembre 1992, [TRADUCTION] « [l']aurait protégé si jamais [il avait été] arrêté pour avoir déserté la Republika Srpska » (transcription, vol. 5, à la page 65, en référence à la lettre de la pièce 128).

[119] En outre, il n'existe aucune preuve que M. Stanisic ou les guêpes jaunes se seraient intéressés de quelque manière que ce soit à M. Kljajic une fois qu'il avait reçu cette lettre et déménagé à Belgrade. Dans le même ordre d'idées, rien ne prouve que M. Kljajic eût cherché à échapper au ministre Stanisic ou à qui que ce soit d'autre alors qu'il habitait à Belgrade, pendant plus de deux ans, avant

Mr. Kljajic's purported fear of Minister Stanisic does not explain his failure to disclose his long police history with the SRBiH MUP, prior to beginning to work with Mr. Stanisic in the RS MUP. Finally, Mr. Kljajic did not explain how Mr. Stanisic, who was a Minister in Bosnia, would be able to quickly get to the Canadian embassy in Belgrade, upon learning that he (Mr. Kljajic) was inside. Although it is possible that Mr. Stanisic might have had allies in Belgrade whom he could have telephoned for that purpose, Mr. Kljajic offered no evidence in that regard, and did not suggest who such allies might be.

[120] And insofar as Messrs. Zepinic and Zugic are concerned, Mr. Kljajic conceded on cross-examination that Mr. Zepinic ultimately emigrated to Australia and that Mr. Zugic was not assassinated until 2001, long after Mr. Kljajic submitted his PR Application.

[121] The second principal problem with Mr. Kljajic's submissions is that they do not negate the reasonable inference that he "knowingly" concealed material circumstances related to his PR Application, within the meaning of subsection 10.1(1) of the *Citizenship Act*. In brief, even if I were to accept that Mr. Kljajic concealed material circumstances from his PR Application because he was afraid of Mr. Stanisic and the Yellow Wasps, this would not enable me to conclude that such deception was "innocent".

[122] The mental element contemplated by the word "knowing" in section 10.1 is the concealing of information with the intention to deceive, that is to say, the intention to hide that information from Canadian immigration authorities. According to his own counsel, Mr. Kljajic specifically did not want anyone in the embassy to know about his links to the RS MUP and the SRBiH MUP, because he was concerned that they would alert Minister Stanisic or the Yellow Wasps to his presence at the embassy. In my view, this is very different from innocently forgetting to include material information, providing inaccurate information because of an honest translation error, or omitting information because it was genuinely considered to be inconsequential.

de demander la résidence permanente au Canada. En outre, la présumée crainte de M. Kljajic du ministre Stanisic n'explique pas le fait qu'il ait omis de mentionner sa longue carrière policière au sein du SRBiH MUP, avant de commencer à travailler aux côtés de M. Stanisic au sein du RS MUP. Enfin, M. Kljajic n'a pas expliqué comment M. Stanisic, qui était un ministre en Bosnie, aurait été en mesure de se rendre rapidement à l'ambassade du Canada à Belgrade, après avoir appris qu'il (M. Kljajic) se trouvait dans celle-ci. Bien qu'il soit possible que M. Stanisic ait eu des alliés à Belgrade à qui il aurait pu téléphoner à cette fin, M. Kljajic n'a présenté aucune preuve à cet égard, ni donné d'indications relativement à l'identité de ces soi-disant alliés.

[120] En ce qui concerne MM. Zepinic et Zugic, M. Kljajic a reconnu au cours de son contre-interrogatoire que M. Zepinic avait fini par émigrer en Australie et que M. Zugic n'avait été assassiné qu'en 2001, longtemps après que M. Kljajic avait présenté sa demande de RP.

[121] Le deuxième problème principal posé par les observations de M. Kljajic est qu'elles n'écartent pas la déduction raisonnable qu'il ait dissimulé de façon « intentionnelle » des faits essentiels en lien avec sa demande de RP, au sens du paragraphe 10.1(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. En gros, même si je reconnaissais que M. Kljajic avait dissimulé des faits essentiels dans sa demande de RP parce qu'il craignait M. Stanisic et les guêpes jaunes, cela ne me permettrait pas de conclure qu'une telle déception avait eu lieu « innocemment ».

[122] L'élément moral prévu par le mot « intentionnelle » à l'article 10.1 est la dissimulation d'information dans le but d'induire en erreur, c'est-à-dire l'intention de cacher cette information des autorités canadiennes de l'immigration. Selon ses propres avocates, M. Kljajic tenait particulièrement à ce que tous ceux qui se trouvaient dans l'ambassade ne soient pas mis au courant des liens qu'il avait avec le RS MUP et le SRBiH MUP, craignant que quelqu'un informe le ministre Stanisic ou les guêpes jaunes de sa présence à l'ambassade. À mon avis, cela ne s'assimile pas du tout à oublier innocemment d'inclure des faits essentiels, à fournir des renseignements inexacts en raison d'une erreur de traduction commise de bonne foi, ou à omettre des renseignements parce qu'ils

[123] The concealment of important parts of his prior work history, places of work and addresses of residence was specifically made to avoid identifying any link between Mr. Kljajic and both the Minister and the RS MUP. Stated differently, Mr. Kljajic specifically intended to deceive Canadian immigration authorities as to the existence of those links. Moreover, the concealment of those links had the effect of precluding further questioning regarding those matters. This is a fact that could not have escaped Mr. Kljajic's knowledge, because those matters were objectively very relevant to the processing of his PR Application. They could not reasonably have been apprehended by him to be inconsequential matters.

[124] It follows that Mr. Kljajic's explanation for concealing the disputed information from Mr. Casey and his colleagues at the embassy in Belgrade does not negate the reasonable inference that he "knowingly" withheld those material circumstances from them. Instead, that explanation provides an attempted justification for Mr. Kljajic's actions.

[125] However, Mr. Kljajic did not identify any authority in support of the proposition that the knowing concealment of material circumstances, with the intention to deceive Canadian immigration authorities, can be justified.

[126] While I would not preclude the possibility that knowingly concealing material circumstances, within the meaning of subsection 10.1(1) of the *Citizenship Act*, may be justifiable, there is a very sound reason why this could only be in very exceptional circumstances. Two such circumstances *may* be where an application for permanent residence is completed under circumstances that amount to duress, as that concept has been defined in the jurisprudence (see paragraphs 167–168 below and *Mella v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1587, at paragraph 30), or where the defence of necessity applies: see, e.g., *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seifert*, 2007 FC 1165, 54 C.R. (6th) 125 (*Seifert*), at paragraph 182. However, there is no

étaient sincèrement considérés comme étant sans grande importance.

[123] La dissimulation d'aspects importants en ce qui a trait à ses antécédents professionnels, à ses lieux de travail et à ses lieux de résidence avait expressément pour but d'éviter qu'un lien soit établi entre M. Kljajic et le ministre, et entre M. Kljajic et le RS MUP. Autrement dit, M. Kljajic cherchait précisément à tromper les autorités canadiennes de l'immigration quant à l'existence de ces liens. De plus, la dissimulation de ces liens a eu pour effet d'exclure toute enquête supplémentaire à ce sujet. M. Kljajic aurait certainement été au courant de ce fait, comme ces liens questions étaient objectivement très pertinentes pour le traitement de sa demande de RP. Il n'aurait pas pu raisonnablement les considérer comme étant sans grande importance.

[124] Il s'ensuit que l'explication donnée par M. Kljajic pour avoir dissimulé les renseignements en cause de M. Casey et de ses collègues à l'ambassade de Belgrade n'écarte pas la déduction raisonnable qu'il a omis de façon « intentionnelle » de leur divulguer ces faits essentiels. Plutôt, cette explication tente de justifier les actions de M. Kljajic.

[125] Cependant, M. Kljajic n'a cité aucune jurisprudence à l'appui de l'observation selon laquelle la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, dans le but d'induire en erreur les autorités canadiennes de l'immigration, peut se justifier.

[126] Bien que je n'écarte pas la possibilité que la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, au sens du paragraphe 10.1(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, puisse être justifiable, il existe une très bonne raison pour laquelle cela ne serait permis que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. Voici deux situations dans lesquelles cela *pourrait* être permis : lorsqu'une demande de résidence permanente est présentée dans des circonstances assimilables à la contrainte, comme ce concept a été défini dans la jurisprudence (voir les paragraphes 167 et 168 ci-dessous et la décision *Mella c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1587, au paragraphe 30), ou lorsque le moyen de défense fondé sur la nécessité s'applique : voir, par exemple, la décision *Canada (Ministre*

persuasive evidence that Mr. Kljajic's application was completed under such circumstances. Instead, it appears that he completed his PR Application of his own free will. Although he claims to have been afraid that it would have come to the attention of Minister Stanisic if he had not concealed the material circumstances discussed above, there is no evidence that he "face[d] an urgent and imminent danger" or had "no reasonable alternative to breaking the law": *Seifert*, above.

[127] In the absence of a strict limitation on justifying knowing concealment of material circumstances, the integrity of Canada's immigration and citizenship program would be very vulnerable. This is because it is not difficult to conceive of a broad range of potentially understandable justifications for concealing material circumstances that could lead to an application being denied. Such justifications might include a desire to reunite with one's spouse, children or parents in Canada; a desire to escape dangerous or threatening circumstances; or even a desire to escape abject poverty and desolate circumstances. It is readily apparent that the number of persons who might reasonably be tempted to justify false declarations, fraud, or concealment of material circumstances for these types of reasons could be very large indeed. Allowing for the possibility to justify deception for such reasons in applications for refugee protection, permanent residence or citizenship, would seriously undermine the rule of law.

[128] For greater certainty, where refugee protection is sought, an applicant must disclose the basis for his fear of persecution.

(3) Conclusion

[129] In summary, for the reasons I have provided above, I have concluded, on a balance of probabilities, that Mr. Kljajic became a permanent resident in Canada by knowingly concealing material circumstances on his PR Application, and that because of having acquired that status, he subsequently obtained citizenship, as contemplated by section 10.2 of the *Citizenship Act*.

de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seifert, 2007 CF 1165 (*Seifert*), au paragraphe 182. Toutefois, il n'existe aucune preuve convaincante selon laquelle la demande de M. Kljajic a été présentée dans ces circonstances. Tout indique, au contraire, qu'il a présenté sa demande de résidence permanente de son plein gré. Bien qu'il déclare avoir craint que, s'il n'avait pas dissimulé les faits essentiels susmentionnés, le ministre Stanisic l'aurait appris, rien n'indique qu'il « fai[sait] face à un danger urgent et imminent » ou qu'il n'avait « pas d'autre issue raisonnable que de contrevenir à la loi » : *Seifert*, précitée.

[127] En l'absence d'une restriction rigoureuse en matière de justification relative à la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, l'intégrité du programme d'immigration et de citoyenneté du Canada serait très vulnérable. En effet, il n'est pas difficile de concevoir un large éventail de potentielles justifications compréhensibles relativement de la dissimulation de faits essentiels qui pourraient entraîner le rejet d'une demande. Ces justifications pourraient comprendre la volonté de retrouver son époux, ses enfants ou ses parents au Canada; la volonté de s'échapper d'une situation dangereuse ou à une menace; ou encore la volonté d'échapper à une pauvreté abjecte et à une situation pénible. De toute évidence, le nombre de personnes qui peuvent raisonnablement essayer de justifier de fausses déclarations, une fraude ou la dissimulation de faits essentiels pour ce genre de raisons pourrait être très important. Donner la possibilité de justifier une fausse déclaration pour de telles raisons dans les demandes d'asile, de résidence permanente ou de citoyenneté minerait gravement la primauté du droit.

[128] Pour plus de certitude, lorsqu'une demande d'asile est présentée, un demandeur doit indiquer le fondement de sa crainte de persécution.

3) Conclusion

[129] En résumé, pour les motifs que j'ai énoncés ci-dessus, j'ai conclu que, selon la prépondérance des probabilités, M. Kljajic est devenu résident permanent du Canada en procédant à une dissimulation intentionnelle de faits essentiels dans sa demande de résidence permanente et que, parce qu'il a obtenu ce statut, il a ensuite acquis la citoyenneté, comme le prévoit l'article 10.2

Those material circumstances consisted of his position as Under-Secretary of the RS MUP, his places of work and his addresses between April 1992 and the Fall of that year. They also consisted of Mr. Kljajic's positions in the SRBiH MUP, particularly those in the period immediately before the breakout of the Bosnian war. Those material circumstances concerned facts that are described in section 35 of the IRPA. I will therefore issue the first two of the four declarations that the plaintiffs have requested.

B. *Is Mr. Kljajic inadmissible on grounds of violating human or international rights, as set forth in paragraph 35(1)(b) of the IRPA?*

(1) Applicable Legal Principles

[130] Pursuant to paragraph 35(1)(b) of the IRPA, a permanent resident or a foreign national is inadmissible to Canada on grounds of violating human or international rights for “being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engages or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of s. 6(3) to (5) of the [CAHWCA]”.

[131] The term “prescribed senior official” is defined in section 16 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the “Regulations”) as being “a person who, by virtue of the position they hold or held, is or was able to exert significant influence on the exercise of government power or is or was able to benefit from their position”. Section 16 then provides a non-exhaustive list of persons who are stated to be included in this definition. Of particular relevance to this application are paragraphs 16(d) and 16(e), which identify “senior members of the public service”, and “senior members of the military and of the intelligence and internal security services”, respectively.

[132] To establish that a permanent resident or foreign national is inadmissible on the basis described above,

de la *Loi sur la citoyenneté*. Ces faits essentiels correspondaient à son poste de sous-secrétaire du RS MUP, ses lieux de travail et ses adresses entre le mois d'avril 1992 et l'automne de cette année-là. Ils comprenaient aussi les postes de M. Kljajic du SRBiH MUP, plus précisément aux postes occupés au cours de la période qui a immédiatement précédé le déclenchement de la guerre de Bosnie. Ces faits essentiels touchaient des faits définis dans l'article 35 de la LIPR. Je rendrai donc les deux premiers des quatre jugements déclaratoires demandés par les demandeurs.

B. *M. Kljajic est-il interdit de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l'alinéa 35(1)b) de la LIPR?*

1) Règles de droit applicables

[130] Conformément à l'alinéa 35(1)b) de la LIPR, emportent interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux les faits suivants : « occuper un poste de rang supérieur — au sens du règlement — au sein d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la [LCHCG] ».

[131] L'expression « poste de rang supérieur » est définie à l'article 16 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement) : occupent un tel poste « les personnes qui, du fait de leurs fonctions — actuelles ou anciennes —, sont ou étaient en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement ou en tirent ou auraient pu en tirer certains avantages ». Une liste non exhaustive des personnes qui sont considérées comme étant visées par cette définition est fournie dans l'article 16. En l'espèce, les alinéas 16d) et 16e) dans lesquels sont désignés les « hauts fonctionnaires » et « les responsables des forces armées et des services de renseignement ou de sécurité intérieure », respectivement, sont particulièrement importants.

[132] Pour conclure à l'interdiction de territoire d'un résident permanent ou d'un étranger pour les motifs

the evidentiary standard is reasonable grounds to believe: IRPA, section 33. In brief, the Court must be satisfied that there are reasonable grounds to believe that (i) the government in question is a government described in paragraph 35(1)(a); and (ii) the person in question held a “senior official” position described in section 16 of the Regulations, including those listed as being deemed to be such an official.

[133] In the case of a position listed in paragraph 16(d) or (e), this means a “senior member” of the public service, the military, the intelligence service, or the internal security service: *Habeeb v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 253, 387 F.T.R. 57 (*Habeeb*), at paragraphs 12–14. In determining whether someone is or was a “senior member” of one of these organizations, it is necessary to consider the specific position and organization in question, rather than simply considering whether the occupant of a similar position in a similar organization in Canada would be considered to be “senior” here: *Habeeb*, above.

[134] Once it has been determined that a person was a “senior member” of one of the types of organizations listed in paragraphs 16(d) and (e) and described above, paragraph 35(1)(b) renders a permanent resident or foreign national inadmissible on the basis of their status alone. Stated differently, a person who is “a prescribed senior official” as described in that provision and in section 16 of the Regulations is inadmissible to Canada on that ground alone. No further factual inquiry is required, whether to consider the nature and extent of the person’s involvement in crimes, or otherwise: *Canada (Minister Citizenship and Immigration) v. Kassab*, 2020 FCA 10, 441 D.L.R. (4th) 369 at paragraphs 27 and 44 (*Kassab*); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam*, [2001] 2 F.C. 337, 196 D.L.R. (4th) 497, [2001] F.C.J. No. 25 (QL), at paragraphs 7–9; *Sekularac v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 381, at paragraph 21. This is because prescribed senior officials are “deemed, by virtue of the position they hold or held in a designated regime, to be or to have been able to exert significant influence on the exercise of their government’s power”: *Kassab*, above, at paragraph 52 (see also paragraph 28).

usmentionnés, la norme de preuve est celle des motifs raisonnables de croire : LCHCG, à l’article 33. En résumé, la Cour doit conclure qu’il existe des motifs raisonnables de croire que (i) le gouvernement en question est un gouvernement défini aux alinéas 35(1)a) et (ii) la personne en question occupait un poste de « haut fonctionnaire » défini à l’article 16 du Règlement, y compris les personnes désignées dans la liste comme étant réputées être des hauts fonctionnaires.

[133] Dans le cas d’un poste énuméré aux alinéas 16d) ou e), cela correspond à un « haut fonctionnaire » ou à un « responsable » des forces armées et des services de renseignement ou de sécurité intérieure : décision *Habeeb c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 253 (*Habeeb*), aux paragraphes 12 à 14. Pour déterminer si une personne est ou était un « haut fonctionnaire » ou un « responsable » au sein d’une de ces organisations, il est nécessaire de tenir compte du poste précis et de l’organisation en question, plutôt que de simplement examiner si la personne occupant un poste semblable dans une organisation semblable au Canada serait considérée comme occupant un « poste de rang supérieur » ici : *Habeeb*, précitée.

[134] Une fois qu’il a été déterminé qu’une personne était un « haut fonctionnaire » ou un « responsable » de l’un des types d’organisations énumérés aux alinéas 16d) et e) et définis ci-dessus, aux termes de l’alinéa 35(1)b) un résident permanent ou un étranger est interdit de territoire au titre de son seul statut. Autrement dit, une personne qui occupe un « poste de rang supérieur », comme défini dans cette disposition et à l’article 16 du Règlement, est interdite de territoire au Canada pour ce seul motif. Aucune enquête sur les faits complémentaires n’est requise, que ce soit pour examiner la nature ou l’étendue de l’implication de la personne dans des crimes ou autre : décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Kassab*, 2020 CAF 10, aux paragraphes 27 et 44 (*Kassab*); décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Adam*, [2001] 2 C.F. 337, [2001] A.C.F. n° 25 (QL) (C.A.), aux paragraphes 7 à 9; décision *Sekularac c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 381, au paragraphe 21. Il en est ainsi, car les personnes qui occupent des postes de rang supérieur sont « du fait de leurs fonctions — actuelles ou anciennes —, dans un régime désigné, [...] réputées être ou avoir été en mesure d’influencer sensiblement l’exercice

[135] Nevertheless, for senior officials who are not specifically listed in section 16, it must be established that there are reasonable grounds to believe that the person in question “is or was able to exert significant influence on the exercise of government power or is or was able to benefit from their position”.

[136] Mr. Kljajic submits that to the extent that “prescribed senior officials” may be inadmissible merely by virtue of their position in a designated or non-designated government, this is inconsistent with the Supreme Court of Canada’s teachings in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678 (*Ezokola*). There, the Court rejected the proposition that “high-ranking government officials” should be “exposed to a form of complicity by association”. Instead, it held that for someone to be found to have been complicit in international crimes, there must be “serious reasons for considering that [the] individual has voluntarily made a significant and knowing contribution to a group’s crime or criminal purpose”: *Ezokola*, above, at paragraphs 7, 8 and 84.

[137] However, *Ezokola* is distinguishable from the present proceeding. This is because it did not deal with inadmissibility under paragraph 35(1)(b) of the IRPA, but rather with the issue of whether an individual can be excluded from refugee protection under section 98 of the IRPA, based solely on their position within an organization or a group that has committed certain international or other specified crimes. Section 98 states: “A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.” In *Ezokola*, the Court’s focus was on Article 1F of that convention, the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the “Refugee Convention”), which excludes from refugee protection persons with respect to whom there are serious reasons for considering that they have committed certain international or other crimes.

du pouvoir par leur gouvernement » : *Kassab*, précité, au paragraphe 52 (voir aussi le paragraphe 28).

[135] Néanmoins, pour les hauts fonctionnaires qui ne sont pas précisément énumérés à l’article 16, il doit être établi qu’il existe des motifs raisonnables de croire que les personnes visées « sont ou étaient en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par leur gouvernement ou en tirent ou auraient pu en tirer certains avantages ».

[136] M. Kljajic prétend que dans la mesure où des personnes qui « occupent un poste de rang supérieur » peuvent être interdites de territoire simplement du fait de leurs fonctions au sein d’un gouvernement désigné ou non, cela va à l’encontre des enseignements de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678 (*Ezokola*). Dans cet arrêt, la Cour a rejeté l’observation selon laquelle un « haut fonctionnaire [...] s’expose[rait] [...] pour autant à la responsabilité pour une quelconque forme de complicité par association ». Elle a plutôt statué que pour conclure qu’un individu a été complice de crimes internationaux, il doit exister « des raisons sérieuses de penser qu’il a volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d’une organisation » : *Ezokola*, précité, aux paragraphes 7, 8 et 84.

[137] Toutefois, l’arrêt *Ezokola* diffère de la présente instance. Il en est ainsi, car l’arrêt *Ezokola* ne portait pas sur l’interdiction de territoire aux termes de l’alinéa 35(1)(b) de la LIPR, mais portait plutôt sur la question de savoir si une personne pouvait être exclue de la protection des réfugiés aux termes de l’article 98 de la LIPR, uniquement sur la base de ses fonctions au sein d’une organisation ou d’un groupe qui a commis des crimes internationaux ou d’autres crimes précis. Aux termes de l’article 98 : « La personne visée aux sections E ou F de l’article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger ». Dans l’arrêt *Ezokola*, la Cour a mis l’accent sur l’article 1F de cette convention, la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention sur les réfugiés), qui exclut de la protection des réfugiés les personnes dont

[138] Whereas Article 1F is concerned with whether there are serious grounds for considering that a person has committed such crimes, either directly or by complicity, paragraph 35(1)(b) is concerned with whether a person is or was “a prescribed senior official” of a government described in that provision. As noted above, such “senior officials” are deemed to be or to have been able to exert significant influence on the exercise of their government’s power. Accordingly, *Ezokola* has no application to paragraph 35(1)(b): *Al-Naib v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 723, 43 Imm. L.R. (4th) 235 (*Al-Naib*), at paragraphs 21–25; *Sherzai v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 166, 43 Imm. L.R. (4th) 332, at paragraph 14; see also *Younis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1157, at paragraph 28.

[139] I fully agree with the view expressed in *Al-Naib*, and the jurisprudence cited therein, to the effect that the analysis in *Kanagendren v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 86, [2016] 1 F.C.R. 428, at paragraphs 12–27, applies equally to paragraph 35(1)(b):² see also *Kassab*, above, at paragraph 34, where the Court quoted approvingly from *Tareen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1260, 260 A.C.W.S. (3d) 563, at paragraph 40, on this specific point.

[140] Mr. Kljajic also submits that it would not be just and equitable to declare a person inadmissible to Canada without assessing whether the person in fact committed, or was complicit in committing, the crimes referred to in paragraph 35(1)(b). However, it is within Parliament’s power to legislate that permanent residents and foreign nationals are inadmissible by virtue of holding a prescribed senior position within a government that has engaged in such crimes. By the express terms of paragraph 35(1)(b) and section 16 of the Regulations, Parliament has done so.

2 I recognize that *Kanagendren*, above, dealt with paragraph 34(1)(f), which concerns inadmissibility on security grounds, whereas paragraph 35(1)(b) concerns inadmissibility on grounds of violating human or international rights.

on aura des raisons sérieuses de penser qu’elles ont commis des crimes internationaux ou d’autres crimes.

[138] Tandis que l’article 1F porte sur la question de savoir s’il existe des raisons sérieuses de penser qu’une personne a commis de tels crimes, directement ou par complicité, l’alinéa 35(1)b porte sur la question de savoir si une personne occupe ou occupait un « poste de rang supérieur » au sein d’un gouvernement défini dans cette disposition. Comme je l’ai déjà mentionné, les « hauts fonctionnaires » sont réputés être ou avoir été en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par leur gouvernement. Par conséquent, l’arrêt *Ezokola* ne s’applique aucunement dans le contexte de l’alinéa 35(1)b : décision *Al-Naib c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 723 (*Al-Naib*), aux paragraphes 21 à 25; décision *Sherzai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 166, au paragraphe 14; voir aussi la décision *Younis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1157, au paragraphe 28.

[139] Je souscris entièrement au point de vue exprimé dans la décision *Al-Naib* et dans la jurisprudence qui y est citée, voulant que l’analyse dans l’arrêt *Kanagendren c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 86, [2016] 1 R.C.F. 428, aux paragraphes 12 à 27, s’applique également à l’alinéa 35(1)b)² : voir aussi *Kassab*, précité, au paragraphe 34, où la Cour a cité avec approbation la décision *Tareen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1260, relativement à ce point précis.

[140] M. Kljajic prétend aussi qu’il ne serait ni juste ni équitable d’interdire de territoire au Canada une personne sans évaluer si elle a en réalité commis les crimes mentionnés à l’alinéa 35(1)b) ou en a été complice. Toutefois, il relève de la compétence du législateur de légiférer l’interdiction de territoire des résidents permanents ou des étrangers parce qu’ils occupent un poste de rang supérieur au sein d’un gouvernement qui a commis ces crimes. C’est ce qu’a fait le législateur au moyen des dispositions explicites de l’alinéa 35(1)b) et de l’article 16 du Règlement.

2 J’admets que l’arrêt *Kanagendren*, précité, portait sur l’alinéa 34(1)f), qui concerne l’interdiction de territoire pour raison de sécurité, tandis que l’alinéa 35(1)b) concerne l’interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux.

[141] Mr. Kljajic further maintains that pursuant to section 42.1 of the IRPA, persons who hold positions listed in section 16 of the Regulations are not automatically inadmissible. That provision permits the Minister to declare that the matters referred to in paragraph 35(1)(b) do not constitute inadmissibility, if a foreign national is able to satisfy the Minister that his or her admission to Canada is not contrary to the national interest. However, section 42.1 is an exception to paragraph 35(1)(b) that operates only where, on application by a foreign national, the Minister makes such a declaration. The same was true of paragraph 19(1)(l) of the *Immigration Act*. There is no evidence that Mr. Kljajic made such an application or received such a declaration pursuant to section 42.1, or indeed pursuant to paragraph 35(1)(b).

[142] Mr. Kljajic submits that this Court can and should conduct the assessment described in section 42.1, because the Minister's powers under that section are limited to foreign nationals who are outside Canada. He maintains that the same was true in respect of paragraph 19(1)(l) of the former *Immigration Act*. Mr. Kljajic insists that in the absence of an ability of the Minister to conduct the assessment contemplated by section 42.1 in respect of foreign nationals who are already in Canada, the Court has, and had under paragraph 19(1)(l), the discretion to conduct that assessment.

[143] I disagree. There is nothing in the plain language of section 42.1 or the former paragraph 19(1)(l) that supports Mr. Kljajic's position that those provisions apply only to foreign nationals who are or were outside Canada. If Parliament had intended section 42.1 and paragraph 19(1)(l) to be limited in that regard, it could have easily stated so. In any event, there is nothing in section 42.1 or elsewhere in the IRPA, the former *Immigration Act* or the *Citizenship Act* that provides or provided this Court with jurisdiction to take account of national interest considerations in conducting the assessment contemplated by subsection 10.5(1) of the latter legislation.

[141] M. Kljajic soutient en outre que, conformément à l'article 42.1 de la LIPR, des personnes qui occupent des fonctions énumérées à l'article 16 du Règlement ne sont pas automatiquement interdites de territoire. Cette disposition permet au ministre de déclarer que les faits visés à l'alinéa 35(1)b) n'emportent pas interdiction de territoire, si un étranger est en mesure de convaincre le ministre que son admission au Canada ne serait pas contraire à l'intérêt national. Toutefois, l'article 42.1 est une exception à l'alinéa 35(1)b) qui ne s'applique que lorsque, sur demande de l'étranger, le ministre fait une telle déclaration. Le même raisonnement s'applique à l'alinéa 19(1)l) de la *Loi sur l'immigration*. Rien ne prouve que M. Kljajic ait fait une telle demande ou reçu une telle déclaration, en application de l'article 42.1 ou, en effet, en application de l'alinéa 35(1)b).

[142] M. Kljajic affirme que la Cour peut et devrait effectuer l'évaluation définie à l'article 42.1, car les pouvoirs du ministre aux termes de cet article sont limités aux étrangers qui se trouvent hors du Canada. Il soutient que le même raisonnement s'applique à l'égard de l'alinéa 19(1)l) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. M. Kljajic insiste pour dire qu'en l'absence d'un pouvoir permettant au ministre d'effectuer l'évaluation prévue au paragraphe 42.1 concernant les étrangers qui sont déjà au Canada, la Cour a, et avait en application de l'alinéa 19(1)l), la discrétion d'effectuer cette évaluation.

[143] Je ne suis pas de cet avis. Rien dans le libellé clair de l'article 42.1 ou de l'ancien alinéa 19(1)l) ne vient appuyer la thèse de M. Kljajic selon laquelle ces dispositions ne s'appliquent qu'aux étrangers qui sont ou étaient hors du Canada. Si le législateur avait voulu que l'article 42.1 et l'alinéa 19(1)l) soient limités à cet égard, il aurait pu facilement le préciser. Quoi qu'il en soit, rien dans l'article 42.1 ou ailleurs dans la LIPR, l'ancienne *Loi sur l'immigration* ou la *Loi sur la citoyenneté* ne confère ou conférerait compétence à la Cour pour prendre en compte des considérations relatives à l'intérêt national lors de la réalisation de l'évaluation prévue au paragraphe 10.5(1) de cette dernière loi.

(2) Analysis

[144] In June 1993, the RS was designated, for the purposes of paragraph 19(1)(l) of the *Immigration Act* (now paragraph 35(1)(b) of the IRPA), as a regime that, in the opinion of the Minister, is “a government that is or was ... engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the *Criminal Code*”. That designation was extended in August 1997 and again in September 2004, and covered the period March 27, 1992, until October 1996. This is not contested by Mr. Kljajic.

[145] The evidence also demonstrates that the RS MUP committed crimes against humanity. Once again, this is not contested by Mr. Kljajic. Those crimes included:

- The widespread and systematic arrest of non-Serbian civilians and their detention in “atrocious” conditions;
- Mistreatment, physical, psychological and sexual abuse, torture and murder of detainees;
- Ethnic cleansing/forced displacement of non-Serbian (Muslim and Croat) populations from several regions controlled by the RS MUP;
- Forced eviction of civilians from their homes without compensation, as a prelude to their forced displacement from such regions; and
- Pillage and destruction of property, including destruction of religious and cultural monuments.

(Nielsen Report, at page 5, paragraphs 99, 110 and 113. See also paragraph 170 below.)

[146] Given the foregoing, the sole issue that remains to be addressed in respect of paragraph 35(1)(b) is whether there are reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic

2) Analyse

[144] En juin 1993, le RS a été désigné, aux fins de l’application de l’alinéa 19(1)l) de *Loi sur l’immigration* (maintenant l’alinéa 35(1)b) de la LIPR), comme un régime qui, de l’avis du ministre, est « un gouvernement qui [...] se livre ou s’est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un crime de guerre ou un crime contre l’humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* ». Cette désignation a été prolongée en août 1997 et de nouveau en septembre 2004 et couvrirait la période allant du 27 mars 1992 au mois d’octobre 1996. Ce n’est pas contesté par M. Kljajic.

[145] Les éléments de preuve démontrent également que le RS MUP a commis des crimes contre l’humanité. Ce n’est pas non plus contesté par M. Kljajic. Ces crimes comprenaient :

- l’arrestation généralisée et systématique de civils non serbes et leur détention dans des conditions « atroces »;
- le mauvais traitement, les sévices physiques, psychologiques et sexuels, et la torture infligés aux détenus et le meurtre de détenus;
- l’épuration ethnique et le déplacement forcé de populations non serbes (musulmanes et croates) de plusieurs régions contrôlées par le RS MUP;
- l’expulsion forcée de civils de leurs habitations sans dédommagement, en tant que prélude à leur déplacement forcé de ces régions;
- le pillage et la destruction de biens, y compris la destruction de monuments religieux et culturels.

(Rapport de M. Nielsen, à la page 5, aux paragraphes 99, 110, 113. Voir également le paragraphe 170 ci-dessous.)

[146] Compte tenu de ce qui précède, la seule question en litige qui reste à aborder concernant l’alinéa 35(1)b) est celle de savoir s’il existe des motifs raisonnables de

was a “senior member” of the public service or of the military or the internal security service of the RS, as contemplated by paragraphs 16(d) and (e), respectively, of the Regulations.

[147] During final oral submissions in this proceeding, Mr. Kljajic’s counsel readily acknowledged that Mr. Kljajic held a position listed in section 16. However, she maintained that the mere fact of holding such a position was not a sufficient basis upon which to conclude that he is inadmissible. As discussed further below, Mr. Kljajic insists that he occupied a position in which he had no real or practical influence within the RS MUP, particularly in respect of any crimes against humanity or war crimes that they may have committed.

[148] For the reasons set forth in paragraphs 133–139 above, that understanding of the legislative scheme is erroneous. Once a person is found to have held one of the positions listed in paragraphs 16(a)–(g) of the Regulation, the person is presumed to have been a “prescribed senior official”, and is therefore inadmissible to Canada, pursuant to paragraph 35(1)(b) of the IRPA. For greater certainty, in the case of paragraphs 16(d) and (e), once a person is found to have been a “senior” member of the listed organization, no further analysis is required, or indeed permitted.

[149] Given Mr. Kljajic’s acknowledgement that he was a “senior member” of the internal security service of the RS government, it is unnecessary to dwell on that issue. It is also unnecessary to assess whether he was a “senior member” of the public service. However, for the record, the evidence demonstrates that there are indeed reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic was in fact a “senior member” of both the military and the internal security service of the RS. That evidence includes the following:

- Mr. Kljajic was the second or third ranking member of the RS MUP, which in turn was the department that was responsible for internal security within the RS and was also the *de facto* military

croire que M. Kljajic était un « haut fonctionnaire » ou un « responsable » des forces armées ou des services de renseignement ou de sécurité intérieure de la RS, comme le prévoient les alinéas 16d) et e), respectivement, du Règlement.

[147] Lors des plaidoiries finales de la présente instance, l’avocate de M. Kljajic a reconnu d’emblée que M. Kljajic a occupé un poste énuméré à l’article 16. Toutefois, elle a soutenu que le simple fait d’occuper un tel poste ne suffisait pas à conclure à son interdiction de territoire. Comme nous le verrons plus loin, M. Kljajic insiste pour dire que ses fonctions ne lui avaient conféré aucune influence véritable ou concrète au sein du RS MUP, plus précisément en ce qui a trait à de quelconques crimes contre l’humanité ou crimes de guerre que les responsables du ministère ont pu commettre.

[148] Pour les motifs énoncés aux paragraphes 133 à 139 ci-dessus, cette interprétation du régime législatif est erronée. Une fois qu’une personne est réputée avoir exercé les fonctions énumérées aux alinéas 16a) à g) du Règlement, la personne est considérée comme ayant occupé un « poste de rang supérieur » et est donc visée par une interdiction de territoire au Canada, conformément à l’alinéa 35(1)b) de la LIPR. Il est entendu que, relativement aux alinéas 16d) à e), une fois qu’une personne est réputée avoir été un « haut fonctionnaire » ou un « responsable » d’une des organisations énumérées, aucune autre analyse n’est requise ni même permise.

[149] Comme M. Kljajic a reconnu qu’il était un « responsable » des services de sécurité intérieure du gouvernement de la RS, il n’est pas nécessaire de s’attarder sur cette question. Il n’est pas non plus nécessaire d’évaluer s’il était « haut fonctionnaire ». Toutefois, à titre informatif, les éléments de preuve montrent qu’il existe bien des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic était en réalité un « responsable » des forces armées et des services de sécurité intérieure de la RS. Ces éléments de preuve incluent les suivants :

- M. Kljajic était le deuxième ou troisième plus haut placé au sein du RS MUP, qui était le ministère responsable de la sécurité intérieure au sein de la RS et il était aussi le responsable des forces armées

of the RS for several months following the outbreak of the Bosnian war in April 1992 (Nielsen Report, at paragraph 91);

- Mr. Kljajic. was appointed Deputy Commander of the armed forces in the RS, on May 15, 1992 (Exhibit 103, at page 6);
- Mr. Kljajic was actively involved in the establishment of the RS MUP, and indeed stated that he would resign from the SRBiH MUP “within seven days” unless a Serb MUP was established (Exhibit 25, at page 10; Nielsen Report, at paragraph 46);
- He worked on the structuring and coordination of the RS MUP after it was created (Exhibit 107, at page 7, and Exhibit 128) and played an important role in the transfer of its headquarters to Bijeljina in June 1992 (transcript, Vol. 4, at page 21);
- Mr. Kljajic took decisions on behalf of the Minister when he was not present, chaired at least two meetings in his absence (on September 10, 1992, and part of the meeting on November 5, 1992), and was considered to be one of the Minister’s closest associates (Nielsen Report, at page 4 and paragraph 117; transcript, Vol. 4, at page 49 (Davidovic testimony); Exhibit 383, at page 11302 (Njegus testimony before the ICTY));
- Mr. Kljajic was a member of the RS MUP’s Cabinet and steering council;
- Dr. Nielsen stated in his report that Mr. Kljajic’s “job was without any doubt one of the most senior and responsible posts in the RS MUP” (Nielsen Report, at paragraph 74). In cross-examination, Dr. Nielsen maintained that Mr. Kljajic “not only could, but in fact did exercise [the] authority” that he had under the law that created the RS MUP (transcript, Vol. 3, at page 74);

de la RS de fait pendant plusieurs mois après le déclenchement de la guerre de Bosnie en avril 1992 (rapport de M. Nielsen, au paragraphe 91);

- M. Kljajic a été nommé commandant adjoint des forces armées de la RS le 15 mai 1992 (pièce 103, ligne 6);
- M. Kljajic a activement pris part à l’établissement du RS MUP et a, en effet, indiqué qu’il démissionnerait du SRBiH MUP [TRADUCTION] « dans les sept jours », à moins qu’un MUP serbe soit mis en place (pièce 25, ligne 10; rapport de M. Nielsen, au paragraphe 46);
- Il a travaillé à organiser et à coordonner le RS MUP après sa création (pièce 107, ligne 7 et pièce 128) et il a joué un rôle important dans le transfert de son siège à Bijeljina en juin 1992 (transcription, vol. 4, à la page 21);
- M. Kljajic a pris des décisions pour le compte du ministre en son absence, il a présidé au moins deux réunions en son absence (le 10 septembre 1992 et pendant une partie de la réunion du 5 novembre 1992) et était considéré comme l’un des plus proches associés du ministre (rapport de M. Nielsen, à la page 4, au paragraphe 117; transcription, vol. 4, à la page 49 (témoignage de M. Davidovic); pièce 383, ligne 11302 (témoignage de M. Njegus devant le TPIY));
- M. Kljajic était membre du cabinet et du conseil directeur du RS MUP;
- M. Nielsen a constaté dans son rapport que M. Kljajic occupait [TRADUCTION] « l’un des postes de plus haut rang et était l’un des plus hauts responsables au sein du RS MUP, sans aucun doute » (rapport de M. Nielsen, au paragraphe 74). Lors du contre-interrogatoire, M. Nielsen a soutenu que M. Kljajic [TRADUCTION] « avait non seulement été pu exercer le pouvoir » qui lui avait été conféré par la loi à l’origine du RS MUP, [TRADUCTION] « mais qu’il l’avait bien exercé » (transcription, vol. 3, à la page 74);

- Mr. Kljajic was responsible for the defence of the police academy in Vraca, for re-establishing public order and dealing with paramilitary groups in Bijeljina and was assigned briefly to Belgrade to deal with widespread misuse of official documents, such as passports, driver's licences and vehicle permits;
- Mr. Kljajic dealt directly with senior people in Belgrade, including Messrs. Mihajlovic and Davidovic, who provided financial, arms and other assistance to the RS MUP (Nielsen Report, at paragraph 109; transcript, at Vol. 4, at pages 23–24 (Davidovic testimony));
- Mr. Kljajic also liaised with his counterpart in the National Security branch of the RS MUP (Slobodan Skipina), for example with respect to the transportation of arms (Nielsen Report, at paragraph 121), and had regular professional communications with Mr. Njegus (Exhibit 383, at page 11306; transcript, Vol. 7, at page 52);
- Mr. Kljajic dealt directly with, and was briefed by, regional/municipal police chiefs and others who were below him in the hierarchy, including in Bijeljina (Messrs. Andan and Jesiric), Banja Luka (Mr. Zupljanin), Novi Grad (Mr. Tepavcevic) and Illidza (Mr. Kovac) (Nielsen Report, at paragraphs 111 and 118; transcript, Vol. 4, at pages 17–18 and 25–26, and Vol. 5, at page 71; Exhibits 111 and 121);
- Mr. Kljajic authorized Mr. Njegus to sign an order, dated June 15, 1992, to mobilize military conscripts (Exhibit 185; Exhibit 384, at page 11378; transcript, Vol. 7, at pages 35–41); and
- He was involved in decisions regarding the eviction of Muslims from their homes, their transfer to one or more detention centres, the treatment of detainees, and prisoner exchanges (Nielsen Report, at paragraphs 111–112; transcript, Vol. 2, at pages 60–61; transcript, Vol. 4, at pages 30–32).
- M. Kljajic était responsable de la défense l'école de police à Vraca, de rétablir l'ordre public et de gérer les groupes paramilitaires de Bijeljina. Il a brièvement été affecté à Belgrade pour remédier à la mauvaise utilisation généralisée de documents officiels comme les passeports, les permis de conduire et les certificats d'immatriculation;
- M. Kljajic traitait directement avec des responsables de haut rang à Belgrade, y compris MM. Mihajlovic et Davidovic, qui fournissaient une aide financière, des armes et d'autres formes d'assistance au RS MUP (rapport de M. Nielsen, au paragraphe 109; transcription, au vol. 4, aux pages 23 et 24 (témoignage de M. Davidovic));
- M. Kljajic assurait aussi la liaison avec son homologue de la division de la sécurité nationale du RS MUP (Slobodan Skipina), par exemple concernant le transport d'armes (rapport de M. Nielsen, au paragraphe 121) et avait des « communications professionnelles » régulières avec M. Njegus (pièce 383, ligne 11306, transcription, vol. 7, à la page 52);
- M. Kljajic traitait directement avec les chefs de la police régionale et municipale et d'autres de ses subordonnés et il était informé par ceux-ci, y compris à Bijeljina (MM. Andan et Jesiric), à Banja Luka (M. Zupljanin), à Novi Grad (M. Tepavcevic) et à Illidza (M. Kovac) (rapport de M. Nielsen, aux paragraphes 111 et 118; transcription, vol. 4, aux pages 17 et 18 et 25 et 26, et vol. 5, à la page 71; pièces 111 et 121);
- M. Kljajic a autorisé M. Njegus à signer un décret, daté du 15 juin 1992, pour mobiliser des conscrits (pièce 185; pièce 384, ligne 11378; transcription, vol. 7, aux pages 35 à 41);
- Il a pris part aux décisions concernant l'expulsion de musulmans de leurs habitations, leur transfert dans un ou plusieurs centres de détention, le traitement des détenus et les échanges de prisonniers (rapport de M. Nielsen, aux paragraphes 111 et 112; transcription, vol. 2, aux pages 60 et 61; transcription, vol. 4, aux pages 30 à 32).

(3) Conclusion

[150] In summary, for the reasons set forth above, there are reasonable grounds to believe that (i) the RS was a government described in paragraph 35(1)(b) of the IRPA at the time that Mr. Kljajic was the Under-Secretary of Public Security of the RS MUP, (ii) the RS MUP was part of both the “military” and the “internal security service” of the RS, as contemplated by paragraph 16(e) of the Regulations, and (iii) as Under-Secretary, Mr. Kljajic was in fact a “senior member” of the RS MUP. Accordingly, I will issue the declaration sought by the plaintiffs in respect of paragraph 35(1)(b).

C. Is Mr. Kljajic inadmissible on grounds of violating human or international rights, as set forth in paragraph 35(1)(a) of the IRPA?

[151] Notwithstanding the conclusion reached immediately above, I will proceed to consider whether Mr. Kljajic is also inadmissible under paragraph 35(1)(a), because the plaintiffs have sought a declaration in that regard.

(1) Applicable Legal Principles

(a) Crimes against humanity

[152] Pursuant to paragraph 35(1)(a) of the IRPA, permanent residents and foreign nationals are inadmissible on grounds of violating human or international rights for “committing an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the [CAHWCA]”. Sections 4, 5 and 7 of that legislation are not relevant to this proceeding because the declaration sought by the plaintiffs in respect of paragraph 35(1)(a) concerns crimes defined in subsections 6(3)–(5) of the CAHWCA. That said, the plaintiffs’ submissions focused solely on one of those crimes, namely, crimes against humanity. The definition of a crime against humanity is set forth in Appendix 1 below.

[153] That definition is highly similar to that which was described in subsection 7(3.76) of the *Criminal Code* in 1995, when Mr. Kljajic applied for permanent residence in this country. (See Appendix 1 below.) As in *Mugesera*, above, at paragraph 118, the differences

3) Conclusion

[150] En résumé, pour les motifs énoncés ci-dessus, il existe des motifs raisonnables de croire que (i) la RS était un gouvernement défini à l’alinéa 35(1)(b) de la LIPR à l’époque où M. Kljajic était le sous-secrétaire de la division de la sécurité publique du RS MUP, (ii) le RS MUP faisait à la fois partie des « forces armées » et des « services de sécurité intérieure » de la RS, au sens de l’alinéa 16d) du Règlement et (iii) en tant que sous-secrétaire, M. Kljajic était en réalité un « responsable » du RS MUP. Par conséquent, je rendrai le jugement sollicité par les demandeurs concernant l’alinéa 35(1)(b).

C. M. Kljajic est-il interdit de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux, tel que cela est énoncé à l’alinéa 35(1)(a) de la LIPR?

[151] En dépit de la conclusion que je viens de tirer, je vais maintenant examiner si M. Kljajic est interdit de territoire au titre de l’alinéa 35(1)(a), puisque les demandeurs ont demandé un jugement déclaratoire à cet égard.

1) Règles de droit applicables

a) Crimes contre l’humanité

[152] Selon de l’alinéa 35(1)(a) de la LIPR, comporte interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux le fait suivant : « commettre, hors du Canada, une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la [LCHCG] ». Les articles 4, 5 et 7 de cette loi ne sont pas pertinents en l’espèce, car le jugement déclaratoire sollicité par les demandeurs relativement à l’alinéa 35(1)(a) vise les crimes définis aux paragraphes 6(3) à (5) de la LCHCG. Cela étant dit, dans leurs arguments, les demandeurs ont uniquement mis l’accent sur l’un de ces crimes, notamment, les crimes contre l’humanité. La définition d’un crime contre l’humanité est indiquée à l’annexe 1, ci-dessous.

[153] Cette définition est très semblable à celle qui a été énoncée au paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* en 1995, lorsque M. Kljajic a présenté une demande de résidence permanente au Canada. (Voir l’annexe 1 ci-dessous.) Comme dans l’arrêt *Mugesera*, précité, au

between the definitions of crimes against humanity, as set forth in section 6 of the CAHWCA and in former subsection 7(3.76) of the *Criminal Code*, respectively, “are not material to the discussion that follows”.

[154] As with paragraph 35(1)(b) of the IRPA, the facts that constitute inadmissibility under paragraph 35(1)(a) include facts arising from omissions and facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur: IRPA, section 33. This *reasonable grounds to believe* standard requires “something more than mere suspicion, but less than the standard applicable in civil matters of proof on the balance of probabilities”. Such grounds will exist “where there is an objective basis for the belief which is based on compelling and credible information”: *Mugesera*, above, at paragraph 114.

[155] However, whether the facts proven on the reasonable grounds to believe standard meet the requirements of a crime against humanity or other crime is a question of law. To resolve that question in the affirmative, the facts proven on the reasonable grounds to believe standard must show that the alleged behaviour did constitute a crime against humanity: *Mugesera*, above, at paragraphs 116–117. Nothing turns on this, because Mr. Kljajic acknowledges that the RS MUP committed crimes against humanity during the time that he was the Under-Secretary of that organization. What he takes issue with is the plaintiffs’ allegation that he was *complicit* in those crimes.

[156] The *reasonable grounds to believe* standard was included in the precursor to paragraph 35(1)(a) of the IRPA, paragraph 19(1)(j) of the *Immigration Act*, above, which was in force at the times Mr. Kljajic applied for permanent residence and citizenship in this country.

[157] A crime against humanity is committed when each of the following four elements is satisfied:

1. An enumerated proscribed act was committed (this involves showing that the accused committed the criminal act and had the requisite guilty state of mind for the underlying act);

paragraphe 118, les nuances des définitions des crimes contre l’humanité, telles qu’elles figurent à l’article 6 de la LCHCG et à l’ancien paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*, respectivement, « n’ont [...] aucune pertinence pour les besoins de l’analyse qui suit ».

[154] Comme pour l’alinéa 35(1)(b) de la LIPR, les faits — actes ou omissions — mentionnés à l’alinéa 35(1)(a) sont appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu’ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir : LIPR, à l’article 33. Cette norme des *motifs raisonnables de croire* nécessite « davantage qu’un simple soupçon, mais reste moins stricte que la prépondérance des probabilités applicable en matière civile ». Pour que ces motifs existent, « la croyance doit [...] posséder un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi » *Mugesera*, précité, au paragraphe 114.

[155] Toutefois, la question de savoir si les faits établis selon la norme des motifs raisonnables de croire répondent aux exigences relatives à un crime contre l’humanité ou à un autre crime est une question de droit. Pour répondre à cette question par l’affirmative, les faits établis selon la norme des motifs raisonnables de croire doivent prouver que le comportement allégué constituait un crime contre l’humanité : *Mugesera*, précité, aux paragraphes 116 et 117. Tout cela importe peu, puisque M. Kljajic reconnaît que le RS MUP a commis des crimes contre l’humanité alors qu’il était sous-secrétaire de cette organisation. Il conteste toutefois l’allégation des demandeurs selon laquelle il a été *complice* de ces crimes.

[156] La norme des *motifs raisonnables de croire* était incluse dans l’alinéa antérieur à l’alinéa 35(1)(a) de la LIPR, l’alinéa 19(1)(j) de la *Loi sur l’immigration*, précitée, qui était en vigueur lorsque M. Kljajic a présenté une demande de résidence permanente et une demande de citoyenneté au Canada.

[157] Un crime contre l’humanité est commis lorsque chacune des quatre conditions suivantes sont remplies :

1. Un acte prohibé énuméré a été commis (ce qui exige de démontrer que l’accusé a commis l’acte criminel et qu’il avait l’intention criminelle requise).

- | | |
|--|---|
| 2. The act was committed as part of a widespread or systematic attack; | 2. L'acte a été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique. |
| 3. The attack was directed against any civilian population or any identifiable group of persons; and | 3. L'attaque était dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes. |
| 4. The person who committed the proscribed act knew of the attack and knew or took the risk that his or her act comprised a part of that attack. | 4. L'auteur de l'acte prohibé était au courant de l'attaque et savait que son acte s'inscrirait dans le cadre de cette attaque ou a couru le risque qu'il s'y inscrive. |

Mugesera, above, at paragraph 119.

Mugesera, précité, au paragraphe 119.

[158] A widespread attack “may be defined as massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims”. However, it need not be carried out pursuant to a specific strategy, policy or plan: *Mugesera*, above, at paragraph 154.

[158] Le caractère généralisé d'une attaque « résulte du fait que l'acte présente un caractère massif, fréquent, et que, mené collectivement, il revêt une gravité considérable et est dirigé contre une multiplicité de victimes ». Il n'est toutefois pas nécessaire que l'attaque s'inscrive dans une stratégie, une politique ou un plan particulier : *Mugesera*, précité, au paragraphe 154.

[159] A systematic attack is one that is “thoroughly organised and follow[s] a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources” and is “carried out pursuant to a ... policy or plan”. However, the policy need not be an official state policy and the number of victims is not determinative: *Mugesera*, above, at paragraph 155.

[159] L'attaque systématique est « soigneusement organisé[e] selon un modèle régulier en exécution d'une politique concertée mettant en œuvre des moyens publics ou privés considérables », conformément à une politique ou à un plan. Toutefois, il n'est pas nécessaire que la politique soit une politique officielle de l'État et le nombre de victimes n'est pas déterminant : *Mugesera*, précité, au paragraphe 155.

[160] Only the attack needs to be widespread or systematic, not the act of the individual in question. Moreover, “[e]ven a single act may constitute a crime against humanity as long as the attack it forms a part of is widespread or systematic and is directed against a civilian population”: *Mugesera*, above, at paragraph 156.

[160] Seule l'attaque, et non les actes de la personne en cause, doit être généralisée ou systématique. En outre, « [m]ême un acte isolé peut constituer un crime contre l'humanité, à condition qu'il fasse partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile » : *Mugesera*, précité, au paragraphe 156.

[161] Once again, in this proceeding, nothing turns on the above-mentioned legal principles pertaining to the four elements of a crime against humanity, because Mr. Kljajic concedes that the RS MUP perpetrated such crimes during the period that he was a senior member of that organization.

[161] Une fois encore, en l'espèce, les principes de droit susmentionnés concernant les quatre conditions relatives à un crime contre l'humanité sont sans conséquence, puisque M. Kljajic admet que le RS MUP a commis de tels crimes pendant la période au cours de laquelle il était haut fonctionnaire au sein de cette organisation.

[162] I will simply add in passing that the target populations in the former Yugoslavia, who were identifiable

[162] J'ajouterai simplement en passant que les populations civiles prises pour cibles en ex-Yougoslavie,

on ethnic and religious grounds, have been described as being a “prototypical example of a civilian population”, as contemplated by the definition of a crime against humanity: *Mugesera*, above, at paragraph 162.

(b) Complicity

[163] Crimes against humanity can be committed either directly, or by complicity. Indeed, “[c]omplicity is a defining characteristic of crimes in the international context, where some of the world’s worst crimes are committed often at a distance, by a multitude of actors”: *Ezokola*, above, at paragraph 1.

[164] Individuals may be complicit in international crimes without a link to a particular crime. However, “there must be a link between the individuals and the *criminal purpose* of the group” (emphasis in original). For the purposes of paragraph 35(1)(a), that link is established where there are reasonable grounds to believe that the individual in question “has voluntarily made a significant and knowing contribution to a group’s crime or criminal purpose”: *Ezokola*, above, at paragraph 8. This can include “wider concepts of common design, such as the accomplishment of an organisation’s purpose by whatever means are necessary”, so long as the individual is “aware of the government’s crime or criminal purpose and aware that his or her *conduct* will assist in the furtherance of the crime or criminal purpose” (emphasis in original): *Ezokola*, above, at paragraphs 87 and 89.

[165] In assessing whether an individual has voluntarily made a significant and knowing contribution to a crime committed by an organization, or to the organization’s criminal purpose, the Court should be guided by the following factors:

- (i) the size and nature of the organization;
- (ii) the part of the organization with which the individual was most directly concerned;

lesquelles étaient identifiables sur la base de caractéristiques ethniques et religieuses, ont été présentées comme un « exemple type d’une population civile », selon la définition d’un crime contre l’humanité : *Mugesera*, précité, au paragraphe 162.

b) Complicité

[163] Les crimes contre l’humanité peuvent être commis directement ou par complicité. En effet, « [d]ans le contexte international, où certains des crimes les plus graves sont souvent commis à distance par une multitude d’acteurs, la complicité constitue une caractéristique fondamentale des crimes perpétrés » : *Ezokola*, précité, au paragraphe 1.

[164] Des individus peuvent être complices de crimes internationaux sans être liés à un crime en particulier. Toutefois, « il doit exister un lien entre ces individus et le *dessein criminel* du groupe » (en italique dans l’original). Aux fins de l’application de l’alinéa 35(1)a), ce lien est établi lorsqu’il existe des motifs raisonnables de croire que la personne en cause « a volontairement et consciemment contribué de manière significative à la perpétration d’un crime par un groupe ou à la réalisation du dessein criminel de ce groupe » : *Ezokola*, précité, au paragraphe 8. Cela peut comprendre un « dessein commun plus large, comme la réalisation de l’objectif d’une organisation par tous les moyens nécessaires », du moment que la personne est « au courant de leur perpétration ou du dessein criminel du gouvernement et [sait] que son *comportement* facilitera la perpétration des crimes ou la réalisation du dessein criminel » (en italique dans l’original) : *Ezokola*, précité, aux paragraphes 87 et 89.

[165] Les facteurs qui suivent doivent baliser l’analyse de la Cour visant à déterminer si une personne a ou non volontairement apporté une contribution significative et consciente à un crime commis par une organisation ou à un dessein criminel de l’organisation :

- (i) la taille et la nature de l’organisation;
- (ii) la section de l’organisation à laquelle la personne était le plus directement associée;

- | | |
|---|--|
| (iii) the individual's duties and activities within the organization; | (iii) les fonctions et les activités de la personne au sein de l'organisation; |
| (iv) the individual's position or rank in the organization; | (iv) le poste ou le grade de la personne au sein de l'organisation; |
| (v) the length of time the individual was in the organization, particularly after acquiring knowledge of the group's crime or criminal purpose; and | (v) la durée de l'appartenance de la personne à l'organisation (surtout après qu'elle a pris connaissance de ses crimes ou de son dessein criminel); |
| (vi) the method by which the individual was recruited and his or her opportunity to leave the organization. | (vi) le mode de recrutement de la personne et la possibilité qu'elle a eue ou non de quitter l'organisation. |

Ezokola, above, at paragraph 91.

Ezokola, précité, au paragraphe 91.

(c) Duress

c) Contrainte

[166] The defence of duress “is available when a person commits an offence while under compulsion of a threat made *for the purpose of compelling* him or her to commit it” [emphasis in original]: *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14 (*Ryan*), at paragraph 2. In essence, the defence “operates to excuse the complicity so that the complicit individual is exonerated of culpability”: *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395 (*Oberlander*), at paragraph 27.

[166] Le moyen de défense fondé sur la contrainte « peut être invoqué lorsqu'une personne commet une infraction sous la contrainte d'une menace proférée *dans le but de la forcer* à commettre cette infraction » [en italique dans l'original] : *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14 (*Ryan*), au paragraphe 2. Ce moyen de défense « sert [essentiellement] à excuser la complicité de façon à disculper le complice » : *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395 (*Oberlander*), au paragraphe 27.

[167] To establish this defence, an individual must establish several elements, namely:

[167] Pour établir ce moyen de défense, une personne doit notamment établir plusieurs éléments :

- | | |
|--|---|
| (i) There was an explicit or implicit threat of death or bodily harm proffered against the individual or a third person; | (i) il existait des menaces explicites ou implicites de mort ou de lésions corporelles proférées contre la personne ou un tiers; |
| (ii) The individual reasonably believed that the threat would be carried out; | (ii) la personne croyait, pour des motifs raisonnables, que les menaces seraient mises à exécution; |
| (iii) There was no safe avenue of escape (as determined by reference to a reasonable person similarly situated); | (iii) il n'existait aucun moyen de se soustraire sans danger à la menace (selon le point de vue d'une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire); |
| (iv) There was a close temporal connection between the threat and the harm threatened; | (iv) il existait un lien temporel étroit entre les menaces proférées et le préjudice qu'on menace de causer; |

- | | |
|---|---|
| (v) The harm threatened was equal to or greater than the harm inflicted by the individual (or by those with whom he was complicit); | (v) le préjudice qu'on a menacé de causer à la personne était au moins égal au préjudice que la personne (ou ses complices) a infligé; |
| (vi) The individual behaved in a manner consistent with what society would expect from a reasonable person similarly situated in that particular circumstance; and | (vi) la personne s'est comportée d'une manière conforme aux attentes de la société à l'égard d'une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire; |
| (vii) The individual did not voluntarily put himself or herself in a position where there was a risk of coercion and/or threats by the other members of a conspiracy or association, to compel him or her to commit an offence. | (vii) la personne ne s'est pas placée de son plein gré dans une situation où il existait un risque de faire l'objet de contrainte ou de menaces de la part d'autres membres d'un complot ou d'une association, en vue de la contraindre à perpétrer une infraction. |

Ryan, above, at paragraphs 55, 65, 73, 75 and 80; *Oberlander*, above, at paragraph 26; *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306, [1992] F.C.J. No. 109 (QL) (C.A.), at paragraph 39; *Gil Luces v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1200, at paragraphs 21–22; *L'Espérance v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 19, at paragraph 17.

Ryan, précité, aux paragraphes 55, 65, 73, 75 et 80; *Oberlander*, précité, au paragraphe 26; décision *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306, [1992] A.C.F. n° 109 (QL) (C.A.), au paragraphe 39; décision *Gil Luces c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1200, aux paragraphes 21 et 22; *L'Espérance c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 19, au paragraphe 17.

[168] It bears underscoring that “[p]roportionality is a crucial component of the defence of duress”. This is because “it derives directly from the principle of moral involuntariness: only an action based on a proportionally grave threat, resisted with normal fortitude, can be considered morally involuntary”: *Ryan*, above, at paragraph 54. Accordingly, an individual who commits or is complicit in the commission of a crime in the face of a threat or coercion that does not rise to the level of being proportionate to the crime committed, cannot be said to have committed the crime “involuntarily”. I will simply add in passing that this would not preclude the individual from raising another available defence: *Ezokola*, above, at paragraph 100.

[168] Il convient de souligner que la « proportionnalité constitue une composante fondamentale du moyen de défense fondé sur la contrainte ». Il en est ainsi parce que la proportionnalité « découle directement du principe du caractère involontaire au sens moral. En effet, seule une action fondée sur des menaces proportionnellement graves auxquelles [la personne] s'oppose en démontrant un courage normal peut être considérée comme involontaire au sens moral » : *Ryan*, précité, au paragraphe 54. Par conséquent, une personne qui commet un crime ou qui est complice de la perpétration d'un crime sous la menace ou la contrainte qui n'est pas proportionnelle au crime commis ne peut pas être réputée avoir commis le crime « involontairement ». J'ajouterai simplement que cela n'empêcherait pas la personne d'invoquer un autre moyen de défense à sa disposition : *Ezokola*, précité, au paragraphe 100.

(2) Analysis

[169] In his final submissions, Mr. Kljajic conceded that the RS MUP had committed crimes against humanity and war crimes: transcript, Vol. 10, at pages 14 and 36.

[170] I pause to note that the ICTY has found this to be the case in several different proceedings, including: *Prosecutor v. Mico Stanisic and Stojan Zupljanin*, ICTY, Case No. IT-08-91-T (27 March 2013), Vol. 2, at paragraphs 313, 494, and 512; *Prosecutor v. Mico Stanisic and Stojan Zupljanin*, ICTY, Case No. IT-08-91-A (30 June 2016), at paragraph 268; and *Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*, ICTY, Case No. IT-00-39-T (27 September 2006), at paragraphs 707–712, 721, 732, 790–794, 803–806, 807–809, 814, 817–818, 827–828, 835, 840.

[171] The plaintiffs alleged that Mr. Kljajic was complicit in those crimes against humanity. Mr. Kljajic categorically denies that allegation.

[172] Accordingly, the focus of the analysis below will be upon whether there are reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic voluntarily made a significant and knowing contribution to those crimes. In conducting that analysis, I will address the six factors identified at paragraph 165 above.

(a) The size and nature of the RS MUP

[173] Where an organization is large, multi-faceted, and engaged in both legitimate and criminal activities, this can make it more difficult to link a particular person within the organization to its criminal activities: *Ezokola*, above, at paragraph 94.

[174] Mr. Kljajic notes that the RS MUP is a vast, heterogeneous organization that employs thousands of employees in several different departments and sections. He submits that during the time that he was there, a climate of chaos permeated the organization and difficulties with maintaining and establishing communications made it difficult for him to know what was going on in different parts of the organization.

2) Analyse

[169] Dans ses observations finales, M. Kljajic a reconnu que le RS MUP avait commis des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre : transcription, vol. 10, aux pages 14 et 36.

[170] Je tiens à souligner que le TPIY a conclu qu'il en était ainsi dans différentes instances, y compris les décisions *Le procureur c. Mico Stanisic et Stojan Zupljanin*, TPIY, affaire n° IT-08-91-T (27 mars 2013), vol. 2, aux paragraphes 313, 494 et 512; *Le procureur c. Mico Stanisic et Stojan Zupljanin*, TPIY, affaire n° IT-08-91-A (30 juin 2016), aux paragraphes 268 et *Le procureur c. Momcilo Krajisnik*, TPIY, affaire n° IT-00-39-T (27 septembre 2006), aux paragraphes 707 à 712, 721, 732, 790 à 794, 803 à 806, 807 à 809, 814, 817 à 818, 827 à 828, 835 et 840.

[171] Les demandeurs ont allégué que M. Kljajic était complice de ces crimes contre l'humanité. M. Kljajic rejette catégoriquement cette allégation.

[172] Par conséquent, l'analyse ci-dessous sera axée sur la question de savoir s'il existe des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic a volontairement apporté une contribution significative et consciente à ces crimes. Dans cette analyse, j'aborderai les six facteurs énoncés au paragraphe 165 ci-dessus.

a) La taille et la nature du RS MUP

[173] Lorsqu'une organisation est vaste, multiforme et qu'elle exerce des activités légitimes et des activités criminelles, le lien entre une personne précise au sein de l'organisation et ses activités criminelles peut être plus difficile à établir : *Ezokola*, précité, au paragraphe 94.

[174] M. Kljajic souligne que le RS MUP est une organisation vaste et protéiforme qui emploie des milliers de fonctionnaires dans différents départements et différentes sections. Il prétend que lorsqu'il était au ministère, il y régnait un climat de chaos et que des difficultés à maintenir et à établir la communication faisaient en sorte qu'il était difficile pour lui de savoir ce qui se passait dans différentes parties de l'organisation.

[175] The plaintiffs readily acknowledge that, even in 1992, the RS MUP was a very large organization comprised of thousands of employees. However, they note that the RS MUP was also a *de facto* part of the RS's armed forces and was extensively involved in combat activities between April and September 1992 (Nielsen Report, at paragraphs 85, 91, 98 and 207). In this regard, Minister Stanisic ordered the RS MUP to be organized into "war units", on May 15, 1992 (Exhibit 103). According to the RS MUP's *Draft Annual Report for April-December 1992*, the organization's engagement with "regular [police] tasks" was limited, "especially in the beginning" (Exhibit 102, at page 70).³ Apparently, it was not until the relocation of the RS MUP's headquarters to Bijeljina, in June 1992, that "organised and planned work on the tasks of crime prevention and detection [were] actually set up and posts filled" (Exhibit 102, at page 66). Beginning in April 1992, an average of "1451 police officers" took part in combat activities each day, and, over the period of the report, a total of "more than 14,700 policemen took part in combat activities at the front line" (Exhibit 102, at page 55).

[176] The RS MUP's "combat" operations included "activities such as the widespread and systematic arrest or detention of non-Serb civilians, culminating in their physical removal from their places of residence" (Nielsen Report, at paragraph 99). Those operations also played a critical role in the war and in implementing the instructions pertaining to the Variant A and Variant B areas described at paragraph 17 above (transcript, Vol. 1, at pages 132–134, and transcript, Vol. 2 at pages 49 and 104).

[177] With respect to communications, Dr. Nielsen reported that periods of interrupted communications "were exceptional and workaround solutions were adopted" (Nielsen Report, at paragraph 107). This was corroborated

³ That report was described by one senior member of the RS MUP as being "the only ministerial annual report accepted without reservations": Nielsen Report, at footnote 353.

[175] D'emblée, les demandeurs ont reconnu que, même en 1992, le RS MUP était une très vaste organisation de milliers de fonctionnaires. Toutefois, ils soulignent que le RS MUP faisait aussi partie, de fait, des forces armées et a largement été impliqué dans des activités de combat entre avril et septembre 1992 (rapport de M. Nielsen, aux paragraphes 85, 91, 98 et 207). À cet égard, le ministre Stanisic a ordonné l'organisation du RS MUP en [TRADUCTION] « sections de guerre », le 15 mai 1992 (pièce 103). Selon l'ébauche de rapport du RS MUP, *Draft Annual Report for April-December 1992* (ébauche de rapport annuel pour la période d'avril à décembre 1992), la participation à du [TRADUCTION] « travail [policiier] ordinaire » était limitée, [TRADUCTION] « en particulier au début » (pièce 102, à la page 70)³. Apparemment, ce n'est pas avant la réinstallation du siège du RS MUP à Bijeljina, en juin 1992, que [TRADUCTION] « du travail organisé et planifié concernant les tâches de prévention et de détection du crime a véritablement été établi et que des postes ont été pourvus » (pièce 102, au paragraphe 66). À partir d'avril 1992, en moyenne [TRADUCTION] « 1 451 agents de police » ont pris part à des activités de combat quotidiennement et, au cours de la période visée dans le rapport, un total de [TRADUCTION] « plus de 14 700 policiers ont pris part à des activités de combat en première ligne » (pièce 102, à la page 55).

[176] Les opérations de [TRADUCTION] « combat » du RS MUP comprenaient des « activités telles que l'arrestation et la détention généralisées et systématiques de civils non serbes, aboutissant à leur expulsion physique de leurs lieux de résidence » (rapport de M. Nielsen, au paragraphe 99). Ces opérations ont aussi été déterminantes pendant la guerre et la mise en œuvre des instructions concernant les zones de la variante A et celles de la variante B, définies au paragraphe 17 ci-dessus (transcription, vol. 1, aux pages 132 à 134, et transcription, vol. 2, aux pages 49 et 104).

[177] Concernant les communications, M. Nielsen a déclaré que les périodes de communications interrompues [TRADUCTION] « étaient exceptionnelles et que des solutions de rechange ont été adoptées » (rapport de

³ Ce rapport a été décrit par un haut fonctionnaire du RS MUP comme étant [TRADUCTION] « le seul rapport ministériel annuel admis sans réserve » : rapport de M. Nielsen, à la note de bas de page 353.

by Mr. Davidovic (transcript, Vol. 4, at pages 18 and 26). Dr. Nielsen added that throughout the course of 1992, reports were regularly provided from local and regional police posts to the RS MUP's headquarters; and that "orders, instructions and information were regularly passed down the chain of command" from both the Minister and Mr. Kljajic (Nielsen Report, at paragraph 107). In addition, the draft annual report mentioned at paragraph 175 above states that "[o]n average, 15 telegrams a day were sent to the centres and other organs of the Interior from the MUP headquarters (a total of 4170 telegrams have been sent in all lines of work) and an average of 16 telegrams a day were received (a total of 4 400 telegrams)" (Exhibit 102, at page 78). Moreover, the Minister ordered that daily reports be provided to RS MUP headquarters (Nielsen Report, at paragraph 116; transcript, Vol. 2, at page 66), and there were frequent meetings of senior RS MUP officials (including Mr. Kljajic), including monthly meetings of the RS MUP's steering committee (Nielsen Report, at page 5).

[178] Considering the foregoing, I find that there are reasonable grounds to believe that communications within the RS MUP were such that Mr. Kljajic likely was aware, within a matter of days and in any event within a matter of a few weeks, of the crimes against humanity that were being perpetrated by the RS MUP while he was the Under-Secretary. Whether he made a voluntary, significant and knowing contribution to those crimes, or to the RS MUP's criminal purpose, is a matter that will be addressed below.

[179] For the purposes of my assessment of "the size and nature of the RS MUP", the evidence discussed above leads me to give this factor a neutral weighting in assessing whether Mr. Kljajic was complicit in the crimes against humanity perpetrated by the RS MUP.

- (b) The part of the RS MUP with which Mr. Kljajic was most directly concerned

[180] Mr. Kljajic was the head of the branch of the RS MUP that was responsible for public security. That

M. Nielsen, au paragraphe 107). M. Davidovic a corroboré cette déclaration (transcription, vol. 4, aux pages 18 et 26). M. Nielsen a ajouté qu'au cours de l'année 1992, des rapports étaient régulièrement remis par les postes de police locaux et régionaux au siège du RS MUP et que « des ordres, des instructions et des renseignements étaient régulièrement transmis le long de la chaîne de commandement » par le ministre et M. Kljajic (rapport de M. Nielsen, au paragraphe 107). En outre, il est indiqué dans l'ébauche de rapport annuel mentionné au paragraphe 175 ci-dessous, qu'« en moyenne, 15 télégrammes par jour étaient envoyés aux centres et à d'autres organes de l'Intérieur par le siège du MUP (un total de 4 170 télégrammes ont été envoyés à diverses divisions de travail) et en moyenne, 16 télégrammes par jour ont été reçus, soit un total de 4 400 télégrammes » (pièce 102, à la page 78). En outre, le ministre a ordonné que des rapports quotidiens soient remis au siège du RS MUP (rapport de M. Nielsen, au paragraphe 116; transcription, vol. 2, à la page 66) et des réunions ont eu lieu fréquemment entre les hauts fonctionnaires du RS MUP (y compris M. Kljajic), y compris des réunions mensuelles du comité directeur du RS MUP (rapport de M. Nielsen, à la page 5).

[178] Compte tenu de ce qui précède, je conclus qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les communications au sein du RS MUP étaient telles que M. Kljajic savait vraisemblablement, en l'espace de quelques jours, ou en tout cas en l'espace de quelques semaines, que le RS MUP perpétrait des crimes contre l'humanité alors qu'il était sous-secrétaire. La question de savoir s'il a volontairement apporté une contribution significative et consciente à ces crimes ou au dessein criminel du RS MUP sera abordée ci-dessous.

[179] Aux fins de mon évaluation de « la taille et la nature du RS MUP », les éléments de preuve abordés ci-dessus me portent à accorder un poids neutre à ce facteur pour évaluer si M. Kljajic était complice des crimes contre l'humanité perpétrés par le RS MUP.

- b) Section du RS MUP à laquelle M. Kljajic était le plus directement associé

[180] M. Kljajic était le chef de la division du RS MUP responsable de la sécurité publique. Cette division

branch was also heavily involved in combat activities during the time that he held that position. To that end, it was armed with heavy artillery, including tanks, armoured vehicles and rocket launchers.

[181] As previously noted, Mr. Kljajic was also appointed to the position of Deputy Commander of the armed forces of the RS in mid-May 1992. It is noteworthy that the Under-Secretary of the other main branch of the RS MUP (the national security branch) was simply appointed to the position of “member” of the senior staff of the armed forces, at that time.

[182] In addition to their involvement in combat activities, parts of the public security branch of the RS MUP were involved in the perpetration of crimes against humanity. This included the arrest of non-Serbian civilians, the operation of hundreds of detention facilities, the interrogation and killing of prisoners at some of those facilities, the transfer of detainees between facilities, and the ethnic cleansing of non-Serbs (which included the looting of and eviction from their homes so that they could be given to Serbian “refugees” arriving from other areas) (Nielsen Report, at page 5 and paragraphs 153–156 and 168; transcript, Vol. 4, at pages 28–32 and 70–71). More broadly, a culture of impunity existed throughout the RS MUP, including the public security branch, with respect to crimes committed by paramilitary groups and the police against Muslims and Croats (transcript, Vol. 2, at pages 83–84 and 91–92). According to Dr. Nielsen, “[t]he available documentation indicates that the RS MUP took few concrete actions to stop paramilitary attacks on non-Serbs in Bosnia and Herzegovina. In many cases, RS MUP units co-operated with the Bosnian Serb paramilitary forces, and this co-operation was condoned by leading officials in the Ministry” (Nielsen Report, at page 5. See also paragraph 197).

[183] In addition, according to Dr. Nielsen: “The police and the military cooperated extensively in the campaign to disarm the non-Serb civilian population. ... The pervasive cooperation of the police and the military was a publicly known fact” (Nielsen Report, at paragraph 101).

participait aussi largement aux activités de combat pendant la période où il occupait ces fonctions. À cette fin, elle était munie d’artillerie lourde, y compris des tanks, des véhicules blindés et des lance-roquettes.

[181] Comme je l’ai déjà dit, M. Kljajic a aussi été nommé au poste de commandant adjoint des forces armées de la RS à la mi-mai 1992. Il convient de noter que le sous-secrétaire de l’autre division principale de la RS MUP (la division de la sécurité nationale) a simplement été nommé au poste de [TRADUCTION] « membre » des dirigeants des forces armées, à l’époque.

[182] En plus de leur participation aux activités de combat, plusieurs membres de la division de la sécurité publique du RS MUP ont pris part à la perpétration de crimes contre l’humanité. Ils ont notamment pris part à l’arrestation de civils non serbes, à l’exploitation de certaines d’établissements de détention, à l’interrogation et l’assassinat de prisonniers dans certains de ces établissements, au transfert de détenus entre les établissements et à l’épuration ethnique de non-Serbes (dont le pillage et l’expulsion de leurs habitations afin de pouvoir les donner à des « réfugiés » serbes venant d’autres régions) (rapport de N. Nielsen, à la page 5 et aux paragraphes 153 à 156 et 168; transcription, vol. 4, aux pages 28 et 32, et 70 à 71). De manière plus générale, il régnait une culture d’impunité à l’échelle du RS MUP, y compris la division de la sécurité publique, concernant les crimes commis par les groupes paramilitaires et la police contre les musulmans et les Croates (transcription, vol. 2, aux pages 83 à 84, et 91 et 92). Selon M. Nielsen, [TRADUCTION] « [d]’après la documentation disponible, le RS MUP a pris peu de mesures concrètes pour mettre fin aux attaques paramilitaires contre des non-Serbes en Bosnie-Herzégovine. Dans plusieurs cas, les unités du RS MUP ont coopéré avec les forces paramilitaires serbes de Bosnie et cette coopération a été tolérée par les hauts dirigeants du ministère » (rapport de M. Nielsen, à la page 5; voir aussi le paragraphe 197).

[183] En outre, selon M. Nielsen : [TRADUCTION] « La police et les forces armées ont largement coopéré dans le contexte de la campagne de désarmement de la population civile non serbe. [...] Cette coopération largement répandue entre la police et les forces armées était

[184] Considering the foregoing, I find that this factor merits a positive weighting in the assessment of whether Mr. Kljajic was complicit in the crimes against humanity that were perpetrated by the RS MUP.

(c) Mr. Kljajic's duties and activities within the RS MUP

[185] Mr. Kljajic maintains that he was a mere "pawn" within the RS MUP, who had no practical power. He asserts that there was never any job description associated with his position, that the position was never legally created, and that it was not a "real" position with any "real" power. More specifically, he insists those below him within the organization reported directly to the Minister, that he did not give any orders and that he had no ability to influence anyone within the government or the RS MUP—particularly those who were committing crimes against humanity. He further asserts that he spent his time in his office dealing with administrative matters related to the defence of the police academy in Vraca and the reigning-in of the paramilitary groups that were operating in Bejljina. He also maintained that he was not informed about the detention centres that the RS MUP operated during the war.

[186] The evidence demonstrates otherwise.

[187] As noted at paragraph 149 above, Mr. Kljajic was actively involved in the establishment of the RS MUP, its subsequent structuring and coordination, its steering council, and in several important aspects of its functioning. He took decisions on behalf of the Minister when the latter was not present, he chaired at least two meetings in the Minister's absence and he was considered to be one of the Minister's closest associates. By his own admission, he was responsible for the defence of the police academy in Vraca and for establishing public order and dealing with paramilitary groups in Bejljina, and he travelled to Belgrade in July 1992 to deal with widespread misuse of official documents, such as passports, driver's licences and vehicle permits.

un fait connu publiquement » (rapport de M. Nielsen, au paragraphe 101).

[184] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que ce facteur mérite qu'on lui accorde un poids positif dans l'évaluation de la question de savoir si M. Kljajic était complice des crimes contre l'humanité perpétrés par le RS MUP.

c) Fonctions et activités au sein du RS MUP

[185] M. Kljajic soutient qu'il était un simple « pion » aux mains du RS MUP, sans pouvoir concret. Il fait valoir qu'aucune description de poste n'a jamais été associée à son poste, que son poste n'a jamais été légalement créé, et qu'il « s'agissait d'un poste fictif sans aucun pouvoir réel ». Plus précisément, il insiste pour dire que les personnes de rang inférieur au sien relevaient directement du ministre, qu'il ne donnait pas d'ordres et qu'il n'était pas en mesure d'influencer qui que ce soit au sein du gouvernement ou du RS MUP — plus précisément, les personnes qui commettaient des crimes contre l'humanité. Il fait aussi valoir qu'il passait son temps dans son bureau à traiter des questions administratives liées à la défense de l'école de police à Vraca et au contrôle des groupes paramilitaires qui agissaient à Bejljina. Il a aussi soutenu qu'il n'était pas au courant des centres de détention que le RS MUP exploitait pendant la guerre.

[186] La preuve démontre le contraire.

[187] Comme il est noté au paragraphe 149 ci-dessus, M. Kljajic a participé activement à l'établissement du RS MUP, à son organisation et à sa coordination subséquentes, à son conseil directeur et à plusieurs aspects importants de son fonctionnement. Il a pris des décisions pour le compte du ministre lorsque ce dernier était absent, il a présidé au moins deux réunions en l'absence du ministre et il était considéré comme l'un des plus proches associés du ministre. De son propre aveu, il était responsable de la défense de l'école de police à Vraca, d'établir l'ordre public et de gérer les groupes paramilitaires de Bejljina. Il s'est rendu à Belgrade en juillet 1992 pour remédier à la mauvaise utilisation généralisée de documents officiels comme les passeports, les permis de conduire et les certificats d'immatriculation.

[188] In addition, Mr. Kljajic dealt directly with the President of the RS (Radovan Karadzic) and the Prime Minister of the RS (Branko Deric) (Nielsen Report, at paragraphs 114 and 130; transcript, Vol. 2, at page 84; transcript, Vol. 4, at pages 13 and 94–95; Exhibits 113 and 120).

[189] Indeed, President Karadzic thought so highly of Mr. Kljajic that he instructed Mr. Miodrag Simovic, a leading member of the SDS and the Vice-President of the government of B&H, to insist upon the appointment of Mr. Kljajic as Chief of the public security service branch of the RSBiH MUP, before the RS MUP was established. According to Dr. Nielsen, it was not sufficient for President Karadzic that senior police positions were held by people of Serb ethnicity. Those individuals also had to be “a Serb who saw eye to eye with the political interests of the [SDS]” (transcript, Vol. 1, at page 107). To this end, President Karadzic “regarded loyalty to the SDS and the willingness to support the SDS’ interests as the primary criteria on governing his support for specific candidates in the Ministry of Internal Affairs” (transcript, Vol. 1, at page 122).

[190] Mr. Kljajic also had direct dealings with senior Serbian officials in Belgrade, who provided financial support, arms and other assistance to the RS MUP. In addition, he liaised with his counterpart in the National Security branch of the RS MUP (Slobodan Skipina), for example, with respect to the transportation of arms, and he had regular professional communications with Mr. Njegus.

[191] I pause to note that the plaintiffs submitted a transcript of an intercept of a telephone conversation between President Karadzic and someone identified as “Cedo”. Mr. Kljajic maintained that he is not the “Cedo” who participated in that conversation. In support of his position, he stated that there were two or three other people named “Cedo” in his office, and that he had shared a tape of that intercept with several others who all agreed with him that the voice of the person speaking with President Karadzic is not his. However, Mr. Kljajic did not identify who those other people named “Cedo” were, and he did not introduce the audio recording of the intercept into evidence. Given his confirmation that he has a copy of that

[188] En outre, M. Kljajic traitait directement avec le président de la RS (Radovan Karadzic) et le premier ministre de la RS (Branko Deric) (rapport de M. Nielsen, aux paragraphes 114 et 130; transcription, vol. 2, à la page 84; transcription, vol. 4, à la page 13 et aux pages 94 et 95; pièces 113 et 120).

[189] En effet, le président Karadzic avait tellement d’estime pour M. Kljajic qu’il a demandé à M. Miodrag Simovic, un membre dirigeant du SDS et au vice-président du gouvernement de la Bosnie, d’insister pour nommer M. Kljajic chef de la division du service de la sécurité publique du RS MUPBiH, avant que le RS MUP ne soit établi. Selon M. Nielsen, le fait que des postes de haut rang au sein de la police soient occupés par des Serbes ne suffisait pas. Ces personnes devaient aussi être [TRADUCTION] « des Serbes qui avaient les mêmes les intérêts politiques que le [SDS] » (transcription, vol. 1, à la page 107). À cette fin, le président Karadzic [TRADUCTION] « considérait la loyauté envers le SDS et la volonté d’appuyer les intérêts du SDS comme principaux critères régissant son appui à des candidats précis au sein du ministère de l’Intérieur » (transcription, vol. 1, à la page 122).

[190] M. Kljajic traitait aussi directement avec les hauts fonctionnaires serbes à Belgrade qui fournissaient un soutien financier, des armes et d’autres formes d’assistance au RS MUP. En outre, il assurait aussi la liaison avec son homologue de la division de la sécurité nationale du RS MUP (Slobodan Skipina), par exemple concernant le transport d’armes, et il avait des « communications professionnelles » régulières avec M. Njegus.

[191] Je tiens à faire remarquer que les demandeurs ont soumis la transcription d’une conversation téléphonique interceptée entre le président Karadzic et une personne appelée « Cedo ». M. Kljajic a soutenu qu’il n’était pas le « Cedo » qui a participé à la conversation. Pour appuyer sa thèse, il a indiqué que deux ou trois autres personnes se prénommaient « Cedo » dans son bureau, et qu’il avait transmis une cassette de cette conversation interceptée à plusieurs autres personnes qui étaient toutes d’accord avec lui pour dire que la voix de la personne qui parle avec le président Karadzic n’est pas la sienne. Toutefois, M. Kljajic n’a pas dit qui étaient les autres personnes prénommées « Cedo » et il n’a pas produit

recording (transcript, Vol. 5, at pages 76–77), I consider it appropriate to draw an adverse inference that he was in fact the person identified as “Cedo” on the transcript of the intercept. I consider my conclusion in this regard to be supported by the fact that, at the outset of the intercepted conversation, an unidentified person asked for “Mico”, and when informed that “Mico” was not present, he agreed to speak with “the other Mico”, and was then connected with “Cedo”. The unidentified person, who confirmed that he was “Lale”, then passed the telephone to President Karadzic, who proceeded to request a report on the evening’s attacks. In turn, “Cedo” reported on the situation in Rajlovac, Ahatovici, Vraca, Dobrinja and Lukavica. It is reasonable to infer that only a very senior person would have been able to provide such a briefing, especially to President Karadzic, and that the “Cedo” in question was Mr. Kljajic. It is also reasonable to infer that the “Cedo” who we know acted in Minister “Mico” Stanisic’s place when he was not present, would be the “Cedo” who was referred to as “the other Mico”. In one of the more noteworthy exchanges during that telephone conversation, President Karadzic instructed Mr. Kljajic to “[t]ry not to use artillery”, but instead to “use infantry weapons, let them go to hell”. Mr. Kljajic replied “Exactly ... They’ll get what they’re asking for” (Exhibit 113, at page 9).

[192] It is relevant to note that Dr. Nielsen stated that this intercept reflects that President Karadzic “regarded Mr. Kljajic as someone who could accurately brief him on combat activities, including events where we subsequently came to know through the investigations of the ICTY that crimes were committed” (transcript, Vol. 2, at page 63). Dr. Nielsen added that it was apparent from the original Serbian version of the intercept that “Mr. Kljajic and Mr. Radovan Karadzic not only know each other but speak to each other in a tone of familiarity. And certainly, from Mr. Karadzic’s point of view, he is speaking to Mr. Kljajic in the manner that one speaks to a long-term acquaintance and as a friend” (transcript, Vol. 2, at pages 63–64).

en preuve l’enregistrement audio de la conversation interceptée. Comme il a confirmé qu’il détient une copie de cet enregistrement (transcription, vol 5, aux pages 76 et 77), j’estime qu’il convient de tirer une conclusion défavorable selon laquelle il est en fait la personne appelée « Cedo » dans la transcription de la conversation interceptée. J’estime que ma conclusion à cet égard est justifiée par le fait que, dès le début de la conversation interceptée, une personne non identifiée demande à parler à « Mico », et que, une fois informée que ce « Mico » n’était pas là, cette personne non identifiée a bien voulu parler à [TRADUCTION] « l’autre Mico », puis elle a été mise en communication avec « Cedo ». La personne non identifiée, qui a confirmé s’appeler « Lale », a ensuite passé le téléphone au président Karadzic qui a ensuite demandé un rapport sur les attaques de la soirée. À son tour, « Cedo » a fait le point sur la situation à Rajlovac, à Ahatovici, à Vraca, à Dobrinja et à Lukavica. Il est raisonnable de conclure que seule une personne de très haut rang aurait pu fournir un tel exposé, tout particulièrement au président Karadzic, et que le « Cedo » en question était M. Kljajic. Il est aussi raisonnable de conclure que le « Cedo » qui, nous le savons, agissait pour le compte du ministre « Mico » Stanisic en son absence, était le « Cedo » désigné comme [TRADUCTION] « l’autre Mico ». Dans l’un des échanges plus marquants de cette conversation téléphonique, le président Karadzic a demandé à M. Kljajic d’[TRADUCTION] « [e]ssayer de ne pas utiliser d’artillerie », mais plutôt [TRADUCTION] « d’utiliser des armes d’infanterie et les laisser aller en enfer ». M. Kljajic a répondu [TRADUCTION] « Exactement... ils auront ce qu’ils voulaient » (pièce 113, à la page 9).

[192] Il convient de noter que M. Nielsen a indiqué que cette conversation interceptée montre que le président Karadzic [TRADUCTION] « considérait M. Kljajic comme quelqu’un qui pouvait l’informer avec exactitude des activités de combat, y compris les événements lors desquels des crimes ont été commis, comme nous l’avons appris par suite des enquêtes du TPIY » (transcription, vol. 2, à la page 63). M. Nielsen a ajouté qu’il était clair d’après la version originale serbe de la conversation interceptée que [TRADUCTION] « non seulement M. Kljajic et M. Radovan Karadzic se connaissaient, mais qu’ils se parlaient de manière familière. Et, sans aucun doute du point de vue de M. Karadzic, il s’adresse à

[193] Mr. Kljajic also dealt directly with, and was briefed by, regional/municipal police chiefs and others who were below him in the hierarchy.

[194] Turning to his claim that he did not issue any orders, I note that Mr. Kljajic later explained that his management style was to sit down with people and discuss what had to be done (transcript, Vol. 4, at page 122). This would help to explain why there does not appear to be many examples of written orders issued by him. In addition, as mentioned at paragraph 81 above, Mr. Njegus testified that most orders went out under the Minister's signature. This was confirmed by Dr. Nielsen, who testified that "pursuant to conventional practice in the Ministry of Internal Affairs, such instructions or orders issued by Mr. Kljajic personally would, in practice, appear as orders issued by the Minister, Mico Stanisic" (transcript, Vol. 3, at page 54).

[195] In any event, I accept Mr. Davidovic's testimony that Mr. Kljajic routinely gave orders, both orally and in writing. These included orders pertaining to the eviction of Muslims from their homes in Bijeljina, their transfer to the detention camp in Batkovic, and the arrest of members of the Yellow Wasps and other paramilitary groups. In addition, Mr. Kljajic requested Mr. Davidovic to return to the front lines, asked him to leave military equipment in Pale, and appointed him to act in the name of the RS MUP (transcript, Vol. 4, at pages 17, 19, 21–22, 30–32, 58, 61 and 71).

[196] I also accept Dr. Nielsen's testimony that "most orders that were issued by Mr. Stanisic, pertaining [to] the policing and Public Security would in the first instance, usually have been proposed and/or discussed with Mr. Kljajic and then subsequently be issued from the Minister with the signature of the Minister and not of Mr. Kljajic" (transcript, Vol. 3, at page 56).

M. Kljajic de la manière dont on s'adresse à une connaissance de longue date et à un ami » (transcription, vol. 2, aux pages 63 et 64).

[193] M. Kljajic traitait aussi directement avec les chefs de la police régionale et municipale et d'autres de ses subordonnés, et il était informé par ceux-ci.

[194] Concernant sa déclaration selon laquelle il ne donnait pas d'ordres, je souligne que M. Kljajic a expliqué plus tard que son mode de gestion était de s'asseoir avec les gens pour discuter de ce qui devait être fait (transcription, vol. 4, à la page 122). Cela expliquerait pourquoi il n'existe pas beaucoup d'exemples d'ordres écrits qu'il a donnés. En outre, comme je l'ai mentionné au paragraphe 81 ci-dessus, M. Njegus a témoigné pour dire que la plupart des ordres portaient la signature du ministre. C'est ce qu'a confirmé M. Nielsen qui a déclaré que [TRADUCTION] « conformément à l'usage au ministère de l'Intérieur, les instructions et les ordres donnés par M. Kljajic personnellement donnaient l'impression, en pratique, d'être des ordres donnés par le ministre, Mico Stanisic » (transcription, vol. 3, à la page 54).

[195] Quoi qu'il en soit, j'admets le témoignage de M. Davidovic selon lequel M. Kljajic donnait régulièrement des ordres, oralement et par écrit. Ces derniers comprenaient des ordres ayant trait à l'expulsion des musulmans de leurs maisons à Bijeljina, à leur transfert au camp de détention à Batkovic, et à l'arrestation de membres des guêpes jaunes et d'autres groupes paramilitaires. En outre, M. Kljajic a enjoint à M. Davidovic de retourner aux lignes de front, lui a demandé de laisser l'équipement militaire à Pale, et l'a chargé d'agir au nom du RS MUP (transcription, vol. 4, aux pages 17, 19, 21, 22, 30 à 32, 58, 61 et 71).

[196] Je retiens également le témoignage de M. Nielsen selon lequel [TRADUCTION] « la plupart des ordres qui ont été donnés par M. Stanisic concernant le maintien de l'ordre et la sécurité publique auraient d'abord été proposés par M. Kljajic et/ou discutés avec celui-ci, pour ensuite être donnés par le ministre avec sa signature, et non celle de M. Kljajic » (transcription, vol. 3, à la page 56).

[197] I also note that although Mr. Andan stated that Mr. Kljajic did not give him any orders in Vraca, he testified that he began to receive orders from Mr. Kljajic when he was transferred to Bijeljina, at Mr. Kljajic's request. This included orders to arrest members of the Yellow Wasps and other paramilitary groups. (Transcript, Vol. 6, at pages 15–16, and 25.)

[198] Indeed, Mr. Njegus credited Mr. Kljajic with disarming the paramilitaries in Bijeljina. And before the ICTY, Mr. Njegus testified that it was Mr. Kljajic who authorized him to sign an order, dated June 15, 1992, to mobilize military conscripts (Exhibit 185; Exhibit 384, at page 11378; transcript, Vol. 7, at pages 35–41). He also testified there that Minister Stanisic delegated to Mr. Kljajic the authority to sign documents under his name (Exhibit 383, at page 11336).

[199] Moreover, Mr. Kljajic requested Mr. Zupljanin to send junior police officers to Vraca for training, and instructed him to inform some more senior officers that they had 24 hours to get to Sarajevo (Exhibit 118, at pages 3 and 8).

[200] So, it is clear from all of the foregoing that Mr. Kljajic did in fact give orders, appoint personnel to specific positions, and take other important decisions.

[201] Insofar as Mr. Kljajic's reliance on the administrative nature of his position is concerned, this does not negate the significance of his contributions to the crimes that were committed by the RS MUP. In this regard, it bears reiterating that some of "the world's worst crimes are committed often at a distance, by a multitude of actors": *Ezokola*, above, at paragraph 1. I further note that Mr. Kljajic's administrative functions, at least after he arrived in Bijeljina in mid-June 1992, were at the RS MUP's headquarters, where [TRANSLATION] "its activities were planned" (transcript, Vol. 6, at page 16).

[202] With respect to Mr. Kljajic's knowledge of the RS MUP's detention centres and other crimes against

[197] Je souligne également que, bien que M. Andan ait énoncé que M. Kljajic ne lui avait pas donné d'ordres à Vraca, il a témoigné qu'il a commencé à recevoir les ordres de M. Kljajic quand il est arrivé à Bijeljina, à la demande de M. Kljajic. Cela comprend des ordres d'arrestation de membres des guêpes jaunes et d'autres groupes paramilitaires (transcription, vol. 6, aux pages 15, 16 et 25).

[198] En effet, M. Njegus a crédité M. Kljajic pour le désarmement des paramilitaires à Bijeljina. De plus, devant le TPIY, M. Njegus a témoigné que c'était M. Kljajic qui l'avait autorisé à signer un décret daté du 15 juin 1992 en vue de la mobilisation des conscrits (pièce 185; pièce 384, à la ligne 11378; transcription, vol. 7, aux pages 35 à 41). À ce moment-là, il a également témoigné que le ministre Stanisic avait conféré à M. Kljajic le pouvoir de signer des documents en son nom (pièce 383, à la ligne 11336).

[199] En outre, M. Kljajic a demandé à M. Zupljanin d'envoyer les jeunes recrues à Vraca aux fins de formation, et lui a demandé d'informer certains agents policiers plus chevronnés qu'ils disposaient de 24 heures pour se rendre à Sarajevo (pièce 118, aux pages 3 et 8).

[200] Par conséquent, à la lumière de tout ce qui précède, il est clair que M. Kljajic a effectivement donné des ordres, nommé des membres du personnel à des postes précis et pris d'autres décisions importantes.

[201] En ce qui concerne l'accent que place M. Kljajic sur la nature administrative de son poste, cela ne change rien à l'importance de ses contributions aux crimes qui ont été perpétrés par le RS MUP. À cet égard, il vaut la peine de répéter que les « crimes les plus graves sont souvent commis à distance par une multitude d'acteurs » : *Ezokola*, précité, au paragraphe 1. Je relève également que les fonctions administratives de M. Kljajic, du moins après son arrivée à Bijeljina à la mi-juin 1992, étaient exécutées à partir du quartier général du RS MUP, « là où les actions se planifiaient » (transcription, vol. 6, à la page 16).

[202] En ce qui concerne le fait que M. Kljajic aurait été au courant de l'existence des centres de détention du

humanity that were perpetrated by that organization, the evidence is once again inconsistent with his assertions.

[203] Mr. Davidovic, who stated that he “spent every day” with Mr. Kljajic while he (Mr. Davidovic) was in Bijeljina for approximately one month in June and July 1992, testified that “it was impossible for [Mr. Kljajic] not to know about” the existence of the camp in Luka, Brcko. He added that when he asked Mr. Kljajic why the police were taking people to a second camp in Batkovic (near Bijeljina), Mr. Kljajic explained that this is where they were taking the Muslims who were being evicted from their homes (transcript, Vol. 4, at pages 16 and 27–30). Mr. Davidovic proceeded to explain that when he initially arrived in Bijeljina and asked Mr. Kljajic where he wanted him to put the approximately 100–150 people who moved there with him (from Pale/Vraca), Mr. Kljajic replied: “Of course in Muslim houses” (transcript, Vol. 4, at page 32).

[204] In addition, Mr. Kljajic was informed on May 20, 1992, by Mr. Tepavcevic about “inadequate conditions of accommodation, food, hygiene and state of health of detainees” in a third camp, in Butmir, located on the outskirts of Sarajevo. Five days later, he wrote to Mr. Kljajic again about the situation. (Exhibits 111 and 112.)

[205] Mr. Kljajic was also aware of other mistreatment of Muslims. For example, in an intercept of a telephone conversation between Mr. Kljajic and Mr. Zupljanin on May 7, 1992, the latter suggested that Muslims who were trapped in the centre of Sarajevo be kept “really hungry”. Mr. Kljajic replied: “Well, that is already about to happen, mate.” Mr. Kljajic then agreed to shut off the water there for 10-12 hours. Mr. Kljajic also observed that non-Serbs were “encircled” in Illidza, and that there was “no worse location for them under the skies”. (Exhibit 118, at pages 4–5 and 10.)

RS MUP et des autres crimes contre l’humanité qui ont été perpétrés par cette organisation, la preuve est, encore une fois, incompatible avec ses affirmations.

[203] M. Davidovic, qui affirme avoir [TRADUCTION] « passé chaque jour » en compagnie de M. Kljajic alors qu’il (M. Davidovic) se trouvait à Bijeljina pendant environ un mois, en juin et en juillet 1992, a témoigné qu’[TRADUCTION] « il était impossible [pour M. Kljajic] de ne pas être au courant » de l’existence du camp Luka, à Brcko. Il a ajouté que, lorsqu’il a demandé à M. Kljajic pourquoi la police amenait les gens à un deuxième camp à Batkovic (près de Bijeljina), M. Kljajic lui avait expliqué que c’est à cet endroit qu’ils amenaient les musulmans qui étaient expulsés de leurs maisons (transcription, vol. 4, aux pages 16 et 27 à 30). M. Davidovic a ensuite expliqué que, à son arrivée à Bijeljina, lorsqu’il a demandé à M. Kljajic où il devait installer les 100 à 150 personnes qu’il avait amenées avec lui (de Pale/Vraca), M. Kljajic lui a répondu : [TRADUCTION] « dans les maisons des musulmans, bien sûr » (transcription, vol. 4, à la page 32).

[204] En outre, le 20 mai 1992, M. Tepavcevic a informé M. Kljajic des [TRADUCTION] « conditions de logement, d’alimentation et d’hygiène inadéquates ainsi que de l’état de santé des détenus » dans un troisième camp à Butmir, en périphérie de Sarajevo. Cinq jours plus tard, il a encore une fois écrit à M. Kljajic à propos de la situation (pièces 111 et 112).

[205] M. Kljajic était également au courant d’autres mauvais traitements infligés aux musulmans. Par exemple, lors d’une conversation téléphonique interceptée entre M. Kljajic et M. Zupljanin le 7 mai 1992, M. Zupljanin a suggéré qu’il fallait s’assurer que les musulmans confinés au centre de Sarajevo demeurent [TRADUCTION] « très affamés ». M. Kljajic lui avait alors répondu : [TRADUCTION] « Eh bien, mon ami, c’est déjà sur le point d’arriver. » M. Kljajic a alors accepté de couper l’approvisionnement en eau à cet endroit pendant 10 à 12 heures. M. Kljajic a également observé que les non-Serbes étaient [TRADUCTION] « encerclés » à Illidza, et qu’il n’y avait pas [TRADUCTION] « pire lieu pour eux sous les cieux » (pièce 118, aux pages 4, 5 et 10).

[206] More generally, Dr. Nielsen stated: “By mid-July 1992 at the latest, the entire hierarchy of the RS MUP, including [Mr. Kljajic], was well aware that conditions in [detention] facilities were atrocious and that most of the detainees were non-Serbs” (Nielsen Report, at paragraph 153; see also paragraphs 165 and 186). Dr. Nielsen added that as a result of his attendance at monthly meetings of the RS MUP’s steering council, Mr. Kljajic would have had “knowledge of the negative effects of the police and military operations on the non-Serb civilian population” (Nielsen Report, at page 5). The evidence provides reasonable grounds to believe that the high-level meetings Mr. Kljajic attended include:

- A meeting at Vila Bosanka in Belgrade on July 11, 1992, at which Minister Stanisic and regional police chiefs provided briefings on “the security situation”, the RS MUP’s work, and “coming tasks”. In addition, instructions to be distributed to regional and local police posts were prepared at that meeting. (Exhibit 108.)
- A meeting in Trebinje on August 20, 1992, which concluded with a summary provided by Mr. Kljajic. The third item in that summary stated: “Subordination, as the basic principle of the command structure, must be respected at all levels of the MUP organisation, any behaviour to the contrary will result in /disciplinary/ action against those responsible, while orders have to be issued through the competent superior officers” (Exhibit 327, at page 28).
- A meeting on September 9, 1992, at which Minister Stanisic provided an update on the “results” that the RS MUP had been able to achieve (Exhibit 127).

[206] De façon plus générale, M. Nielsen a énoncé ce qui suit : [TRADUCTION] « Vers la mi-juillet 1992 au plus tard, la hiérarchie tout entière du RS MUP, y compris [M. Kljajic], était parfaitement au courant du fait que les conditions qui régnaient dans les installations [de détention] étaient atroces et que la plupart des détenus étaient des non-Serbes » (rapport de M. Nielsen, au paragraphe 153; voir également les paragraphes 165 et 186). M. Nielsen a ajouté qu’en raison de sa présence aux réunions mensuelles du conseil de direction du RS MUP, M. Kljajic aurait été [TRADUCTION] « au courant des répercussions négatives des opérations policières et militaires sur la population civile non serbe » (rapport de M. Nielsen, à la page 5). La preuve donne des motifs raisonnables de croire que les réunions de haut niveau auxquelles M. Kljajic avait assisté comprenaient les suivantes :

- Une réunion qui a eu lieu le 11 juillet 1992 à la Vila Bosanka, à Belgrade, au cours de laquelle le ministre Stanisic et les chefs de police régionaux ont donné des séances d’information sur la [TRADUCTION] « situation de sécurité », le travail accompli par le RS MUP, et les [TRADUCTION] « tâches à venir ». De plus, les instructions qui devaient être distribuées aux postes de police régionaux et locaux ont été préparées lors de cette réunion (pièce 108).
- Une réunion tenue le 20 août 1992 à Trebinje qui s’est terminée par un résumé donné par M. Kljajic. Le troisième point abordé dans ce résumé était le suivant : [TRADUCTION] « La subordination, en tant que principe de base de la structure de commande, doit être respectée à tous les niveaux de l’organisation MUP, et tout comportement allant à l’encontre celle-ci se soldera par des actions ou des mesures disciplinaires à l’encontre des personnes responsables, comme les ordres doivent être donnés par des agents supérieurs compétents » (pièce 327, à la page 28).
- Une réunion tenue le 9 septembre 1992 au cours de laquelle le ministre Stanisic a fait le point sur les [TRADUCTION] « résultats » que le RS MUP avait été en mesure d’atteindre (pièce 127).

- A meeting on November 5, 1992, at which there was a discussion about, among other things, “the increase in criminal activities by individuals and groups”, and new “Draft Instructions on urgent, current, periodical and statistical reports” within the RS MUP (Exhibit 114, at pages 15 and 17).
- A second meeting at Vila Bosanka, which Mr. Kljajic mentioned during cross-examination (transcript, Vol. 5, at page 64).
- Une réunion tenue le 5 novembre 1992 au cours de laquelle une discussion a eu lieu sur, entre autres, [TRADUCTION] « l’intensification des activités criminelles par des individus et des groupes », et les nouvelles [TRADUCTION] « instructions provisoires concernant les rapports urgents, actuels, périodiques et statistiques » au sein du RS MUP (pièce 114, aux pages 15 et 17).
- Une deuxième réunion à la Vila Bosanka, que M. Kljajic a mentionnée lors du contre-interrogatoire (transcription, vol. 5, à la page 64).

[207] In addition, as noted at paragraph 195 above, Mr. Kljajic was involved in decisions regarding the eviction of Muslims from their homes, their transfer to detention centres, the treatment of detainees and prisoner exchanges.

[207] En outre, tel qu’il est indiqué au paragraphe 195 ci-dessus, M. Kljajic a participé à la prise de décisions concernant l’expulsion des musulmans de leurs maisons, leur transfert à des centres de détention, le traitement des détenus et les échanges de prisonniers.

[208] Mr. Kljajic also was informed by Mr. Jesiric on April 16, 1992, that fifteen thousand Muslims had escaped from Bijeljina and/or Zvornik to Serbia (Exhibit 121, at page 6).

[208] M. Kljajic a également été informé par M. Jesiric le 16 avril 1992 que 15 000 musulmans avaient fui Bijeljina et/ou Zvornik vers la Serbie (pièce 121, à la page 6).

[209] More generally, Minister Stanisic stated in October 1992 that “it has not occurred yet that anyone [sic] of the implementers on the complete territory of Republika Srpska has turned a deaf ear to any of my orders, issued directly in accordance with the law” (Nielsen Report, at paragraph 230). It bears reiterating that the ICTY convicted Minister Stanisic of committing crimes against humanity through participation in a joint criminal enterprise with other members of the RS leadership.

[209] De façon plus générale, le ministre Stanisic a affirmé ce qui suit en octobre 1992 : [TRADUCTION] « il n’est pas encore arrivé que l’un des agents de mise en œuvre sur le territoire entier de la Republika Srpska ait fait la sourde oreille aux ordres que j’ai donnés directement, en application de la loi » (rapport de M. Nielsen, au paragraphe 230). Il vaut la peine de rappeler que le TPIY a reconnu le ministre Stanisic coupable d’avoir perpétré des crimes contre l’humanité par le biais de sa participation à une entreprise criminelle conjointe avec d’autres membres à la tête de la RS.

[210] In any event, Dr. Nielsen testified that, except for urgent matters that may have been issued directly to a regional or municipal police office by the Minister, Mr. Kljajic normally should have been involved in the drafting and implementation of orders. Similarly, “anything that was addressed to Minister Stanisic and which pertained to public security would also and should also have been delivered to Mr. Kljajic as the Under-Secretary for Public Security” (transcript, Vol. 3, at page 43).

[210] Quoi qu’il en soit, M. Nielsen a témoigné que, autre que pour les affaires pressantes qui auraient peut-être été communiquées directement par le ministre à un agent de police régional ou municipal, M. Kljajic aurait normalement été impliqué dans la rédaction et la mise en œuvre des décrets. De même, [TRADUCTION] « tout ce qui était adressé au ministre Stanisic et qui se rapportait à la sécurité publique aurait également été soumis à M. Kljajic, en sa qualité de sous-secrétaire de la division de la sécurité publique » (transcription, vol. 3, à la page 43).

[211] One such order, dated July 27, 1992, directed that all RS MUP personnel who were being prosecuted for crimes (except for political and verbal offences) were to be removed from the organization and “put at the disposal of” the RS’s army. Pursuant to paragraph 6 of that order, Mr. Kljajic was specifically identified as being responsible for its implementation in the Semberija region (Exhibit 122). (Based on Dr. Nielsen’s evidence, my understanding is that the above-referenced crimes would have primarily been crimes against Serbian citizens.)

[212] I consider that the evidence discussed above, taken in its entirety, provides reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic did in fact exercise the duties and responsibilities that one would reasonably expect to be associated with his position. That evidence also provides reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic (i) received the daily briefings that Minister Stanisic ordered be sent to the RS MUP’s headquarters; (ii) was aware of, and contributed to, the RS MUP’s criminal purpose and certain of its crimes against humanity, and (iii) was aware that his conduct would assist in the furtherance of some of the RS MUP’s criminal purposes, and of some of its crimes against humanity: *Ezokola*, above, at paragraphs 87 and 89; *Mata Mazima v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 531, at paragraph 52; *Hadhiri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1284 (*Hadhiri*), at paragraph 33; *Durango v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 146, at paragraph 12; *Sarwary v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 437, at paragraph 44.

[213] For greater certainty, I underscore that I find the evidence discussed above to be “compelling” and “credible”: *Mugesera*, above, at paragraph 114.

[214] Insofar as Mr. Kljajic may not have been aware of some of the crimes against humanity that were perpetrated by the RS MUP while he held the position of Under-Secretary of that organization, I find that he is nevertheless complicit in those crimes, because his

[211] L’un de ces décrets, daté du 27 juillet 1992, proclamait que tous les membres du personnel du RS MUP qui étaient poursuivis en justice pour des crimes (sauf pour des infractions verbales ou à caractère politique) devaient être retirés de l’organisation pour être [TRADUCTION] « mis à la disposition de » l’armée de la RS. Aux termes du paragraphe 6 de ce décret, M. Kljajic était expressément désigné en tant que responsable de sa mise en œuvre au sein de la région de Semberija (pièce 122). (Selon la preuve de M. Nielsen, je crois comprendre que les crimes susmentionnés auraient principalement été des crimes perpétrés à l’égard de citoyens serbes.)

[212] Je suis d’avis que la preuve dont il a été question ci-dessus, analysée dans son ensemble, donne des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic s’est effectivement acquitté des tâches et des responsabilités auxquelles on pourrait raisonnablement s’attendre étant donné le poste qu’il occupait. Cette preuve donne également des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic : (i) recevait des comptes rendus quotidiens, qui, sur les ordres du ministre Stanisic, étaient transmis au quartier général du RS MUP; (ii) était au courant du dessein criminel du RS MUP de même que de certains de ses crimes contre l’humanité et y avait contribué; et (iii) était conscient que son comportement faciliterait la perpétration, dans une quelconque mesure, du dessein criminel du RS MUP et de certains de ses crimes contre l’humanité : *Ezokola*, précité, aux paragraphes 87 et 89; *Mata Mazima c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 531, au paragraphe 52; *Hadhiri c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1284 (*Hadhiri*), au paragraphe 33; *Durango c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 146, au paragraphe 12; *Sarwary c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 437, au paragraphe 44.

[213] Pour plus de précision, je souligne que, à mon avis, les éléments de preuve analysés précédemment sont « concluants » et « dignes de foi » : *Mugesera*, précité, au paragraphe 114.

[214] Dans la mesure où M. Kljajic n’était peut-être pas au courant de certains des crimes contre l’humanité qui avaient été perpétrés par le RS MUP pendant qu’il occupait le poste de sous-secrétaire de cette organisation, je conclus qu’il était néanmoins complice de ces crimes,

contribution to the criminal purposes of the RS MUP had a significant element of recklessness: *Ezokola*, at paragraph 68; *Hadhiri*, above, at paragraph 36.

[215] Based on all of the foregoing, I find that this factor merits a strong weighting in favour of finding that there are reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic was complicit in the crimes against humanity that were perpetrated by the RS MUP.

(d) Mr. Kljajic's position and rank within the RS MUP

[216] Mr. Kljajic readily concedes that he held the second or third ranking position in the RS MUP. He does not dispute that there were likely thousands of people below him in the RS MUP's hierarchy. However, as noted at paragraph 185 above, he maintains that he did not have any "real" functions and that those who appeared below him on the RS MUP's organizational chart reported directly to the Minister.

[217] In this latter regard, he referred to a chart prepared by Dr. Nielsen, which depicted the senior hierarchy of both the public security and the national security branches of the RS MUP, underneath the Minister (Exhibit 11, Annex IV, third diagram). There were no lines connecting Mr. Kljajic to his subordinates. Rather, the lines from his subordinates were linked directly to the Minister. However, Dr. Nielsen explained that when the chart was prepared, he used "the very simple hierarchical diagrams that are templates within the Powerpoint software. And were I doing such a diagram today, I would instead use another software known as 'Analyst's Notebook', where I would have been able to illustrate that ... the Minister is at the top but the two under secretaries are between him and the CSBs and SJBs" (the CSBs were regional security services centres, while the SJBs were more local stations) (transcript, Vol. 3, at page 44).

étant donné que sa contribution au dessein criminel du RS MUP comportait un élément d'insouciance considérable : *Ezokola*, précité, au paragraphe 68; *Hadhiri*, précitée, au paragraphe 36.

[215] À la lumière de ce qui précède, je suis d'avis qu'il convient d'accorder beaucoup de poids à ce facteur en faveur d'une conclusion selon laquelle il y a des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic était complice des crimes contre l'humanité qui ont été perpétrés par le RS MUP.

d) Poste et grade de M. Kljajic au sein du RS MUP

[216] M. Kljajic admet volontiers qu'il figurait parmi les deuxième ou troisième plus haut placés au sein du RS MUP. Il ne conteste pas qu'il y avait probablement des milliers de personnes qui se trouvaient plus bas que lui dans la hiérarchie du RS MUP. Cependant, tel qu'il a été souligné au paragraphe 185 ci-dessus, M. Kljajic maintient qu'il n'exerçait pas de fonctions « réelles » et que ceux qui se trouvaient à des échelons plus bas dans l'organigramme du RS MUP relevaient directement du ministre.

[217] Concernant ce dernier point, il s'est référé à un organigramme préparé par M. Nielsen qui illustre la hiérarchie des hauts dirigeants de la division de la sécurité publique et de celle de la sécurité nationale du RS MUP, sous le ministre (pièce 11, annexe IV, troisième diagramme). Il n'y avait aucun trait qui reliait M. Kljajic à ses subalternes. Plutôt, les lignes reliaient directement les subalternes au ministre. Toutefois, M. Nielsen a expliqué que, pour créer cet organigramme, il s'est servi de l'un des [TRADUCTION] « modèles de diagramme hiérarchique très simples accessibles à partir du logiciel PowerPoint. S'il me fallait créer un tel diagramme aujourd'hui, j'utiliserais plutôt un autre logiciel appelé Analyst's Notebook, grâce auquel j'aurais été en mesure d'illustrer que [...] le ministre se trouve tout en haut, mais les deux sous-secrétaires figurent entre lui et les CSB et les SJB » (les CSB étaient les centres de services de sécurité régionaux, tandis que les SJB étaient des stations plus locales) (transcription, vol. 3, à la page 44).

[218] In any event, the evidence discussed at paragraph 149 above and in the section immediately above provides reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic did in fact exercise the functions and responsibilities that one would reasonably expect would be associated with his high-ranking position in the RS MUP. Those functions and responsibilities included giving orders and instructions to his subordinates, receiving regular briefings from them, acting in the Minister's place when the latter was not present, liaising directly with senior SDS politicians, interacting with senior officials in Belgrade, and participating in meetings of the RS MUP's leadership.

[219] There is no evidence that Mr. Kljajic took any actions to prevent any of the crimes against humanity that were perpetrated by the RS MUP against people of non-Serb ethnicity, at anytime during his employment with that organization.

[220] Having regard to all of the foregoing, I consider that Mr. Kljajic's position and rank within the RS MUP merits a positive weighting in assessing whether he was complicit in the crimes against humanity that were perpetrated by that organization.

- (e) The length of time Mr. Kljajic was in the RS MUP, particularly after acquiring knowledge of its crimes or criminal purpose

[221] Mr. Kljajic maintains that he only occupied his position in the RS MUP for five months, i.e., from April 5, 1992, until September 9, 1992, when he resigned at a meeting of senior officials of that organization. He also denies having had any knowledge of the crimes against humanity that were perpetrated by the RS MUP during that period.

[222] With respect to his date of departure from the RS MUP, the minutes of the meeting at which he purportedly resigned do not make any mention of that fact. Mr. Njegus testified that he knew the author of those minutes and that they would have reflected what took place at the meeting (transcript, Vol. 7, at page 42). In any

[218] Quoi qu'il en soit, la preuve analysée au paragraphe 149 ci-dessus et dans la section immédiatement ci-dessus fournit des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic assumait véritablement les fonctions et les responsabilités auxquelles on pourrait raisonnablement s'attendre étant donné le poste de rang supérieur qu'il occupait au sein du RS MUP. Ces fonctions et responsabilités incluaient : donner des ordres et des instructions à ses subalternes; recevoir des comptes rendus périodiques de ses subalternes; agir au nom du ministre en l'absence de celui-ci; communiquer directement avec les hauts responsables politiques du SDS; interagir avec des hauts fonctionnaires à Belgrade; et assister aux réunions des dirigeants du RS MUP.

[219] Rien ne prouve que M. Kljajic ait tenté de quelque façon que ce soit de prévenir les crimes contre l'humanité qui étaient perpétrés par le RS MUP à l'encontre de population non serbe, et ce, à tout moment pendant la durée de son emploi au sein de cette organisation.

[220] Compte tenu de tout ce qui précède, je suis d'avis que le poste et le grade de M. Kljajic au sein du RS MUP méritent qu'un poids positif soit accordé à ce facteur dans l'évaluation de la question de savoir s'il était complice des crimes contre l'humanité qui ont été perpétrés par cette organisation.

- e) Durée de l'appartenance de M. Kljajic à l'organisation, surtout après qu'il eut pris connaissance de ses crimes ou de son dessein criminel

[221] M. Kljajic soutient qu'il a seulement occupé son poste au sein du RS MUP pendant cinq mois, soit du 5 avril 1992 au 9 septembre 1992, date à laquelle il a donné sa démission lors d'une réunion des hauts dirigeants de cette organisation. Il nie également avoir été au courant des crimes contre l'humanité qui avait été perpétrés par le RS MUP pendant cette période.

[222] En ce qui concerne la date à laquelle il a quitté le RS MUP, le procès-verbal de la réunion à laquelle il aurait prétendument donné sa démission ne fait aucunement mention de ce fait. Dans son témoignage, M. Njegus a affirmé qu'il connaissait la personne qui avait rédigé ce procès-verbal, et que ce dernier rendait

event, the evidence demonstrates that Mr. Kljajic replaced the Minister for the 50th Session of the Serb Republic Government held on September 10, 1992, that he replaced the Minister for much of another meeting on November 5, 1992, and that he received a letter on behalf of the Minister, dated December 3, 1992, approving his request to be transferred to the Yugoslavian Ministry of the Interior in Belgrade. In addition, internal RS MUP pay records indicate that he was paid each month until November 1992. Although the words “paid in Bijeljina” were struck out, a check mark was written beside the amount, seeming to indicate that he was in fact paid. I note also that there is a similar checkmark (but no words struck out), in the pay records for October 1992.

[223] In my view, the foregoing evidence provides objective, reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic continued to have at least some high-level involvement in the RS MUP until at least November 5, 1992, and perhaps even until he received the above-mentioned letter dated December 3, 1992. That said, I acknowledge other evidence suggests that Mr. Kljajic’s position may have been eliminated around the time of the meeting at which he claims to have resigned. In an interview with representatives of the Office of the Prosecutor of the ICTY, he stated that after August/September 1992, he was in Belgrade with his family, on stand-by waiting to be called to report for duty with the Yugoslavian Ministry of the Interior (Exhibit 378, at page 5).

[224] Turning to the timing of his knowledge of the RS MUP’s criminal purpose and the crimes against humanity that it perpetrated, the evidence discussed above, including at paragraphs 149, 177–178, 190–195 and 202–212, provides reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic had such knowledge from virtually the outset of Bosnian war.

[225] That evidence is reinforced by Mr. Kljajic’s observation, in his 2002 interview with representatives of the ICTY, that “[w]e never thought that a war could

fidèlement ce qui s’était produit lors de la réunion (transcription, vol. 7, à la page 42). En tout état de cause, la preuve démontre que : M. Kljajic a remplacé le ministre lors de la 50^e séance du gouvernement de la République serbe qui a eu lieu le 10 septembre 1992; il a remplacé le ministre pour la majeure partie d’une autre réunion tenue le 5 novembre 1992; et il a reçu une lettre au nom du ministre, datée du 3 décembre 1992, qui approuvait sa demande de mutation au ministère de l’Intérieur yougoslave à Belgrade. En outre, des dossiers de paie internes du RS MUP indiquent qu’il était rémunéré chaque mois jusqu’à novembre 1992. Bien que les mots [TRADUCTION] « payé à Bijeljina » aient été biffés, un crochet avait été inscrit vis-à-vis du montant, ce qui semble indiquer qu’il avait effectivement été rémunéré. Je souligne également qu’un crochet semblable (quoique sans mots biffés) figurait dans les dossiers de paie d’octobre 1992.

[223] À mon avis, la preuve qui précède fournit des motifs objectifs et raisonnables de croire que M. Kljajic a continué d’avoir une participation à tout le moins de haut niveau au sein du RS MUP, au moins jusqu’au 5 novembre 1992 et peut-être même jusqu’à ce qu’il ait reçu la lettre citée précédemment datée du 3 décembre 1992. Cela dit, je reconnais que d’autres éléments de preuve indiquent que le poste de M. Kljajic aurait peut-être été éliminé aux alentours de la date de la réunion au cours de laquelle il aurait prétendument donné sa démission. Lors d’une entrevue avec des représentants du bureau du procureur du TPIY, il a affirmé qu’après août/septembre 1992, il se trouvait à Belgrade avec sa famille, en attendant de se faire appeler au travail par le ministère de l’Intérieur yougoslave (pièce 378, à la page 5).

[224] En ce qui concerne le moment où il a pris connaissance du dessein criminel du RS MUP et des crimes contre l’humanité qu’il avait perpétrés, les éléments de preuve analysés précédemment, y compris aux paragraphes 149, 177, 178, 190 à 195 et 202 à 212, fournissent des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic avait une telle connaissance depuis pratiquement le début de la guerre de Bosnie.

[225] Cette preuve est étayée par l’observation formulée par M. Kljajic lors de son entrevue réalisée en 2002 avec les représentants du TPIY : [TRADUCTION] « [j]amais nous

happen without causing many victims and casualties ” (Exhibit 381, at page 5).

[226] Considering the foregoing, together with Mr. Kljajic’s acknowledgment of the fact that the RS MUP committed crimes against humanity during the time that he was its Under-Secretary, this factor merits positive weighting in assessing whether there are reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic was complicit in those crimes.

- (f) The method by which Mr. Kljajic was recruited and his opportunities to leave the RS MUP

[227] The evidence demonstrates that Mr. Kljajic voluntarily joined the RS MUP on April 5, 1992, after ignoring a communication that was sent by the (Muslim) head of the SRBiH MUP, requesting all personnel to continue performing the tasks entrusted to them by the latter organization. His enthusiasm for the RS MUP is perhaps best reflected in the fact that, at a meeting of the Serbs in the (SRBiH) MUP held in Banja Luka on February 11, 1992, he stated that he would resign from the SRBiH MUP if a new Serbian MUP was not established “within a week” (Nielsen Report, at paragraphs 44–46).

[228] Mr. Kljajic maintains that he remained with the RS MUP until September 9, 1992, because he was afraid of what would happen to him if he left the organization. However, it is by no means apparent when he began to harbour such fears, if at all.

[229] He claims to have feared Mr. Davidovic, who allegedly threatened him by stating that he knew where his (Mr. Kljajic’s) spouse and children lived in Belgrade. However, according to Mr. Kljajic, that exchange took place in July 1992, and arose because Mr. Davidovic was upset about Muslims being evicted from their homes. In other words, Mr. Davidovic was upset because of crimes

avons pensé qu’une guerre pourrait avoir lieu sans occasionner de nombreuses victimes et de nombreux décès » (pièce 381, à la page 5).

[226] Compte tenu de ce qui précède, conjointement avec la reconnaissance par M. Kljajic du fait que le RS MUP avait commis des crimes contre l’humanité au cours de la période pendant laquelle il occupait le poste de sous-secrétaire au sein de cette organisation, il convient d’accorder un poids positif à ce facteur pour déterminer s’il y a des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic était complice de ces crimes.

- f) Méthode par laquelle M. Kljajic a été recruté et occasions de quitter le RS MUP

[227] La preuve démontre que M. Kljajic s’est joint volontairement au RS MUP le 5 avril 1992, après avoir fait fi d’une communication qui avait été envoyée par le chef (musulman) du SRBiH MUP demandant à tous les membres du personnel de continuer de s’acquitter des tâches qui leur avaient été confiées par le SRBiH MUP. Le meilleur indicateur de l’enthousiasme de M. Kljajic pour le RS MUP est peut-être le fait que, lors d’une réunion des Serbes du MUP (SRBiH) qui avait eu lieu à Banja Luka le 11 février 1992, il a affirmé qu’il entendait démissionner du SRBiH MUP si un nouveau MUP serbe n’était pas mis sur pied [TRADUCTION] « d’ici une semaine » (rapport de M. Nielsen, aux paragraphes 44 à 46).

[228] M. Kljajic soutient qu’il n’a pas quitté le RS MUP avant le 9 septembre 1992, car il craignait les répercussions qu’il subirait s’il quittait l’organisation. Cependant, il n’est pas possible d’établir avec certitude le moment où il a commencé à ressentir ces craintes, à supposer qu’il les ait même ressenties en premier lieu.

[229] Il allègue qu’il avait peur de M. Davidovic, qui aurait prétendument proféré des menaces à son endroit en proclamant qu’il savait où habitaient son épouse et ses enfants à Belgrade. Toutefois, selon M. Kljajic, cet échange a eu lieu en juillet 1992 et découlait du fait que M. Davidovic était contrarié par l’expulsion des musulmans de leurs maisons. En d’autres mots, M. Davidovic était contrarié par

being committed against Muslims, not because he was having difficulty persuading Mr. Kljajic to commit such crimes: *Ryan*, above, at paragraphs 2, 20 and 29–30. Moreover, given that this alleged threat was made in July 1992, this is not evidence that Mr. Kljajic remained in the RS MUP involuntarily during the first three months of the war, when that organization committed crimes against humanity on a widespread basis.

[230] Mr. Kljajic also claims to have been afraid of being “intercepted”, like Mr. Vitomir Zepinic. However, Mr. Zepinic was reportedly apprehended in September 1992, again, many months after the RS MUP began to commit crimes against humanity.

[231] In addition, Mr. Kljajic claims to have been afraid of members of the Yellow Wasps whom he had helped to successfully prosecute. In this regard, he testified that Mr. Zugic had been killed by the Yellow Wasps. However, his counsel later conceded that Mr. Zugic was reported to have been assassinated in the year 2000, and that the Yellow Wasps in question were not released from prison until sometime during the summer of 1992. Moreover, they only made their alleged threats in July 1992.

[232] Mr. Kljajic also claims that he was afraid of the consequences of disobeying the Minister’s orders, as well as being treated as a “deserter” if he left the RS MUP.

[233] However, he did not state when he began to have reservations about the Minister’s orders or when he began to lose his enthusiasm for that organization, after having urged that it be established and then voluntarily joining it at the very outset.

[234] I will pause to note that Mr. Kljajic’s claim of being afraid of the consequences of disobeying the Minister’s orders are inconsistent with his claim that he did not have any real or practical power or authority. If in fact he obeyed orders, and communicated them down the chain of command, then he did in fact have real, practical, power and authority.

le fait que des crimes *étaient commis* contre les musulmans, et non parce qu’il avait de la difficulté à persuader M. Kljajic de commettre de tels crimes : *Ryan*, précité, aux paragraphes 2, 20, 29 et 30. En outre, étant donné que cette présumée menace aurait été proférée en juillet 1992, cela ne prouve aucunement que M. Kljajic est demeuré involontairement au sein du RS MUP au cours des trois premiers mois de la guerre, moment où cette organisation a perpétré des crimes contre l’humanité à grande échelle.

[230] M. Kljajic allègue également qu’il avait peur d’être « intercepté », comme ce fut le cas pour M. Vitomir Zepinic. Cependant, M. Zepinic aurait apparemment été arrêté en septembre 1992, encore là, plusieurs mois après que le RS MUP avait commencé à perpétrer des crimes contre l’humanité.

[231] De plus, M. Kljajic prétend qu’il avait peur de certains membres des guêpes jaunes, qui, avec son aide, avaient fait l’objet de poursuites. À cet égard, il a témoigné que M. Zugic avait été assassiné par les guêpes jaunes. Cependant, ses avocates ont par la suite admis que M. Zugic aurait été assassiné au cours de l’année 2000, et que les membres des guêpes jaunes en question n’étaient pas sortis de prison avant un certain temps au cours de l’été 1992. De plus, ils auraient uniquement proféré leurs présumées menaces en juillet 1992.

[232] M. Kljajic a également allégué qu’il avait peur des conséquences qu’il risquait de subir en désobéissant aux ordres du ministre, et qu’il craignait d’être traité comme un « déserteur » s’il quittait le RS MUP.

[233] Il n’a toutefois pas indiqué le moment où il a commencé à avoir certaines réserves au sujet des ordres du ministre ou quand il avait commencé à perdre son enthousiasme envers cette organisation, lui qui avait ardemment souhaité sa mise sur pied et qui avait volontairement décidé d’en faire partie à ses tout débuts.

[234] Je prends un moment pour souligner que la prétention de M. Kljajic selon laquelle il craignait les conséquences qu’il risquait de subir en désobéissant aux ordres du ministre est incompatible avec sa prétention selon laquelle il ne jouissait d’aucun pouvoir ni d’aucune autorité, réel ou concret, au sein de cette organisation. S’il a effectivement obéi aux ordres, et communiqué ces

[235] In any event, Mr. Kljajic testified that the consequences of disobeying the Minister's orders would likely have consisted in his transfer to the army, likely on the front lines. However, this does not justify remaining with the RS MUP while it was committing crimes against humanity, including beatings, detention in atrocious conditions and murder of non-Serbs. This is because being transferred to the army is not as severe as those crimes: See authorities cited at paragraphs 167–168 above.

[236] Mr. Kljajic also stated that a second “possible” consequence of leaving the RS MUP would have been that he would have been treated as a “deserter”, and imprisoned for up to 15 years. However, he did not provide any evidence of such punishment having been imposed on anyone.

[237] Indeed, Mr. Kijac testified that Mr. Zepinic went to the army, where he was [TRANSLATION] “mobilised like anyone else” (transcript, Vol. 8, at pages 32–33). Eventually, he emigrated to Australia (transcript, Vol. 5, at page 59).

[238] Other evidence indicates that many others left the RS MUP, with no apparent adverse consequence: Exhibit 118, at page 13.

[239] When Mr. Kijac was asked in direct examination what would have happened to someone in 1992 who did not report to work for five days, he simply replied that the person would have been fired (transcript, Vol. 8, at page 30). When questioned about the punishment for being found to have been a deserter, he stated that he didn't recall, but he thought that a sentence of twenty years might be imposed. He explained that he didn't think that capital punishment was a possibility.

ordres vers les échelons inférieurs de la chaîne de commandement, il a donc joui d'un pouvoir ou d'une autorité, réel et concret.

[235] Quoi qu'il en soit, M. Kljajic a témoigné que les conséquences de désobéir aux ordres du ministre auraient probablement été son transfert dans l'armée, probablement aux lignes de front. Cependant, cela ne justifie pas le fait qu'il soit demeuré au sein du RS MUP pendant que celui-ci perpétrait des crimes contre l'humanité, lesquels comprenaient des sévices corporels, des détentions dans des conditions atroces et le meurtre de non-Serbes. Il en est ainsi parce que le transfert à l'armée n'est pas une conséquence aussi grave que ces crimes : voir la jurisprudence citée aux paragraphes 167 et 168 ci-dessus.

[236] M. Kljajic a également affirmé qu'une autre conséquence « possible » associée à sa démission du RS MUP aurait été le fait qu'il serait considéré comme un « déserteur », et l'infliction d'une peine d'emprisonnement maximale de 15 ans. Cependant, il n'a pas fourni de preuve ayant permis d'établir qu'un tel châtiement avait été imposé à qui que ce soit.

[237] En effet, dans son témoignage, M. Kijac a indiqué que M. Zepinic « est allé à l'armée, qui l'a mobilisé comme toute autre personne » (transcription, vol. 8, aux pages 32 et 33). Il a ultimement émigré en Australie (transcription, vol. 5, à la page 59).

[238] D'autres éléments de preuve indiquent que plusieurs autres personnes ont quitté le RS MUP, sans conséquences défavorables apparentes : pièce 118, à la page 13.

[239] Lors de l'interrogatoire principal, lorsqu'on lui a demandé ce qu'il serait advenu de quelqu'un qui ne se serait pas présenté au travail pendant cinq jours en 1992, M. Kijac a simplement répondu que cette personne aurait été congédiée (transcription, vol. 8, à la page 30). Lorsqu'il a été interrogé à propos de la peine qui serait infligée à quelqu'un accusé d'être un déserteur, il a affirmé qu'il ne s'en souvenait pas, mais qu'il croyait qu'il s'agissait peut-être d'une peine d'emprisonnement de 20 ans. Il a expliqué qu'il ne croyait pas que la peine de mort fut une possibilité.

[240] Whatever Mr. Kljajic's concerns may have been regarding the consequences that might be associated with leaving the RS MUP, they did not prevent him from attempting to resign at a high-level meeting on September 9, 1992. In his testimony, he explained that he resigned during that meeting after being provoked and getting upset (transcript, Vol. 4, at page 118). Later, he explained that the meeting was the final straw for him, and that he decided to thank the Minister and say that he could no longer work in the conditions in which he found himself (transcript, Vol. 5, at page 6). This was broadly corroborated by Mr. Njegus, who was in attendance at that meeting. Mr. Njegus testified that Mr. Kljajic was frustrated with the lack of support he was receiving from the Minister and others, to the point that he became very upset, lost his self-control, and quit during the meeting (transcript, Vol. 7, at page 17). Later, in cross-examination, Mr. Njegus explained that Mr. Kljajic had "had enough at this meeting, because he was not in a position to protect Mr. Andan and this is why he decided to leave" (transcript, Vol. 7, at page 49). The minutes of that meeting provide some corroboration for this version of events, as they reflect that a decision was taken to temporarily suspend Mr. Andan at that meeting (Exhibit 127, at page 11). However, as noted at paragraph 222 above, those minutes do not mention that Mr. Kljajic resigned or attempted to resign at the meeting.

[241] During final oral submissions, Mr. Kljajic's counsel gave somewhat different explanations for his resignation. Initially, she stated that Mr. Kljajic had resigned because of his [TRANSLATION] "powerlessness in the face of the endless war", the general disregard for the RS MUP's rules, and the recruitment of unqualified people. She explained that he was forced to resign to escape this "imbroglio" (transcript, Vol. 10, at page 73). However, she later submitted that Mr. Kljajic resigned because [TRANSLATION] "he had completed his mission" of protecting the police academy and disarming the paramilitary groups (transcript, Vol. 10, at page 77).

[240] Peu importe les inquiétudes que M. Kljajic nourrissait à l'égard des conséquences potentiellement associées au fait de quitter le RS MUP, elles ne l'ont pas empêché de tenter de donner sa démission lors d'une réunion de haut niveau, le 9 septembre 1992. Dans son témoignage, il a expliqué qu'il avait démissionné pendant cette réunion, après avoir été provoqué et énervé (transcription, vol. 4, à la page 118). Plus tard, il a expliqué que la réunion avait été la goutte qui avait dépassé le verre, et qu'il avait décidé de remercier le ministre et de lui dire qu'il ne pouvait plus continuer à travailler sous ces conditions-là (transcription, vol. 5, à la page 6). Ces dires ont essentiellement été corroborés par M. Njegus, qui était présent à cette réunion. M. Njegus a témoigné que M. Kljajic était frustré par le manque de soutien qu'il recevait du ministre et des autres membres, à un point tel qu'il s'est fâché, a perdu maîtrise de lui-même et a quitté la réunion (transcription, vol. 7, à la page 17). Plus tard, lors du contre-interrogatoire, M. Njegus a expliqué que M. Kljajic [TRADUCTION] « en avait eu assez pendant cette réunion; il n'était pas en mesure de protéger M. Andan, et c'est pourquoi il a décidé de démissionner » (transcription, vol. 7, à la page 49). Le procès-verbal de cette réunion permet de corroborer dans une certaine mesure cette version des faits, puisqu'il indique qu'une décision avait été prise de suspendre temporairement M. Andan lors de cette réunion (pièce 127, à la page 11). Cependant, tel qu'il a été souligné au paragraphe 222 ci-dessus, ce procès-verbal n'indique pas si M. Kljajic a démissionné ou a tenté de donner sa démission pendant la réunion.

[241] Pendant les plaidoiries finales, l'avocate de M. Kljajic a donné des explications plus ou moins différentes concernant sa démission. Initialement, elle a affirmé que M. Kljajic avait démissionné en raison de son « impuissance face à la guerre qui s'éternisait », du non-respect général des règles du RS MUP et du recrutement de personnes non qualifiées. Elle a expliqué qu'il avait été contraint de démissionner pour échapper à cet « imbroglio » (transcription, vol. 10, à la page 73). Toutefois, elle a par la suite prétendu que M. Kljajic avait démissionné parce qu'il « avait accompli sa mission », soit de protéger l'école de police et de désarmer les groupes paramilitaires (transcription, vol. 10, à la page 77).

[242] I accept Mr. Kljajic's evidence, corroborated by Mr. Njegus, that he became upset at the meeting on September 9, 1992. I also accept that this was because he was unable to protect Mr. Andan. In addition, I accept that he was by that time becoming generally unhappy, for the reasons stated in the two paragraphs immediately above. This is corroborated by the fact that he ultimately left the RS MUP later that Fall, likely after receiving approval of his request "to start work on the territory of SR Yugoslavia for the Ministry of Internal Affairs from 01 January 1993", on December 3, 1992 (Exhibit 128). I consider it reasonable to infer from the foregoing that he likely communicated his request for a transfer to Belgrade sometime between the meeting on September 9, 1992, and the receipt of the approval of that request.

[243] However, the various reasons that Mr. Kljajic, his counsel and Mr. Andan have given for his decision to leave the RS MUP seriously undermine the credibility of his position that he was unable to leave that organization because he was afraid of being transferred to the army or being punished for being a deserter.

[244] In contrast to the mental state contemplated by the jurisprudence regarding duress, the evidence as to Mr. Kljajic's state of mind in the lead-up to his departure from the RS MUP does not reflect even the slightest air of coercion or moral involuntariness: *Ryan*, above, at paragraphs 54 and 70; *Ezokola*, at paragraphs 86 and 99–100. Indeed, that evidence does not suggest any tension whatsoever between a fear for his personal safety (or the safety of family members) and continuing to be complicit in heinous crimes. There is nothing at all to suggest that Mr. Kljajic was concerned, let alone reasonably concerned, about any of those matters: *Ryan*, above, at paragraph 73. There is also nothing at all to suggest that he was acting under any type of coercion, let alone that which rises to the level of establishing moral involuntariness: *Ryan*, above, at paragraphs 54 and 70.

[242] Je retiens la preuve présentée par M. Kljajic et ayant été corroborée par M. Njegus que M. Kljajic s'est fâché lors de la réunion qui a eu lieu le 9 septembre 1992. Je conviens également que sa contrariété découlait du fait qu'il n'était pas en mesure de protéger M. Andan. En outre, je conviens qu'à ce moment-là, il ressentait une insatisfaction générale, pour les motifs énoncés dans les deux paragraphes qui précèdent. Cela est corroboré par le fait qu'il a ultimement quitté le RS MUP plus tard cet automne-là, probablement après avoir reçu l'approbation de sa demande, le 3 décembre 1992, en vue de [TRADUCTION] « commencer à travailler sur le territoire de la République socialiste de Yougoslavie pour le ministère de l'Intérieur à compter du 1^{er} janvier 1993 » (pièce 128). À mon avis, il est raisonnable de supposer, compte tenu de ce qui précède, qu'il a probablement transmis sa demande de transfert à Belgrade à un moment entre la réunion du 9 septembre 1992 et la date à laquelle il a appris que cette demande était approuvée.

[243] Cependant les diverses raisons que M. Kljajic, ses avocates et M. Andan ont données pour expliquer sa décision de quitter le RS MUP ébranlent considérablement la crédibilité de sa position selon laquelle il n'aurait pas été en mesure de quitter cette organisation parce qu'il craignait d'être transféré dans l'armée ou d'être puni en tant que déserteur.

[244] Contrairement à l'état mental envisagé par la jurisprudence concernant la contrainte, la preuve concernant l'état mental de M. Kljajic avant son départ du RS MUP ne reflète pas la moindre impression de coercition ou de caractère involontaire au sens moral : *Ryan*, précité, aux paragraphes 54 et 70; *Ezokola*, précité, aux paragraphes 86, 99 et 100. En effet, cette preuve n'indique aucun conflit entre sa crainte pour sa sécurité personnelle (ou celle des membres de sa famille) et sa complicité continue dans la perpétration de crimes odieux. Rien ne porte à croire que M. Kljajic était préoccupé, encore moins raisonnablement préoccupé, par l'un ou l'autre de ces aspects : *Ryan*, précité, au paragraphe 73. De plus, rien ne porte à croire qu'il était assujéti à un type quelconque de contrainte, encore moins une contrainte pouvant atteindre le niveau nécessaire pour établir le caractère involontaire au sens moral : *Ryan*, précité, aux paragraphes 54 et 70.

[245] In fact, the intercept of Mr. Kljajic's conversation with Mr. Zupljanin reflects that Mr. Kljajic considered people who did not wish to assist the RS MUP's activities in Sarajevo to be "traitors" (Exhibit 118, at pages 8 and 13). In that intercept, he specifically instructed Mr. Zupljanin to convey an order on behalf of the Minister and himself (Mr. Kljajic) that the reluctant individuals had to report to duty in Sarajevo "within 24 hours". Later in that conversation, Mr. Kljajic declined an invitation to go fishing, because he did not "want to be a pussy", by avoiding the call of duty (Exhibit 118, at page 13).

[246] In addition to the absence of any persuasive testimony or other evidence to support Mr. Kljajic's claim of duress, there is no evidence that he was threatened or coerced by anyone, in any way, any time prior to July 1992, or that he contemplated leaving the RS MUP any time before September 9th of that year: *Rogan*, above, at paragraph 414. In the meantime, the RS MUP was perpetrating heinous crimes against humanity, dating back to April 1992.

[247] The evidence discussed above establishes that Mr. Kljajic likely decided to leave the RS MUP during or soon after the meeting on September 9, 1992, because he was unhappy about various things, none of which concerned the plight of the victims of the crimes against humanity that were being perpetrated by the RS MUP. That evidence also establishes that he ultimately did in fact leave that organization later that Fall, likely after he received the approval of his request to be transferred to the Yugoslavian Ministry of the Interior in Belgrade.

[248] I note in passing that Mr. Kljajic's decision to resign from the RS MUP, after becoming upset at a meeting, was consistent with his prior *modus operandi* (in February of 1992) when he stated that he would resign from the SRBiH MUP if a new Bosnian MUP were not established "within seven days".

[249] Mr. Kljajic's claims of fear at the hands of Minister Stanisic are belied by the fact that, according to

[245] En fait, la conversation interceptée entre M. Kljajic et M. Zupljanin montre que M. Kljajic considérait comme des [TRADUCTION] « traîtres » ceux qui ne souhaitaient pas contribuer à l'exécution des activités du RS MUP à Sarajevo (pièce 118, aux pages 8 et 13). Dans cette conversation interceptée, il a expressément demandé à M. Zupljanin de transmettre un ordre au nom du ministre et de lui-même (M. Kljajic) selon lequel les récalcitrants seraient tenus de se présenter à Sarajevo [TRADUCTION] « dans les prochaines 24 heures ». Plus tard au cours de cette conversation, M. Kljajic a décliné une invitation à une partie de pêche parce qu'il ne voulait pas être [TRADUCTION] « perçu comme une poule mouillée » qui manquait à son devoir (pièce 118, à la page 13).

[246] Outre l'absence de tout témoignage convaincant ou de tout autre élément de preuve venant étayer l'argument de contrainte avancé par M. Kljajic, rien ne prouve que celui-ci eût été menacé ou contraint par qui que ce soit et de quelque façon que ce soit avant juillet 1992, ni qu'il avait envisagé de quitter le RS MUP avant le 9 septembre de cette année-là : *Rogan*, précitée, au paragraphe 414. Entre-temps, le RS MUP perpétrait des crimes contre l'humanité odieux, et ce, depuis avril 1992.

[247] La preuve analysée ci-dessus démontre que M. Kljajic a probablement décidé de quitter le RS MUP pendant la réunion du 9 septembre 1992 ou peu de temps après celle-ci parce qu'il était insatisfait à plusieurs égards; le sort des victimes des crimes contre l'humanité qui était perpétrés par le RS MUP ne faisait toutefois pas partie de ses préoccupations. La preuve démontre également qu'il a effectivement fini par quitter cette organisation un peu plus tard cet automne-là, probablement après avoir reçu l'approbation de sa demande de transfert au ministère de l'Intérieur yougoslave, à Belgrade.

[248] Je souligne en passant que la décision de M. Kljajic de démissionner du RS MUP, après s'être fâché lors d'une réunion, cadrait avec son *modus operandi* antérieur (en février 1992), lorsqu'il a indiqué qu'il entendait démissionner du SRBiH MUP à moins qu'un nouveau MUP serbe soit mis en place [TRADUCTION] « dans les sept jours ».

[249] Les allégations de M. Kljajic selon lesquelles il aurait craint le ministre Stanisic sont contredites par le

his own testimony, he did not in fact report to work for the Yugoslavia MUP, as authorized in the approval that he received on December 3, 1992. Instead, he states that he became a lawyer soon after his arrival in Belgrade. He did not claim to have been concerned about any adverse consequences from having done so, instead of reporting to work as contemplated by the authorization that he was given. Nor did he allege that he or any of the members of his family in fact suffered any such consequences, either after he arrived in Belgrade, or beforehand while he was still in Bosnia, after he claims to have resigned from the RS MUP.

[250] Likewise, he was evidently not concerned about being apprehended or suffering adverse consequences, either at the hands of the Minister or others (including the Yellow Wasps), when he returned to Bijeljina at least three times for personal reasons between January 1993 and when he departed for Canada (transcript, Vol. 5, at pages 41–42 and 63). There is no evidence that he in fact encountered any problems on any of those occasions.

[251] Similarly, he drove from Bijeljina to Belgrade on multiple occasions in mid-1992, after he moved to Bijeljina (transcript, Vol. 5, at page 63). He evidently was not so concerned about his personal safety back in Bijeljina as to take the opportunity to avail himself of those opportunities to stay in Belgrade, and thereby escape the situation in the RS: *Ryan*, at paragraph 65; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 947, [2019] 1 F.C.R. 652, at paragraph 184; *Rogan*, above, at paragraph 415; *Equizabal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 514, [1994] F.C.J. No. 897 (QL) (C.A.), at paragraph 16. This is despite his awareness of the fact that approximately fifteen thousand Muslims had sought refuge on that side of the border between the RS and Serbia, which suggested that there was a widespread perception that it was safe there, or at least safer than in the RS (Exhibit 121, at page 6).

[252] Based on all of evidence discussed above, I find that Mr. Kljajic has not established, on a balance of probabilities, that he acted under duress, as that concept

fait que, d'après son propre témoignage, il ne s'est effectivement pas présenté au travail pour le MUP de la Yougoslavie, comme il avait été autorisé à faire selon l'approbation qu'il avait reçue le 3 décembre 1992. Il affirme plutôt être devenu avocat peu de temps après son arrivée à Belgrade. Il n'a pas prétendu avoir été préoccupé par les éventuelles représailles qu'il aurait pu subir en raison du choix qu'il avait fait, au lieu de se présenter au travail conformément à l'autorisation qu'on lui avait accordée. Il n'a pas non plus allégué que lui ou l'un des membres de sa famille avait subi de telles conséquences, que ce soit après son arrivée à Belgrade ou avant celle-ci alors qu'il se trouvait toujours en Bosnie, après sa prétendue démission du RS MUP.

[250] De même, il est clair qu'il n'était pas préoccupé par la possibilité d'être arrêté ou de subir des conséquences défavorables, que ce soit aux mains du ministre ou d'autres personnes (y compris les guêpes jaunes), lorsqu'il est retourné à Bijeljina au moins trois fois pour des raisons personnelles entre janvier 1993 et le moment de son départ au Canada (transcription, vol. 5, aux pages 41, 42 et 63). Rien ne prouve qu'il ait effectivement éprouvé des problèmes à l'une ou l'autre de ces occasions.

[251] De même, il a conduit de Bijeljina à Belgrade à maintes occasions au milieu de l'année 1992, après avoir déménagé à Bijeljina (transcription, vol. 5, à la page 63). Il est clair qu'il ne semblait pas préoccupé outre mesure par sa sécurité personnelle à Bijeljina, du moins, pas au point de saisir l'occasion de rester à Belgrade pour échapper à la situation qui régnait au sein de la RS : *Ryan*, précité, au paragraphe 65; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 947, [2019] 1 R.C.F. 652, au paragraphe 184; *Rogan*, précitée, au paragraphe 415; *Equizabal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 514, [1994] A.C.F. n° 897 (QL) (C.A.), au paragraphe 16. Il a procédé ainsi en sachant qu'environ 15 000 musulmans avaient cherché refuge de ce côté de la frontière entre la RS et la Serbie, ce qui semblait indiquer une perception générale selon laquelle cet endroit était sécuritaire, du moins plus sécuritaire que dans la RS (pièce 121, à la page 6).

[252] À la lumière de tous les éléments de preuve analysés ci-dessus, j'estime que M. Kljajic n'a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'il avait agi sous la

is understood in the jurisprudence: see paragraphs 167–168 above. He has not established that his complicity in the crimes against humanity that were perpetrated by the RS MUP were morally “involuntary”.

[253] In brief, Mr. Kljajic has not established on a balance of probabilities that he or any member of his family was subjected to any explicit or implicit threat of death or bodily harm made *for the purpose of compelling him to commit crimes against humanity*. He has also not established that he reasonably believed that any such threat would be carried out. Nor has he demonstrated that there was no safe avenue of escape, especially when he travelled across the Serbian border, like thousands of Muslims did to escape the crimes that were being perpetrated upon them. Moreover, he has not established that there is any proportionality between the crimes that he was complicit in perpetrating and the possibility that he may have been sent to the front lines or imprisoned for “deserting” or for not following orders. Finally, I am satisfied that, at the time he voluntarily joined the RS MUP, he ought to have known that he would be exposed to the very risk of compulsion to obey orders and to remain with the organization, that he now relies upon in asserting this defence: *Ryan*, above, at paragraphs 55, 75 and 80.

[254] Considering that Mr. Kljajic has not established that he acted under duress when he made a significant, knowing and voluntary contribution to the RS MUP’s crimes, and considering that he voluntarily (and, indeed, enthusiastically) joined the RS MUP, I find that this sixth assessment factor (“the method by which the individual was recruited and their opportunity to leave the organization”) merits a positive weighting in assessing whether Mr. Kljajic was complicit in the crimes against humanity perpetrated by the RS MUP.

(3) Conclusion

[255] For the reasons set forth above, I have given a neutral weighting to the first of the six factors to be

contrainte, au sens où ce concept est interprété dans la jurisprudence : voir les paragraphes 167 et 168 ci-dessus. Il n’a pas établi que sa complicité à l’égard des crimes contre l’humanité qui ont été perpétrés par le RS MUP était moralement « involontaire ».

[253] En somme, M. Kljajic n’a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que lui ou l’un des membres de sa famille avaient fait l’objet de menaces de mort ou de lésions corporelles, explicites ou implicites *dans le but de le contraindre à commettre des crimes contre l’humanité*. Il n’a pas non plus établi qu’il avait des motifs raisonnables de croire qu’on donnerait suite à de telles menaces. En outre, il n’a pas démontré qu’il n’y avait aucun moyen de s’en sortir sans danger, particulièrement lorsqu’il a traversé la frontière serbe à l’instar des milliers de musulmans qui ont fui pour échapper aux crimes qui étaient perpétrés à leur endroit. De plus, il n’a pas établi qu’il y avait une quelconque proportionnalité entre les crimes perpétrés dont il était complice et le risque d’être envoyé aux lignes de front ou encore d’être emprisonné pour avoir [TRADUCTION] « déserté » ou pour avoir désobéi aux ordres. Enfin, je conclus que, au moment où il s’est joint volontairement au RS MUP, il devait certainement savoir qu’il serait exposé au risque d’être contraint d’obéir aux ordres et de demeurer au sein de l’organisation, deux points sur lesquels il se fonde maintenant pour invoquer cette défense : *Ryan*, précité, aux paragraphes 55, 75 et 80.

[254] Étant donné que M. Kljajic n’a pas démontré qu’il a agi sous la contrainte lorsqu’il a fait une contribution significative, consciente et volontaire aux crimes du RS MUP, et compte tenu du fait qu’il s’est joint volontairement (et avec enthousiasme) au RS MUP, je conclus qu’il convient d’accorder un poids positif à ce sixième facteur d’évaluation (« le mode de recrutement de la personne et la possibilité qu’elle a eue ou non de quitter l’organisation ») pour déterminer si M. Kljajic était ou non complice des crimes contre l’humanité qui ont été perpétrés par le RS MUP.

3) Conclusion

[255] Pour les motifs exposés ci-dessus, j’ai accordé un poids neutre au premier des six facteurs à prendre

considered in the assessment of whether Mr. Kljajic was complicit in the RS MUP's crimes against humanity, and I have given a positive weighting to the five other factors. With this in mind, and considering the evidence as a whole, I conclude that there are reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic was complicit in those crimes.

[256] I will therefore grant the declaration that the plaintiffs have sought in this proceeding, in respect of paragraph 35(1)(a) of the IRPA.

[257] Mr. Kljajic submits that this Court should infer from the fact that he has never been prosecuted at the ICTY, despite having been interviewed over the course of several days by representatives of the Office of the Prosecutor there, that he was not complicit in the crimes against humanity that were perpetrated by the RS MUP. However, in contrast to the evidence required to secure a conviction on the criminal standard (beyond a reasonable doubt), the evidence required to support an affirmative finding under paragraph 35(1)(a) is simply that which provides reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic was complicit in those crimes. Therefore, the fact that he has never been prosecuted at the ICTY does not imply that there are no reasonable grounds to believe that he was complicit in the crimes against humanity that were perpetrated by the RS MUP while he was its Under-Secretary, between April 1992 and the Fall of that year.

[258] I recognize that Mr. Kljajic unsuccessfully attempted to persuade the Minister and others to extract the RS MUP from "combat" activities over the course of the summer of 1992, so that they could focus on their "policing" duties. Dr. Nielsen considers this to be additional evidence that Mr. Kljajic was involved in high-level strategic decisions. In any event, a person does not have to agree with all of the ways in which a government ministry effected its crimes against humanity. To find that the person was complicit in such crimes, it will suffice that the person made a voluntary, significant and knowing contribution to the commission of those crimes, or to the criminal purpose of the government or ministry in question: *Ezokola*, above, at paragraphs 8, 87 and 89.

en compte pour déterminer si M. Kljajic était complice des crimes contre l'humanité perpétrés par le RS MUP, et j'ai accordé un poids positif aux cinq autres facteurs. Dans cette optique, et compte tenu de l'ensemble de la preuve, je conclus qu'il y a des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic était complice de ces crimes.

[256] J'entends donc accorder le jugement déclaratoire sollicité par les demandeurs dans la présente instance, conformément à l'alinéa 35(1)a) de la LIPR.

[257] M. Kljajic prétend que notre Cour devrait déduire du fait qu'il n'a jamais été poursuivi en justice devant le TPIY — en dépit du fait qu'il ait été interrogé sur une période de plusieurs jours par des représentants du bureau du procureur du TPIY — qu'il n'était pas complice des crimes contre l'humanité qui ont été perpétrés par le RS MUP. Cependant, contrairement à la preuve nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité selon la norme de preuve criminelle (hors de tout doute raisonnable), la preuve nécessaire pour appuyer une conclusion affirmative aux termes de l'alinéa 35(1)a) est simplement une preuve qui fournit des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic était complice de ces crimes. Par conséquent, le fait qu'il n'ait jamais été poursuivi en justice devant le TPIY ne sous-entend pas qu'il n'y a aucun motif raisonnable de croire qu'il était complice des crimes contre l'humanité qui ont été perpétrés par le RS MUP pendant qu'il occupait le poste de sous-secrétaire au sein de cette organisation, entre avril 1992 et l'automne de la même année.

[258] Je reconnais que M. Kljajic a tenté en vain de persuader le ministre et les autres membres de faire en sorte que le RS MUP délaisse ses activités de [TRADUCTION] « combat » pendant l'été 1992 pour se concentrer sur les fonctions relatives au [TRADUCTION] « maintien de l'ordre ». M. Nielsen est d'avis qu'il s'agit là d'une preuve supplémentaire du fait que M. Kljajic avait son mot à dire dans les décisions stratégiques de haut niveau. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire qu'une personne soit d'accord avec tous les moyens par lesquels un ministère a commis ses crimes contre l'humanité. Pour déterminer qu'une personne était complice de tels crimes, il suffit qu'elle ait volontairement et consciemment contribué de manière significative à la perpétration de ces crimes par

un gouvernement ou un ministère ou à la réalisation du dessein criminel de celui-ci : *Ezokola*, précité, aux paragraphes 8, 87 et 89.

IX. Conclusions

[259] For the reasons set forth in Part VIII.A. above, I have concluded that Mr. Kljajic became a permanent resident of Canada by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances with respect to a fact described in section 35 of the IRPA. I have also concluded that, because of having acquired his permanent resident status, Mr. Kljajic subsequently obtained citizenship in Canada.

[260] Therefore, pursuant to s. 10.2 of the *Citizenship Act*, Mr. Kljajic is presumed to have obtained his citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances with respect to a fact described in section 35 of the IRPA.

[261] For the reasons set forth in Part VIII.B above, I have concluded that Mr. Kljajic is inadmissible to Canada pursuant to paragraph 35(1)(b) of the IRPA. In brief, there are reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic was a prescribed senior official of a government, namely the RS government, that engaged in crimes against humanity within the meaning of subsections 6(3)–6(5) of the CAHWCA.

[262] For the reasons set forth in Part VIII.C above, I have concluded that Mr. Kljajic is inadmissible to Canada pursuant to paragraph 35(1)(a) of the IRPA. In brief, there are reasonable grounds to believe that Mr. Kljajic was complicit in crimes against humanity, as contemplated by section 6 of the CAHWCA, that were perpetrated by the RS MUP against non-Serb civilians.

[263] Given the foregoing, I will issue the declarations sought by the plaintiffs, with certain modifications.

IX. Conclusions

[259] Pour les motifs énoncés à la partie VIII.A. ci-dessus, je suis arrivé à la conclusion que M. Kljajic est devenu résident permanent du Canada par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels concernant un fait visé à l'article 35 de la LIPR. J'ai également conclu que, parce qu'il avait le statut de résident permanent, M. Kljajic a ensuite obtenu la citoyenneté canadienne.

[260] Par conséquent, aux termes de l'article 10.2 de la *Loi sur la citoyenneté*, il est présumé que M. Kljajic a obtenu sa citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels concernant un fait visé à l'article 35 de la LIPR.

[261] Pour les motifs énoncés à la partie VIII.B ci-dessus, j'ai conclu que M. Kljajic est interdit de territoire au Canada au titre de l'alinéa 35(1)b) de la LIPR. En bref, il y a des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic occupait un poste de rang supérieur au sein d'un gouvernement, à savoir le gouvernement de la RS, qui a commis des crimes contre l'humanité au sens des paragraphes 6(3) à 6(5) de la LCHCG.

[262] Pour les motifs énoncés à la Part VIII.C ci-dessus, j'ai conclu que M. Kljajic est interdit de territoire au Canada au titre de l'alinéa 35(1)a) de la LIPR. En résumé, il y a des motifs raisonnables de croire que M. Kljajic était complice de crimes contre l'humanité, comme le prévoit l'article 6 de la LCHCG, qui ont été perpétrés par le RS MUP à l'encontre de civils non serbes.

[263] Vu ce qui précède, je vais rendre les jugements déclaratoires sollicités par les demandeurs, mais avec certaines modifications.

X. Question for certification

[264] At the end of this proceeding, the parties agreed that the resolution of the three principal issues raised in this proceeding turns largely on the facts, and that therefore no serious question of general importance for certification arises from those facts and issues. I agree. Accordingly, no question will be certified pursuant to section 10.7 of the *Citizenship Act*.

[265] I will simply add in passing that the plaintiffs qualified their initial position by stating that, should I agree with one of the legal arguments advanced by the defendant, they would want a question certified on that issue. Given that I did not agree with that argument, and given that I do not consider that it involves a serious question of general importance, I agree with the parties' initial positions that no serious question of general importance arises from the issues and facts in this case.

XI. Costs

[266] At both the outset and the end of this proceeding, the parties were requested to attempt to agree on the costs to be paid to the prevailing party. By letters dated February 26, 2020, and February 27, 2020, the plaintiffs and the defendant, respectively, agreed on a global amount of \$20 850 for legal fees and \$6 326.72 for disbursements, for a total of \$27 176.72, to be paid to the prevailing party. However, the defendant requested that he be required to pay only one third of that amount, in the event that he prevailed in respect of one of the three principal issues in dispute.

[267] Given that I have found in favour of the plaintiffs with respect to each of those three issues, I will be granting an award for the full amount of \$27 176.72 in favour of the plaintiffs.

X. Question à certifier

[264] Au terme de la présente instance, les parties ont convenu que la résolution des trois principales questions en litige soulevées en l'espèce repose en grande partie sur les faits, et que, par conséquent aucune question grave de portée générale ne découle de ces faits et questions en litige. Je suis d'accord. Par conséquent, aucune question ne sera certifiée aux termes de l'article 10.7 de la *Loi sur la citoyenneté*.

[265] Je tiens simplement à ajouter en passant que les demandeurs ont établi leur position initiale en déclarant que, si je devais être d'accord avec l'un des arguments juridiques avancés par le défendeur, ils souhaiteraient faire certifier une question sur ce point. Étant donné que je n'étais pas d'accord avec cet argument, et comme je n'estime pas qu'il comprenne une question grave de portée générale, je suis d'accord avec les positions initiales des parties selon lesquelles aucune question grave de portée générale ne découle des faits et questions en litige en l'espèce.

XI. Dépens

[266] Au début et à la fin de la présente instance, il a été demandé aux parties de s'entendre sur les dépens qui devraient être versés à la partie ayant obtenu gain de cause. Par voie de lettres datées du 26 février 2020 et du 27 février 2020, les demandeurs et le défendeur, respectivement, se sont entendus sur un montant global de 20 850 \$ pour les honoraires d'avocat et de 6 326,72 \$ pour les débours, correspondant à un montant total de 27 176,72 \$ devant être versé à la partie ayant obtenu gain de cause. Cependant, le demandeur a demandé à ce qu'il soit tenu de payer uniquement le tiers de cette somme, dans l'éventualité où il aurait obtenu gain de cause à l'égard de l'une des trois principales questions en litige.

[267] Étant donné que j'ai tranché en faveur des demandeurs en lien avec chacune de ces trois questions, j'accorderai le plein montant des dépens, soit 27 176,72 \$, en faveur des demandeurs.

JUDGMENT IN T-1336-17

JUGEMENT DANS LE DOSSIER T-1336-17

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. The declarations sought by the plaintiffs in this proceeding will be granted, with modifications to better reflect the relevant statutory language and the facts that I have found. Accordingly, this Court declares that:
 - i. Mr. Kljajic became a permanent resident of Canada, within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (the “IRPA”), by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances with respect to a fact described in section 35 of the IRPA. Because of having acquired his permanent resident status, Mr. Kljajic subsequently obtained citizenship in Canada;
 - ii. Pursuant to subsection 10.1(1) and section 10.2 of the *Citizenship Act*, Mr. Kljajic obtained his citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances with respect to a fact described in section 35 of the IRPA;
 - iii. Pursuant to subsection 10.5(1) of the *Citizenship Act*, Mr. Kljajic is inadmissible under paragraph 35(1)(b) of the IRPA, on the basis that there are reasonable grounds to believe that he was a prescribed senior official of a government, namely the government of the Republika Srpska, that in the opinion of the Minister engaged in crimes against humanity within the meaning of subsections 6(3)–6(5) of the CAHWCA;
 - iv. Pursuant to subsection 10.5(1), Mr. Kljajic is inadmissible under paragraph 35(1)(a) of the IRPA, on the basis that there are reasonable grounds to believe that he was complicit in crimes against humanity, as contemplated by
1. Les jugements déclaratoires sollicités par les demandeurs dans la présente instance seront rendus, mais avec certaines modifications en vue de refléter plus fidèlement le libellé législatif et les faits auxquels j’ai conclu. Par conséquent, la Cour déclare ce qui suit :
 - i. M. Kljajic est devenu résident permanent du Canada au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels concernant un fait visé à l’article 35 de la LIPR. Ayant le statut de résident permanent, M. Kljajic a ensuite obtenu la citoyenneté canadienne.
 - ii. Aux termes du paragraphe 10.1(1) et de l’article 10.2 de la *Loi sur la citoyenneté*, M. Kljajic a obtenu sa citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels concernant un fait visé à l’article 35 de la LIPR.
 - iii. Aux termes du paragraphe 10.5(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, M. Kljajic est interdit de territoire en application de l’alinéa 35(1)b) de la LIPR, car il existe des motifs raisonnables de croire qu’il occupait un poste de rang supérieur au sein d’un gouvernement, à savoir le gouvernement de la Republika Srpska, qui, de l’avis du ministre, a perpétré des crimes contre l’humanité au sens des paragraphes 6(3) à 6(5) de la LCHCG;
 - iv. Aux termes du paragraphe 10.5(1), M. Kljajic est interdit de territoire en application de l’alinéa 35(1)a) de la LIPR, car il y a des motifs raisonnables de croire qu’il était complice de crimes contre l’humanité, comme le prévoit

- | | |
|--|--|
| <p>section 6 of the CAHWCA, that were committed outside Canada against non-Serb civilians by the Ministry of the Interior of the Republika Srpska.</p> | <p>l'article 6 de la LCHCG, qui ont été perpétrés à l'extérieur du Canada contre des civils non serbes par le ministère de l'Intérieur de la Republika Srpska.</p> |
| <p>2. Costs are awarded to the plaintiffs in the amount of \$20 850 for legal fees and \$6 326.72 for disbursements, for a total of \$27 176.72.</p> | <p>2. Des dépens de 20 850 \$ en honoraires d'avocat et de 6 326,72 \$ en débours sont adjugés aux demandeurs, pour un total de 27 176,72 \$.</p> |
| <p>3. There is no serious question of general importance for certification that arises from the facts and issues in this case.</p> | <p>3. Aucune question grave de portée générale ne découle des faits et des questions en litige en l'espèce.</p> |

APPENDIX 1 — Relevant Legislation

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, as it read in 1995 and 1999:

7...

(3.76) For the purposes of this section,

“conventional international law” means

(a) any convention, treaty or other international agreement that is in force and to which Canada is a party, or

(b) any convention, treaty or other international agreement that is in force and the provisions of which Canada has agreed to accept and apply in an armed conflict in which it is involved;

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

“war crime” means an act or omission that is committed during an international armed conflict, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts.

ANNEXE 1 – Lois applicables

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, selon le libellé de 1995 et de 1999 :

7. [...]

(3.76) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article

« crime contre l'humanité » Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration — et d'autre part, soit constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

« crime de guerre » Fait — acte ou omission — commis au cours d'un conflit armé international — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration — et constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel applicable à de tels conflits

« droit international conventionnel » Conventions, traités et autres ententes internationales en vigueur auxquels le Canada est partie, ou qu'il a accepté d'appliquer dans un conflit armé auquel il participe.

(3.77) In the definitions “crime against humanity” and “war crime” in subsection (3.76), “act or omission” includes, for greater certainty, attempting or conspiring to commit, counselling any person to commit, aiding or abetting any person in the commission of, or being an accessory after the fact in relation to, an act or omission.

Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24, subsection 6(3):

6 ...

Definitions

(3) The definitions in this subsection apply in this section.

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, sexual violence, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group and that, at the time and in the place of its commission, constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission. (*crime contre l’humanité*)

“genocide” means an act or omission committed with intent to destroy, in whole or in part, an identifiable group of persons, as such, that at the time and in the place of its commission, constitutes genocide according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission. (*génocide*)

“war crime” means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission. (*crime de guerre*)

(3.77) Sont assimilés à un fait, aux définitions de « crime contre l’humanité » et « crime de guerre », au paragraphe 3.76, la tentative, le complot, la complicité après le fait, le conseil, l’aide ou l’encouragement à l’égard du fait.

Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24, paragraphe 6(3) :

6 [...]

Définitions

(3) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« crime contre l’humanité » Meurtre, extermination, réduction en esclavage, déportation, emprisonnement, torture, violence sexuelle, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain, d’une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes et, d’autre part, qui constitue, au moment et au lieu de la perpétration, un crime contre l’humanité selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel ou en raison de son caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu. (*crime against humanity*)

« génocide » Fait — acte ou omission — commis dans l’intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe identifiable de personnes et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un génocide selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel, ou en raison de son caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu. (*genocide*)

« crime de guerre » Fait — acte ou omission — commis au cours d’un conflit armé et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un crime de guerre selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel applicables à ces conflits, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu. (*war crime*)

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

ARMED FORCES

INCOME SECURITY

Motion requesting that Federal Court determine whether, when calculating long term disability benefits, dismemberment benefits under Canadian Armed Forces Service Income Security Insurance Plan (SISIP) Policy 901102, Division 2, Part III(B), a Class member's allowances in effect on date of their release from Canadian Armed Forces (CAF) (or in case of Class "C" member, when injury incurred or illness contracted) should be included in Class member's monthly pay (Question) — Plaintiff in underlying action claiming defendant breaching terms of Policy by calculating his monthly income benefits based only on his salary, omitting certain allowances from calculation — Action relating to long-term disability (LTD) insurance coverage under Policy, Division 2 of Part III(B), s. 20 of which confers such coverage upon Regular Force members of CAF, Class "C" Reserve Force members of CAF — Plaintiff suffering from number of medical conditions resulting from his service — No longer meeting universal terms of service for CAF, receiving involuntary medical release — Becoming entitled to monthly long-term disability (LTD) benefit upon release under Policy — Three allowances plaintiff receiving prior to his discharge not taken into account in calculation of his LTD benefits — Sole issue herein determination of answer to Question — Principles of contractual interpretation applying to construction of insurance policies — Particular principles also applying to interpretation of contracts of insurance, requiring three-stage analysis: (1) where language of insurance policy unambiguous, effect should be given to that clear meaning, regarding contract as whole; (2) if policy ambiguous, general rules of contractual construction should be employed such as reasonable expectations of parties, avoidance of unrealistic results, consistency with interpretations of similar insurance policies; (3) if ambiguity remaining, *contra proferentum* to construe policy against insurer should be applied — Defendant taking position, *inter alia*, principle of *contra proferentum* not applying in present circumstances — Submitting that, because premiums for coverage under Policy are all or largely all paid by Treasury Board Secretariat, such coverage can be understood as benefit of insured's employment — Arguing therefore that Policy different from typical contract of adhesion arising in commercial context — Decision in *Manuge v. Canada*, 2012 FC 499 directly applicable authority contrary to defendant's proposition — In *Manuge*, principle of *contra proferentum* applied to resolve any ambiguity of policy in favour of plaintiff — Parties disagreeing on meaning of term "monthly pay" / "taux de rémunération" in Policy — Plaintiff taking position that terms "monthly pay" / "taux de rémunération" having broad meaning that includes not only his salary, but also his allowances — Dictionary definitions can inform interpretation of words used in insurance policy — Sufficient relationship existing between CAF members' service, allowances they receive that meanings of "pay", "rémunération" encompassing allowances — Language in Policy, Part I supporting conclusion that Part I definitions apply throughout Policy — Inclusion of definitions in Policy, Part III(B), when identical definitions are found in Part I, supporting inference that drafter intended Part III(B) to be self-contained, relying on its own General Provisions rather than those found in Part I — Policy is contract where it is intended that specific override general, that General Provisions definitions of "monthly pay" / "solde mensuelle" in Part III(B) apply within Part II(B) without recourse to Part I General Provisions definitions of those terms — Allowances paid on monthly basis reasonably capable of falling within meanings of term "monthly pay" — Court reaching same conclusion in reliance on term "taux de rémunération" — Allowances not on all fours with salary, particularly when they are intended to compensate

ARMED FORCES—Concluded

for expenses — However, expenses may not necessarily be eliminated as result of member’s release — Salary representing compensation for performance of services; once CAF member released, no longer basis to provide such compensation — LTD insurance responding as means of replacing percentage of compensation to which member no longer entitled — Plaintiff’s submissions surrounding reasonable expectations of parties more compelling, sufficient to resolve ambiguity resulting from stage 1 of interpretation framework — Therefore, unnecessary here to turn to stage 3 of interpretation framework — Question answered affirmatively but only allowances paid on monthly basis.

LOGAN V. CANADA (T-1358-18, 2020 FC 404, Southcott J., reasons for order dated March 24, 2020, 33 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Persons with Temporary Status

Judicial review of visa officer’s decision refusing applicant’s application for extension of his study permit, finding applicant inadmissible for misrepresentation under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), s. 40(1)(a) — Applicant, citizen of China, receiving non-final acceptance letter from York University in 2018 through services of educational consultant (CVP) — Submitting application for extension through Immigration, Refugees, and Citizenship Canada (IRCC) online portal — As acceptance letter not final, application not considered complete — Applicant required to resubmit application — Also providing high school transcripts from Canada — Officer finding that transcripts submitted to IRCC showing applicant attending different high school from one indicated in transcripts on file with York University, presumably submitted by CVP — Applicant maintaining that documents submitted to IRCC genuine, having no knowledge of any incorrect documents submitted to York University by CVP — Whether fact that no false documents were submitted directly to IRCC constituting exception to general principle that applicants are responsible for misrepresentation by third parties — No basis upon which to find that application falling within Act, s. 40(1)(a) on information before officer — Duty of candour overriding principle of Act, underlying s. 40(1)(a) — Principles of interpretation including that s. 40 to be given broad interpretation in order to promote its underlying purpose; applicant having duty of candour to provide complete, honest, truthful information in every manner when applying for entry — Record not indicating how officer became aware of false transcript submitted to York University — Clear that documents submitted to IRCC did not include false transcript — Therefore, no one making misrepresentation directly or indirectly to IRCC on behalf of applicant that induced or could induce error in administration of Act — Within officer’s discretion to refuse study permit application if not satisfied with applicant’s enrollment at York University — However, officer’s application of misrepresentation provisions not reasonably sustained by statutory scheme — Misrepresentation decision quashed — Application allowed.

WANG V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2037-19, 2020 FC 262, Mosley J., reasons for judgment dated February 18, 2020, 9 pp.)

Permanent Residents

Sponsorship

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2018 FC 569) dismissing judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) redetermination decision upholding immigration officer’s decision refusing application for permanent residence by appellant’s niece — Application refused on ground that appellant, Canadian citizen, having parents living in Tanzania whom she could “otherwise sponsor” — Appellant therefore barred from sponsoring niece, Tanzanian citizen, as family class member under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, S.O.R./2002-2007 (Regulations), s. 117(1)(h) — IAD dismissing appeal on basis appellant’s parents alive, could therefore be sponsored — Holding that no requirement relatives enumerated in paragraph 117(1)(h) be actually admissible — In *Sendwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 216 (*Sendwa 1*), involving judicial review of IAD’s first decision in this matter, F.C. finding that IAD’s decision unreasonable because dismissing appellant’s appeal simply because parents alive, without considering whether appellant eligible or in position to sponsor parents — F.C. allowed judicial review, set aside IAD’s decision, ordered that appeal be redetermined — On redetermination, IAD finding, *inter alia*, impugned decision of immigration officer valid in law; rejecting appellant’s argument

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

that self-assessment of not meeting financial requirements to sponsor enumerated relatives sufficient to allow her to sponsor niece; not legislative intent that officer's determination of sponsor's financial eligibility should be determinative decision on sponsor's ability, nor that applicant's self-assessment should be determinative — On judicial review of IAD's redetermination decision, F.C. holding, *inter alia*, clear from plain grammatical reading of Regulations, s. 117 that non-enumerated relative can only be sponsored when no enumerated relative may be sponsored — Finding that hierarchy of relatives to which appellant objecting part and parcel of legislation — Concluding that IAD's interpretation, application of Regulations, s. 117(1) reasonable — Whether IAD's interpretation of s. 117, upheld by F.C., reasonable — F.C. properly applying standard of review to find that IAD's decision on redetermination reasonable — IAD'S decision valid in law — Federal Court of Appeal in *Bousaleh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 143, [2019] 2 F.C.R. 787 finding that where sponsor having enumerated relative, cannot use s. 117(1)(h) to sponsor non-enumerated relative — *Sendwa I* wrongly decided to extent that decision standing for proposition that sponsor with living enumerated relatives may have resort to s. 117(1)(h) to sponsor non-enumerated relative — IAD's redetermination decision focusing analysis on finality of determination that applicant ineligible for failure to satisfy financial requirements set out in Regulations, s. 133(1)(j)(i)(B) — IAD interpreting legislative scheme to find that neither appellant's self-assessment of not meeting financial requirements for sponsorship of parent, nor assessment of hypothetical visa officer to that effect, enabled appellant to access last-resort s. 117(1)(h) — This interpretation reasonable given circumstances requiring IAD to follow guidance provided by *Sendwa I* — Fact that appellant's parents alive when appellant sponsoring niece itself determinative of appellant's inability to sponsor niece under s. 117(1)(h), dispositive of present appeal — Thus, not necessary to make any findings regarding appellant's financial eligibility under s. 133(1)(j)(i)(B) — Therefore, in determining application for permanent residence under Regulations, s. 117(1)(h), consideration of financial eligibility criteria in s. 133(1)(j)(i)(B) not required by s. 117(1)(h)— Appeal dismissed.

SENDWA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-384-18, 2019 FCA 314, Near J.A., amended reasons for judgment dated January 13, 2020, 10 pp.)

INCOME TAX**NON-RESIDENTS**

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2018 TCC 152) allowing respondent's appeal from assessment made under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (Act) for its 2013 taxation year — Respondent claiming that large taxable capital gain realized from disposition of Alta Energy Partners Canada Ltd. (Alta Canada) shares not taxable in Canada — Alta Canada petroleum, natural gas explorer, acquired by respondent — As part of restructuring, respondent formed under laws of Luxembourg, shares of Alta Canada transferred to it — Canada Revenue Agency agreeing that fair market value of shares of Alta Canada at that time equal to adjusted cost base of these shares — Therefore, no capital gain realized on transfer of shares of Alta Canada to respondent — Shares of Alta Canada sold in 2013, resulting capital gain in excess of \$380 million — Act, s. 2(3) providing that non-resident disposing of any taxable Canadian property required to pay tax under Act on that person's taxable income — Crown arguing that general anti-avoidance rule (GAAR) applying — *Convention between the Government of Canada and the Government of the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Luxembourg Convention) [1], Arts. 1, 4(1), 13(4),(5) at issue herein — Exemption from taxation in Canada arising as result of combination of Arts. 13(4),(5) — Relevant net effect of Art. 13(4) being that Canada surrendered its right to tax gains derived by resident of Luxembourg from sale of shares of private corporation if their value deriving principally from immovable property situated in Canada in which business of corporation carried on — Since Art. 13(4) not applying to allow Canada to tax gain on disposition of such shares, Art. 13(5) applying, gain could only be taxed in Luxembourg — T.C.C. finding that shares of Alta Canada treaty-protected property as result of application of Luxembourg Convention, Arts. 13(4),(5) — Also finding that GAAR not applying because no abuse of Act or Luxembourg Convention — Respondent conceding existence of tax benefit, avoidance transaction — Only issue therefore whether transactions resulting in abuse of provisions of Act or Luxembourg Convention for purposes of application of GAAR — Although appellant raised issue of whether Act, s. 115(1)(b) abused, focus of hearing was whether abuse of relevant provisions of Luxembourg Convention occurring — Carve-out for treaty-protected property in s. 115(1)(b) simply reflecting what Canada agreeing to do under Luxembourg Convention — Therefore, proper focus for GAAR analysis being on provisions of Luxembourg Convention — Claiming exemption from tax in Canada, on gain realized on sale of shares of particular company not predicated on resident of Luxembourg having made any particular investment in that company — GAAR cannot be used to add requirement for investment that would have to be satisfied if GAAR applied, but which would not have to be satisfied if

INCOME TAX—Concluded

GAAR not applying — Addition of this requirement not warranted — No basis to find that rationale for definition of “resident” in Luxembourg Convention, Art. 4 suggesting any criteria other than criteria included in definition should be used to determine if person resident of Luxembourg for purposes of Luxembourg Convention — No dispute respondent resident of Luxembourg — Respondent entitled to claim benefit of Arts. 13(4),(5) — No distinction in Luxembourg Convention between residents with strong economic or commercial ties, those with weak or no commercial or economic ties — Object, spirit, purpose of relevant provisions of Luxembourg Convention reflected in words as chosen by Canada, Luxembourg — Since provisions operating as intended, no abuse present — Appeal dismissed.

CANADA V. ALTA ENERGY LUXEMBOURG S.A.R.L. (A-315-18, 2020 FCA 43, Webb J.A., reasons for judgment dated February 12, 2020, 33 pp.)

PENITENTIARIES**INMATE INCOME**

Judicial review of Correctional Service Canada (CSC) decision to withhold entirety of applicant’s inmate income — Applicant disagreeing with transfer to other penitentiary — Filing application for judicial review — Court ordering costs following dismissal of application as abuse of process — Total reduction of applicant’s inmate income to pay for outstanding costs order continuing until applicant’s release — Applicant contending that CSC having no legal authority to make deductions from inmate income to discharge costs order — Main issue whether reasonable for CSC to deduct all of applicant’s inmate income to discharge unpaid costs order — *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 155 granting CSC legal authority to make deductions from inmate’s income in accordance with Commissioner’s Directive 860 to discharge debt to Crown, including outstanding costs order — However, deductions from applicant’s inmate income not made in accordance with those authorities — Given purpose of correctional system, incumbent upon CSC to consider potential consequences of deducting income from inmate to discharge debt to Crown — Applicant’s right to seek reduction or waiver of deduction from institutional head not absolving CSC of that responsibility before beginning to make deduction — Offenders may seek relief under *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (CCRR), s. 104.1(7) in relation to deductions made to discharge debt to Crown — Internal process needed for seeking relief when deductions being made from inmate income for purposes beyond those contemplated by *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 78(2) — Such a process for seeking relief important after-the-fact safeguard — CSC having responsibility to consider question posed in CCRR, s. 104.1(7) before starting to make deductions, i.e. whether deduction from offender’s income will unduly interfere with ability to meet objectives of offender’s correctional plan or meet basic needs or family or parental responsibilities — Court-ordered obligation such as costs order serious matter — Appropriate for CSC to step in, facilitate payments by offenders in relation to such obligations — Guiding principle must be to act consistently with offender’s correctional plan, with overarching goals of correctional system — Limiting deduction to certain percentage of offender’s income might help to avoid impact — In present case, outcome untenable — CSC decision to withhold 100 percent of applicant’s inmate income to discharge costs order unlawful — Application allowed.

JOHNSTON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2038-18, 2020 FC 352, Norris J., reasons for judgment dated March 9, 2020, 35 pp.)

PRACTICE**PROTHONOTARIES**

Appeal from Prothonotary’s order striking applicant’s notice of application for judicial review of Parole Board of Canada (Board) decision revoking previously suspended day parole — Applicant incarcerated offender — Commencing application for *habeas corpus* in Alberta Court of Queen’s Bench, application for judicial review in respect of Board’s decision — Court of Queen’s Bench finding Board’s decision reasonable, procedurally fair — Respondents filing motion to strike application as abuse of process — Prothonotary finding application attempt to relitigate legality of Board’s decision already determined by Court of Queen’s Bench — Applicant submitting Prothonotary not having jurisdiction to issue judgement in matter relating to his liberty — Interpreted broadly *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 50(1)(f) ousting Prothonotary’s jurisdiction on motion to strike application to review decision revoking parole — Relating to applicant’s liberty because if application failing then applicant remaining in custody — Alberta *habeas corpus* application, present application similar — Accordingly, Prothonotary lacking jurisdiction to consider respondents’

PRACTICE—Concluded

motion to strike application for judicial review as abuse of process — Jurisdiction to strike application as abuse of process to be exercised sparingly — Doctrine of abuse of process particularly applied where litigant attempting to relitigate issue or matter already determined — Here, applicant challenging very decision that he challenged by way of *habeas corpus* in Alberta — Not situation where relitigation enhancing, rather than impeaching, integrity of judicial system — Motion to strike application as abuse of process granted — Application dismissed.

LATHAM v. CANADA (T-1921-18, 2020 FC 239, Zinn J., reasons for order dated February 12, 2020, 8 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.

* 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.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Personnes ayant un statut temporaire

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas a rejeté la demande de prolongation du permis d'études du demandeur et a conclu que ce dernier était interdit de territoire pour fausses déclarations suivant l'art. 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi) — Le demandeur, un citoyen de la Chine, a reçu une lettre d'acceptation non définitive de l'Université York par le biais des services d'un conseiller pédagogique (CVP) — Il a présenté une demande de prolongation sur le portail en ligne d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC) — La lettre d'acceptation n'étant pas définitive, la demande n'a pas été considérée comme complète — Le demandeur a dû présenter à nouveau sa demande — Il a fourni également les relevés de notes de ses études secondaires au Canada — L'agent a constaté une divergence entre ses relevés de notes remis à IRCC et ceux figurant dans le dossier de l'Université York – vraisemblablement soumis par CVP –, lesquels indiquaient qu'il avait fréquenté une autre école secondaire — Le demandeur a fait valoir que les documents qu'il a remis à IRCC étaient authentiques, et qu'à sa connaissance, CVP n'avait pas remis de documents incorrects à l'Université York — Il s'agissait de savoir si le fait qu'aucun faux document n'a été remis directement à IRCC devrait constituer une exception au principe général selon lequel les demandeurs sont responsables des fausses déclarations faites par des tiers — Compte tenu des renseignements dont disposait l'agent, rien ne permettait de conclure que la demande était visée par l'art. 40(1)a) de la Loi — L'obligation de franchise est un principe fondamental de la Loi, et elle sous-tend l'art. 40(1)a) — Selon certains des principes régissant l'interprétation de cette disposition, il convient d'interpréter l'art. 40(1)a) de manière large afin de faire ressortir l'objet qui le sous-tend; les demandeurs ont une obligation de franchise et doivent fournir des renseignements complets, fidèles et véridiques en tout point lorsqu'ils présentent une demande d'entrée au Canada — Le dossier n'indique pas comment l'agent des visas a appris l'existence du relevé de notes erroné présenté à l'Université York — Il est clair que le relevé de notes erroné ne faisait pas partie des documents présentés à IRCC — Par conséquent, personne n'a fait à IRCC, directement ou indirectement, une présentation erronée au nom du demandeur, ce qui aurait entraîné ou risquait d'entraîner une erreur dans l'application de la Loi — L'agent des visas avait le pouvoir discrétionnaire de refuser la demande de permis d'études s'il avait des préoccupations quant à l'inscription du demandeur à l'Université York — Toutefois, la façon dont l'agent a appliqué les dispositions ne peut raisonnablement s'inscrire dans le régime législatif — La décision concluant à l'existence d'une fausse déclaration a été annulée — Demande accueillie.

WANG C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2037-19, 2020 CF 262, juge Mosley, motifs du jugement en date du 18 février 2020, 9 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

Résidents permanents

Parrainage

Appel d'une décision (2018 CF 569) dans laquelle la Cour fédérale (C.F.) a rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une décision sur le nouvel examen rendue par la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, confirmant la décision d'un agent d'immigration de refuser une demande de résidence permanente présentée par la nièce de l'appelante — La demande avait été refusée au motif que l'appelante, une citoyenne canadienne, avait des parents vivant en Tanzanie qu'elle pouvait « par ailleurs parrain[er] » — Il lui était donc interdit de parrainer sa nièce, une ressortissante de la Tanzanie, dans la catégorie du regroupement familial en application de l'art. 117(1)h du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS 2002-2007 (le Règlement) — La SAI a rejeté l'appel au motif que les parents de l'appelante étaient vivants et pouvaient donc être parrainés — Elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire que les membres de la famille énumérés à l'art. 117(1)h soient réellement admissibles — Dans la décision rendue dans l'affaire *Sendwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 216 (*Sendwa I*) sur le contrôle judiciaire de la première décision rendue par la SAI dans cette affaire, la C.F. a conclu que la SAI avait rendu une décision déraisonnable parce qu'elle avait rejeté l'appel de l'appelante au simple motif que ses parents étaient vivants, sans se demander si l'appelante était admissible à parrainer ses parents ou en mesure de le faire — La C.F. a accueilli la demande de contrôle judiciaire, a annulé la décision de la SAI et a ordonné que l'appel fasse l'objet d'un nouvel examen — À l'issue d'un nouvel examen, la SAI a conclu notamment que la décision contestée rendue par l'agent d'immigration était valide en droit; elle a rejeté l'argument de l'appelante qui affirmait qu'il suffisait, pour parrainer sa nièce, qu'elle détermine elle-même qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences financières pour parrainer les membres de sa famille actuellement énumérés; que l'intention du législateur n'était pas que la détermination de l'admissibilité financière du répondant par un agent soit la décision déterminante sur la capacité du répondant, ni que l'auto-évaluation d'un demandeur soit déterminante — Dans le cadre du contrôle judiciaire de la décision rendue par la SAI concernant le nouvel examen, la C.F. a conclu notamment qu'une lecture grammaticale simple de l'art. 117 du Règlement indiquait clairement qu'un membre de la parenté non énuméré ne peut être parrainé que lorsqu'il n'y a pas de membres de la parenté énumérés pouvant être parrainés — Elle a conclu que la hiérarchie à laquelle l'appelante s'est opposée fait partie intégrante de la loi — Elle a conclu que l'interprétation et l'application de l'art. 117(1) du Règlement par la SAI étaient raisonnables — Il s'agissait de savoir si l'interprétation de l'art. 117 par la SAI, qui a été confirmée par la C.F., était raisonnable — La C.F. a correctement appliqué la norme de contrôle en concluant que la décision de la SAI concernant le nouvel examen était raisonnable — La décision de la SAI était valide en droit — Dans l'arrêt *Bousaleh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 143, [2019] 2 R.C.F. 787, la Cour d'appel fédérale a conclu que, lorsqu'un répondant a un membre de sa parenté énuméré, il ne peut pas invoquer l'art. 117(1)h pour parrainer un parent non énuméré — Dans la mesure où la décision *Sendwa I* peut appuyer la proposition selon laquelle un répondant ayant des membres de sa parenté vivants énumérés peut avoir recours à l'art. 117(1)h pour parrainer un membre de sa parenté non énuméré, il s'agit d'une décision erronée — La SAI, dans sa décision sur le nouvel examen, a concentré son analyse sur le caractère définitif d'une décision selon laquelle un demandeur n'est pas admissible en raison de son incapacité à répondre aux exigences financières énoncées à l'art. 133(1)j(i)(B) du Règlement — La SAI a interprété le régime législatif de façon à conclure que ni l'auto-évaluation de l'appelante, selon laquelle elle ne répondait pas aux exigences financières pour le parrainage d'un parent, ni l'évaluation d'un hypothétique agent des visas à cet effet, ne permettait à l'appelante d'invoquer l'art. 117(1)h en dernier recours — Cette interprétation était raisonnable dans les circonstances, ce qui obligeait la SAI à suivre les directives fournies dans la décision *Sendwa I* — Le fait que les parents de l'appelante étaient vivants au moment où elle a parrainé sa nièce était, en soi, déterminant de l'incapacité de l'appelante à parrainer sa nièce en vertu de l'art. 117(1)h et était déterminant pour l'issue du présent appel — Il n'était donc pas nécessaire de tirer des conclusions quant à l'admissibilité financière de l'appelante en vertu de l'art. 133(1)j(i)(B) — Par conséquent, lors de l'examen d'une demande de résidence permanente au titre de l'art. 117(1)h du Règlement, il n'était pas nécessaire de tenir compte du critère d'admissibilité financière énoncé à l'art. 133(1)j(i)(B) aux termes de l'art. 117(1)h — Appel rejeté.

SENDWA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (A-384-18, 2019 CAF 314, juge Near, J.C.A., motifs de jugement modifiés en date du 13 janvier 2020, 10 p.)

FORCES ARMÉES

SÉCURITÉ DU REVENU

Requête demandant à la Cour fédérale de déterminer si, lors du calcul des prestations d'invalidité prolongée et des prestations de mutilation en vertu de la section 2 de la partie III(B) de la police du Régime d'assurance-revenu militaire (RARM) numéro 901102 (la police) des Forces armées canadiennes (FAC), devraient être incluses les indemnités des membres de certaines catégories qui sont en vigueur à la date de leur libération des Forces armées canadiennes (ou, dans le cas d'un membre en service de réserve de classe « C », au moment où la blessure est survenue ou que la maladie a été contractée) dans le taux de rémunération du membre de la catégorie (Question) — Le demandeur a prétendu dans l'action sous-jacente que la défenderesse a enfreint les dispositions de la police en calculant ses prestations de revenu mensuelles uniquement en fonction de son traitement, en omettant certaines indemnités du calcul — L'action concernait la couverture d'assurance-invalidité prolongée (AIP) au titre de la section 2 de la partie III(B) de la police, dont l'article 20 confère une telle couverture aux membres de la Force régulière des FAC et aux membres de la Force de réserve de classe « C » des FAC — Du fait de son service, le demandeur souffre d'un certain nombre de problèmes de santé — Il ne satisfaisait plus aux conditions universelles de service des FAC et a reçu une libération involontaire pour raisons de santé — À sa libération, le demandeur a eu droit à une prestation d'AIP mensuelle aux termes de la police — Les trois indemnités qu'il recevait avant sa libération n'ont pas été prises en compte dans le calcul de ses prestations d'AIP — La seule question en litige dans la présente affaire était la détermination de la réponse à la Question — Les principes d'interprétation du contrat sont applicables à l'interprétation des polices d'assurance — Des principes particuliers s'appliquent également à l'interprétation des contrats d'assurance, nécessitant une analyse de trois étapes : 1) lorsque le libellé de la police d'assurance n'est pas ambigu, il convient d'y donner effet de façon non équivoque, et considérant le contrat dans son ensemble; 2) *si* le texte de la police est ambigu, on doit recourir aux règles générales d'interprétation du contrat, entre autres : les attentes raisonnables des parties, l'évitement des résultats irréalistes, et la concordance de l'interprétation avec celles des polices d'assurance semblables; 3) *si* l'ambiguïté subsiste, il faut appliquer la règle *contra proferentum* pour interpréter la police contre l'assureur — La défenderesse a fait valoir notamment que le principe de *contra proferentum* ne s'appliquait pas dans les circonstances actuelles — Elle a soutenu que, parce que les primes de la couverture au titre de la police sont entièrement, ou en grande partie, payées par le Secrétariat du Conseil du Trésor, une telle couverture peut être interprétée comme un avantage de l'emploi de l'assuré — Par conséquent, la défenderesse a soutenu que la police était différente du contrat d'adhésion type qui est formé dans un contexte commercial — La décision *Manuge c. Canada*, 2012 CF 499 était une jurisprudence directement applicable, contrairement à la proposition de la défenderesse — Dans la décision *Manuge*, le principe de *contra proferentum* a été appliqué pour résoudre toute ambiguïté dans la police en faveur du demandeur — Les parties ne s'entendaient pas sur le sens du terme anglais « monthly pay » ([TRADUCTION] « solde mensuelle ») (ou, dans la version française de la police, sur le sens du terme « taux de rémunération ») — Le demandeur était d'avis que les termes anglais « monthly pay » (« solde mensuelle ») et les termes français « taux de rémunération » ont un sens large qui comprend non seulement son salaire, mais aussi ses indemnités — Les définitions des dictionnaires peuvent éclairer l'interprétation des termes utilisés dans la police d'assurance — Il existe une relation suffisante entre le service des membres des FAC et les indemnités qu'ils reçoivent pour que les significations des termes « solde » et « rémunération » englobent les indemnités — Le libellé de la partie I de la police appuie la conclusion selon laquelle les définitions de la Partie I s'appliquent à l'ensemble de la politique — L'inclusion de définitions dans la partie III(B), lorsque des définitions identiques se trouvent dans la partie I, permettait de conclure que le rédacteur voulait que la partie III(B) soit autonome, en s'appuyant sur ses propres dispositions générales plutôt que sur celles qui se trouvent dans la partie I — La police est un contrat où il est prévu que le particulier l'emporte sur le général, et que les définitions des dispositions générales de la partie III(B) de « solde mensuelle » / « monthly pay » s'applique dans la partie II(B), sans recourir aux définitions de ces termes dans les Dispositions générales de la partie I — Les indemnités qui sont versées sur une base mensuelle sont raisonnablement capables d'être visées par le sens de l'expression « monthly pay » (« solde mensuelle ») — La Cour en est arrivée à la même conclusion en s'appuyant sur l'expression « taux de rémunération » — Les indemnités ne sont pas identiques à la rémunération, surtout lorsqu'elles sont destinées à compenser des dépenses — Cependant, les dépenses ne peuvent pas nécessairement être éliminées à la suite de la libération du membre — La rémunération représente une compensation pour la prestation de services et, une fois libéré, il n'y a plus de base pour fournir une telle compensation — L'assurance AIP répond comme un moyen de remplacer un pourcentage de la rémunération à laquelle le membre n'a plus droit — Les observations du demandeur concernant les attentes raisonnables des parties étaient les plus convaincantes et suffisantes pour dissiper l'ambiguïté résultant de l'étape 1 du cadre d'interprétation — Il n'était donc pas nécessaire de passer à l'étape 3 du cadre d'interprétation — Il convenait de répondre à la question par l'affirmative, mais uniquement les indemnités qui sont versées mensuellement.

IMPÔT SUR LE REVENU**NON-RÉSIDENTS**

Appel interjeté à l'encontre d'un jugement (2018 CCI 152) de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) qui a accueilli l'appel de l'intimée interjeté à l'encontre d'une cotisation établie en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi) pour son année d'imposition 2013 — Selon l'intimée, l'important gain en capital imposable qu'elle a tiré de la disposition des actions d'Alta Energy Partners Canada Ltd. (Alta Canada) n'était pas imposable au Canada — Alta Canada, qui exploitait une entreprise de gaz naturel et de pétrole, a été acquise par l'intimée — Dans le cadre d'une restructuration, l'intimée a été constituée en application des lois du Luxembourg, et les actions d'Alta Canada lui ont été transférées — L'Agence du revenu du Canada a convenu que la juste valeur marchande des actions d'Alta Canada, à cette époque, était égale au prix de base rajusté de ces actions — Par conséquent, aucun gain en capital n'a été réalisé lors du transfert des actions d'Alta Canada à l'intimée — En 2013, les actions d'Alta Canada ont été vendues et le gain en capital qui en a résulté était supérieur à 380 millions de dollars — L'art. 2(3) de la Loi prescrit qu'une personne non-résidente qui dispose de tout bien canadien imposable doit payer un impôt sur son revenu imposable — La Couronne a soutenu que la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) s'appliquait — Les art. 1, 4(1), 13(4) et 13(5) de la *Convention entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* (Convention de Luxembourg) étaient en litige dans la présente affaire — L'exonération d'impôt au Canada découle de l'association des art. 13(4) et (5) — Il découle de l'art. 13(4) que le Canada a renoncé à son droit de soumettre à l'impôt les gains qu'un résident du Luxembourg tire de la vente des actions d'une société privée, si la valeur de telles actions provient principalement de biens immobiliers situés au Canada dans lesquels la société exerce ses activités — Était donné que l'art. 13(4) ne s'appliquerait pas pour permettre au Canada de soumettre à l'impôt le gain issu de la disposition de telles actions, l'art. 13(5) s'appliquerait, et le gain ne pourrait être imposé qu'au Luxembourg — La C.C.I. a conclu que les actions d'Alta Canada étaient des biens protégés par traité par application des art. 13(4) et (5) de la Convention de Luxembourg — Elle a aussi conclu que la RGAÉ ne s'appliquait pas, car il n'y a pas eu d'abus dans l'application de la Loi ou de la Convention de Luxembourg — L'intimée a reconnu l'existence d'un avantage fiscal et d'une opération d'évitement — Par conséquent, la seule question en litige était celle de savoir si les opérations ont entraîné un abus dans l'application des dispositions de la Loi ou de la Convention de Luxembourg comme on l'entend pour l'application de la RGAÉ — Bien que l'appelante ait soulevé l'abus dans l'application de l'art. 115(1)b) de la Loi, l'audience a porté principalement sur l'abus éventuel des dispositions pertinentes de la Convention de Luxembourg — L'exception relative aux biens protégés par traité, à l'art. 115(1)b), traduit simplement ce que le Canada a convenu de faire aux termes de la Convention de Luxembourg — Par conséquent, l'analyse relative à la RGAÉ doit porter sur les dispositions de la Convention de Luxembourg — L'exonération d'impôt au Canada sur le gain réalisé lors de la vente d'actions d'une société n'est pas subordonnée à l'investissement par le résident du Luxembourg dans cette société — On ne saurait ajouter une exigence en matière d'investissement dans un cas faisant intervenir la RGAÉ qui ne serait pas nécessaire dans les cas où la RGAÉ ne joue pas — L'ajout de cette exigence n'est pas justifié — Rien ne permet de conclure que la raison d'être qui sous-tend la définition du terme « résident » à l'art. 4 de la Convention de Luxembourg donne à penser que d'autres critères, outre ceux prévus à cette définition, interviennent lorsqu'il s'agit de décider si une personne est un résident du Luxembourg aux fins de la Convention de Luxembourg — Il n'est pas contesté que l'intimée est une résidente du Luxembourg — L'intimée a le droit de demander l'exonération prévue aux art. 13(4) et (5) — La Convention de Luxembourg ne fait aucune distinction entre les résidents ayant des liens économiques ou commerciaux solides avec l'État et ceux ayant des liens faibles — L'objet et l'esprit des dispositions pertinentes de la Convention de Luxembourg émanent des termes choisis par le Canada et le Luxembourg — Les dispositions ayant été appliquées comme prévu, il n'y a pas eu d'abus — Appel rejeté.

CANADA C. ALTA ENERGY LUXEMBOURG S.A.R.L. (A-315-18, 2020 CAF 43, juge Webb, J.C.A., motifs du jugement en date du 12 février 2020, 33 p.)

PÉNITENCIERS**REVENU DE DÉTENU**

Contrôle judiciaire de la décision du Service correctionnel du Canada (SCC) de retenir la totalité du revenu de détenu du demandeur — Le demandeur n'a pas approuvé la décision de le transférer dans un autre pénitencier — Il a déposé une demande de contrôle judiciaire — La Cour a adjugé des dépens à la suite du rejet de la demande pour abus de procédure — Les retenues équivalant à 100 pour cent du revenu de détenu du demandeur pour payer les dépens adjugés contre lui se sont poursuivies jusqu'à ce que le demandeur soit libéré — Le demandeur a soutenu que le SCC n'avait pas le pouvoir de prélever des retenues sur son revenu de détenu pour exécuter l'ordonnance relative aux dépens — Il s'agissait principalement de savoir si la décision

PÉNITENCIERS—Fin

du SCC de déduire la totalité du revenu de détenu du demandeur pour exécuter l'ordonnance relative aux dépens était raisonnable — L'art. 155 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), c. F-11 confère au SCC le pouvoir de prélever des retenues sur le revenu d'un détenu conformément à la Directive du commissaire 860 afin d'acquitter une dette envers la Couronne fédérale, y compris des dépens impayés — Toutefois, les retenues prélevées sur le revenu de détenu du demandeur n'ont pas été effectuées conformément à ces textes de loi — Compte tenu de l'objectif du système correctionnel, il incombait au SCC de tenir compte des conséquences que pourraient avoir les retenues visant à payer une dette envers la Couronne fédérale sur le détenu — Le droit du demandeur de demander au directeur de l'établissement de réduire ou d'annuler les retenues ne libère pas le SCC de cette responsabilité avant de commencer à les prélever — Les délinquants peuvent présenter un grief conformément à l'art. 104.1(7) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (RSCMLC), DORS/92-620 relativement aux retenues effectuées pour l'acquiescement d'une dette envers la Couronne — Il doit y avoir une procédure interne pour permettre à un détenu de demander un allègement lorsque des retenues sont prélevées sur son revenu à d'autres fins que celles prévues à l'art. 78(2) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 — Une telle procédure pour demander un allègement constitue une importante mesure de protection après coup — Le SCC a la responsabilité d'examiner la question soulevée à l'art. 104.1(7) du RSCMLC avant de commencer à prélever les retenues, c.-à-d. la question de savoir si les retenues sur le revenu d'un délinquant réduiraient excessivement sa capacité d'atteindre les objectifs de son plan correctionnel, de répondre à des besoins essentiels ou de faire face à des responsabilités familiales ou parentales — Une obligation imposée par un tribunal, comme une ordonnance relative aux dépens, est une affaire sérieuse — Il pourrait être approprié que le SCC intervienne et facilite le paiement par les délinquants relativement à de telles obligations — Le principe directeur doit être d'agir conformément au plan correctionnel du délinquant et aux objectifs généraux du système correctionnel — Le fait de limiter les retenues à un certain pourcentage du revenu du délinquant pourrait permettre d'éviter cette conséquence — En l'espèce, l'issue est indéfendable — La décision du SCC de retenir 100 pour cent du revenu du demandeur pour exécuter l'ordonnance relative aux dépens était illégale — Demande accueillie.

JOHNSTON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2038-18, 2020 CF 352, juge Norris, motifs de jugement en date du 9 mars 2020, 35 p.)

PRATIQUE**PROTONOTAIRES**

Appel interjeté contre l'ordonnance dans laquelle la protonotaire a radié l'avis de demande du demandeur visant le contrôle judiciaire de la décision de la Commission des libérations conditionnelles du Canada (Commission) de révoquer sa semi-liberté antérieurement suspendue — Le demandeur était un contrevenant incarcéré — Il a présenté une demande d'*habeas corpus* devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et une demande de contrôle judiciaire relativement à la décision de la Commission — La Cour du Banc de la Reine a conclu que la décision de la Commission était à la fois raisonnable et équitable sur le plan procédural — Les défendeurs ont déposé une requête en radiation de la demande pour cause d'abus de procédure — La protonotaire a conclu que la demande visait à remettre en cause la légalité de la décision de la Commission, question que la Cour du Banc de la Reine avait déjà tranchée — Le demandeur a soutenu que la protonotaire n'avait pas compétence pour rendre un jugement en ce que l'affaire concernait sa mise en liberté — Selon une interprétation large, il est possible de conclure que la règle 50(1)f des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, écarte la compétence de la protonotaire quant à la requête en radiation d'une demande de révision d'une décision révoquant la libération conditionnelle — La requête concernait la mise en liberté du demandeur parce que, si la demande était rejetée, il devait rester en détention — La demande d'*habeas corpus* présentée en Alberta ressemblait à la présente demande — Par conséquent, la protonotaire n'avait pas compétence pour examiner la requête des défendeurs en radiation de la demande de contrôle judiciaire pour cause d'abus de procédure — La compétence pour radier une demande pour cause d'abus de procédure doit être exercée avec modération — La doctrine de l'abus de procédure a été appliquée plus particulièrement lorsqu'un plaideur a tenté de remettre en litige une question ou une affaire déjà tranchée — Dans la présente affaire, le demandeur a contesté la même décision qu'il a contestée par voie d'*habeas corpus* devant les tribunaux de l'Alberta — Il ne s'agissait pas d'une situation où la remise en cause pourrait servir l'intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice — La requête en radiation de la demande pour cause d'abus de procédure a été accueillie — Demande rejetée.

LATHAM C. CANADA (T-1921-18, 2020 CF 239, juge Zinn, motifs d'ordonnance en date du 12 février 2020, 8 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3

Available on the Internet at the following Web sites:

<http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

<http://publications.gc.ca/site/eng/369902/publication.html>

Disponible sur Internet aux sites Web suivants :

<http://recueil.cmf-fja.gc.ca/fra/>

<http://publications.gc.ca/site/fra/369902/publication.html>