

A-694-94

A-694-94

Attorney General of Canada (*Applicant*)Procureur général du Canada (*requérant*)

v.

c.

Robert M. Purcell (*Respondent*)<sup>a</sup> Robert M. Purcell (*intimé*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PURCELL (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. PURCELL (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Strayer and Robertson JJ.A.—  
Halifax, October 5; Ottawa, December 21, 1995.<sup>b</sup> Cour d'appel, juges Stone, Strayer et Robertson,  
J.C.A.—Halifax, 5 octobre; Ottawa, 21 décembre  
1995.

*Unemployment insurance — Judicial review of Umpire's dismissal of appeal from Board's finding claimant not knowingly making false or misleading statements — Applicant driving taxi while receiving U.I. benefits — Answering "No" to question "Did you work during period of report?" on report cards — Commission determining not unemployed, imposing penalty pursuant to Act, s. 33 which gives Commission discretion to impose penalty when "in its opinion" claimant making statements "knew" to be false or misleading — "In its opinion" not insulating from review Commission's decision — Discretionary power not of administrative nature — Once appearing from evidence claimant wrongly answering simple question on report card, burden shifting to claimant to explain why incorrect answers given — Umpire erred in requiring Commission to establish intention to deceive.*

<sup>c</sup> *Assurance-chômage — Contrôle judiciaire du rejet par le juge-arbitre d'un appel d'une décision du Conseil concluant que le prestataire n'avait pas fait sciemment de déclarations fausses ou trompeuses — Le requérant était chauffeur de taxi pendant qu'il recevait des prestations d'assurance-chômage — A répondu «Non» à la question «Avez-vous travaillé au cours de la période en question?» sur les cartes de déclaration — La Commission a décidé qu'il n'était pas chômeur et lui a imposé une pénalité conformément à l'art. 33 de la Loi qui lui donne le pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité lorsque «à son avis» un prestataire fait «sciemment» des déclarations fausses ou trompeuses — L'expression «à son avis» ne met pas la décision de la Commission à l'abri d'un contrôle judiciaire — Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas de nature administrative — À partir du moment où la preuve démontre que le prestataire a donné une réponse inexacte à une question très simple sur la carte de déclaration, il incombe à ce dernier d'expliquer pourquoi il a fourni des réponses inexactes — Le juge-arbitre a commis une erreur en imposant à la Commission d'établir l'intention de tromper.*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Unemployment Insurance Act, s. 33 giving Commission discretion to impose penalty where "in its opinion" made Statements "knew" to be false or misleading — Determination of whether claimant knowingly made false, misleading statement not of administrative nature — Parliament not intending such findings be final, conclusive because: (1) relating to finding of fact for which no particular expertise required; (2) Board empowered to engage in de novo review with respect to factual matters; (3) Board in better position to make objective findings of fact — Conclusion reinforced by reference to punitive nature of financial consequences flowing from decision to impose penalty.*

<sup>d</sup> *Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — L'art. 33 de la Loi sur l'assurance-chômage donne à la Commission le pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité lorsque «à son avis» des déclarations fausses ou trompeuses ont été faites «sciemment» — La question de savoir si le prestataire a fait «sciemment» des déclarations fausses ou trompeuses n'est pas de nature administrative — Le législateur n'a pas souhaité que de telles conclusions soient finales et définitives parce que: 1) l'opinion porte sur une conclusion de fait qui n'exige aucune connaissance technique particulière; 2) le Conseil a la compétence nécessaire pour procéder à un examen de novo des questions de fait; 3) le Conseil est en meilleure position pour trancher de manière objective les questions de fait — La conclusion est confortée par le caractère punitif des conséquences pécuniaires découlant de toute décision d'imposer une pénalité.*

<sup>e</sup> This was an application for judicial review of the Umpire's finding that the Board of Referees did not err in

<sup>f</sup> Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la conclusion du juge-arbitre selon laquelle le Conseil n'a

ruling that the claimant had not knowingly made false or misleading statements. The claimant was laid off because of a shortage of work at a shipyard. While in receipt of unemployment insurance benefits, he worked as a taxi driver, but did not report any of his earnings therefrom. The Canada Employment and Immigration Commission determined that the claimant was not unemployed and was therefore not entitled to any benefits, based on the fact that he controlled his own working hours as an independent taxi driver. The Commission also invoked *Unemployment Insurance Act*, subsection 33(1), which gives it the discretion to impose a penalty when "in its opinion" the facts establish that a claimant made statements or representations that he or she "knew" to be false or misleading, and imposed a penalty of \$5,362. The Commission found that the claimant knowingly made false statements because he answered "Yes" to the question "Did you work during the period of this report?" on the bi-weekly report cards whenever he was called back to work at the shipyards, but answered "No" when filing report cards covering those weeks in which his work was limited to driving a taxi. The claimant had been informed at the time he made his claim that he would not be entitled to benefits if he held a taxi licence. He had minimal education and a friend completed the application for benefits. The Board upheld the determination that the claimant was not entitled to benefits on the ground that he was not unemployed, but concluded that he had not knowingly made false or misleading statements. The Umpire dismissed the appeals from both those findings, stating that the onus was on the Commission to prove that the claimant knowingly made false statements.

The issues were whether "in its opinion" had the effect of insulating from review by the Board of Referees the Commission's decision to impose a penalty; and, whether the Board and Umpire erred in imposing on the Commission the burden of establishing an "intention to deceive" on the part of the claimant.

*Held*, the application should be allowed.

The phrase "in its opinion" does not have the legal effect of insulating from review the Commission's decision with respect to whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. This aspect of the discretionary power outlined in subsection 33(1) is not of an administrative nature. Although "in its opinion", when standing alone, supports the *prima facie* understanding that such findings of the Commission are final and conclusive, Parliament cannot be deemed to have intended that such findings of the Commission are final and conclusive because: (1) the opinion relates to a finding of fact for which no particular expertise is required; (2) the Board is empowered to engage

commis aucune erreur lorsqu'il a décidé que le prestataire n'avait pas sciemment fait des déclarations fausses ou trompeuses. Le prestataire avait été licencié à cause d'un manque de travail dans un chantier naval. Alors qu'il touchait des prestations d'assurance-chômage, il avait travaillé comme chauffeur de taxi mais n'avait déclaré aucun des gains tirés de cette occupation. La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada a décidé que le prestataire n'était pas chômeur et qu'il n'avait donc pas droit aux prestations, se fondant sur le fait qu'en tant que chauffeur de taxi indépendant, il était maître de son horaire de travail. La Commission a également invoqué le paragraphe 33(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* qui lui donne le pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité lorsque «à son avis» les faits démontrent qu'un prestataire a fait «sciemment» des déclarations ou des observations fausses ou trompeuses et lui a imposé une pénalité de 5 362 \$. La Commission a conclu que le prestataire avait sciemment fait de fausses déclarations parce qu'il avait répondu «Oui» à la question «Avez-vous travaillé au cours de la période en question?» figurant sur les cartes de déclaration qu'il devait chaque quinzaine remplir quand il était rappelé au travail au chantier, mais avait répondu «Non» pour les semaines où il n'avait fait que conduire un taxi. Le prestataire avait été informé qu'il n'aurait pas droit aux prestations d'assurance-chômage s'il était titulaire d'une licence de taxi. Il avait très peu d'instruction et sa demande de prestations avait été remplie par un ami. Le Conseil a confirmé la décision selon laquelle le prestataire n'avait droit à aucune prestation étant donné qu'il n'était pas chômeur mais a conclu qu'il n'avait pas sciemment fait de déclarations fausses ou trompeuses. Le juge-arbitre a rejeté les appels contre ces deux décisions déclarant qu'il incombait à la Commission de prouver que le prestataire avait sciemment fait de fausses déclarations.

Les questions sont de savoir si, d'une part, l'expression «à son avis» avait pour effet de mettre la décision de la Commission d'imposer une pénalité, à l'abri du contrôle exercé par le conseil arbitral; et si, d'autre part, le Conseil et le juge-arbitre ont commis une erreur de droit en imposant à la Commission le fardeau d'établir qu'il y avait, de la part du prestataire, une «intention de tromper».

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

L'expression «à son avis» n'a pas juridiquement pour effet de mettre la décision de la Commission à l'abri de tout contrôle pour ce qui est de la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse. Cet aspect du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 33 (1) n'est pas de caractère administratif. Bien que cette expression, prise isolément, comporte a priori l'idée que de telles conclusions de la Commission sont définitives et concluantes, on ne peut considérer que le législateur a voulu aboutir à un tel résultat sur le plan du droit et cela pour les raisons suivantes: 1) l'opinion en question porte sur une conclusion de fait qui n'exige aucune

in a *de novo* review with respect to factual matters; and (3) it is in a better position to make objective findings of fact. This conclusion is reinforced by reference to the punitive nature of the financial consequences which flow from a decision to impose a penalty under subsection 33(1). The Board possesses the requisite jurisdiction to assess *de novo* whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement.

The initial onus is on the Commission to prove that a claimant knowingly made a false or misleading statement. Once it appears from the evidence that a claimant has wrongly answered a very simple question or questions on a report card, the burden shifts to the claimant to explain why the incorrect answers were given. The Umpire erred in requiring the Commission to establish "an intention to deceive".

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).

*Immigration Regulations, Part I*, SOR/62-36, s. 34(3)f (am. by SOR/67-434, s. 2)

*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.

*Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 8, 10 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 8), 25(11), 27, 30(1) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 22; 1993, c. 13, s. 20), 33(1) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 25), 41(10), 79(1),(2).

*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, s. 43.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Gates*, [1995] 3 F.C. 17 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Nenn v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 631; (1981), 122 D.L.R. (3d) 577; 36 N.R. 487.

##### CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. Smith* (1994), 167 N.R. 105 (F.C.A.); *Dunham* (1995), CUB 29211; *Gana v. Minister of Manpower and Immigration*, [1970] S.C.R. 699; (1970), 13 D.L.R. (3d) 699.

connaissance technique particulière; 2) le Conseil a la compétence nécessaire pour procéder à un examen *de novo* des questions de fait; et 3) il est en meilleure position pour trancher de manière objective les questions de fait. Cette conclusion est confortée par le caractère punitif des conséquences pécuniaires découlant de toute décision d'imposer une pénalité au titre du paragraphe 33(1). Le Conseil a la compétence nécessaire pour se prononcer *de novo* sur la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse. C'est au départ à la Commission qu'il appartient de prouver qu'un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse.

À partir du moment où la preuve démontre qu'un prestataire a donné une réponse inexacte à une question très simple ou à des questions figurant sur la carte de déclaration, il y a renversement du fardeau de la preuve et c'est alors au prestataire qu'il appartient d'expliquer l'existence de ses réponses inexactes. Le juge-arbitre a commis une erreur en exigeant de la Commission qu'elle établisse «une intention de tromper».

#### d LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur L'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 8, 10 (mod. par L.C.1990, ch 40, art. 8), 25(11), 27, 30(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 22; 1993, ch. 13, art. 20), 33(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 25), 41(10), 79(1),(2).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).

*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 21.

*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576, art. 43.

*Règlements sur l'Immigration, Partie I*, DORS/62-36, art. 34(3)f (mod. par DORS/67-434, art. 2).

g

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Canada (Procureur général) c. Gates*, [1995] 3 C.F. 17 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Nenn c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 631; (1981), 122 D.L.R. (3) 577; 36 N.R. 487.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Canada (Procureur général) c. Smith* (1994), 167 N.R. 105 (C.A.F.); *Dunham* (1995), CUB 29211; *Gana c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1970] R.C.S. 699; (1970), 13 D.L.R. (3d) 699.

## REFERRED TO:

*Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Calgary Power Ltd. and Halmrast v. Copithorne*, [1959] S.C.R. 24; (1958), 16 D.L.R. (2d) 241; *Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] S.C.R. 7; (1966), 59 D.L.R. (2d) 357; 58 W.W.R. 232; *Blachford v. Public Service Commission of Canada*, [1983] 1 F.C. 109 (T.D.); *Kennedy v. Canada (Public Service Commission)*, [1990] 2 F.C. 181; (1990), 34 F.T.R. 52 (T.D.); *Everett v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112; 169 N.R. 100 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Plourde*, [1990] F.C.J. No. 944 (F.C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Phung*, [1994] F.C.J. No. 1754 (F.C.A.) (QL); *Attorney General of Canada v. Desjardins*, [1981] 1 F.C. 220 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Findenigg*, [1984] 1 F.C. 65 (C.A.); *Re The Queen and Harbour* (1986), 26 D.L.R. (4th) 96; [1986] 3 W.W.R. 300; 86 CLLC 14,017; 67 N.R. 267 (F.C.A.); *Brunet v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1988] F.C.J. No. 829 (F.C.A.) (QL); *Chartier v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1990] F.C.J. No. 832 (F.C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Simard*, [1994] A.C.F. No. 290 (F.C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Frew*, [1994] F.C.J. No. 988 (F.C.A.) (QL); *R. v. Friesen*, [1994] F.C.J. No. 1363 (F.C.A.) (QL); *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; [1994] 7 W.W.R. 1; (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 145; 4 C.C.L.S. 117; *Mihai* (1986), CUB 12720.

## AUTHORS CITED

Evans, J. M. et al. *Administrative Law: Cases, Texts and Materials*, 3rd ed., Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1989.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed., Oxford: Clarendon Press, 1992.

APPLICATION for judicial review of the Umpire's finding that the Board of Referees did not err in ruling

## DÉCISIONS CITÉES:

*Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Calgary Power Ltd. and Halmrast v. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24; (1958), 16 D.L.R. (2d) 241; *Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] R.C.S. 7; (1966), 59 D.L.R. (2d) 357; 58 W.W.R. 232; *Blachford c. La Commission de la Fonction publique du Canada*, [1983] 1 C.F. 109 (1<sup>re</sup> inst.); *Kennedy c. Canada (Commission de la fonction publique)*, [1990] 2 C.F. 181; (1990), 34 F.T.R. 52 (1<sup>re</sup> inst.); *Everett c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112; 169 N.R. 100 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Plourde*, [1990] A.C.F. n° 944 (C.A.F.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Phung*, [1994] F.C.J. n° 1754 (C.A.F.) (QL); *Le procureur général du Canada c. Desjardins*, [1981] 1 C.F. 220 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Findenigg*, [1984] 1 C.F. 65 (C.A.); *Re La Reine et Harbour* (1986), 26 D.L.R. (4th) 96; [1986] 3 W.W.R. 300; 86 CLLC 14,017; 67 N.R. 267 (C.A.F.); *Brunet c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1988] A.C.F. n° 829 (C.A.F.) (QL); *Chartier c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 832 (C.A.F.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Simard*, [1994] A.C.F. n° 290 (C.A.F.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Frew*, [1994] A.C.F. n° 988 (C.A.F.) (QL); *R. c. Friesen*, [1994] C.F.J. n° 1363 (C.A.F.) (QL); *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; [1994] 7 W.W.R. 1; (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 145; 4 C.C.L.S. 117; *Mihai* (1986), CUB 12720.

## DOCTRINE

Evans, J. M. et al. *Administrative Law: Cases, Texts and Materials*, 3rd ed., Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1989.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed., Oxford: Clarendon Press, 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la conclusion du juge-arbitre selon laquelle le Conseil n'avait pas

that the claimant had not knowingly made false or misleading statements, as proscribed by *Unemployment Insurance Act*, subsection 33(1). Application allowed.

## COUNSEL:

*Anne-Marie Lévesque* for applicant.  
*Kenneth MacInnis* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Kenneth MacInnis Associates*, Halifax, for respondent.

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

ROBERTSON J.A.: This judicial review application raises two issues bearing upon the proper construction and application of subsection 33(1) of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 as amended [by S.C. 1990, c. 40, s. 25] (the Act). Under that subsection the Canada Employment and Immigration Commission (the Commission) possesses the discretionary power to impose a penalty when "in its opinion" the facts establish that a claimant has made statements or representations that he or she "knew" to be false or misleading. The full text of subsection 33(1) reads as follows:

33. (1) Where the Commission becomes aware of facts that in its opinion establish that a claimant or any person on the claimant's behalf has, in relation to a claim for benefit, made statements or representations that the claimant or person knew to be false or misleading or, being required under this Act or the regulations to furnish information, furnished information or made statements or representations that the claimant or person knew to be false or misleading, the Commission may impose on the claimant a penalty in respect of each false or misleading statement, representation or piece of information, but the penalty shall be not greater than an amount equal to three times the claimant's weekly rate of benefit.

The first, and pivotal, issue is whether the phrase "in its opinion" has the effect of insulating the Commission's decision to impose a penalty from review by the Board of Referees (the Board). The Commission

commis d'erreur en statuant que le prestataire n'avait pas fait sciemment de déclarations fausses ou trompeuses, telles que prosrites par le paragraphe 33(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Demande accueillie.

<sup>a</sup> AVOCATS:

*Anne-Marie Lévesque* pour le requérant.  
*Kenneth MacInnis* pour l'intimé.

<sup>b</sup> PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*Kenneth MacInnis Associates*, Halifax, pour l'intimé.

<sup>c</sup>

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

<sup>d</sup>

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La présente demande de contrôle judiciaire soulève deux questions touchant la manière dont il convient d'interpréter et d'appliquer le paragraphe 33(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, modifiée [par L.C. 1990, ch. 40, art. 25] (la Loi). Aux termes de ce paragraphe, la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (la Commission) a le pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité lorsque «à son avis» les faits démontrent qu'un prestataire a fait «sciemment» des déclarations ou des observations fausses ou trompeuses. Voici intégralement cité le texte du paragraphe 33(1):

<sup>e</sup>

33. (1) Lorsque la Commission prend connaissance de faits qui, à son avis, démontrent qu'un prestataire ou une personne agissant pour le compte de celui-ci a, relativement à une demande de prestations, ou à l'occasion de renseignements exigés par la présente loi ou par les règlements, sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse, fourni un renseignement faux ou trompeur ou présenté des observations fausses ou trompeuses, elle peut infliger au prestataire, pour chacun des déclarations, renseignements ou observations faux ou trompeurs, une pénalité dont le montant ne dépasse pas le triple de son taux de prestations hebdomadaires.

<sup>f</sup>

La première question, essentielle en l'espèce, est celle de savoir si l'expression «à son avis» a pour effet de mettre la décision de la Commission d'imposer une pénalité, à l'abri du contrôle exercé par le

urges that such decisions can be set aside only where it is established that the discretionary power was not exercised “judicially”. Subject to this limitation, the Commission maintains that it is the sole judge of whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. The Board’s appellate review function is simply to determine whether the Commission formulated the requisite opinion.

In the present case, the Commission maintains that the Board fell into error by setting aside the Commission’s decision after concluding that the claimant, Mr. Purcell, had not knowingly made any false or misleading statements. The Umpire is alleged to have compounded that error by dismissing the Commission’s appeal. I do not agree. For the reasons which follow, I am of the opinion that the Board possesses the requisite jurisdiction to formulate its own opinion with respect to whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. That conclusion, however, does not dispose of this judicial review application.

The second and alternative issue relates to the imposition and application of the proper standard of proof. The Commission argues that both the Board and the Umpire erred in law by imposing on the Commission the burden of establishing an “intention to deceive” on the part of the claimant. It is the Commission’s position that that is not the proper standard of proof and, accordingly, both reviewing authorities erred in law. I accept this argument. As will be explained, the recent decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. Gates*, [1995] 3 F.C. 17 fully supports that conclusion.

It is clear that the Commission’s first argument represents a fundamental change from the position heretofore taken by it. If the argument were accepted, then it necessarily follows that the existing legal requirements imposed by this Court on the Commission’s exercise of its discretionary power, with respect

Conseil arbitral (le Conseil). La Commission soutient que pareille décision ne peut être infirmée que s’il est démontré que son pouvoir discrétionnaire n’a pas été exercé «judiciairement». À cette réserve près, la Commission fait valoir qu’elle est seul juge de la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse. La fonction de contrôle attribuée, en appel, au Conseil se limiterait donc à décider si la Commission a formulé l’opinion ainsi prévue.

La Commission estime en l’espèce que le Conseil a commis une erreur lorsqu’il a infirmé la décision de la Commission après avoir conclu que le prestataire, M. Purcell, n’avait pas sciemment fait de déclarations fausses ou trompeuses. On fait valoir que le juge-arbitre se serait associé à l’erreur en rejetant l’appel interjeté par la Commission. Je ne suis pas de cet avis. Pour les motifs que je vais exposer ici, j’estime que le Conseil a la compétence voulue pour formuler sa propre opinion sur la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse. Cette conclusion ne suffit pas cependant pour trancher la présente demande de contrôle judiciaire.

La seconde question, subsidiaire, a trait à l’attribution et à l’application du fardeau de la preuve incombant en l’espèce. La Commission soutient que le Conseil et le juge-arbitre ont commis une erreur de droit en imposant à la Commission le fardeau d’établir qu’il y avait, de la part du prestataire, une «intention de tromper». La Commission estime que ce n’est pas cette norme de preuve qui est applicable en l’espèce et elle estime que, par conséquent, les deux organismes de contrôle ont commis une erreur de droit. J’admets l’argument. Ainsi qu’il sera expliqué, l’arrêt récemment rendu par cette Cour dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Gates*, [1995] 3 C.F. 17, justifie pleinement cette conclusion.

Il est clair que le premier argument développé par la Commission constitue un changement essentiel par rapport à la position que celle-ci avait précédemment adoptée. Pour accepter l’argument il faudrait, nécessairement, abandonner les actuelles conditions juridiques que la Cour a imposées à l’exercice du pouvoir

to the imposition of a penalty under subsection 33(1) of the Act, must be jettisoned. Given these special circumstances, the fact that this particular issue was not raised below, and that the claimant was unrepresented at the oral hearing of this matter, this Court took the unprecedented step of ordering the Commission to assist the claimant in retaining and paying the costs of independent legal counsel. We did so solely for the purpose of having available written representations in response to the Commission's arguments on this issue. I hasten to add that we were satisfied that the claimant was not in a position to retain counsel. Under the terms of our order the Commission was given an opportunity to submit a reply memorandum by December 15, 1995. It was agreed that this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application would be disposed of on the basis of the written materials filed, unless further oral argument was deemed necessary. That need did not materialize. My analysis begins with the customary recitation of relevant facts.

The claimant filed an application for unemployment insurance benefits after being laid off because of a shortage of work at the Halifax shipyards. While in receipt of benefits, the claimant worked for a period of time as a taxi driver. However, he failed to report any of his earnings derived from that occupation. Ultimately, the Commission determined that the claimant was not unemployed within the meaning of the Act and Regulations [*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576] and, therefore, not entitled to any benefits. That determination turned on the fact that the claimant controlled his own working hours as an independent taxi driver: see sections 8 and 10 [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 8] of the Act and section 43 of the Regulations. The Commission also invoked subsection 33(1) of the Act and imposed a penalty of \$5,362 because of the claimant's failure to report all earnings. As well, the claimant is under the additional obligation to reimburse the Commission for

discrétionnaire conféré à la Commission en ce qui concerne l'imposition d'une pénalité au titre du paragraphe 33(1) de la Loi. Compte tenu de ces circonstances particulières, du fait que cette question précise n'a pas été évoquée en premier ressort et que le prestataire n'a pas été assisté d'un avocat lors de l'audition de cette affaire, la Cour a pris la décision inédite d'enjoindre à la Commission d'aider le prestataire à retenir et à rémunérer les services d'un avocat. En cela nous avons agi uniquement dans le but de pouvoir disposer des observations écrites présentées en réponse aux arguments développés par la Commission sur cette question. Je m'empresse d'ajouter que nous étions convaincus que le prestataire n'avait pas lui-même les moyens de retenir les services d'un avocat. Selon les conditions fixées dans notre ordonnance, la Commission avait jusqu'au 15 décembre 1995 la possibilité de présenter un mémoire en réplique. Il a été convenu que la présente demande, fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)], serait réglé sur production des documents écrits à moins qu'il ne paraisse nécessaire d'entendre de nouvelles plaidoiries. Ce besoin ne s'est pas fait sentir. Mon analyse commence donc par l'exposé habituel des faits pertinents de la cause.

Le prestataire avait déposé une demande de prestations d'assurance-chômage après avoir été licencié du chantier naval de Halifax dont le plan de charge était insuffisant. Alors qu'il touchait des prestations, le prestataire a travaillé quelque temps comme chauffeur de taxi. Il n'a cependant déclaré aucun des gains tirés de cette occupation. La Commission a en fin de compte décidé que le prestataire n'était pas chômeur au sens de la Loi et du Règlement [*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576] et qu'il n'avait donc pas droit aux prestations. Cette décision était fondée sur le fait qu'en tant que chauffeur de taxi indépendant, le prestataire était maître de son horaire de travail: voir les articles 8 et 10 [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 8] de la Loi ainsi que l'article 43 du Règlement. Se fondant également sur le paragraphe 33(1) de la Loi, la Commission a imposé une pénalité de 5 362 \$ au prestataire qui n'avait pas déclaré l'intégralité de ses gains. Le prestataire devra en outre

overpayments made by it as a result of the false statements.

The facts relevant to the finding by the Commission that the claimant had knowingly made false statements are as follows. From time to time the claimant was called back to work at the Halifax shipyards. During these periods he was still in receipt of benefits. On each occasion the claimant answered "Yes" to Question 1 of the bi-weekly report cards which he filed with the Commission. Question 1 asks: "Did you work during the period of this report?" The claimant also reported all earnings received from the Halifax shipyards. On the other hand, the claimant answered "No" to Question 1 when filing report cards covering those weeks in which his work was limited to driving a taxi. After receiving an anonymous phone call revealing that the claimant was working as a taxi driver, while in receipt of benefits, the Commission asked the claimant to attend at its offices. During the ensuing interview the claimant admitted to driving a taxi, on Friday and Saturday evenings only, and to being informed at the time he made his claim that he would not be entitled to unemployment benefits if he held a taxi licence (applicant's application record, at pages 52-53). A friend of the claimant, Mr. Clarke, made submissions on his behalf before the Board. Mr. Clarke submitted that the claimant had only a minimal education and was not "competent" in filling out forms and that, in fact, his "application" for benefits was filled out by another person.

The Board upheld the Commission's determination that the claimant was not entitled to benefits on the ground that he was not unemployed. However, contrary to the Commission's determination, it concluded that the claimant had not knowingly made false or misleading statements. Specifically, the Board held (applicant's application record, at page 99):

After reviewing all the evidence the Board finds the following. We find the claimant was driving a taxi even though it

rembourser à la Commission les surpaiements qui lui ont été faits en raison de ses fausses déclarations.

Voici les faits sur lesquels la Commission s'est fondée pour décider que le prestataire avait sciemment fait de fausses déclarations. De temps à autre le prestataire était rappelé pour travailler au chantier naval de Halifax. À ces époques-là il touchait encore des prestations d'assurance-chômage. À chaque fois, le prestataire répondait «Oui» à la question 1 figurant sur les cartes de déclaration qu'il devait chaque quinzaine remplir et renvoyer à la Commission. La question numéro 1 est «Avez-vous travaillé au cours de la période en question?» Le prestataire a donc déclaré la totalité de la rémunération obtenue au chantier naval de Halifax. Mais, sur les cartes de déclaration, le prestataire avait répondu «Non» à la question numéro 1 pour les semaines où il n'avait fait que conduire un taxi. Suite à un appel téléphonique anonyme lui apprenant que, alors qu'il touchait les prestations d'assurance-chômage, le prestataire travaillait comme chauffeur de taxi, la Commission a demandé au prestataire de se présenter dans ses services. Au cours de l'entrevue qui a suivi, le prestataire a reconnu avoir conduit un taxi, les vendredis et samedis soirs seulement, et avoir été informé, lors du dépôt de sa demande de prestations, qu'il n'aurait pas droit aux prestations d'assurance-chômage s'il était titulaire d'une licence de taxi (dossier de demande du requérant, aux pages 52 et 53). Devant le Conseil, M. Clarke, un ami du prestataire, a présenté des observations au nom de M. Purcell. M. Clarke a fait valoir que le prestataire n'avait bénéficié que d'une scolarité assez sommaire et qu'il n'était pas «très capable» lorsqu'il s'agissait de remplir des formulaires et que, de fait, sa «demande» de prestations avait été remplie par quelqu'un d'autre.

Le Conseil a confirmé la décision de la Commission selon laquelle le prestataire n'avait droit à aucune prestation étant donné qu'il n'était pas chômeur. Mais, contrairement à ce qu'avait décidé la Commission, le Conseil a conclu que le prestataire n'avait pas sciemment fait des déclarations fausses ou trompeuses. La Commission a en effet décidé (dossier de demande du requérant, à la page 99):

Après examen de l'ensemble de la preuve, la Commission constate que le prestataire conduisait effectivement un taxi

was a minimal number of hours per week. We also find that he did not report this on his cards. The question is did he intentional[ly] make false or misleading statements. His agent Mr. Clarke made informative submissions on his behalf. Mr. Clarke pointed out the claimant only has minimal education and is not completely competent when it comes to filling out forms, his application was in fact filled out by another person as the claimant had trouble filling it out himself.

Each of the parties appealed the respective negative decisions to an umpire. Both appeals were dismissed. This application is concerned only with the Umpire's finding that the Board did not err in ruling that the claimant had not knowingly made false or misleading statements, as proscribed by subsection 33(1) of the Act. With respect to that issue, the learned Umpire concluded as follows (applicant's application record, at page 121):

The Board of Referees were obviously not convinced that the claimant knowingly made false statements. The onus of proof in that regard is on the Commission. The Board of Referees were prepared and did in fact give to the claimant the benefit of the doubt. They obviously assessed his credibility in so determining and found in the claimant's favour. I have not been convinced that I should interfere with the Board of Referees' findings in that regard.

Counsel for the claimant is quick to distinguish between the right of the Board to determine whether a claimant has knowingly made false or misleading statements and the right of the Commission to determine whether a penalty should be imposed once it is satisfied that this condition precedent has been satisfied. For example, had the Board in this case concluded that the claimant had knowingly made false statements then counsel concedes that the Commission's decision to impose a penalty could not have been set aside by the Board. In such circumstances the decision whether to impose or not to impose a penalty must rest with the Commission. I agree. To hold otherwise, in my view, would undermine significantly the responsibility of the Commission to protect against abuses of the legislative scheme. That conclusion, however, does not address the fact that the condition

même s'il ne faisait que peu d'heures par semaine. Nous constatons également qu'il ne l'a pas indiqué sur ses cartes de déclaration. La question est de savoir s'il a sciemment fait des déclarations fausses ou trompeuses. Son représentant, M. Clarke, a présenté au nom du prestataire des arguments instructifs. M. Clarke a fait remarquer que le prestataire n'a bénéficié que d'une scolarité sommaire et qu'il n'est pas très capable lorsqu'il s'agit de remplir des formulaires, sa demande de prestations ayant été, de fait, remplie par quelqu'un d'autre étant donné que le prestataire avait du mal à la remplir lui-même.

Les deux parties ont interjeté appel devant un juge-arbitre contre les décisions rendues respectivement à leur encontre. Les deux appels ont été rejetés. La présente demande ne concerne que la conclusion du juge-arbitre selon laquelle le Conseil n'a commis aucune erreur lorsqu'il a décidé que le prestataire n'avait pas sciemment fait les déclarations fausses ou trompeuses que réprime le paragraphe 33(1) de la Loi. Sur ce point, le savant juge-arbitre a conclu en ces termes (dossier de demande du requérant, à la page 121):

Le conseil arbitral n'était de toute évidence pas convaincu que le prestataire avait sciemment fait de fausses déclarations. Sur ce point la preuve incombe à la Commission. Le Conseil arbitral était disposé à accorder au prestataire le bénéfice du doute, ce qu'il a effectivement fait. En tranchant ainsi, le Conseil a manifestement évalué la crédibilité du prestataire et a conclu en sa faveur. Je ne suis pas convaincu d'avoir sur ce point à intervenir au niveau des conclusions du conseil arbitral.

L'avocat du prestataire s'empresse de faire une distinction entre le droit qu'a le Conseil de dire si un prestataire a sciemment fait des déclarations fausses et trompeuses et le droit qu'a la Commission de dire s'il y a lieu d'imposer une pénalité à partir du moment où elle estime que cette condition préalable est remplie. À supposer que le Conseil ait en l'espèce conclu que le prestataire avait sciemment fait des fausses déclarations, l'avocat reconnaît que, dans cette hypothèse, la décision qu'a prise la Commission d'imposer une pénalité n'aurait pas pu être infirmée par le Conseil. En pareille hypothèse, la décision d'imposer ou non une pénalité appartient à la Commission. C'est aussi mon avis. J'estime qu'en affirmant le contraire on porterait atteinte à la responsabilité qu'a la Commission de protéger contre les abus le dispositif législatif qui a été mis en place. Cela ne règle cependant pas la

precedent to the exercise of the discretionary power in question is expressed in terms of the Commission forming an opinion, not the Board. Thus, the ultimate issue is whether the Commission's opinion is to be treated as final and conclusive or whether the Board possesses the jurisdiction to formulate its own opinion with respect to what is essentially a question of fact.

The first step in making this decision is to acknowledge that the law simply does not recognize the concept of an unfettered discretion. All discretionary powers must be exercised "according to law" and, therefore, are subject to certain implied limitations. A decision based on a misapprehension of the facts, as opposed to inferences drawn from accepted facts, will be set aside as will decisions based on a palpable error: see *Canada (Attorney General) v. Smith* (1994), 167 N.R. 105 (F.C.A.) where the penalty imposed by the Commission exceeded the prescribed maximum.<sup>1</sup> Counsel for the Commission acknowledges that a discretionary power must be exercised "judicially". I take that term to mean that if it can be established that the decision-maker acted in bad faith or for an improper purpose or motive, took into account an irrelevant factor or ignored a relevant factor or acted in a discriminatory manner, then any decision which flows from the exercise of a discretionary power will be set aside: see *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875, at page 877; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 76-77.

These common law limitations reflect the understanding that unreviewable discretionary powers are in conflict with the notion that all powers granted by Parliament to the executive are of an inherently limited nature: see W. Wade, *Administrative Law*, 5th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1982) at page 355; and J. M. Evans *et al.*, *Administrative Law: Cases, Texts and Materials*, 3d ed. (Toronto: Emond Montgomery, 1989) at page 653; and *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, *per* Rand J. at page 140.

question du fait que l'exercice du pouvoir discrétionnaire en cause est subordonné à l'avis non pas du Conseil mais de la Commission. En dernière analyse, la question est donc de savoir si l'avis de la Commission doit être considéré comme définitif et concluant ou si le Conseil est compétent pour formuler à son tour un avis concernant ce qui est essentiellement une question de fait.

Pour trancher la question, il faut d'abord reconnaître que le droit ne connaît pas la notion de pouvoir discrétionnaire absolu. Tout pouvoir discrétionnaire doit être exercé «conformément au droit» et un tel pouvoir est, par conséquent, soumis à un certain nombre de limites implicites. Toute décision fondée sur une mauvaise compréhension de faits, ce qui n'est pas la même chose qu'une inférence fondée sur des faits non contestés, sera annulée, comme le serait une décision fondée sur une erreur tangible: voir *Canada (Procureur général) c. Smith* (1994), 167 N.R. 105 (C.A.F.) affaire dans laquelle la pénalité imposée par la Commission dépassait le maximum prescrit<sup>1</sup>. L'avocat de la Commission reconnaît qu'un pouvoir discrétionnaire doit être exercé «judiciairement». J'entends par cela que si l'on parvient à établir que le décideur a agi de mauvaise foi, ou dans un but ou pour un motif irrégulier, qu'il a pris en compte un facteur non pertinent ou ignoré un facteur pertinent ou qu'il a agi de manière discriminatoire, toute décision découlant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sera annulée: voir *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875, à la page 877; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 76 et 77.

Ces limites qu'impose la common law traduisent l'idée qu'un pouvoir discrétionnaire qui n'est pas soumis à contrôle est contraire à l'idée que tout pouvoir conféré à l'exécutif par le législateur est intrinsèquement limité: voir W. Wade, *Administrative Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Oxford: Clarendon Press, 1982) à la page 355; et J. M. Evans et autres, *Administrative Law: Cases, Texts and Materials*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto: Emond Montgomery, 1989) à la page 653; et *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, le juge Rand, à la page 140.

This is not a case in which it can be said that the Commission did not act judicially. The issue before us is whether the Board has the jurisdiction to substitute its view for that of the Commission with respect to whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. There are two possible approaches to determining this issue which, for my purposes, are quite compatible. The first is to approach the issue of jurisdiction as a question of statutory construction, and in particular by construing the phrase "in its opinion". The second is to follow the methodology of the Supreme Court by characterizing the discretionary power in order to determine whether it is subject to review. Of primary relevance is whether the power is "administrative" in nature. The jurisprudence of our Supreme Court reveals that reviewing bodies may not interfere with the exercise of an "administrative" discretion, unless of course there has been a breach of express or implied limitations. This much can be safely extracted from the case law: see *Calgary Power Ltd. and Halmrast v. Copithorne*, [1959] S.C.R. 24; *Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] S.C.R. 7; *Gana v. Minister of Manpower and Immigration*, [1970] S.C.R. 699; and *Nenn v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 631; with respect to the latter case see also *Blachford v. Public Service Commission of Canada*, [1983] 1 F.C. 109 (T.D.); and *Kennedy v. Canada (Public Service Commission)*, [1990] 2 F.C. 181 (T.D.) *per* Strayer J., at page 187.

For purposes of this appeal it is sufficient to canvass briefly two of the Supreme Court's decisions: *Gana v. Minister of Manpower and Immigration*, and *Nenn v. The Queen*. In *Gana* the Supreme Court had to decide whether the Immigration Appeal Board and a special inquiry officer possessed the jurisdiction to consider and vary the number of "units" allotted to the applicant, by an immigration officer, for purposes of determining admissibility to Canada. The argument advanced by the Minister was that a review of the immigration officer's decision was prohibited by the opening words of paragraph 34(3)(f) of the *Immigra-*

On ne saurait affirmer en l'espèce que la Commission n'a pas agi de façon judiciaire. Il s'agit de décider si le Conseil a la compétence voulue pour substituer son opinion à celle de la Commission sur la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse. Pour trancher cette question, il y a deux manières de procéder qui me paraissent en l'espèce parfaitement compatibles. La première consiste à considérer la question de la compétence comme une question d'interprétation d'une disposition législative, en l'espèce l'interprétation de l'expression «à son avis». La deuxième consiste à suivre la démarche retenue par la Cour suprême et à préciser la nature du pouvoir discrétionnaire en cause afin de dire s'il est ou non soumis à un contrôle. On attachera une importance particulière à la question de savoir si le pouvoir en question est un pouvoir d'ordre «administratif». La jurisprudence de la Cour suprême révèle que les organismes de contrôle ne doivent pas s'immiscer dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'ordre «administratif», à moins, bien sûr, qu'il y ait eu violation des limites expressément ou implicitement posées à son exercice. Cela, on peut sans craindre de se tromper, l'affirmer en se fondant sur la jurisprudence: voir *Calgary Power Ltd. and Halmrast v. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24; *Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] R.C.S. 7; *Gana c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1970] R.C.S. 699; et *Nenn c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 631; voir aussi, en ce qui concerne cette dernière affaire, *Blachford c. La Commission de la Fonction publique du Canada*, [1983] 1 C.F. 109 (1<sup>re</sup> inst.), et *Kennedy c. Canada (Commission de la fonction publique)*, [1990] 2 C.F. 181 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Strayer, à la page 187.

Il suffit, dans le contexte du présent appel, d'examiner brièvement deux décisions de la Cour suprême: *Gana c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration* et *Nenn c. La Reine*. Dans l'affaire *Gana*, la Cour suprême avait à décider si la Commission d'appel de l'immigration et un enquêteur spécial avaient la compétence voulue pour examiner et modifier le nombre de «points» accordés par un agent d'immigration à un demandeur afin de se prononcer sur l'admissibilité de celui-ci au Canada. Selon l'argument développé par le ministre, tout contrôle de la décision de l'agent d'immigration était interdit par les termes

tion Regulations, Part I, SOR/62-36 as amended [SOR/67-434, s. 2], which reads: "in the opinion of an immigration officer". The Supreme Court concluded otherwise. Writing for the Court, Spence J. stated at page 709:

In my opinion, the words [in the opinion of] simply mean that the immigration officer is to carry out an assessing duty not that his opinion becomes final and conclusive protected from any review. Counsel for the Minister cites *Calgary Power Ltd. et al. v. Copithorne* for the proposition that the decision of the immigration officer was not subject to review but in that case the decision of the Minister of the Crown was held to be an administrative decision and by statute the Minister was given the sole authority to decide with no provision for appeal. The present situation is very different. [Emphasis is mine]

The opposite conclusion was reached in *Nenn v. The Queen*, which brought into question the legal significance of the phrase "in the opinion of" as employed in section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32. The thrust of that provision is that a person who has been denied a position in the Public Service may appeal the appointment of the successful candidate to a board established by the Public Service Commission. In cases where the appointment was made "without competition" then the right to appeal such an appointment does not arise unless, "in the opinion of" the board, the unsuccessful candidate "has been prejudicially affected". In *Nenn* the board had held that the appellant's opportunity for advancement in the Public Service had not been prejudicially affected by the appointment of another candidate. The appellant sought to have that decision set aside. The Supreme Court concluded, *inter alia*, that the decision was of "an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis." (*per* Martland J., at page 636). In the present case, our task is simply to characterize the nature of the decision under review. The distinction between quasi-judicial and administrative acts has, for all intents and purposes, been laid to rest: see *Everett v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112 (F.C.A.), *per* MacGuigan J.A., at page 120.

utilisés au début de l'alinéa 34(3)f) du *Règlement sur l'immigration, Partie I*, DORS/62-36 modifié [par DORS/67-434, art. 2], paragraphe qui commence par l'expression: «si un fonctionnaire à l'immigration est d'avis». La Cour suprême en a décidé autrement. Se prononçant au nom de la Cour, le juge Spence a ainsi déclaré à la page 709:

À mon avis ces mots [si. . . est d'avis] signifient simplement que le fonctionnaire à l'immigration doit faire l'appréciation du requérant, mais non que sa conclusion est définitive et sans appel. L'avocat du ministre invoque *Calgary Power Ltd. et al. c. Copithorne* à l'appui de la prétention que la décision du fonctionnaire à l'immigration n'est pas susceptible de révision, mais dans cette affaire-là, on a jugé qu'il s'agissait d'une décision administrative d'un ministre de Sa Majesté que lui seul avait le droit de prendre en vertu de la loi sans aucune disposition prévoyant un appel. [Non souligné dans l'original]

C'est à la conclusion inverse qu'est parvenue la Cour suprême dans l'arrêt *Nenn c. La Reine* où était en question le sens juridique qu'il convenait d'attribuer à l'expression «de l'avis de» employée à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32. Aux termes de cette disposition, la personne qui s'est vu refuser un poste dans la Fonction publique peut faire appel de la nomination du candidat reçu devant un organisme constitué par la Commission de la fonction publique. Si la nomination en question a été effectuée «sans concours», l'intéressé n'a le droit de faire appel que si «de l'avis» de la Commission, les chances d'avancement du candidat non reçu «sont ainsi amoindries». Dans l'affaire *Nenn*, le Conseil avait décidé que les chances d'avancement de l'appelant au sein de la Fonction publique n'avaient pas été amoindries par la nomination d'un autre candidat. L'appelant demandait l'annulation de cette décision. La Cour suprême a, entre autres, estimé que la décision était «de nature administrative non légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.» (le juge Martland, à la page 636). Dans la présente affaire, il nous incombe simplement de dire à quelle catégorie appartient la décision en cause. À toutes fins utiles, la distinction entre les décisions quasi judiciaires et les décisions d'ordre administratif a été abandonnée, voir *Everett c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112 (C.A.F.), le juge MacGuigan, à la page 120.

It would be misleading to suggest that the Supreme Court has had the opportunity to outline a comprehensive analytical framework for characterizing discretionary powers. In my view, the best that can be said is that the following factors are frequently taken into account when reviewing the exercise of a discretionary power: (1) the wording of the discretionary power and, in particular, whether it is couched in subjective terms; (2) the character and role of the decision-maker; (3) the nature or character of the discretionary decision in so far as it relates to a specific as opposed to general purpose; and (4) the existence and scope of a right of appeal. It is only after having regard to these factors that one is able to characterize the discretionary power outlined in subsection 33(1) of the Act as administrative or not, and thereby determine whether the Board has jurisdiction to interfere with the Commission's finding: see generally *Evans, supra*, at page 657 *et seq.*

The analytical approach outlined above does not form part of the Commission's principal argument, which hinges primarily on this Court's pronouncements stemming from the Commission's exercise of other discretionary powers scattered throughout the Act. This is a convenient place to deal with the Commission's argument.

Succinctly restated, the Commission posits that if it is not permissible for the Board to review discretionary decisions rendered by the Commission pursuant to other provisions of the Act, then surely the Board lacks the jurisdiction to do likewise with respect to those made under subsection 33(1) of the Act. In support of its argument the Commission refers specifically to the discretionary powers found in subsection 30(1) [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 22], 33(1), 41(10), and 79(1) of the Act, and the relevant jurisprudence.

Until amended in 1993 [S.C. 1993, c. 13, s. 20], subsection 30(1) of the Act empowered the Commis-

Il serait trompeur de laisser entendre que la Cour suprême a eu l'occasion d'esquisser un schéma d'analyse englobant tous les éléments permettant de classer les divers types de pouvoirs discrétionnaires. J'estime que l'on peut tout au plus affirmer que pour contrôler la manière dont a été exercé un pouvoir discrétionnaire, on va fréquemment tenir compte des facteurs suivants: (1) la manière dont est formulé le pouvoir discrétionnaire en question et notamment la question de savoir si ce pouvoir est énoncé en des termes subjectifs; (2) la nature et le rôle de l'organisme décideur; (3) la nature ou le caractère de la décision discrétionnaire, c'est-à-dire dans quelle mesure elle a un objet spécifique ou, au contraire, un objet général; et (4) l'existence d'un droit d'appel et la portée attribuée à celui-ci. Ce n'est qu'après avoir examiné ces divers facteurs que l'on peut dire si le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 33(1) de la Loi est ou non de caractère administratif, et décider si le Conseil était compétent pour intervenir au niveau de la décision prise par la Commission: voir, de manière générale, *Evans*, précité, à la page 657 et suivantes.

Le mode d'analyse exposé ci-dessus ne fait pas partie de l'argument principal développé par la Commission, argument essentiellement fondé sur les déclarations que la Cour a eu l'occasion de faire à l'égard de la manière dont la Commission a exercé divers autres pouvoirs discrétionnaires prévus ici et là dans la Loi. Il y a maintenant lieu d'examiner l'argument sur lequel se fonde la Commission.

En résumé, la Commission fait valoir que si le Conseil n'a pas la compétence nécessaire pour contrôler les décisions discrétionnaires rendues par la Commission en vertu d'autres dispositions de la Loi, le Conseil n'est évidemment pas compétent pour contrôler les décisions prises en vertu du paragraphe 33(1) de la Loi. À l'appui de son argument la Commission invoque plus précisément les pouvoirs discrétionnaires prévus aux paragraphes 30(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 22], 33(1), 41(10) et 79(1) de la Loi, ainsi que la jurisprudence qui s'y rapporte.

Avant d'être modifié en 1993 [L.C. 1993, ch. 13, art. 20], le paragraphe 30(1) de la Loi donnait à la

sion to impose a disqualification period ranging from six to twelve weeks arising from breaches of section 27 of the Act. Subsection 33(1) empowers the Commission to fix the amount of the penalty for knowingly making a false or misleading statement, subject to a prescribed maximum. Subsection 41(10) [formerly subsection 55(10)] provides that the Commission may waive certain conditions and requirements when “in its opinion” the circumstances warrant such. Subsection 79(1) provides that where “special reasons” exist the Commission may extend the time limit in which to appeal its decision to the Board. I agree with counsel for the Commission that with respect to these subsections this Court has held that neither the Board nor an umpire may exercise these discretionary powers which Parliament has vested in the Commission and that a decision made in the exercise of such discretions may not be set aside unless made in a “non-judicial way”, or “vitiated by fundamental error”: see *Canada (Attorney General) v. Plourde*, [1990] F.C.J. No. 944 (F.C.A.) (QL); and *Canada (Attorney General) v. Phung*, [1994] F.C.J. No. 1754 (F.C.A.) (QL) respectively.

Without expressly stating so, this Court has treated decisions based on the above discretionary powers as an exercise of an administrative discretion, thereby restricting the Board’s appellate review jurisdiction while insulating the Commission’s decisions from review: with respect to subsection 30(1) see *Canada (Attorney General) v. Phung*, *supra*; with respect to subsection 41(10) see *Attorney General of Canada v. Desjardins*, [1981] 1 F.C. 220 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Findenigg*, [1984] 1 F.C. 65 (C.A.); and *Re The Queen and Harbour* (1986), 26 D.L.R. (4th) 96 (F.C.A.); with respect to subsection 79(1) see *Brunet v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1988] F.C.J. No. 829 (F.C.A.) (QL); *Chartier v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1990] F.C.J. No. 832 (F.C.A.) (QL); and *Canada (Attorney General) v. Plourde*, *supra*; with respect to subsection 33(1) see: *Canada (Attorney General) v. Simard*, [1994] A.C.F. No. 290 (F.C.A.)

Commission le pouvoir d’imposer une période d’exclusion de six à douze semaines pour toute violation de l’article 27 de la Loi. Le paragraphe 33(1) confère à la Commission le pouvoir de fixer le montant de la pénalité applicable à ceux qui font sciemment une déclaration fausse ou trompeuse, sous réserve d’un maximum que la loi elle-même prescrit. Le paragraphe 41(10) [l’ancien paragraphe 55(10)] prévoit que la Commission pourra suspendre certaines des conditions et exigences prévues lorsque «à son avis» les circonstances le justifient. Le paragraphe 79(1) prévoit que s’il existe des «raisons spéciales» de le faire, la Commission peut accorder un délai supplémentaire à ceux qui entendent interjeter appel de sa décision devant le Conseil. Je conviens avec l’avocat de la Commission que, en ce qui concerne ces divers paragraphes, la Cour a décidé que ni le Conseil, ni un juge-arbitre ne peut exercer les pouvoirs discrétionnaires que le législateur a confiés à la Commission, et qu’une décision prise dans le cadre de l’exercice de ces mêmes pouvoirs discrétionnaires ne saurait être annulée à moins d’avoir été prise «de façon non judiciaire» ou à moins d’être «entachée d’une erreur fondamentale»: voir *Canada (Procureur général) c. Plourde*, [1990] A.C.F. n° 944 (C.A.F.) (QL); et *Canada (Procureur général) c. Phung*, [1994] F.C.J. n° 1754 (C.A.F.) (QL) respectivement.

Sans le déclarer expressément, la Cour a considéré que les décisions prises en fonction des pouvoirs discrétionnaires indiqués plus haut constituaient l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire administratif et a par là même restreint le pouvoir qu’a le Conseil de contrôler de telles décisions en appel, tout en mettant les décisions de la Commission à l’abri d’un tel contrôle: en ce qui concerne le paragraphe 30(1) voir *Canada (Procureur général) c. Phung*, précité; en ce qui concerne le paragraphe 41(10) voir *Le procureur général du Canada c. Desjardins*, [1981] 1 C.F. 220 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Findenigg*, [1984] 1 C.F. 65 (C.A.); et *Re La Reine et Harbour* (1986), 26 D.L.R. (4th) 96 (C.A.F.); en ce qui concerne le paragraphe 79(1), voir *Brunet c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1988] A.C.F. n° 829 (C.A.F.) (QL); *Chartier c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 832 (C.A.F.) (QL); et *Canada (Procureur*

(QL); *Canada (Attorney General) v. Frew*, [1994] F.C.J. No. 988 (F.C.A.) (QL); *R. v. Friesen*, [1994] F.C.J. No. 1363 (F.C.A.) (QL) and *Canada (Attorney General) v. Smith*, *supra*.

It does not follow, however, that absolute deference is owed the Commission on all other discretionary matters and, in particular, with respect to the question of whether a claimant knowingly made a false or misleading statement. This is not a proper case in which to argue by analogy. The phrase “in its opinion” cannot be construed in the abstract. Words must be read in their entire context along with the scheme and object of the Act: see *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; and *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.), *per* MacGuigan J.A., at page 352. This canon of statutory construction forces us to pursue the analytical framework outlined earlier. Otherwise, my analysis would end with a literal reading, not of subsection 33(1) of the Act, but of the phrase “in its opinion”.

In summary, this judicial review application is not concerned with the judicial treatment accorded other discretionary powers exercisable by the Commission. Nor is it concerned with the amount of the penalty that was imposed by the Commission. Rather we are concerned with the authority of the Commission to impose it in the first instance and with the jurisdiction of the Board to review it, based on its own assessment of the facts. The starting point of my analysis is the wording of the discretionary power in question.

Standing by itself the phrase “in its opinion” supports the Commission’s argument that Parliament intended to limit the review jurisdiction of the Board. The use of subjective, as opposed to objective, language to describe the Commission’s discretionary power cannot be dismissed summarily. A brief expla-

*général) c. Plourde*, précité; en ce qui concerne le paragraphe 33(1) voir: *Canada (Procureur général) c. Simard*, [1994] A.C.F. n° 290 (C.A.F.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Frew*, [1994] A.C.F. n° 988 (C.A.F.) (QL); *R. c. Friesen*, [1994] F.C.J. n° 1363 (C.A.F.) (QL) et *Canada (Procureur général) c. Smith*, précité.

Cela ne veut cependant pas dire qu’envers la Commission, il y ait lieu de faire preuve d’une retenue absolue en ce qui concerne toutes les autres questions relevant d’un pouvoir discrétionnaire et notamment pour ce qui est de la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse. Il n’y a pas lieu en l’espèce de se baser sur un raisonnement par analogie. L’expression «à son avis» ne saurait être interprétée dans l’absolu. Les mots doivent être pris dans leur contexte global en tenant compte de l’esprit et de l’objet de la Loi: voir *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; et *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.), le juge d’appel MacGuigan, à la page 352. Cette règle d’interprétation des lois nous impose le mode d’analyse exposé plus haut. Sans cela, mon analyse s’achèverait sur une lecture littérale, non pas du paragraphe 33(1) de la Loi, mais de la simple expression «à son avis».

En résumé, la présente demande de contrôle judiciaire n’a pas trait à la manière dont les tribunaux considèrent les autres pouvoirs discrétionnaires dont est investie la Commission. Il ne s’agit pas non plus du montant de la pénalité imposée par la Commission. Ce qui retient ici notre attention c’est, plutôt, le pouvoir qu’a la Commission d’imposer en premier ressort une telle pénalité et la compétence du Conseil pour exercer un contrôle à l’égard d’une telle décision en se fondant sur sa propre évaluation des faits. Mon analyse prend pour point de départ la manière dont est formulé le pouvoir discrétionnaire en question.

Prise isolément, l’expression «à son avis» donnerait raison à la Commission lorsque celle-ci soutient que le législateur entendait limiter la compétence du Conseil en matière de contrôle. On ne saurait écarter à la légère le fait qu’on a recouru pour énoncer le pouvoir discrétionnaire de la Commission à une

nation is all that is needed to highlight the legal significance between the two categories: see generally W. Wade, *Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992), at pages 445-446.

The jurisdiction to exercise a discretionary power may or may not be conditioned on the existence of a certain state of affairs or facts. In cases where the power is subject to one or more pre-conditions then it is possible to express such in either subjective or objective terms. Subsection 33(1) of the Act is presently cast in subjective terms: "If in the opinion of the Commission the claimant has made a false statement it may impose a penalty". However, Parliament very easily could have framed the power in objective terms: "Where a claimant knowingly makes a false statement the Commission may impose a penalty". The fact that it chose to employ subjective language is of legal significance.

As a general proposition, it may be said that where the discretionary power is framed in subjective terms the potential scope for review is, *prima facie*, narrower than when the power is framed in objective terms. The phrase "in its opinion" indicates that instead of judging objectively whether the pre-condition to the exercise of the statutory power is satisfied, the Board is restricted to ascertaining whether the Commission formed the requisite opinion before exercising its discretion to impose a penalty. However, the fact that Parliament cast the discretionary power under subsection 33(1) of the Act in subjective terms is not, in law, determinative of the issue at hand.

The second factor within the framework outlined above requires us to focus on the character of the decision-maker. In the present case it is obvious that the Commission is not a regulatory agency nor an expert tribunal whose decisions should be accorded deference in accordance with the principles enunciated by the Supreme Court in *Pezim v. British Columbia*

formulation subjective et non pas objective. Il suffit d'une brève explication pour souligner toute l'importance que revêt, au plan juridique, la différence entre les deux: voir, pour un examen général de la question, W. Wade, *Administrative Law*, 6<sup>e</sup> édition (Oxford: Clarendon Press, 1992), aux pages 445 et 446.

La compétence nécessaire pour exercer un pouvoir discrétionnaire peut ou non dépendre de l'existence de certaines circonstances ou de certains faits. Lorsque le pouvoir en question est soumis à une ou à plusieurs conditions préalables, il est possible de formuler celles-ci soit de manière subjective, soit de manière objective. Le paragraphe 33(1) de la Loi est actuellement formulé de manière subjective: «La Commission peut imposer une pénalité si, à son avis, le prestataire a fait une fausse déclaration». Mais, le législateur aurait très facilement pu formuler ce pouvoir en des termes objectifs: «Lorsqu'un prestataire fait sciemment une fausse déclaration la Commission peut imposer une pénalité». Le fait que le législateur ait choisi d'utiliser une formulation subjective entraîne des conséquences sur le plan du droit.

L'on peut dire, de manière générale, que lorsque le pouvoir discrétionnaire est formulé en des termes subjectifs, le champ d'exercice du pouvoir de contrôle est, a priori, plus étroit que lorsque le pouvoir est formulé en des termes objectifs. L'expression «à son avis» donne à penser que, au lieu de décider objectivement si la condition préalable à l'exercice du pouvoir conféré par la loi est remplie, le Conseil ne peut que constater si la Commission s'est fait l'opinion prévue avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité. Mais, le fait que le législateur ait, au paragraphe 33(1) de la Loi, formulé le pouvoir discrétionnaire en question de manière subjective ne suffit pas, en droit, à régler la question qui se pose en l'espèce.

Le deuxième facteur énoncé dans le cadre de la démarche exposée plus haut nous oblige à nous interroger sur le genre d'organisme décideur dont il s'agit. Il est clair en l'espèce que la Commission n'est ni un organisme réglementaire, ni un tribunal spécialisé à l'égard des décisions duquel on doit faire preuve de retenue conformément aux principes énoncés par la

(*Superintendent of Brokers*), [1994] 2 S.C.R. 557. Specifically, this is not a case where the decision-maker, the Commission, possesses a particular expertise necessary to formulate an opinion on what is essentially a question of fact. The present case contrasts sharply with the facts in *Nenn*. In that case the decision-maker, the Public Service Commission, was held to “possess the expertise to formulate an opinion as to whether the opportunity for advancement in the Public Service of an unsuccessful candidate has been prejudicially affected by the making of the appointment” (at page 637). It is self-evident that the question of whether or not a person has knowingly made one or more false or misleading statements does not require any special expertise on the part of the decision-maker. In this regard the Board of Referees is equally qualified to render such factual determinations. Moreover, as will be explained below, the Board is in a better position to make findings of fact than is the Commission.

As important as the character of the decision-maker is, so too is the third component of our framework, the nature or character of the discretionary decision being rendered in so far as it relates to a specific as opposed to general purpose, and its impact on those who are directly affected—unemployment insurance claimants. The decision to be made under subsection 33(1) of the Act is very specific in nature and scope, and the potential ramifications of the exercise of discretion are distinctly punitive. Furthermore, the financial consequences which flow from an adverse determination under that provision are simply devastating. Not only might a claimant be obligated to reimburse the Commission for overpayments, but the amount of the penalty could be of such magnitude that it is unlikely that it would ever be paid, thereby effectively preventing the claimant from collecting unemployment benefits in the future. Putting aside these dire consequences, it is also evident that if the Commission’s argument is accepted then it is entitled to act as prosecutor, judge and jury. The Commission is the one who makes the allegation of a breach under

Cour suprême dans l’arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. Plus précisément, il ne s’agit pas d’une affaire où l’organisme décideur, en l’espèce la Commission, possède des connaissances techniques particulières qui lui sont nécessaires pour formuler une opinion concernant ce qui est essentiellement une question de fait. Au niveau des faits, la présente affaire s’oppose nettement à l’affaire *Nenn*. Dans cette autre affaire, en effet, il a été décidé que l’organisme décideur, la Commission de la fonction publique, «possède les connaissances pour exprimer une opinion sur la question de savoir si les chances d’avancement dans la Fonction publique d’un candidat non reçu ont été amoindries par la nomination» (à la page 637). Il est bien évident que la question de savoir si une personne a ou non sciemment fait une ou plusieurs déclarations fausses ou trompeuses n’exige pas de l’organisme chargé de trancher des connaissances techniques particulières. Sur ce plan-là, le Conseil arbitral est tout aussi qualifié pour trancher de pareilles questions de fait. Ajoutons que, comme nous l’expliquerons plus loin, le Conseil est en meilleure position pour parvenir à une conclusion de fait que ne l’est la Commission.

Aussi importante que soit la question du type de l’organisme décideur en cause, d’égale importance est le troisième élément de notre démarche, la nature ou le genre de décision discrétionnaire rendue, c’est-à-dire dans quelle mesure elle a trait à un objet spécifique plutôt qu’à un objet général, et l’impact qu’elle est appelée à avoir sur les personnes directement touchées—les prestataires de l’assurance-chômage. La décision prévue au paragraphe 33(1) de la Loi est, par son genre même ainsi que par sa portée, très spécifique et les retombées éventuelles de l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire sont nettement punitives. De plus, les conséquences pécuniaires découlant d’une décision défavorable prise au titre de cette disposition sont tout à fait dévastatrices. Non seulement un prestataire peut-il être obligé de rembourser à la Commission le trop-perçu, mais la pénalité fixée peut atteindre une telle somme qu’il est peu probable qu’elle soit jamais acquittée, ce qui va en fait avoir pour effet d’interdire au prestataire toute prestation d’assurance-chômage à l’avenir. Même si l’on met de côté ces conséquence désastreuses, il est clair égale-

subsection 33(1). The Commission is the one who decides the culpability of a claimant. Finally, it is the Commission that determines the appropriate “punishment” over and above the restitutionary component of the “sentence”.

As a matter of statutory construction I am obliged to determine whether the Board possesses the jurisdiction to formulate an opinion which stands in contradistinction to that of the Commission. In the analytical framework outlined above, the first factor, the wording of the discretionary power, supports the Commission. The remaining three factors—the character of the decision-maker, the nature and character of the decision, and the existence and scope of a right of appeal—favour unemployment insurance claimants. The fact that there is an express right of appeal to the Board is, in my view, determinative of the issue.

Returning to the facts in *Nenn*, the Supreme Court took care to note that there was no statutory right of appeal from the Public Service Commission’s decision and that Parliament chose to limit the right of appeal to cases where that Commission concluded that an unsuccessful applicant’s opportunity for advancement was prejudicially affected (at page 637). In this particular case section 79 of the Act provides for a right of appeal to the Board. That section reads as follows:

79. (1) The claimant or an employer of the claimant may at any time within thirty days after the day on which a decision of the Commission is communicated to him, or within such further time as the Commission may in any particular case for special reasons allow, appeal to the board of referees in the manner prescribed.

(2) A decision of a board of referees shall be recorded in writing and shall include a statement of the findings of the board on questions of fact material to the decision. [Emphasis is mine.]

In my opinion, Parliament cannot be deemed to have intended to render the Commission’s opinion, as to whether a claimant has knowingly made a false or

ment qu’en retenant l’argument développé par la Commission, on permettrait à celle-ci d’assumer à elle seule le rôle de poursuivant, de juge et de jury. C’est la Commission qui invoque l’existence d’une violation du paragraphe 33(1). C’est aussi la Commission qui se prononce sur la culpabilité d’un prestataire. Et, enfin, c’est encore la Commission qui décide de la «peine» qu’il convient d’imposer en plus des mesures de restitution qui font, elles aussi, partie de la «sentence».

Pour interpréter la disposition ici en cause, je suis tenu de dire si le Conseil possède la compétence nécessaire pour formuler une opinion qui s’opposerait à celle de la Commission. Dans la démarche intellectuelle exposée plus haut, le premier facteur, c’est-à-dire la manière dont est formulé le pouvoir discrétionnaire en cause, donne raison à la Commission. Les trois autres facteurs—la nature de l’organisme décideur, la nature et le type de la décision en cause et l’existence ainsi que la portée d’un droit d’appel—étaient la thèse du prestataire. Le fait que soit expressément prévu un droit d’appel devant le Conseil est, selon moi, concluant en l’espèce.

Évoquant à nouveau les faits de l’affaire *Nenn*, précisons que la Cour suprême a pris soin de noter qu’il n’existait, dans la loi, aucun droit d’appel touchant la décision de la Commission de la fonction publique et que le législateur avait choisi de limiter le droit d’appel aux cas où la Commission avait conclu que les chances d’avancement du candidat non reçu avaient été amoindries (à la page 637). En l’espèce l’article 79 de la Loi prévoit un droit d’appel devant le Conseil. Cette disposition est ainsi libellée:

79. (1) Le prestataire ou un employeur du prestataire peut, dans les trente jours de la date où il reçoit communication d’une décision de la Commission, ou dans le délai supplémentaire que la Commission peut accorder pour des raisons spéciales dans un cas particulier, interjeter appel de la manière prescrite devant le conseil arbitral.

(2) La décision d’un conseil arbitral doit être consignée. Elle comprend un exposé des conclusions du conseil sur les questions de fait essentielles. [Non souligné dans l’original]

L’on ne peut pas, d’après moi, sur la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse, supposer que le législateur

misleading statement, final and conclusive. I reach this conclusion on two additional grounds. First, it is not unreasonable to infer that had Parliament intended that deference be accorded this aspect of the Commission's decision then it would not have granted an unqualified right of appeal. Parliamentary draftspersons are well aware of the means necessary to ensure that decisions are treated as final and conclusive. In this regard, I cannot help but note that Parliament has in one instance expressly prohibited the right to appeal a decision of the Commission to the Board. Subsection 25(11) of the Act provides that "[n]o decision of the Commission approving or disapproving any job creation project . . . is subject to appeal under section 79 or 80." That subsection reinforces the belief that Parliament is acutely aware of the legislative means for insulating the Commission's decisions from review by the Board and an umpire.

The second ground, in my view, is as compelling as the first. Having regard to the fact that an appeal to the Board is a *de novo* proceeding, the Board is in a better position to render a decision on the facts than the Commission itself. Unlike many appellate review bodies, the Board is called upon to hear and receive evidence from the parties to an appeal and is expressly required to make findings of fact pursuant to subsection 79(2) of the Act. Except where the statute places the exclusive authority or discretion for making a decision with the Commission or the Minister, the Board is obliged to undertake a *de novo* review: see *Attorney General of Canada v. Findenigg, supra, per* Thurlow C.J., at page 71; and *Re The Queen and Harbour, supra, per* Marceau J.A., at pages 105-106. As was stated by one umpire (CUB 12720 [*Mihai*]), the Board's role is to [at page 2]:

. . . consider the evidence presented to it by both parties, to determine the facts relevant to the particular legal issue before it and to articulate, in its written decision, its own independent decision with respect thereto.

a voulu que l'opinion de la Commission soit définitive et concluante. Je me fonde pour dire cela sur deux motifs supplémentaires. D'abord, il n'est pas déraisonnable de supposer que si le législateur avait voulu que l'on témoigne d'une retenue particulière à l'égard de cet aspect de la décision de la Commission, il n'aurait pas accordé sans réserve un droit d'appel. Les rédacteurs législatifs savent très bien faire en sorte que telle ou telle décision soit considérée comme définitive et concluante. Force m'est de noter à cet égard que dans un cas précis le législateur a expressément interdit qu'une décision de la Commission soit portée en appel devant le Conseil. Le paragraphe 25(11) de la Loi prévoit que «[l]es décisions de la Commission approuvant ou désapprouvant un projet créateur d'emploi pour l'application du présent article ne sont pas susceptibles d'appel en vertu des articles 79 ou 80». Ce paragraphe renforce l'idée que le législateur est parfaitement au courant des moyens législatifs qui permettent de mettre les décisions de la Commission à l'abri du contrôle du Conseil ou d'un juge-arbitre.

Le second motif est, à mon avis, aussi fort que le premier. Étant donné qu'un appel devant le Conseil constitue une procédure *de novo*, le Conseil est, mieux que la Commission elle-même, en mesure de rendre une décision basée sur les faits. À l'inverse de nombreux organismes chargés, en appel, de contrôler la décision d'un autre organisme, le Conseil est appelé à entendre les témoignages et à recueillir les preuves fournies par les parties à un appel et, conformément au paragraphe 79(2) de la Loi, il est expressément tenu de conclure sur les questions de fait. Sauf dans les cas où la loi confie à la Commission ou au ministre l'autorité ou le pouvoir discrétionnaire exclusif de rendre une décision, le Conseil est tenu de procéder à un contrôle *de novo*: voir *Procureur général du Canada c. Findenigg*, précité, le juge en chef Thurlow, à la page 71; et *Re La Reine et Harbour*, précité, le juge d'appel Marceau, aux pages 105 et 106. Ainsi que l'a déclaré un juge-arbitre (CUB 12720 [*Mihai*]), le rôle du Conseil est de [à la page 2]:

. . . examiner les preuves que lui présentent les deux parties, pour déterminer les faits pertinents, soit les faits qui concernent le litige particulier qu'il doit trancher et d'expliquer, dans sa décision écrite, la décision qu'il rend concernant ces faits.

By contrast, the role of the Commission is limited to rendering a decision on the basis of evidence that it deems relevant. Before the Commission the claimant has neither any right to a hearing, nor any assurance that evidence presented to it will be given proper weight. This explains why a claimant is entitled to challenge a decision of the Commission on a *de novo* basis. It is the Board which functions as a quasi-judicial body not the Commission. It is the decisions of the Board turning on questions of fact which are owed deference, not those of the Commission.

In summary, I am of the view that the phrase "in its opinion" does not have the legal effect of insulating from review the Commission's decision with respect to whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. This aspect of the discretionary power outlined in subsection 33(1) of the Act is not of an administrative nature. Admittedly, that phrase, when standing by itself, supports the *prima facie* understanding that such findings of the Commission are final and conclusive. In my opinion, however, Parliament cannot be deemed to have intended such a legal result for the following reasons: 1) the opinion in question relates to a finding of fact for which no particular expertise is required; 2) the Board is empowered to engage in a *de novo* review with respect to factual matters; and 3) it is in a better position to make objective findings of fact. This conclusion is reinforced by reference to the punitive nature of the financial consequences which flow from a decision to impose a penalty under subsection 33(1). Ultimately, I am driven to the unescapable conclusion that the Board possesses the requisite jurisdiction to assess, *de novo*, whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. This conclusion disposes of the Commission's first argument. It remains to be decided whether the Board erred with respect to the burden of proof imposed on the Commission. I turn now to the Commission's alternative argument.

À l'inverse, le rôle de la Commission ne consiste qu'à rendre une décision fondée sur les preuves qui lui paraissent pertinentes. Devant la Commission le prestataire n'a pas le droit d'être entendu, ni l'assurance que la preuve qu'il porte devant elle se verra accorder l'importance qu'elle mérite. Cela explique pourquoi un prestataire a le droit de contester une décision de la Commission en demandant que sa cause soit entendue *de novo*. C'est donc le Conseil et non la Commission qui fonctionne comme le ferait un organisme quasi judiciaire. Les décisions à l'égard desquelles on doit faire preuve de retenue sont donc les décisions du Conseil sur des questions de fait et non les décisions de la Commission.

J'estime, pour récapituler, que l'expression «à son avis» n'a pas juridiquement pour effet de mettre la décision de la Commission à l'abri de tout contrôle pour ce qui est de la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse. Cet aspect du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 33(1) de la Loi n'est pas de caractère administratif. Bien sûr, cette expression, prise isolément, comporte a priori l'idée que de telles conclusions de la Commission sont définitives et concluantes. J'estime, cependant, qu'on ne peut pas considérer que le législateur a voulu aboutir à un tel résultat sur le plan du droit, et cela pour les raisons suivantes: 1) l'opinion en question porte sur une conclusion de fait qui n'exige aucune connaissance technique particulière; 2) le Conseil a la compétence nécessaire pour procéder à un examen *de novo* des questions de fait; et 3) il est en meilleure position pour trancher de manière objective les questions de fait. Cette conclusion est confortée par le caractère punitif des conséquences pécuniaires découlant de toute décision d'imposer une pénalité au titre du paragraphe 33(1). Je suis en définitive porté à la conclusion inévitable que le Conseil a la compétence nécessaire pour se prononcer *de novo* sur la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse. Cette conclusion permet d'écarter le premier argument développé par la Commission. Il reste à décider si le Conseil a commis une erreur en ce qui concerne le fardeau de la preuve imposé à la Commission. Abordons maintenant l'argument subsidiaire avancé par la Commission.

As noted at the outset, the Commission maintains that the Board erred in requiring the former to establish an intention to deceive on the part of the claimant. The Commission relies on *Canada (Attorney General) v. Gates, supra*, in support of its argument. Therein, Linden J.A. writing for the Court found that as subsection 33(1) of the Act does not establish a criminal offence, the “onus of proof that rests upon the Commission is to establish on a balance of probabilities, not beyond a reasonable doubt, that the claimant ‘made a statement or representation that he knew to be false or misleading’” (at page 19). Thus, innocent representations are not subject to a penalty. As well, Linden J.A. went on to explain that the test is a subjective one. The Board must decide on a balance of probabilities that the particular claimant subjectively knew that a false or misleading statement had been made. In other words, the standard is not what the so-called reasonable unemployment insurance claimant would know. Obviously there can be no such person. Linden J.A. went on to explain, at page 21:

In deciding whether there was subjective knowledge by a claimant, however, the Commission or Board may take into account common sense and objective factors. In other words, if a claimant claims to be ignorant of something that the whole world knows, the fact finder could rightly disbelieve that claimant and find that there was, in fact, subjective knowledge, despite the denial. Not to know the obvious, therefore, might properly lead to an inference that the claimant is lying. This does not make the test objective; it does, however, take into account objective matters in coming to a decision on subjective knowledge. If, in the end, the trier of fact is of the view that the claimant really did not know that the representation was false, there is no violation of subsection 33(1).

In *Gates* the Court also referred to the jurisprudence developed by umpires respecting the burden of proof. According to that jurisprudence, the initial onus is on the Commission to prove that a claimant knowingly made a false or misleading statement. Once it appears from the evidence, however, that a claimant has wrongly answered a very simple question or questions on a report card, the burden shifts to the claimant to explain why the incorrect answers were given. Accept-

Ainsi que nous l’avons noté au départ, la Commission affirme que le Conseil a commis une erreur en exigeant que elle, la Commission, établisse, de la part du prestataire, l’existence d’une intention trompeuse. La Commission se fonde en cela sur l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Gates*, précité. Dans cette affaire, le juge Linden, s’exprimant au nom de la Cour d’appel, a jugé que le paragraphe 33(1) de la Loi ne crée pas une infraction criminelle, «le fardeau de la preuve qui incombe à la Commission est celui d’établir, selon la prépondérance des probabilités, et non hors de tout doute raisonnable, que le prestataire a “sciemment fait une déclaration ou une représentation fausse ou trompeuse”» (à la page 19). Les déclarations faites innocemment n’attirent donc aucune pénalité. Le juge Linden a ensuite expliqué que le critère à retenir est un critère subjectif. Le Conseil doit décider selon la prépondérance des probabilités qu’un prestataire savait, subjectivement, qu’une déclaration fausse ou trompeuse avait été faite. Autrement dit, le critère n’est pas celui de ce que devrait savoir le soi-disant prestataire raisonnable. Il est clair qu’un tel être n’existe pas. Puis, à la page 21, le juge Linden poursuit en déclarant:

Pour décider si le prestataire avait une connaissance subjective de la fausseté des déclarations, la Commission ou le Conseil peuvent toutefois tenir compte du bon sens et de facteurs objectifs. En d’autres termes, si un prestataire prétend ignorer un fait connu du monde entier, le juge des faits peut, à bon droit, refuser de le croire et conclure qu’il connaissait bel et bien ce fait, malgré qu’il le nie. Le fait que le prestataire ignore une évidence peut donc mener à une inférence légitime selon laquelle il ment. Le critère appliqué n’est pas objectif pour autant; mais il permet de tenir compte d’éléments objectifs pour trancher la question de la connaissance subjective. Si, en définitive, le juge des faits est d’avis que le prestataire ne savait effectivement pas que sa déclaration était fausse, l’irrégularité visée par le paragraphe 33(1) n’a pas été commise.

Dans l’arrêt *Gates*, la Cour a également cité la jurisprudence des juges-arbitres en matière de fardeau de la preuve. D’après cette jurisprudence, c’est au départ à la Commission qu’il appartient de prouver qu’un prestataire a sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse. Mais, à partir du moment où la preuve démontre qu’un prestataire a donné une réponse inexacte à une question très simple ou à des questions figurant sur la carte de déclaration, il y a

ing this alternative approach, Linden J.A. went on to explain at page 22:

... but the explanation offered may be readily acceptable. It depends on the evidence, the circumstances and the fact finders determination on the basis thereof. (See for example *Zysman v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [[1994] F.C.J. No. 1357 (C.A.) (QL)]). Thus, the fact-finder must decide on the balance of probabilities that the claimant subjectively knew that the report was false in order to penalize him or her. It is possible, though unlikely, for a claimant to be truly ignorant of some fact, even a simple one, when nearly everyone would know it.

In *Gates*, the Board was found to have erred by applying an objective standard when deciding whether there was knowledge on the part of the claimant. As well, the Umpire was held to have “added an element of confusion” when he required the Commission to establish “an intention to deceive” on the part of the claimant. Accordingly, the application was allowed and the matter remitted to the Board for reconsideration.

In my view, this judicial review application must succeed. The element of confusion that existed in the Board’s reasoning in *Gates* also exists in the decision of the Board herein, which was affirmed by the Umpire. I should also like to stress that in the present case the claimant provided incorrect answers to straightforward questions on his report cards and yet the evidence as to why those answers were given seems to conflict. On the one hand, he maintains that the cards were completed by a third party. On the other, he admits that he was advised that if he was in possession of a taxi licence he would not be entitled to benefits. Of course, it is not the role of this Court to resolve what are, arguably, inconsistencies. That is the role of the Board and that is where the issue should be addressed in determining whether the claimant subjectively knew that he was making false or misleading statements.

renversement du fardeau de la preuve et c’est alors au prestataire qu’il appartient d’expliquer l’existence de ses réponses inexactes. Retenant ce raisonnement subsidiaire, le juge Linden explique alors, à la page 22:

... mais il se peut que l’explication offerte puisse être acceptée facilement. Tout dépend de la preuve, des circonstances et de la décision que prend le juge des faits après les avoir examinées. (Voir par exemple l’arrêt *Zysman c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [[1994] F.C.J. n° 1357 (C.A.) (QL)]). Pour imposer une pénalité au prestataire, le juge des faits doit donc conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu’il savait subjectivement que la déclaration était fausse. Il est possible, bien qu’improbable, qu’un prestataire ignore véritablement un fait, même très simple, alors qu’il devrait être connu d’à peu près tout le monde.

Dans l’arrêt *Gates*, la Cour a estimé que le Conseil avait commis une erreur en appliquant un critère objectif pour décider si le prestataire était au courant desdites déclarations. La Cour a également estimé que le juge-arbitre avait «ajouté un élément de confusion» en exigeant que la Commission établisse l’existence d’une «intention de tromper» de la part du prestataire. Par conséquent, la demande a été accueillie et l’affaire a été renvoyée au Conseil pour nouvel examen.

J’estime que cette demande de contrôle judiciaire doit être accueillie. L’élément de confusion relevé, dans l’arrêt *Gates*, dans le raisonnement suivi par le Conseil existe également dans la décision du Conseil en l’espèce, décision confirmée par le juge-arbitre. Je tiens également à préciser qu’en l’espèce le prestataire a donné des réponses inexactes à des questions qui lui étaient posées de manière non équivoque dans les cartes de rapport du prestataire et, pourtant, la preuve touchant la question de savoir pourquoi ces réponses ont été données semble contradictoire. D’une part, le prestataire soutient que les déclarations ont été remplies par une tierce partie. D’autre part, il reconnaît avoir été informé du fait que s’il était titulaire d’une licence de taxi il n’aurait pas droit aux prestations de l’assurance-chômage. Il n’appartient pas, bien sûr, à la Cour de résoudre ces contradictions apparentes. C’est au Conseil de le faire comme c’est à lui de dire si, subjectivement, le prestataire savait qu’il faisait des déclarations fausses ou trompeuses.

For the above reasons, I would allow the application, set aside the decision of the Umpire dated September 21, 1994, and remit the matter to the Chief Umpire or his designate on the basis that it be remitted to the Board for a rehearing and redetermination in a manner consistent with these reasons.

STONE J.A.: I agree.

STRAYER J.A.: I agree.

---

<sup>1</sup> The question of the umpire's jurisdiction in the face of such an error was not before the Court in *Smith*. It remains to be decided whether the umpire can make the decision the Board should have rendered, or is obligated to refer the matter back to the Board: see *Dunham*, CUB 29211, September 22, 1995 which suggests that the former solution is the correct one.

Pour les motifs ainsi exposés, j'estime qu'il y a lieu d'accueillir la demande, d'infirmer la décision du juge-arbitre en date du 21 septembre 1994 et de renvoyer l'affaire devant le juge-arbitre en chef ou la personne désignée par lui afin que l'affaire soit renvoyée devant le Conseil pour nouvel examen et nouvelle décision compatible avec les présents motifs.

LE JUGE STONE, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: J'y souscris.

---

<sup>1</sup> Dans l'affaire *Smith*, la Cour n'était pas appelée à se prononcer sur la compétence du juge-arbitre à l'égard d'une telle erreur. Il reste à décider si le juge-arbitre peut substituer sa propre décision à celle que le Conseil aurait dû rendre ou s'il est tenu de renvoyer l'affaire devant le Conseil: voir *Dunham*, CUB 29211, le 22 septembre 1995, selon lequel il semblerait que la première solution soit celle qu'il convient de retenir.