



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2013, Vol. 1, Part 2**

**2013, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2013] 1 F.C.R., {<sup>181-357</sup><sub>D-5-D-7</sub>

Renvoi [2013] 1 R.C.F., {<sup>181-357</sup><sub>F-7-F-10</sub>

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

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

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

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

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Judgments .....	181–357
Appeals noted .....	I
Digests .....	D-5–D-7

### **Air Canada Pilots Association v. Kelly (F.C.A.) . . . 308**

Human Rights—Labour relations—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision upholding Canadian Human Rights Tribunal finding that *Canadian Human Rights Act*, s. 15(1)(c) not saved by *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 1—Respondents forced to retire as pilots at age 60 due to mandatory retirement—Federal Court finding s. 15(1)(c) not minimally impairing respondents' right, benefits of s. 15(1)(c) not proportional to its deleterious effects—Determining *McKinney v. University of Guelph* (S.C.C.) not applicable herein—*McKinney* binding on Tribunal, Federal Court—Federal Court confusing issues of individual's knowledge of factual circumstances giving rise to claim that rights violated, legal analysis required to determine if rights violated—*McKinney* accurately describing thrust of s. 15(1)(c), addressing issue of mandatory retirement generally—*McKinney* deciding that mandatory retirement justified under Charter, s. 1 when arrangement advantageous for employers, employees—Nothing in *McKinney* suggesting that mandatory retirement prior to age 65 not permitted—S. 15(1)(c) constitutionally

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Jugements .....	1–357
Appels notés .....	I
Fiches analytiques .....	F-7–F-10

### **Association des pilotes d'Air Canada c. Kelly (C.A.F.) .....** 308

Droits de la personne—Relations de travail—Appel et appel incident interjetés à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'art. 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne se défendait pas au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Les intimés devaient prendre leur retraite, en tant que pilotes, à l'âge de 60 ans, en raison de dispositions relatives à la retraite obligatoire—Selon la conclusion de la Cour fédérale, l'art. 15(1)(c) ne constitue pas une atteinte minimale au droit des intimés d'être libres de toute mesure discriminatoire, et les avantages que procure l'art. 15(1)(c) ne sont pas proportionnés à ses effets néfastes—La Cour fédérale a déterminé que l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph* (C.S.C.) était inapplicable en l'espèce—L'arrêt *McKinney* s'imposait au Tribunal et à la Cour fédérale—La Cour fédérale a confondu deux questions : la possibilité, pour un individu, de savoir dans quelles circonstances il pourra invoquer une atteinte à ses droits, et l'analyse juridique à laquelle il convient

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

valid, 60 normal retirement age for persons working in positions similar to respondents'—Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

Judges and Courts—*Stare decisis*—Federal Court upholding Canadian Human Rights Tribunal finding that *Canadian Human Rights Act*, s. 15(1)(c) not saved by *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 1—Federal Court distinguishing *McKinney v. University of Guelph* (S.C.C.)—Finding that *McKinney* not final word on mandatory retirement—Whether Tribunal, Federal Court bound to follow *McKinney*—*McKinney* binding on Tribunal, Federal Court—Supreme Court in *McKinney* leaving door open to revisit issue of mandatory retirement for itself, not for lower courts—Differences in evidentiary records in present case, *McKinney* not justifying departure from established case law—Such departure at odds with *stare decisis*.

Constitutional Law—Charter of Rights—Limitation Clause—Federal Court upholding Canadian Human Rights Tribunal finding that *Canadian Human Rights Act*, s. 15(1)(c) not saved by Charter, s. 1—Distinguishing *McKinney v. University of Guelph* (S.C.C.)—Whether s. 15(1)(c) demonstrably justified as reasonable limitation pursuant to Charter, s. 1—*McKinney* binding on Tribunal, Federal Court—*McKinney* accurately describing thrust of s. 15(1)(c), addressing issue of mandatory retirement generally—*McKinney* deciding that mandatory retirement justified under Charter, s. 1 when arrangement advantageous for employers, employees—Nothing in *McKinney* suggesting that mandatory retirement prior to age 65 not permitted—S. 15(1)(c) constitutionally valid.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de procéder pour décider s'il y a eu violation des droits en question—L'arrêt *McKinney* décrit correctement l'objectif que cherche à atteindre l'art. 15(1)c) en se prononçant sur la question de la retraite obligatoire en général—L'arrêt *McKinney* a conclu que la retraite obligatoire est justifiée au regard de l'article premier de la Charte lorsqu'elle correspond à un arrangement qui est dans l'intérêt à la fois des employeurs et des employés—Rien dans l'arrêt *McKinney* ne permet de dire que la retraite obligatoire avant l'âge de 65 ans n'est pas autorisée—L'art. 15(1)c) est constitutionnellement valide, et 60 ans est l'âge normal de la retraite pour ce genre d'emploi—Appel accueilli; appel incident rejeté.

Juges et Tribunaux—*Stare decisis*—La Cour fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'art. 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne se défendait pas au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*—La Cour fédérale a différencié l'affaire en cause de la situation visée par l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph* (C.S.C.)—Elle a conclu que l'arrêt *McKinney* ne tranchait pas de manière définitive la question de la retraite obligatoire—Il s'agissait de savoir si le Tribunal et la Cour fédérale sont tenus de suivre l'arrêt *McKinney*—L'arrêt *McKinney* lie le Tribunal et la Cour fédérale—La Cour suprême a, dans l'arrêt *McKinney*, fait qu'il lui est possible de réexaminer à une date ultérieure la question de la retraite obligatoire, ce qui n'est pas le cas pour les tribunaux d'instance inférieure—Des différences au niveau des dossiers de preuve entre la présente affaire et l'affaire *McKinney* ne justifient pas que l'on s'écarte de la jurisprudence établie—Un tel écart serait contraire à la règle du *stare decisis*.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—La Cour fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'art. 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte—La Cour fédérale a différencié l'affaire en cause de la situation visée par l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph* (C.S.C.)—Il s'agissait de savoir si l'art. 15(1)c) peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte—L'arrêt *McKinney* lie le Tribunal et la Cour fédérale—L'arrêt *McKinney* décrit correctement l'objectif que cherche à atteindre l'art. 15(1)c); la Cour suprême entendait se prononcer sur la question de la retraite obligatoire en général—L'arrêt *McKinney* conclut que la retraite obligatoire peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte lorsqu'elle correspond à un arrangement qui est dans l'intérêt des employeurs et des employés—Rien, dans l'arrêt *McKinney*, ne permet de dire que la retraite obligatoire avant l'âge de 65 ans n'est pas autorisée—L'art. 15(1)c) est constitutionnellement valide.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Boroumand v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 203**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of decision by pre-removal risk assessment (PRRA) coordinator determining that applicant not entitled to refugee protection under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 114(1)(a)—Applicant imprisoned for drug trafficking, excluded from refugee protection—PRRA officer finding applicant at risk upon return to Iran—However, Minister’s delegate denying application for protection pursuant to IRPA, s. 112(1)—Federal Court ordering redetermination of delegate’s decision—Applicant subsequently receiving pardon, claiming no longer inadmissible due to serious criminality—PRRA coordinator indicating that grant of pardon not quashing exclusion decision; applicant not receiving status as protected person; any redetermination now moot—Whether PRRA coordinator erring in concluding that applicant not entitled to refugee protection—Applicant no longer subject to IRPA, s. 112(3)(c) disqualifications by virtue of pardon, *Criminal Records Act*, s. 5(b)—However, applicant not automatically entitled to refugee protection—Pardon not leaving original application for protection intact while removing negative consequences of being considered under s. 112(3)—Redetermination of application for protection rendered moot by pardon—Removal order no longer enforceable—Applicant entitled to apply under s. 112(1) if subject to future removal order—Application dismissed.

### **Bozzer v. Canada (National Revenue) (F.C.A.) . . . . . 242**

Income Tax—Penalties and Interest—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Minister of National Revenue’s refusal to waive interest pursuant to *Income Tax Act*, s. 220(3.1)—In December 2005, appellant applying for waiver of interest accrued on tax debts arising in 1989, 1990 taxation years—Federal Court finding that time limit in Act, s. 220(3.1) 10 calendar years after relevant taxation year, namely year of assessment—Parties having competing interpretations of s. 220(3.1), in particular phrase “interest...payable...in respect of [a] taxation year”—Main issue involving how to determine 10-year period in Act, s. 220(3.1)—Act, s. 220(3.1) ambiguous, constituting taxpayer relief provision—S. 220(3.1) amended in 2004 to include 10-year limitation period—2004 amendment restricting right previously enjoyed by taxpayer—In situation

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Boroumand c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) . . . . . 203**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la décision d’un coordonnateur de l’examen des risques avant renvoi (ERAR), selon laquelle le demandeur n’avait pas droit à l’asile aux termes de l’art. 114(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)—Le demandeur a été incarcéré pour trafic de drogue, et a été exclu de la protection accordée aux demandeurs d’asile—L’agent d’ERAR a conclu que le demandeur serait exposé à un risque s’il retournait en Iran—Cependant, le délégué du ministre a rejeté la demande d’asile en vertu de l’art. 112(1) de la LIPR—La Cour fédérale a ordonné qu’une nouvelle décision soit rendue par un délégué du ministre—Par la suite, le demandeur a obtenu une réhabilitation, et a soutenu qu’il n’était plus interdit de territoire pour grande criminalité—Le coordonnateur de l’ERAR a indiqué que la réhabilitation n’annulait pas la décision d’exclusion; le demandeur n’a pas obtenu le statut de personne protégée; toute nouvelle décision relative à sa demande était désormais théorique—Il s’agissait de savoir si le coordonnateur de l’ERAR a commis une erreur en concluant que le demandeur n’avait pas droit à l’asile—Le demandeur ne faisait plus l’objet de l’incapacité énoncée à l’art. 112(3)c) de la LIPR, aux termes de la réhabilitation et de l’art. 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*—Cependant, le demandeur n’avait pas automatiquement droit à l’asile—La réhabilitation n’a pas pour effet de restaurer la demande d’asile originale et d’éliminer simultanément toutes les conséquences négatives qu’emporte le statut de personne visée à l’art. 112(3)—Toute autre décision sur la demande d’asile est devenue théorique par suite de la réhabilitation—La mesure de renvoi n’est plus exécutoire—Si le demandeur devait être frappé d’une mesure de renvoi à l’avenir, il aurait la possibilité de présenter une demande en vertu de l’art. 112(1)—Demande rejetée.

### **Bozzer c. Canada (Revenu national) (C.A.F.) . . . . . 242**

Impôt sur le revenu—Pénalités et intérêts—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire du refus du ministre du Revenu national de renoncer aux intérêts exigibles, en vertu de l’art. 220(3.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*—En décembre 2005, l’appelant a présenté au ministre une demande de renonciation aux intérêts accumulés sur une dette fiscale relative aux années d’imposition 1989 et 1990—La Cour fédérale a conclu que le délai de prescription dont il est question à l’art. 220(3.1) de la Loi concerne les 10 années civiles qui suivent l’année d’imposition pertinente, c’est-à-dire l’année de cotisation—Les parties donnent une interprétation contradictoire de l’art. 220(3.1), et plus particulièrement de la phrase « d’intérêts [...] payable [...] pour [une] année d’imposition »—La principale question à trancher était la façon de déterminer

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

herein, ambiguity resolved in favour of taxpayer—Appellant’s interpretation of Act, s. 220(3.1) accepted—Minister having statutory authority to cancel interest on appellant’s 1989, 1990 tax debts to extent accruing during 10 taxation years preceding appellant’s application for interest relief under Act, s. 220(3.1)—Appeal allowed.

### **Canada (Citizenship and Immigration) v. Lopez Velasco (F.C.)..... 181**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division’s (RPD) decision rejecting Minister’s application, under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 109, to vacate respondent’s refugee protection—Minister alleging respondent obtained positive refugee determination as result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to relevant matter, i.e. conviction of misdemeanour offences under *The Penal Code of California*, s. 647.6., lying about criminal record—Minister alleging had information been known, respondent would have been excluded under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(b), for having committed serious non-political crime prior to entering Canada—Whether RPD erred in analysis of what constitutes serious crime under Convention, Art. 1F(b)—Interpretation of exclusion clause in Convention, Art. 1F(b), as regards seriousness of crime, requiring evaluation of elements of crime, mode of prosecution, penalty prescribed, facts, mitigating, aggravating circumstances underlying conviction—RPD correctly considered standards applicable in United States, Canada concerning respondent’s non-political crimes, particulars of offences, including aggravating, mitigating factors—RPD followed direction in *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—RPD did not err in coming to decision—Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

le délai de prescription de 10 ans prévu à l’art. 220(3.1) de la Loi—L’art. 220(3.1) de la Loi est ambigu et constitue un allègement pour les contribuables—L’art. 220(3.1) a été modifié en 2004 afin d’y inclure un délai de prescription de 10 ans—La modification de 2004 restreint un droit dont jouissait auparavant le contribuable—En l’espèce, l’ambiguïté doit être résolue en faveur du contribuable—L’interprétation qu’a fait l’appelant de l’art. 220(3.1) de la Loi a été acceptée—La Loi confère au ministre le pouvoir d’annuler les intérêts sur les dettes fiscales de l’appelant pour les années 1989 et 1990, dans la mesure où ces intérêts se sont accumulés au cours des 10 années d’imposition précédant la demande que l’appelant a présentée au ministre en vue de faire annuler les intérêts en vertu de l’art. 220(3.1) de la Loi—Appel accueilli.

### **Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Lopez Velasco (C.F.) ..... 181**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada rejetant la demande du ministre, en vertu de l’article 109 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, visant à faire annuler le statut de réfugié du défendeur—Le ministre a soutenu que le défendeur avait obtenu le statut de réfugié à la suite d’une présentation erronée directe ou indirecte sur un fait important quant à un objet pertinent, ou d’une réticence directe ou indirecte sur ce fait, qui est sa déclaration de culpabilité de délits mineurs au sens de l’art. 647.6. du code criminel de la Californie et qu’il a menti concernant son dossier criminel—Le ministre a soutenu que si ces renseignements avaient été connus, le défendeur aurait été exclu en vertu de l’art. 1F(b) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* pour perpétration d’un crime grave de droit commun grave avant d’entrer au Canada—Il s’agissait d’établir si la SPR a erré dans son analyse de ce qui constitue un crime grave au sens de l’art. 1F(b) de la Convention—L’interprétation de la disposition traitant de l’interdiction de territoire au sens de l’art. 1F(b) de la Convention en ce concerne la gravité d’un crime exige une évaluation des éléments constitutifs du crime, du mode de poursuite, de la peine prévue, des faits et des circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité—La SPR a correctement considéré les normes applicables aux États-Unis et au Canada dans son évaluation des crimes de droit commun perpétrés par le défendeur, et aussi les natures particulières des infractions, notamment les facteurs aggravants et atténuants—La SPR a suivi l’orientation donnée par l’arrêt *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—La SPR n’a pas erré en arrivant à sa décision—Demande rejetée.

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS (Continued)****Ghirmatsion v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 261**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of decision by visa officer rejecting application for permanent residence as refugee outside Canada—Applicant, citizen of Eritrea, imprisoned for refusing to denounce religious beliefs—Recognized as Convention refugee by United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)—Whether officer failing to have regard to applicant’s status as UNHCR refugee or to Citizenship and Immigration Canada’s (CIC) guidelines; making erroneous findings related to credibility—Officer erring by failing to consider applicant’s UNHCR refugee status—CIC’s *Overseas Processing Manual* instructing officers that UNHCR refugee status factor to consider—Applicant’s status as UNHCR refugee personal, relevant consideration, important to case—Officer should have explained disagreement with UNHCR decision—Obligated to have regard to UNHCR designation—Findings in relation to credibility not reasonable—Officer having obligation to look at documentary evidence to measure plausibility, credibility of applicant’s escape from prison—Findings with respect to applicant’s faith lacking justification, transparency, intelligibility—Officer erring by failing to consider additional ground of persecution—Application allowed.

**Patel v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) ..... 340**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Appeal from Federal Court decision allowing respondent’s judicial review of visa officer’s refusal of application for permanent residence—Respondent, applying in Canada as member of federal skilled worker class—Completed one-year program at one college, attended one semester in another institution—Respondent not awarded selection points for adaptability under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 83 since had not studied at post-secondary institution in Canada in minimum two-year program of full-time study—Federal Court finding visa officer erring in law in interpreting s. 83—Question certified with respect to assessment of adaptability under s. 83—Whether Federal Court erring in setting aside visa officer’s decision; whether visa officer’s decision reasonable—Meaning of “completed a program of full-time study of at least two

*Continued on next page*

**SOMMAIRE (Suite)****Ghirmatsion c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 261**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire de la décision d’une agente des visas qui a refusé une demande, présentée depuis l’étranger, de résidence permanente à titre de réfugié—Le demandeur, citoyen de l’Érythrée, a été emprisonné pour avoir refusé de renier ses croyances religieuses—Le demandeur s’est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR)—Il s’agissait de savoir si l’agente a fait abstraction du statut de réfugié que le HCNUR avait reconnu au demandeur, ainsi que des lignes directrices de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), et si l’agente a tiré des conclusions erronées quant à la crédibilité—L’agente a commis une erreur en ne tenant aucun compte du statut de réfugié du demandeur, accordé par le HCNUR—Le Guide de traitement des demandes à l’étranger de CIC prévoit que le statut de réfugié reconnu par le HCNUR est un facteur que les agents doivent prendre en considération—Le statut de réfugié accordé au demandeur par le HCNUR constituait, de manière personnelle, un facteur pertinent en l’espèce—L’agente aurait dû expliquer son désaccord avec la décision du HCNUR—L’agente avait l’obligation de tenir compte de la désignation octroyée par le HCNUR—Les conclusions quant à la crédibilité n’étaient pas raisonnables—L’agente avait l’obligation de consulter la preuve documentaire afin d’évaluer la plausibilité et la crédibilité de l’évasion de prison par le demandeur—Il manque aux conclusions relatives à la foi du demandeur les attributs de la justification, de la transparence et de l’intelligibilité—L’agente a commis une erreur en n’examinant pas l’autre motif de persécution en cause—Demande accueillie.

**Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) ..... 340**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l’intimé à l’encontre de la décision de l’agent des visas de rejeter sa demande de résidence permanente—L’intimé a présenté sa demande de résidence permanente au Canada au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral)—L’intimé a terminé avec succès un programme d’un an dans un collège, et a fréquenté une autre institution pendant un semestre—Aucun point d’appréciation pour sa capacité d’adaptation, visée par l’art. 83 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, n’a été attribué à l’intimé, étant donné qu’il n’avait pas étudié dans un établissement d’enseignement postsecondaire au Canada, dans le cadre d’un programme d’études à temps plein d’au moins deux ans—La Cour fédérale a conclu que l’agent des visas a commis une erreur dans son interprétation

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

years' duration at a post-secondary institution in Canada" or in French "*a complété avec succès un programme ... qui a nécessité au moins deux ans d'études à temps plein dans un établissement d'enseignement postsecondaire au Canada*" in Regulations, s. 83(3) ascertained—Interpreting s. 83(3) to require study at post-secondary Canadian institution in one program for at least two years consistent with plain meaning of both English, French versions of text—Also consistent with statutory context, purpose of determining whether skilled worker capable of becoming economically established in Canada—Federal Court erring in stating no policy rationale supporting visa officer's interpretation of s. 83(3), in finding visa officer incorrectly interpreting s. 83(3)—Visa officer not making reviewable error in appreciating evidence on record; decision thereof falling within range of possible acceptable outcomes—As for certified question, disparate programs of study should not be aggregated, no points should be awarded if total period of study amounting to or exceeding two years of full-time study at one or more post-secondary institutions—Appeal allowed.

### **Pourjamaliaghdam v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 218**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of Immigration and Refugee Board decision applicant excluded from refugee protection under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(a) on grounds serious reasons for considering applicant complicit in crimes against humanity—Applicant, Iranian citizen, working as informant for SAVAK, Iranian secret police—Board finding that SAVAK organization with limited, brutal purpose, that applicant not rebutting presumption of complicity—Main issue whether Board applying wrong legal framework, standard of proof in applicant's case—Canadian approach to Convention, Art. 1F(a) compared to United Kingdom, New Zealand approach—No difference between Canadian law, United Kingdom, New Zealand law regarding applicable standard of proof; Canadian case law's analysis of complicity virtually identical to that of United Kingdom's—While Board identifying correct legal approach in present case, erring in application thereof—Not making any specific finding that applicant member of SAVAK—Applying

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de l'art. 83—Une question a été certifiée quant à l'évaluation de la capacité d'adaptation de l'intimé visée par l'art. 83—La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en annulant la décision de l'agent des visas? La décision de l'agent des visas était-elle raisonnable?—Le sens des mots, à l'art. 83(3), « a complété avec succès un programme [...] qui a nécessité au moins deux ans d'études à temps plein dans un établissement d'enseignement postsecondaire au Canada » ou « *completed a program of full-time study of at least two years' duration at a post-secondary institution in Canada* », dans la version anglaise du Règlement, a été établi—Interpréter l'art. 83(3) du Règlement comme exigeant de l'étranger qu'il étudie dans un établissement d'enseignement postsecondaire canadien dans le cadre d'un seul et même programme pendant au moins deux années s'accorde avec le sens manifeste des versions anglaise et française du texte—Une telle interprétation s'accorde également avec le contexte et l'objet de la législation en la matière qui est de déterminer si un travailleur qualifié peut réussir son établissement économique au Canada—La Cour fédérale a commis une erreur en déclarant qu'il n'existe pas de justification de la politique qui étaye l'interprétation de l'art. 83(3), et en concluant que l'agent des visas a mal interprété l'art. 83(3) du Règlement—L'agent des visas n'a pas commis d'erreur susceptible de révision dans son appréciation des faits portés à sa connaissance; sa décision appartenait aux issues possibles et acceptables—Quant à la question certifiée, il ne faut pas cumuler des programmes d'études disparates, ni attribuer de points si la durée totale des études est égale à, ou dépasse, deux années d'études à temps plein dans un ou plusieurs établissements d'enseignement postsecondaire—Appel accueilli.

### **Pourjamaliaghdam c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) . . . . . 218**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle la demanderesse ne pouvait pas obtenir l'asile aux termes de l'art. 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* parce qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'elle avait été complice de crimes contre l'humanité—La demanderesse, citoyenne de l'Iran, a travaillé comme informatrice pour la SAVAK, police secrète iranienne—La Commission a conclu que la SAVAK était une organisation qui visait des fins limitées ou brutales, et que la demanderesse n'a pas refuté la présomption de complicité—Il s'agissait principalement de savoir si la Commission a appliqué le mauvais cadre législatif et la mauvaise norme de preuve dans l'affaire de la demanderesse?—L'approche canadienne à l'égard de l'art. 1Fa) de la Convention a été comparée à celles du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande—Il n'y a pas de différences entre le droit canadien, le droit du Royaume-Uni et le droit de la Nouvelle-Zélande, en ce qui concerne la norme

*Suite à la page suivante*



## **CONTENTS** (Concluded)

presumption of complicity based on fact applicant informant thereof—Without proof of membership, presumption having no application—Application allowed.

## **SOMMAIRE** (Fin)

de preuve applicable; dans la jurisprudence canadienne, l'analyse de la complicité est presque identique à celle du Royaume-Uni—Bien que la Commission ait adopté la bonne approche juridique en l'espèce, elle a commis des erreurs en l'appliquant—La Commission n'a pas expressément conclu que la demanderesse faisait partie de la SAVAK—La Commission a appliqué la présomption de complicité en se fondant sur le fait que la demanderesse était une informatrice de l'organisation—Sans preuve d'appartenance, la présomption ne s'applique pas—Demande accueillie.

**APPEALS NOTED**

**SUPREME COURT OF CANADA**

*Applications for leave to appeal*

*Buschau v. Rogers Communications Incorporated*, A-290-11, 2012 FCA 197, Dawson J.A., judgment dated June 28, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused February 14, 2013.

*Société TELUS Communications v. Peracomo Inc.*, A-199-11, 2012 FCA 199, Gauthier and Trudel J.J.A., judgment dated June 29, 2012, leave to appeal to S.C.C. granted January 24, 2013.

**APPELS NOTÉS**

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

*Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Buschau c. Rogers Communications Incorporated*, A-290-11, 2012 CAF 197, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 28 juin 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 février 2013.

*Société TELUS Communications c. Peracomo Inc.*, A-199-11, 2012 CAF 199, les juges Gauthier et Trudel, J.C.A., jugement en date du 29 juin 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 24 janvier 2013.



**Federal Courts  
Reports**

**2013, Vol. 1, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2013, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**



IMM-3423-10  
2011 FC 627

IMM-3423-10  
2011 CF 627

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

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

v.

c.

**Jose Vicelio Lopez Velasco** (Respondent)

**Jose Vicelio Lopez Velasco** (défendeur)

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

**RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. LOPEZ VELASCO**

Federal Court, Mandamin J.—Vancouver, December 9, 2010; Ottawa, May 30, 2011.

Cour fédérale, juge Mandamin—Vancouver, 9 décembre 2010; Ottawa, 30 mai 2011.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division's (RPD) decision rejecting Minister's application, under Immigration and Refugee Protection Act, s. 109, to vacate respondent's refugee protection — Minister alleging respondent obtained positive refugee determination as result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to relevant matter, i.e. conviction of misdemeanour offences under The Penal Code of California, s. 647.6., lying about criminal record — Minister alleging had information been known, respondent would have been excluded under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(b), for having committed serious non-political crime prior to entering Canada — Whether RPD erred in analysis of what constitutes serious crime under Convention, Art. 1F(b) — Interpretation of exclusion clause in Convention, Art. 1F(b), as regards seriousness of crime, requiring evaluation of elements of crime, mode of prosecution, penalty prescribed, facts, mitigating, aggravating circumstances underlying conviction — RPD correctly considered standards applicable in United States, Canada concerning respondent's non-political crimes, particulars of offences, including aggravating, mitigating factors — RPD followed direction in Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — RPD did not err in coming to decision — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada rejetant la demande du ministre, en vertu de l'article 109 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, visant à faire annuler le statut de réfugié du défendeur — Le ministre a soutenu que le défendeur avait obtenu le statut de réfugié à la suite d'une présentation erronée directe ou indirecte sur un fait important quant à un objet pertinent, ou d'une réticence directe ou indirecte sur ce fait, qui est sa déclaration de culpabilité de délits mineurs au sens de l'art. 647.6. du code criminel de la Californie et qu'il a menti concernant son dossier criminel — Le ministre a soutenu que si ces renseignements avaient été connus, le défendeur aurait été exclu en vertu de l'art. 1Fb) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés pour perpétration d'un crime grave de droit commun grave avant d'entrer au Canada — Il s'agissait d'établir si la SPR a erré dans son analyse de ce qui constitue un crime grave au sens de l'art. 1Fb) de la Convention — L'interprétation de la disposition traitant de l'interdiction de territoire au sens de l'art. 1Fb) de la Convention en ce concerne la gravité d'un crime exige une évaluation des éléments constitutifs du crime, du mode de poursuite, de la peine prévue, des faits et des circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité — La SPR a correctement considéré les normes applicables aux États-Unis et au Canada dans son évaluation des crimes de droit commun perpétrés par le défendeur, et aussi les natures particulières des infractions, notamment les facteurs aggravants et atténuants — La SPR a suivi l'orientation donnée par l'arrêt Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — La SPR n'a pas erré en arrivant à sa décision — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board, rejecting the Minister's application under section 109 of the *Immigration and Refugee Protection Act* to vacate the respondent's refugee protection conferred by the Convention Refugee Determination Division (CRDD).

The Minister alleged that the respondent obtained the positive 1994 refugee determination as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter, that being his conviction in 1992 of four misdemeanour offences under section 647.6. of *The Penal Code of California*, and that he had lied about his criminal record. The Minister alleged that had this information been known, the respondent would have been excluded under Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (the Convention) for having committed a serious non-political crime prior to entering Canada.

The RPD found that had the same evidence regarding the respondent's convictions been known to the CRDD in 1994, the respondent would not have been excluded from refugee status under Article 1F(b) of the Convention for the commission of "serious crimes". In particular, the RPD noted that the equivalent conduct in Canada at the time was a hybrid offence under section 151 of the Canadian *Criminal Code*, which could be prosecuted by way of indictment or by summary conviction. Finding that Parliament drew a significant difference between indictable and summary offences as measured by potential penalties, the RPD concluded that a summary conviction under section 151 was not a "serious" crime for the purposes of determining exclusion under Article 1F(b).

The issue was whether the RPD erred in its analysis of what constitutes a serious crime under Article 1F(b) of the Convention, having regard to the Federal Court of Appeal decision in *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.

*Held*, the application should be dismissed.

The Federal Court of Appeal's teaching in *Jayasekara* is that the interpretation of the exclusion clause in Article 1F(b) of the Convention, as regards the seriousness of a crime, requires an evaluation of the elements of the crime, the mode of prosecution, the penalty prescribed, the facts, and

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada rejetant la demande du ministre, en vertu de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, visant à faire annuler le statut de réfugié du défendeur conféré par la Section du statut de réfugié (la SSR).

Le ministre a soutenu que le défendeur avait obtenu le statut de réfugié en 1994 à la suite d'une présentation erronée directe ou indirecte sur un fait important quant à un objet pertinent, ou d'une réticence directe ou indirecte sur ce fait, qui est sa déclaration de culpabilité en 1992 de quatre délits mineurs au sens de l'article 647.6. du code criminel de la Californie (*The Penal Code of California*) et qu'il a menti concernant son dossier criminel. Le ministre a fait valoir que si cette information avait été communiquée, le défendeur n'aurait pas eu droit à la qualité de réfugié en vertu de l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la Convention) pour avoir commis un crime grave de droit commun avant d'entrer au Canada.

La SPR a conclu que si la SSR avait été saisie de la même preuve concernant les déclarations de culpabilité du défendeur en 1994, le défendeur n'aurait pas été exclu de la qualité de réfugié en application de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention pour la perpétration de « crimes graves ». En particulier, la SPR a noté que le comportement équivalent au Canada au même moment était une infraction mixte au sens de l'article 151 du *Code criminel* canadien, qui pourrait faire l'objet d'une poursuite au moyen d'un acte d'accusation ou d'une déclaration de culpabilité par procédure sommaire. En concluant que le législateur avait tracé une grande différence entre des infractions par voie d'acte d'accusation et par voie de déclaration de culpabilité par procédure sommaire, la SPR a conclu qu'une déclaration de culpabilité par procédure sommaire en application de l'article 151 ne constituait pas un crime « grave » aux fins de la détermination de l'interdiction de territoire selon l'alinéa Fb) de l'article premier.

Il s'agissait d'établir si la SPR a erré dans son analyse de ce qui constitue un crime grave au sens de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention, eu égard à la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Ce qu'il faut retirer de l'arrêt *Jayasekara* rendu par la Cour d'appel fédérale, c'est que l'interprétation de la disposition traitant de l'interdiction de territoire au sens de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention en ce qui concerne la gravité d'un crime exige une évaluation des éléments constitutifs

the mitigating and aggravating circumstances underlying the conviction.

The RPD correctly considered the standards applicable in the United States and Canada concerning the respondent's non-political crimes. It also considered the particulars of the offences including aggravating and mitigating factors. It followed the direction in *Jayasekara*. The RPD did not err in coming to its decision.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 1), 787 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 171).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 19(1)(c.1)(i) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1), 98, 109.

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 338.

*Penal Code of California (The)*, ss. 288(a), 647.6.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 404, [2009] 4 F.C.R. 164, 305 D.L.R. (4th) 630, 76 Imm. L.R. (3d) 159; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

##### DISTINGUISHED:

*Noha v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 683, 347 F.T.R. 265; *Kai Lee v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 F.C. 374, (1979), 102 D.L.R. (3d) 328, 30 N.R. 575 (C.A.); *Potter v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 F.C. 609, (1979), 108 D.L.R. (3d) 92, 31 N.R. 158 (C.A.).

du crime, du mode de poursuite, de la peine prévue, des faits et des circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité.

La SPR a correctement considéré les normes applicables aux États-Unis et au Canada dans son évaluation des crimes de droit commun perpétrés par le défendeur. Elle a aussi pris en considération les natures particulières des infractions, notamment les facteurs aggravants et atténuants. Elle a suivi l'orientation donnée par l'arrêt *Jayasekara*. La SPR n'a pas erré en arrivant à sa décision.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 1), 787 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 171).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) « réfugié au sens de la Convention » (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), 19(1)c.1(i) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1), 98, 109.

*Penal Code of California (The)*, art. 288(a), 647.6.

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 338.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n<sup>o</sup> 6, art. 1F(b).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Noha c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 683; *Kai Lee c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 374 (C.A.); *Potter c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 609 (C.A.).



## CONSIDERED:

*Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390, (2000), 190 D.L.R. (4th) 128, 10 Imm. L.R. (3d) 167 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Arevalo Pineda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 454, 367 F.T.R. 211; *Rihan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 123, 362 F.T.R. 148, 88 Imm. L.R. (3d) 94; *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761, 229 D.L.R. (4th) 235, 32 Imm. L.R. (3d) 1.

APPLICATION for judicial review of a decision (*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. X*, 2010 CanLII 66497) of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board rejecting the Minister's application, under section 109 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, to vacate the respondent's refugee protection conferred by the Convention Refugee Determination Division. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Caroline Christiaens* for applicant.  
*Peter Edelmann* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Edelmann & Co.*, Vancouver, for respondent.

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

[1] MANDAMIN J.: The Minister applies for judicial review of the June 1, 2010 decision of the Member of the Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (the RPD) [*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. X*, 2010 CanLII 66497] rejecting the Minister's application under section 109 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) to vacate the respondent's refugee protection conferred by the Convention Refugee Determination Division (CRDD) on November 30, 1994.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Arevalo Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 454; *Rihan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 123; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. X*, 2010 CanLII 66497) de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada rejetant la demande du ministre, en vertu de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, visant à faire annuler le statut de réfugié du défendeur conféré par la Section du statut de réfugié. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Caroline Christiaens* pour le demandeur.  
*Peter Edelmann* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Edelmann & Co.*, Vancouver, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MANDAMIN : Le ministre demande le contrôle judiciaire de la décision rendue le 1<sup>er</sup> juin 2010 par un membre de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SPR) [*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. X*, 2010 CanLII 66497], par laquelle la demande du ministre, déposée en vertu de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), visant à faire annuler le statut de réfugié du défendeur conféré le 30 novembre

[2] The Minister alleged that the respondent obtained the positive 1994 refugee determination as a result of misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter, that being his conviction in 1992 of four misdemeanour offences under section 647.6. of the California Penal Code [*The Penal Code of California* (the Code)] of “annoying or molesting children”.

[3] The RPD found that the respondent did not obtain his positive refugee determination as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter. In particular, the RPD found that had the same evidence regarding the respondent’s convictions been known to the CRDD in 1994, the respondent would not have been excluded from refugee status under Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (the Convention) for the commission of “serious crimes”.

[4] The Minister raises several issues but his principal submission is that the RPD erred in its analysis of what constitutes a serious crime under Article 1F(b) having regard to the Federal Court of Appeal decision in *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 404, [2009] 4 F.C.R. 164 (*Jayasekara*).

[5] I have concluded for reasons that follow that the RPD did not err in coming to its decision and I dismiss this application for judicial review.

#### Facts

[6] Mr. Jose Vicelio Lopez Velasco (the respondent) is a citizen of Guatemala. While a youth in 1980, he left Guatemala with his family and lived in Mexico as a refugee. He lost his status for working outside the refugee camp. In 1984, he joined guerrillas in Guatemala and

1994 par la Section du statut de réfugié (la SSR), a été rejetée.

[2] Le ministre soutient que le défendeur a obtenu le statut de réfugié en 1994 à la suite d’une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou d’une réticence sur ce fait, qui est sa déclaration de culpabilité en 1992 de quatre délits mineurs au sens de l’article 647.6. du code criminel de la Californie (*The Penal Code of California*) (le code) en ce qui concerne le [TRADUCTION] « harcèlement ou l’atteinte à la pudeur d’une personne mineure ».

[3] La SPR a conclu que le défendeur n’avait pas obtenu son statut de réfugié à la suite d’une présentation erronée directe ou indirecte sur un fait important quant à un objet pertinent, ou d’une réticence directe ou indirecte sur ce fait. En particulier, la SPR a conclu que si la SSR avait été saisie de la même preuve concernant les déclarations de culpabilité du défendeur en 1994, le défendeur n’aurait pas été exclu de la qualité de réfugié en application de l’alinéa Fb) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention) pour la perpétration de « crimes graves ».

[4] Le ministre soulève plusieurs questions, mais sa principale observation est que la SPR a commis une erreur dans son analyse de ce constituait un crime grave au sens de l’alinéa Fb) de l’article premier, eu égard à l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164 (*Jayasekara*).

[5] Je conclurai pour les motifs suivants que la SPR n’a pas commis d’erreur en rendant sa décision et je rejeterai la présente demande de contrôle judiciaire.

#### Les faits

[6] M. Jose Vicelio Lopez Velasco (le défendeur) est un citoyen guatémaltèque. Alors qu’il était adolescent en 1980, il a quitté le Guatemala avec sa famille et est allé vivre au Mexique en tant que réfugié. Il a perdu son statut en travaillant en dehors du camp de réfugiés. En

stayed with them for eight months. He returned to Mexico then moved to the United States in 1988.

[7] In April 1992, Mr. Lopez Velasco, then 25 years old, was charged with four counts of the felony of committing a lewd act upon a child in violation of paragraph 288(a) of the California Penal Code. He pled not guilty. At trial, the district attorney reduced the charges to the misdemeanour offence of annoying or molesting children under section 647.6. of the Code. Mr. Lopez Velasco pleaded *nolo contendere*. He was given a conditional sentence of 36 months and was required to serve 180 days in prison with 30 days credit for time in custody. The conditions were that he obey all laws, commit no like violation, have no contact with the victims and register as a sex offender.

[8] He came to Canada in November 1992 and made a refugee claim that he had a well-founded fear of persecution at the hands of the army of Guatemala by reason of political opinion and membership in a particular social group, arising from the army's accusations that the claimant and his family were guerrillas. In his Details of Arrival Form he answered "no" to the question of whether he had ever been convicted of any crime or offense in any country. In his Personal Information Form, Mr. Lopez Velasco again indicated that he had never been convicted or charged with a crime in any country.

#### *Procedural History*

[9] Mr. Lopez Velasco's refugee claim was accepted and he was determined to be a Convention refugee on November 30, 1994. The CRDD did not provide written reasons for its decision.

[10] In his application for permanent residence in Canada made on August 23, 1996, Mr. Lopez Velasco indicated that he had been convicted or charged with a crime in the United States.

1984, il s'est enrôlé chez les guérilleros du Guatemala et est resté avec eux pendant huit mois. Il est ensuite retourné au Mexique avant de déménager aux États-Unis en 1988.

[7] En avril 1992, M. Lopez Velasco, alors âgé de 25 ans, a fait l'objet de quatre chefs d'accusation pour crime d'acte de nature obscène impliquant un enfant, en infraction de l'alinéa 288(a) du code criminel de la Californie. Il a plaidé l'innocence. À son procès, le procureur local a réduit les accusations à des délits mineurs de harcèlement ou d'atteinte à la pudeur d'une personne mineure au sens de l'article 647.6. du code. M. Lopez Velasco n'a pas contesté les accusations. Il a reçu une peine d'emprisonnement sous conditions de 36 mois et devait demeurer en prison pendant 180 jours moins les 30 jours purgés en détention. Les conditions étaient qu'il devait obéir à toutes les lois, ne commettre aucune infraction similaire, n'avoir aucun contact avec les victimes et s'enregistrer en tant que délinquant sexuel.

[8] Il est arrivé au Canada en novembre 1992 et a déposé une demande d'asile fondée sur une crainte de persécution de la part de l'armée du Guatemala pour motifs d'opinion politique et d'appartenance à un groupe social particulier découlant du fait que l'armée guatémaltèque avait accusé sa famille et lui de faire partie des guérilleros. Dans les renseignements fournis dans son formulaire d'arrivée, il a répondu « non » à la question de savoir s'il avait déjà été déclaré coupable de crime ou d'infraction dans un pays. Dans son formulaire de renseignements personnels, M. Lopez Velasco a encore indiqué qu'il n'avait jamais été déclaré coupable ou accusé d'un crime dans un pays.

#### *L'historique des procédures*

[9] La demande d'asile de M. Lopez Velasco a été accueillie et il a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention le 30 novembre 1994. La SSR n'a pas fourni de motifs écrits de cette décision.

[10] Dans sa demande de résidence permanente au Canada, déposée le 23 août 1996, M. Lopez Velasco a indiqué qu'il avait été déclaré coupable ou accusé d'un crime aux États-Unis.

[11] On February 14, 2001, the former Adjudication Division held an inquiry under the old *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (*Immigration Act*) to determine whether Mr. Lopez Velasco was inadmissible to Canada due to his criminal conviction in the United States for annoying or molesting children. The adjudicator found Mr. Lopez Velasco's conviction under section 647.6 of the California Penal Code for annoying or molesting children was equivalent to the offence of sexual interference under section 151 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 1] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (*Criminal Code*). The adjudicator found there were reasonable grounds to believe Mr. Lopez Velasco had been convicted outside of Canada of an offence, that if committed in Canada that may be punishable under the *Criminal Code* by a maximum term of imprisonment of 10 years or more. The adjudicator concluded that Mr. Lopez Velasco was inadmissible under subparagraph 19(1)(c.1)(i) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2] of the *Immigration Act* and issued a deportation order against him.

[12] On June 28, 2002, the *Immigration Act* was repealed and the current *Immigration and Refugee Protection Act* came into force. The transitional provisions of section 338 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRP Regulations) conferred refugee protection on Mr. Lopez Velasco.

[13] On March 4, 2009, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness made an application pursuant to section 109 of IRPA to vacate and nullify Mr. Lopez Velasco's positive refugee determination on the grounds that he obtained his refugee status by directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts that related to a relevant matter—specifically, that he had lied about his criminal record, and had this information been known, Mr. Lopez Velasco would have been excluded under Article 1F(b) of the Convention for having committed a serious non-political crime prior to entering Canada.

[11] Le 14 février 2001, l'ancienne Section d'arbitrage a procédé à une enquête en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la *Loi sur l'immigration*), afin de déterminer si M. Lopez Velasco était interdit de territoire au Canada à cause de sa déclaration de culpabilité aux États-Unis pour harcèlement ou atteinte à la pudeur d'une personne mineure. L'arbitre a conclu que la déclaration de culpabilité de M. Lopez Velasco en vertu de l'article 647.6. du code criminel de la Californie, qui portait sur le harcèlement ou l'atteinte à la pudeur d'une personne mineure, correspondait à l'infraction de contacts sexuels au sens de l'article 151 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 1] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (le *Code criminel*). L'arbitre a conclu qu'il y avait suffisamment de motifs pour croire que M. Lopez Velasco avait été condamné d'une infraction à l'extérieur du pays, laquelle aurait été punissable en application du *Code criminel*, si elle avait été commise au Canada, d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans. L'arbitre a conclu que M. Lopez Velasco était interdit de territoire en application du sous-alinéa 19(1)c.1)(i) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2] de la *Loi sur l'immigration* et a pris une mesure d'expulsion contre lui.

[12] Le 28 juin 2002, la *Loi sur l'immigration* a été abrogée et la présente *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* est entrée en vigueur. Les dispositions transitoires de l'article 338 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement IPR) accordaient le statut de réfugié à M. Lopez Velasco.

[13] Le 4 mars 2009, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile a déposé une demande d'annulation du statut de réfugié de M. Lopez Velasco en vertu de l'article 109 de la LIPR parce qu'il avait obtenu son statut de réfugié en faisant une présentation erronée directe ou indirecte sur un fait important quant à un objet pertinent, ou en faisant preuve de réticence directe ou indirecte sur ce fait, notamment qu'il a menti concernant son dossier criminel et que si cette information avait été communiquée, M. Lopez Velasco n'aurait pas eu droit à la qualité de réfugié en vertu de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention, car il

[14] The RPD hearing for the application to vacate was held on November 2, 2009. The RPD had before it the whole of the evidence including the exhibits and evidence produced at the original CRDD hearing. There was no written decision with respect to the positive original CRDD refugee determination, but there was a notice of decision dated November 30, 1998. The RPD also had evidence that the Minister submitted concerning the 1992 California charges including police reports and court records. Lastly the RPD had the testimony from the respondent.

[15] At the hearing, the respondent denied ever committing these crimes, claiming his landlady fabricated the story because he had asked for return of a deposit that he had given her, and submitted that in any case they were not “serious crimes” for the purposes of section 109. He claimed that he did not answer “yes” to the question of whether he had ever been convicted in another country because he did not understand that he had been convicted.

#### Decision Under Review

[16] In its decision dated June 1, 2010, the RPD rejected the Minister’s application to vacate and nullify the positive refugee determination made on November 30, 1994, regarding Mr. Lopez Velasco.

[17] The RPD found that the respondent had been convicted and sentenced under section 647.6. of the 1992 California Code with “annoying or molesting children”. The RPD rejected the respondent’s submission that he answered “no” in his application because he thought he had not been convicted. The RPD noted that misrepresentations or omissions need not have been made deliberately or intentionally, and found that, on a balance of probabilities, the applicant had understood he had been convicted. The RPD decided that the respondent’s evidence that his criminal record was expunged in December 14, 2009 was not admissible because the

aurait perpétré un crime grave de droit commun avant d’entrer au Canada.

[14] L’audition de la demande d’annulation par la SPR a eu lieu le 2 novembre 2009. La SPR avait été saisie de toute la preuve, y compris des pièces de procédure et des éléments de preuve présentés à la première audience tenue par la SSR. Il n’y avait pas de décision écrite concernant la première décision favorable de la SSR pour le statut de réfugié, mais il y avait un avis de décision daté du 30 novembre 1998. La SPR avait aussi été saisie de la preuve soumise par le ministre ayant trait aux chefs d’accusation, dont les rapports de police et les dossiers juridiques. Finalement, la SPR avait été saisie du témoignage du défendeur.

[15] À l’audience, le défendeur a nié avoir perpétré ces crimes, déclarant que sa locatrice avait fabriqué l’histoire, car il lui avait demandé de rembourser un dépôt qu’il lui avait donné et que, de toute façon, il ne s’agissait pas de « crimes graves » au sens de l’article 109. Il a prétendu qu’il n’avait pas répondu « oui » à la question de savoir s’il avait déjà été déclaré coupable dans un autre pays, car il n’avait pas compris qu’il avait été déclaré coupable.

#### La décision soumise au contrôle

[16] Dans sa décision datée du 1<sup>er</sup> juin 2010, la SPR a rejeté la demande du ministre visant à faire annuler le statut de réfugié accordé le 30 novembre 1994 à M. Lopez Velasco.

[17] La SPR a conclu que le défendeur avait été déclaré coupable et condamné en vertu de l’article 647.6. du code criminel de la Californie de 1992 pour [TRADUCTION] « harcèlement ou atteinte à la pudeur d’une personne mineure ». La SPR a rejeté l’observation du défendeur selon laquelle il avait répondu « non » dans sa demande, car il croyait qu’il n’avait pas été déclaré coupable. La SPR a noté que de fausses déclarations ou des omissions n’ont pas besoin d’avoir été commises de façon délibérée ou intentionnellement et a conclu que, selon la prépondérance des probabilités, le demandeur avait compris qu’il avait été déclaré coupable. La SPR

RPD must consider whether there would have been a factual foundation for the Minister's claim in 1994.

[18] The RPD found there were misrepresentations or omissions made to the CRDD and there was serious reason to consider that the respondent committed non-political crimes outside of Canada. The RPD then turned to the question of whether the crimes were "serious".

[19] The RPD accepted that it was the respondent's status or potential exclusion at the time of his application for refugee status (and not at the time of the 2010 vacation hearing) which was to be considered and, for the purpose of analysis of the crimes, reference should be made to the laws of California and Canada as at the times they were committed in 1992.

[20] The RPD listed the factors that the Federal Court of Appeal stated in *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 404 [cited above] should be considered on the question of a serious crime in the context of Article 1F(b), being the elements of the crime, the mode of prosecution, the penalty prescribed, the facts, and the mitigating and aggravating circumstances underlying the convictions.

[21] In its analysis, the RPD distinguished *Noha v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 683, 347 F.T.R. 265 (*Noha*) on the fact that the applicant in that case admitted he was a person described in paragraph 36(1)(b) of IRPA (inadmissibility on grounds of serious criminality) and, consequently, there was no consideration of to hybrid offences as discussed in *Jayasekara*.

[22] The RPD observed that the district attorney in California had chosen to reduce the original felony charges to misdemeanours. The RPD also noted that the equivalent conduct in Canada at the time was a hybrid offence under section 151 of the Canadian *Criminal Code*, which could be prosecuted by way of indictment,

a décidé que la preuve du défendeur que son dossier criminel avait été radié le 14 décembre 2009 n'était pas admissible, puisque la SPR devait considérer s'il y avait un fondement factuel à la demande du ministre en 1994.

[18] La SPR a conclu que de fausses déclarations ou des omissions avaient été faites à la SSR et qu'il existait de sérieux motifs pour considérer que le défendeur avait commis des crimes de droit commun à l'extérieur du Canada. La SPR s'est alors penchée sur la question de savoir si les crimes étaient « graves ».

[19] La SPR a accepté que ce soit le statut du défendeur ou sa potentielle interdiction de territoire au moment de sa demande d'asile (et non au moment de l'audience pour l'annulation en 2010) qui devait être considéré et, dans le but d'analyser les crimes, qu'il faille référer aux lois de la Californie et du Canada au moment de leur perpétration en 1992.

[20] La SPR a dressé une liste des facteurs que la Cour d'appel fédérale a nommés dans l'arrêt *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 404 [précité] qui doivent être considérés en matière de crimes graves dans le contexte de l'alinéa Fb) de l'article premier soit : les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la sanction prévue, les faits et les circonstances atténuantes ou aggravantes sous-jacentes aux déclarations de culpabilité.

[21] Dans son analyse, la SPR a établi l'inapplicabilité de la décision *Noha c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 683 (*Noha*) à l'espèce en raison du fait que le demandeur dans cette affaire avait admis qu'il était interdit de territoire pour grande criminalité en application de l'alinéa 36(1)b) de la LIPR et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire de considérer des infractions mixtes, tel qu'il a été étudié dans l'arrêt *Jayasekara*.

[22] La SPR a noté que le procureur local en Californie a choisi de réduire les accusations originales d'actes délictueux graves à celles de délits mineurs. La SPR a aussi noté que le comportement équivalent au Canada au même moment était une infraction mixte au sens de l'article 151 du *Code criminel*, qui pourrait faire l'objet

with a maximum sentence of 10 years, or by summary conviction, with a maximum sentence of 6 months. Finding that Parliament drew a significant difference between indictable and summary offences as measured by potential penalties, the RPD concluded that a summary conviction under section 151 was not a “serious” crime for the purposes of determining exclusion under Article 1F(b). The RPD wrote [at paragraph 55]:

... I conclude that there is a clear direction from Parliament that there is a range of culpability and that some sexually motivated crimes against children are not legally “serious” when making a determination regarding exclusion, even if my personal view might be that all such attacks deserve condemnation. It is for Parliament and not the RPD to distinguish among the range of such crimes, one of the primary distinguishing features being the potential punishment.

[23] The RPD considered the particulars of the respondent’s offences, including mitigating and aggravating circumstances. The RPD noted the authorities cited, in particular the *Jayasekara* case, and concluded that the presumption of seriousness was rebutted on the evidence before the panel.

[24] As a result, the RPD found that the respondent did not obtain his positive refugee determination as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter. Had the same evidence regarding the respondent’s convictions been known in his original hearing, he would not have been excluded under Article 1F(b) for having committed a serious non-political crime. As such, the RPD dismissed the Minister’s application to vacate the respondent’s refugee status.

d’une poursuite au moyen d’un acte d’accusation, entraînant une peine d’emprisonnement maximale de 10 ans ou au moyen d’une déclaration de culpabilité par procédure sommaire, entraînant une peine d’emprisonnement maximale de 6 mois. En concluant que le législateur avait tracé une grande différence entre des infractions par voie d’acte d’accusation et par voie de déclaration de culpabilité par procédure sommaire, la SPR a conclu qu’une déclaration de culpabilité par procédure sommaire en application de l’article 151 ne constituait pas un crime « grave » aux fins de détermination de l’interdiction de territoire selon l’alinéa Fb) de l’article premier. La SPR a écrit [au paragraphe 55] :

Je conclus toutefois que le législateur fournit une directive claire, selon laquelle il existe divers degrés de culpabilité et que certains crimes à caractère sexuel commis contre des enfants ne sont pas « graves » au regard de la loi lorsqu’il s’agit de rendre une décision au sujet de l’exclusion, même si j’estime personnellement que toute agression de cette nature mérite une condamnation. C’est au législateur et au non à la SPR de distinguer les divers crimes de cette nature, dont l’un des principaux attributs distinctifs est la peine potentielle.

[23] La SPR a considéré les infractions particulières du défendeur, y compris les circonstances atténuantes et aggravantes. La SPR a noté la jurisprudence citée, notamment l’arrêt *Jayasekara*, et a conclu que la présomption de l’aspect grave des crimes avait été réfutée par la preuve dont le tribunal était saisi.

[24] En conséquence, la SPR a conclu que le défendeur n’avait pas obtenu son statut de réfugié à la suite d’une présentation erronée directe ou indirecte sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence directe ou indirecte sur ce fait. Si la même preuve concernant les déclarations de culpabilité du défendeur avait été communiquée avant sa première audience, il n’aurait pas été exclu de la qualité de réfugié en application de l’alinéa Fb) de l’article premier, puisqu’il n’avait pas commis de crime grave de droit commun. Donc, la SPR a rejeté la demande du ministre visant l’annulation du statut de réfugié du défendeur.

## Legislation

## Les lois pertinentes

[25] The *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) provides:

[25] La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) statue :

Serious  
criminality

**36.** (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

**36.** (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

Grande  
criminalité

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

(b) having been convicted of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years; or

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.

...

[...]

Exclusion  
— Refugee  
Convention

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

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

Exclusion  
par  
application  
de la  
Convention  
sur les  
réfugiés

...

[...]

Vacation of  
refugee  
protection

**109.** (1) The Refugee Protection Division may, on application by the Minister, vacate a decision to allow a claim for refugee protection, if it finds that the decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter.

**109.** (1) La Section de la protection des réfugiés peut, sur demande du ministre, annuler la décision ayant accueilli la demande d'asile résultant, directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait.

Demande  
d'annulation

Rejection of  
application

(2) The Refugee Protection Division may reject the application if it is satisfied that other sufficient evidence was considered at the time of the first determination to justify refugee protection. [Emphasis added.]

(2) Elle peut rejeter la demande si elle estime qu'il reste suffisamment d'éléments de preuve, parmi ceux pris en compte lors de la décision initiale, pour justifier l'asile. [Non souligné dans l'original.]

Rejet de la  
demande



[26] The *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (the Convention):

ARTICLE 1

...

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

...

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

[27] The *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (repealed) provided [s. 2(1) “Convention refugee” (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1)]:

Definitions **2. (1) ...**

“Convention refugee” means any person ...

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act;

[28] The *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (as of 1992) provided [s. 787 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 171)]:

Sexual  
interference

**151.** Every person who, for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of a person under the age of fourteen years is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

...

[26] La *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* du 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention) :

ARTICLE PREMIER

[...]

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

[...]

- b) Qu’elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés;

[27] La *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (abrogée) statuait [art. 2(1) « réfugié au sens de la Convention » (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1)]:

**2. (1)[...]**

Définitions

« réfugié au sens de la Convention » Toute personne :

[...]

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les section E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente loi.

[28] Le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (en vigueur en 1992) statuait [art. 787 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 171)]:

**151.** Est coupable soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de dix ans, soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire toute personne qui, à des fins d’ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps d’un enfant âgé de moins de quatorze ans.

Contacts  
sexuels

[...]

General  
penalty

**787.** (1) Except where otherwise provided by law, every one who is convicted of an offence punishable on summary conviction is liable to a fine of not more than two thousand dollars or to imprisonment for six months or to both.

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

Peine  
générale

[29] *The Penal Code of California* (as of 1992) provided:

[29] Le code criminel de la Californie (en vigueur en 1992) statuait :

[TRADUCTION]

288. Lewd or lascivious acts involving children

288. Acte de luxure ou de nature obscène impliquant un enfant

(a) Any person who shall willfully and lewdly commit any lewd or lascivious act including any of the acts constituting other crimes provided for in Part 1 of this code upon or with the body, or any part or member thereof, of a child under the age of 14 years, with the intent of arousing, appealing to, or gratifying the lust or passions or sexual desires of that person or the child, shall be guilty of a felony and shall be imprisoned in the state prison for a term of three, six, or eight years.

(a) Toute personne qui commet volontairement et dans un dessein de luxure un acte de luxure ou de nature obscène, y compris tout acte constituant un crime au sens de la Partie 1 du présent code, ou se sert du corps, partie du corps ou membre d'un enfant âgé de moins de quatorze ans dont le dessein est d'exciter, de créer ou de satisfaire une concupiscence, une passion ou envie sexuelle chez soi ou chez l'enfant est coupable d'acte délictueux grave et sera emprisonnée dans une prison de l'État pendant trois, six ou huit ans.

...

[...]

647.6. Annoying or molesting children

647.6. Harcèlement ou atteinte à la pudeur d'une personne mineure

Every person who annoys or molests any child under the age of 18 is punishable by a fine not exceeding one thousand dollars (\$1,000) or by imprisonment in the county jail for not exceeding one year or by both the fine and imprisonment....

Toute personne qui harcèle une personne âgée de moins de dix-huit ans ou porte atteinte à la pudeur d'une telle personne est passible d'une amende n'excédant pas mille dollars (1 000 \$), d'un emprisonnement maximal d'une année dans une prison de comté ou de l'amende et de l'emprisonnement conjointement [...]

Issues

Les questions en litige

[30] The Minister outlines the following as issues:

[30] Le ministre soulève les questions suivantes :

Did the RPD err in determining that the respondent's crime was not serious? Specifically, did the RPD err:

Est-ce que la SPR a commis une erreur en concluant que le crime du défendeur n'était pas grave? Spécifiquement, est-ce que la SPR a commis une erreur :

a. In assessing the seriousness of the offence in Canada by

a. dans l'évaluation de la gravité de l'infraction au Canada en

- Misconstruing the *Jayasekara* decision?

- interprétant mal l'arrêt *Jayasekara*?

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Distinguishing the <i>Noha</i> decision?</li> <li>• Failing to consider the intentions of Parliament in determining whether the offence was serious?</li> </ul> <p>b. By failing to consider all of the aggravating circumstances and</p> <p>c. By ignoring evidence?</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• établissant l'inapplicabilité de la décision <i>Noha</i>?</li> <li>• ne considérant pas l'intention du législateur pour déterminer si l'infraction était grave?</li> </ul> <p>b. en ne considérant pas toutes les circonstances aggravantes?</p> <p>c. en ignorant la preuve?</p> |
|--|--|

#### Standard of Review

[31] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), the Supreme Court of Canada decided that there were two standards of review, correctness and reasonableness. The standard of review for questions of law is correctness. The standard of review for questions of fact and mixed fact and law is reasonableness: *Dunsmuir*, at paragraphs 50 and 53.

[32] The Minister submits that the interpretation of Article 1F(b) and IRPA section 98 is a pure question of law to which the standard of correctness applies, while application of the provision to the facts is a mixed question of fact and law attracting the standard of reasonableness: *Arevalo Pineda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 454, 367 F.T.R. 211, at paragraph 18.

[33] The respondent argues that the issues relate to questions of mixed fact and law and therefore should be reviewed on the standard of reasonableness, with deference paid to the RPD: *Rihan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 123, 362 F.T.R. 148, at paragraph 57. The Minister argues that not all of the issues pertain to mixed fact and law.

[34] I conclude that the standard of review for the interpretation of Article 1F(b) is a pure question of law to which the standard of correctness applies. The standard of review for the determination of the applicable law and

#### La norme de contrôle

[31] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada a décidé qu'il y avait deux normes de contrôle : la décision correcte et la décision raisonnable. La norme de contrôle des questions de droit est celle de la décision correcte. La norme de contrôle pour des questions de faits et des questions mixtes de faits et de droit est celle de la décision raisonnable : *Dunsmuir*, aux paragraphes 50 et 53.

[32] Le ministre allègue que l'interprétation de l'alinéa Fb) de l'article premier et de l'article 98 de la LIPR est une question purement de droit à laquelle s'applique la norme de la décision correcte, tandis que l'application de la disposition traitant des faits est une question mixte de faits et de droit à laquelle s'applique la norme de la décision raisonnable : *Arevalo Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 454, au paragraphe 18.

[33] Le défendeur soutient que les questions touchent des questions mixtes de faits et de droit, et que par conséquent, elles devraient être contrôlées en vertu de la norme de la décision raisonnable, en faisant preuve de retenue envers la SPR : *Rihan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 123, au paragraphe 57. Le ministre prétend que ce ne sont pas toutes des questions mixtes de faits et de droit.

[34] Je conclus que la norme de contrôle pour l'interprétation de l'alinéa Fb) de l'article premier est une question purement de droit à laquelle s'applique la norme de la décision correcte. La norme de contrôle

facts in the respondent's case is a question of mixed fact and law, which attracts a standard of reasonableness.

#### Analysis

[35] The Federal Court of Appeal has held that one of the purposes of Article 1F(b) of the Refugee Convention is to ensure “that the country of refuge can protect its own people by closing its borders to criminals whom it regards as undesirable because of the seriousness of the ordinary crimes which it suspects such criminals of having committed”: *Jayasekara*, at paragraph 28, citing *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761, at paragraphs 118 and 119.

[36] In *Jayasekara*, at paragraph 48, the Federal Court of Appeal approved of the UNHCR's [United Nations High Commissioner for Refugees] view that evidence of the commission of certain offences, including child molesting, raises the presumption of a serious crime. The Court set out factors to be considered in determining the seriousness of crime for the purposes of Article 1F(b):

- a. evaluation of the elements of the crime,
- b. the mode of prosecution,
- c. the penalty prescribed,
- d. the facts, and
- e. the mitigating and aggravating circumstances underlying the conviction.

The Federal Court of Appeal went on to state: “In other words, whatever presumption of seriousness may attach to a crime internationally or under the legislation of the receiving state, that presumption may be rebutted by reference to the above factors”: *Jayasekara*, at paragraph 44.

pour déterminer le droit et les faits applicables dans le dossier du défendeur est une question mixte de faits et de droit à laquelle s'applique la norme de la décision raisonnable.

#### Analyse

[35] La Cour d'appel fédérale a maintenu qu'un des buts de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention est de s'assurer « que le pays d'accueil puisse protéger sa propre population en fermant ses frontières à des criminels qu'il juge indésirables en raison de la gravité des crimes ordinaires qu'il les soupçonne d'avoir commis » : *Jayasekara*, au paragraphe 28, citant la décision *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761, aux paragraphes 118 et 119.

[36] Dans l'arrêt *Jayasekara*, au paragraphe 48, la Cour d'appel fédérale a cautionné le point de vue du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR) selon lequel la preuve de la perpétration de certaines infractions, notamment l'atteinte à la pudeur d'une personne mineure, amène la présomption d'un crime grave. La Cour a établi des facteurs à considérer dans l'examen de la gravité d'une infraction visée par l'alinéa Fb) de l'article premier :

- a. l'évaluation des éléments constitutifs du crime,
- b. le mode de poursuite,
- c. la peine prévue,
- d. les faits,
- e. les circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité.

La Cour d'appel fédérale a ensuite déclaré : « En d'autres termes, peu importe la présomption de gravité, qui peut s'appliquer à un crime en droit international ou selon la loi de l'État d'accueil, cette présomption peut être réfutée par le jeu des facteurs précités » : *Jayasekara*, au paragraphe 44.

*Jayasekara*

[37] The Minister submits the RPD misconstrued *Jayasekara* in relying heavily on paragraph 46 of *Jayasekara* which stipulated that in countries with hybrid offences, “the choice of the mode of prosecution is relevant to the assessment of the seriousness of a crime if there are substantial differences between the penalty prescribed for a summary conviction offence and that provided for an indictable offence.” The Minister points out that this passage refers to the mode of prosecution actually chosen in the *foreign* prosecution, whereas the RPD looked at the equivalent Canadian offence of sexual interference, which was a hybrid offence. The California offence was not a hybrid offence; instead the American prosecutors had to choose between two different and separate offences.

[38] The Minister submits the RPD misinterpreted *Jayasekara* by combining the misdemeanour offence of which the respondent was convicted with the felony of which he was originally charged, treating them as if they were one hybrid offence, and then making an analogy to the Canadian section 151 hybrid offence to conclude that the respondent would have been prosecuted in summary in Canada.

[39] The Minister submits that it is not up to the RPD to speculate as to how the case might have been prosecuted in Canada. Under Canadian immigration law, it has long been held that where the equivalent Canadian offence is hybrid, the maximum punishment on indictment is used to determine criminal inadmissibility. The Minister stated that if an offence committed outside of Canada equated to a hybrid offence in Canada, the maximum sentence for the indictable offence is to be used to determine admissibility which, according to section 151 of the Canadian *Criminal Code* in 1992, is 10 years: *Kai Lee v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 F.C. 374 (C.A.) (*Kai Lee*); *Potter v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 F.C. 609 (C.A.) (*Potter*).

*L'arrêt Jayasekara*

[37] Le ministre allègue que la SPR a mal interprété l'arrêt *Jayasekara* en se fondant largement sur le paragraphe 46 de l'arrêt *Jayasekara* qui stipule que, dans les pays où se trouvent des infractions mixtes, « le choix du mode de poursuite est utile pour évaluer la gravité du crime s'il existe une différence marquée entre la peine prévue pour une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et celle prévue pour un geste punissable sur acte d'accusation ». Le ministre souligne que ce passage fait référence au mode de poursuite réellement choisi par la poursuite à l'étranger, tandis que la SPR a étudié l'équivalent canadien de l'infraction avec contact sexuel, qui est une infraction mixte. L'infraction commise en Californie n'était pas une infraction mixte, au contraire les procureurs américains devaient choisir entre deux infractions différentes et distinctes.

[38] Le ministre prétend que la SPR a mal interprété l'arrêt *Jayasekara* en joignant l'infraction de délit mineur pour laquelle le défendeur a été condamné à l'infraction d'acte délictueux grave de laquelle il avait originalement été accusé, traitant ainsi les infractions comme une infraction mixte et la comparant par la suite à l'infraction mixte canadienne au sens de l'article 151 pour conclure que le défendeur aurait été déclaré sommairement coupable au Canada.

[39] Le ministre prétend qu'il ne relève pas de la SPR de spéculer de la façon dont l'affaire aurait été poursuivie au Canada. En vertu du droit canadien en matière d'immigration, depuis longtemps il est maintenu que dans les cas où l'équivalent canadien de l'infraction est mixte, la sanction ou l'acte d'accusation maximal est utilisé pour déterminer l'interdiction de territoire pour criminalité. Le ministre a déclaré que si une infraction perpétrée à l'extérieur du Canada équivalait à une infraction mixte au Canada, la peine maximale pour l'acte criminel devait être utilisée pour évaluer l'admissibilité, ce qui, conformément à l'article 151 du *Code criminel* de 1992, est 10 ans : *Kai Lee c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 374 (C.A.) (*Kai Lee*); *Potter c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 609 (C.A.) (*Potter*).

[40] I note that *Kai Lee* and *Potter* are 1980 decisions concerning immigrant admissibility, while *Jayasekara*, a recent 2009 Federal Court of Appeal decision, involves the exclusion of a refugee claimant. In this regard, the latter provides the relevant guidance for the RPD's decision in this case.

[41] The issue is whether the RPD may consider the hybrid character of the equivalent Canadian section 151 offence of sexual interference as a relevant consideration, where the California charges were reduced from a felony of a "lewd act upon a child" to a misdemeanour of "annoying or molesting children".

[42] I note that in comparing the California felony and misdemeanour charges to the Canadian section 151 hybrid offence, the RPD was responding to the Minister's submissions on hybrid offences. The RPD makes that clear when quoting the Minister's submission in its decision, at paragraph 47:

In the result, the Minister submits that:

... the fact that the offence [in the case before me] is a hybrid offence is irrelevant to the analysis of what constitutes a "serious" crime. As stated in *Jayasekara* and reiterated in *Noha*; if the crime happens to be a hybrid offence in the foreign jurisdiction, the RPD should look at all the facts underlying the conviction, including any mitigating and aggravating factors. The Minister submits that it is not up to the RPD to engage in an analysis as to how the crime if committed in Canada (and it happens to be a hybrid offense) would be prosecuted in the Canadian courts. [Footnote omitted.]

[43] Having noted the Minister's submission, the RPD then went on to explain why it disagreed with the Minister's proposition that the hybrid nature of the crime was irrelevant, noting at paragraph 48 that to do so would be to ignore a factor among others, which the [Federal] Court of Appeal stated should be part of the

[40] Je note que les arrêts *Kai Lee* et *Potter* sont des décisions de 1980 portant sur l'admissibilité de l'immigrant, tandis que l'arrêt *Jayasekara*, une décision récente de la Cour d'appel fédérale de 2009, implique l'interdiction de territoire d'un demandeur d'asile. À cet égard, l'arrêt *Jayasekara* apporte les orientations pertinentes à la décision SPR en l'espèce.

[41] La question est de savoir si la SPR peut considérer le caractère mixte de l'équivalent canadien prévu à l'article 151, qui porte sur une infraction avec contact sexuel, comme élément de considération pertinent pour évaluer les accusations de la Californie qui ont été réduites d'un acte délictueux grave [TRADUCTION] « de nature obscène impliquant un enfant » à un délit mineur de [TRADUCTION] « harcèlement ou d'atteinte à la pudeur d'une personne mineure ».

[42] Je remarque qu'en comparant les accusations californiennes d'acte délictueux grave et de délit mineur à l'infraction mixte canadienne au sens de l'article 151, la SPR répondait à l'observation du ministre concernant les infractions mixtes. La SPR le précise lorsqu'elle cite l'observation du ministre dans sa décision, au paragraphe 47 :

Par conséquent, le ministre affirme ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] le fait que l'infraction [dans l'affaire dont je suis saisi] est une infraction hybride est sans rapport avec l'analyse de ce qui constitue un crime « grave ». Comme il est énoncé dans l'arrêt *Jayasekara* et repris dans la décision *Noha*, si le crime se trouve être une infraction hybride dans la juridiction étrangère, la SPR devrait examiner l'ensemble des faits sur laquelle repose la déclaration de culpabilité, y compris tout facteur atténuant ou aggravant. Le ministre soutient que ce n'est pas à la SPR d'analyser la façon dont le crime, s'il a été commis au Canada (et il s'agit d'une infraction hybride), ferait l'objet de poursuites devant les tribunaux canadiens. [Note en bas de page omise.]

[43] Ayant noté l'observation du ministre, la SPR a poursuivi en expliquant pourquoi elle était en désaccord avec l'affirmation du ministre selon laquelle la nature mixte du crime n'est pas pertinente, remarquant au paragraphe 48 que d'agir ainsi consisterait à ignorer un facteur parmi d'autres, ce qui selon l'opinion de la Cour

determination. It quoted “[i]n countries where such a choice is possible, the choice of the mode of prosecution is relevant to the assessment of the seriousness of the crime if there is a substantial difference between the penalty prescribed for a summary offence and that provided for an indictable offence” (underlining is the RPD’s).

[44] The Federal Court of Appeal set out a principled approach to determining whether an offence committed by a refugee claimant committed is a serious crime as addressed in Article 1F(b) of the Convention. This approach required assessment of the specific offence by considering pertinent factors. The offence under consideration in *Jayasekara* was trafficking in drugs, which is not a hybrid offence in Canada. Nevertheless, Appeal Justice Létourneau stated, at paragraph 46:

I should add for the sake of clarity that Canada, like Great Britain and the United States, has a fair number of hybrid offences, that is to say offences which, depending on the mitigating or aggravating circumstances surrounding their commission, can be prosecuted either summarily or more severely as an indictable offence. In countries where such a choice is possible, the choice of the mode of prosecution is relevant to the assessment of the seriousness of a crime if there is a substantial difference between the penalty prescribed for a summary conviction offence and that provided for an indictable offence.

Justice Létourneau also noted, at paragraph 43, that while one should have regard to the international standard the perspective of the receiving state cannot be ignored in determining the seriousness of the crime.

[45] It seems to me that when Justice Létourneau spoke of “the choice of the mode of prosecution” he was referring to the choice made in prosecuting a hybrid offence in a jurisdiction other than Canada. The RPD would appear to have misapplied the quote. However, I find that the RPD did not err in deciding the California prosecutor made an analogous choice in electing to proceed by accepting a plea to a misdemeanour offence rather than proceeding by way of a felony charge. The underlying principle is the same: the California felony and misdemeanour offences together cover an equivalent

d’appel fédérale, doit faire partie de l’examen. La SPR a cité « “[d]ans des pays où cette option existe, le choix du mode de poursuite est utile pour évaluer la gravité du crime s’il existe une différence marquée entre la peine prévue pour une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et celle prévue pour un geste punissable sur acte d’accusation” » (souligné par la SPR).

[44] La Cour d’appel fédérale a établie une méthode raisonnée afin de déterminer si une infraction perpétrée par un demandeur d’asile est un crime grave visé par l’alinéa 1Fb) de la Convention. Cette méthode exige l’évaluation de l’infraction spécifique par la considération de facteurs pertinents. L’infraction étudiée dans l’arrêt *Jayasekara* était le trafic de stupéfiants, ce qui n’est pas une infraction mixte au Canada. Toutefois, le juge Létourneau a noté, au paragraphe 46 :

Je tiens par ailleurs à ajouter, par souci de clarté, qu’à l’instar de la Grande-Bretagne et des États-Unis, le Canada dispose d’un nombre assez élevé d’infractions hybrides, c’est-à-dire d’infractions qui, selon les circonstances aggravantes ou atténuantes entourant leur perpétration, peuvent être punissables par procédure sommaire ou, plus sévèrement, sur acte d’accusation. Dans des pays où cette option existe, le choix du mode de poursuite est utile pour évaluer la gravité du crime s’il existe une différence marquée entre la peine prévue pour une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et celle prévue pour un geste punissable sur acte d’accusation.

Le juge Létourneau a aussi noté, au paragraphe 43, que, même si l’on doit tenir compte de la norme internationale, le point de vue de l’État d’accueil ne peut être ignoré lors de l’évaluation de la gravité du crime.

[45] Il me semble que lorsque le juge Létourneau parlait du « choix du mode de poursuite », il faisait référence au choix fait dans la poursuite d’une infraction mixte dans une juridiction autre que celle du Canada. La SPR semble avoir mal appliqué la citation. Cependant, je conclus que la SPR n’a pas commis d’erreur lorsqu’elle a conclu que le procureur de la Californie avait fait un choix similaire en préférant accepter une plaidoirie de culpabilité à une infraction de délit mineur plutôt que de procéder avec une accusation d’acte délictueux grave. Le principe sous-jacent est le

spectrum of criminal seriousness as does the Canadian section 151 hybrid offence.

[46] Nor do I consider that the RPD erred in canvassing the range of penalty in section 151 of the *Criminal Code*, given that Justice Létourneau also spoke of keeping in mind the perspective of the receiving state. The RPD was entitled to consider the hybrid nature of section 151 of the *Criminal Code*. In so doing, the RPD focused on the Court's qualification "if there is substantial difference between the penalty prescribed for a summary conviction offence and that provided for an indictable offence."

[47] The RPD noted the substantial difference in sentencing between the maximum of a 6-month sentence for a summary conviction and the 10-year maximum sentence for an indictable conviction. The RPD found that the 6-month sentence was nowhere near the 10-year sentence noted by the Federal Court of Appeal in *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390, which had been found to be an indicator of "seriousness". The RPD concluded that Parliament set out a range of culpability for sexually motivated crimes against children and that some such offences may not be "serious" for the purposes of an exclusion determination.

[48] In my view the RPD properly limited its examination to assessing the Canadian perspective on the seriousness of offences embodied in section 151 of the *Criminal Code*. I find the RPD did not decide that the respondent's crime would be prosecuted by way of summary conviction in Canada but rather that section 151 of the Code indicated that the relevant Canadian perspective on the seriousness of the offence in question included a range from "serious" (indictable) to "less serious" (summary) offence.

même : les infractions californiennes d'acte délictueux grave et de délit mineur, lorsque mises ensemble, couvrent le même éventail dans la gravité de crimes que représente l'infraction mixte canadienne au sens de l'article 151.

[46] De plus, je ne considère pas que la SPR a commis une erreur en examinant de façon approfondie la gamme de sanctions prévues à l'article 151 du *Code criminel*, étant donné que le juge Létourneau a aussi mentionné qu'il fallait garder en tête le point de vue de l'État d'accueil. La SPR était en droit de considérer la nature mixte de l'article 151 du *Code criminel*. En procédant ainsi, la SPR s'est concentrée sur le commentaire de la Cour « s'il existe une différence marquée entre la peine prévue pour une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et celle prévue pour un geste punissable sur acte d'accusation ».

[47] La SPR a constaté une différence notable entre le prononcé d'une peine maximale de 6 mois de prison découlant d'une déclaration sommaire de culpabilité et celui d'une peine maximale de 10 ans de prison d'une condamnation pour acte criminel. La SPR a conclu que la peine de 6 mois était très loin d'équivaloir la peine de 10 ans que la Cour d'appel fédérale a considérée dans l'arrêt *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390, comme étant un indicateur de « gravité ». La SPR a conclu que le législateur avait établi une gamme de culpabilité pour des crimes d'ordre sexuel envers les personnes mineures et que ces infractions peuvent ne pas être « graves » aux fins d'évaluation en matière d'interdiction de territoire.

[48] Selon moi, la SPR a justement restreint son examen à l'évaluation de la perspective canadienne relative à la gravité des infractions exprimée dans l'article 151 du *Code criminel*. Je constate que la SPR n'a pas conclu que le crime du défendeur ferait l'objet d'une déclaration de culpabilité par procédure sommaire au Canada, mais plutôt que l'article 151 du *Code criminel* indiquait que la perspective canadienne pertinente à la gravité d'une infraction comprenait une gamme d'infractions variant de « grave » (punissable par voie de mise en accusation) à « moins grave » (punissable par voie de déclaration sommaire de culpabilité).



*Distinguishing Noha*

[49] The Minister submits that the RPD erred by distinguishing *Noha* on the basis that the applicant in that case had admitted that he was inadmissible for serious criminality under subsection 36(1) [of IRPA]. The Minister submits that the outcome of the *Noha* case did not turn on this admission, as the Court found the applicant inadmissible under Article 1F(b).

[50] In *Noha*, Justice Shore considered the applicant's admission of serious criminality under subsection 36(1) to be significant before going on to considering *Jayasekara* factors. This alone could serve as a basis for distinguishing that decision. However the *Noha* decision also did not discuss the equivalent Canadian hybrid offence. I find the RPD made no error in distinguishing *Noha* in its analysis of Canada's perspective on the seriousness of the offences for which the respondent was convicted in California.

*Intentions of Parliament*

[51] The Minister submitted the RPD erred in failing to consider the intentions of Parliament as expressed in the IRPA provisions regarding serious criminality for offences committed outside of Canada. In making this submission, the Minister refers to the adjudicator's finding of the respondent's inadmissibility under subsection 36(1) of IRPA. The Minister pointed out that under the criminal admissibility under subsection 36(1), the maximum length of sentence for the Canadian hybrid equivalent is considered which can be taken to reflect Parliament's intentions.

[52] The Minister agreed that a finding of an immigrant's inadmissibility for serious criminality under subsection 36(1) of IRPA was not binding on the RPD when deciding a refugee claimant is excluded under

*L'inapplicabilité de la décision Noha*

[49] Le ministre allègue que la SPR a commis une erreur en établissant l'inapplicabilité de la décision *Noha* en se fondant sur le fait que le demandeur dans cette affaire avait admis qu'il était interdit de territoire pour crime grave selon le paragraphe 36(1) [de la LIPR]. Le ministre soutient que l'issue de l'affaire *Noha* n'a pas été modifiée par cette admission, puisque la Cour a conclu que le demandeur était interdit de territoire selon l'alinéa Fb) de l'article premier.

[50] Dans la décision *Noha*, le juge Shore a considéré que l'admission de grande criminalité selon le paragraphe 36(1) constituait un facteur significatif avant d'étudier les facteurs tirés de l'arrêt *Jayasekara*. Considérer uniquement ce fait aurait pu servir à établir l'inapplicabilité de cette décision. Cependant, la décision *Noha* n'a pas étudié l'équivalent canadien de l'infraction mixte. Je constate que la SPR n'a pas commis d'erreur en établissant l'inapplicabilité de la décision *Noha* à son analyse de la perspective canadienne concernant la gravité des infractions pour lesquelles le défendeur a été déclaré coupable en Californie.

*Les intentions du législateur*

[51] Le ministre a allégué que la SPR avait erré en ne considérant pas les intentions du législateur exprimées dans les dispositions de la LIPR concernant les crimes graves perpétrés à l'extérieur du Canada. Pour appuyer cette prétention, le ministre fait référence à la conclusion de l'arbitre voulant que le défendeur soit interdit de territoire en vertu du paragraphe 36(1) de la LIPR. Le ministre a souligné que, selon l'interdiction de territoire pour motif de criminalité au sens du paragraphe 36(1), la durée maximale d'une peine pour l'équivalent mixte au Canada est prise en considération, ce qui peut être interprété comme respectant les intentions du législateur.

[52] Le ministre a convenu que la conclusion quant à l'interdiction de territoire d'un immigrant pour motif de grande criminalité prévue au paragraphe 36(1) de la LIPR ne liait pas la SPR lorsqu'elle étudiait si un

Article 1F(b) for having committed a serious non-political crime. Since Parliament did not choose to automatically exclude persons found inadmissible under subsection 36(1) from refugee protection, it was open for the RPD to proceed as it did with its analysis of serious criminality in accordance with the direction in *Jasayekara*.

#### *Aggravating Circumstances*

[53] The Minister submits that the RPD did not consider all the aggravating circumstances of the respondent's offences. My review of the RPD's decision shows that the RPD set out the Minister's evidence in detail in its recitation of the evidence at paragraphs 10 and 11, revisited the aggravating factors in analysis at paragraph 40, and validated them in paragraph 57. In addition, the RPD weighed the mitigating factors concerning the respondent's crimes. The RPD was also alive to the varying factors that could have come into play in the California prosecutor's decision to proceed with misdemeanour charges much as considered in the discussion of Canadian hybrid offences in *Jayasekara*, at paragraph 42.

[54] The RPD is due deference in its decisions concerning facts and mixed fact and law. I find the RPD reasonably considered both the aggravating and mitigating nature of the respondent's offences in coming to its decision.

#### Conclusion

[55] The Federal Court of Appeal's teaching in *Jayasekara* is that the interpretation of the exclusion clause in Article 1F(b) of the Refugee Convention, as regards the seriousness of a crime, requires an evaluation of the elements of the crime, the mode of prosecution, the penalty prescribed, the facts, and the mitigating and aggravating circumstances underlying

demandeur d'asile était interdit de territoire en vertu de l'alinéa Fb) de l'article premier pour avoir perpétré un crime grave de droit commun. Puisque le législateur n'a pas choisi d'interdire automatiquement les personnes déclarées inadmissibles au statut de réfugié en vertu du paragraphe 36(1), la SPR avait le droit de procéder comme elle l'a fait dans son analyse de crime grave conformément à l'orientation fournie par l'arrêt *Jayasekara*.

#### *Les circonstances aggravantes*

[53] Le ministre allègue que la SPR n'a pas tenu compte de toutes les circonstances aggravantes des infractions perpétrées par le défendeur. Mon contrôle de la décision de la SPR démontre que la SPR a présenté la preuve du ministre en détail dans son résumé de la preuve aux paragraphes 10 et 11, a passé en revue les facteurs aggravants dans son analyse au paragraphe 40 et les a validés au paragraphe 57. De plus, la SPR a examiné les facteurs atténuants des crimes du défendeur. La SPR était aussi consciente des facteurs changeants qui auraient pu entrer en jeu dans la décision du procureur de la Californie de procéder à des accusations de délit mineur comme cela a été fait dans l'analyse des infractions mixtes canadiennes dans l'arrêt *Jayasekara*, au paragraphe 42.

[54] Il faut faire preuve de retenue à l'égard des décisions de la SPR touchant des questions de faits et des questions mixtes de faits et de droit. Je constate que la SPR a raisonnablement examiné les natures aggravante et atténuante des infractions perpétrées par le défendeur pour arriver à sa décision.

#### Conclusion

[55] Ce qu'il faut retirer de l'arrêt *Jayasekara* rendu par la Cour d'appel fédérale, c'est que l'interprétation de la disposition traitant de l'interdiction de territoire au sens de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention en ce concerne la gravité d'un crime exige une évaluation des éléments constitutifs du crime, du mode de poursuite, de la peine prévue, des faits et des circonstances

the conviction. A presumption that a crime is serious may be rebutted by the assessment of those factors.

[56] Further, the [Federal] Court of Appeal was mindful of hybrid offences in Canada and elsewhere and the relevance of the choice in the mode of prosecution if there was a substantial difference between the penalty prescribed for a summary conviction offence and that for an indictable offence.

[57] I conclude that, the RPD correctly considered the standards applicable in the United States and Canada concerning the respondent's non-political crimes. It also considered the particulars of the offences including aggravating and mitigating factors. It followed the direction in *Jayasekara* and reasonably decided that the presumption of seriousness was rebutted.

[58] In result, I find the RPD did not err in coming to its decision. The application for judicial review is dismissed.

[59] The parties have not posed a question of general importance for certification and I make none.

[60] I make no order for costs.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application for judicial review is dismissed.
2. I make no order for costs.

atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité. La présomption de la gravité d'un crime peut être réfutée par l'examen de ces facteurs.

[56] De plus, la Cour d'appel [fédérale] était consciente des infractions mixtes au Canada et ailleurs, ainsi que de la pertinence du choix du mode de poursuite s'il existait une différence notable entre la peine prévue pour une déclaration de culpabilité par procédure sommaire et celle pour un acte criminel.

[57] Je conclus que la SPR a correctement considéré les normes applicables aux États-Unis et au Canada dans son évaluation des crimes de droit commun perpétrés par le défendeur. Elle a aussi pris en considération les natures particulières des infractions, notamment les facteurs aggravants et atténuants. Elle a suivi l'orientation donnée par l'arrêt *Jayasekara* et elle a raisonnablement conclu que la présomption de gravité avait été réfutée.

[58] En conséquence, je conclus que la SPR n'a pas erré en arrivant à sa décision. La présente demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

[59] Les parties n'ont pas soumis de question de portée générale aux fins de certification et je n'en émettrai aucune.

[60] Je n'adjugerai aucuns dépens relativement à cette demande.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que :

1. la présente demande de contrôle judiciaire soit rejetée.
2. aucuns dépens ne soient adjugés.

IMM-5706-10  
2011 FC 643

IMM-5706-10  
2011 CF 643

**Masoud Boroumand** (*Applicant*)

**Masoud Boroumand** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Toronto, May 17; Ottawa, June 3, 2011.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Toronto, 17 mai; Ottawa, 3 juin 2011.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of decision by pre-removal risk assessment (PRRA) coordinator determining that applicant not entitled to refugee protection under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 114(1)(a) — Applicant imprisoned for drug trafficking, excluded from refugee protection — PRRA officer finding applicant at risk upon return to Iran — However, Minister's delegate denying application for protection pursuant to IRPA, s. 112(1) — Federal Court ordering redetermination of delegate's decision — Applicant subsequently receiving pardon, claiming no longer inadmissible due to serious criminality — PRRA coordinator indicating that grant of pardon not quashing exclusion decision; applicant not receiving status as protected person; any redetermination now moot — Whether PRRA coordinator erring in concluding that applicant not entitled to refugee protection — Applicant no longer subject to IRPA, s. 112(3)(c) disqualifications by virtue of pardon, Criminal Records Act, s. 5(b) — However, applicant not automatically entitled to refugee protection — Pardon not leaving original application for protection intact while removing negative consequences of being considered under s. 112(3) — Redetermination of application for protection rendered moot by pardon — Removal order no longer enforceable — Applicant entitled to apply under s. 112(1) if subject to future removal order — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision d'un coordonnateur de l'examen des risques avant renvoi (ERAR), selon laquelle le demandeur n'avait pas droit à l'asile aux termes de l'art. 114(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Le demandeur a été incarcéré pour trafic de drogue, et a été exclu de la protection accordée aux demandeurs d'asile — L'agent d'ERAR a conclu que le demandeur serait exposé à un risque s'il retournait en Iran — Cependant, le délégué du ministre a rejeté la demande d'asile en vertu de l'art. 112(1) de la LIPR — La Cour fédérale a ordonné qu'une nouvelle décision soit rendue par un délégué du ministre — Par la suite, le demandeur a obtenu une réhabilitation, et a soutenu qu'il n'était plus interdit de territoire pour grande criminalité — Le coordonnateur de l'ERAR a indiqué que la réhabilitation n'annulait pas la décision d'exclusion; le demandeur n'a pas obtenu le statut de personne protégée; toute nouvelle décision relative à sa demande était désormais théorique — Il s'agissait de savoir si le coordonnateur de l'ERAR a commis une erreur en concluant que le demandeur n'avait pas droit à l'asile — Le demandeur ne faisait plus l'objet de l'incapacité énoncée à l'art. 112(3)c) de la LIPR, aux termes de la réhabilitation et de l'art. 5b) de la Loi sur le casier judiciaire — Cependant, le demandeur n'avait pas automatiquement droit à l'asile — La réhabilitation n'a pas pour effet de restaurer la demande d'asile originale et d'éliminer simultanément toutes les conséquences négatives qu'emporte le statut de personne visée à l'art. 112(3) — Toute autre décision sur la demande d'asile est devenue théorique par suite de la réhabilitation — La mesure de renvoi n'est plus exécutoire — Si le demandeur devait être frappé d'une mesure de renvoi à l'avenir, il aurait la possibilité de présenter une demande en vertu de l'art. 112(1) — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of a decision by a pre-removal risk assessment (PRRA) coordinator determining that the applicant was not entitled to refugee protection under paragraph 114(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA).

The applicant, a citizen of Iran, entered Canada using a false passport. He was sentenced to prison for drug trafficking and a deportation order was issued. The Immigration and Refugee Board (IRB) excluded the applicant from refugee protection pursuant to Article 1F(c) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. The applicant applied for protection pursuant to subsection 112(1) of IRPA and a PRRA officer found that the applicant would be at risk upon his return to Iran. However, a Minister's delegate later denied the applicant's application for protection. The Federal Court set aside that decision and ordered a redetermination by a different delegate. After receiving a pardon for his convictions, the applicant wrote to immigration officials that he was no longer inadmissible due to serious criminality pursuant to paragraph 112(3)(b) of IRPA. The PRRA coordinator indicated that the granting of the pardon in the applicant's case did not quash the exclusion decision. The PRRA coordinator also determined that the applicant had not received status as a protected person by virtue of his application for protection and that any redetermination of his application was now moot.

At issue was whether the PRRA coordinator erred in concluding that the applicant was not entitled to refugee protection under paragraph 114(1)(a) as a result of the pardon.

*Held*, the application should be dismissed.

The IRB's decision excluding the applicant pursuant to Article 1F(c) of the Convention amounted to a "disqualification" on a prospective basis. By virtue of the pardon and paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*, the applicant was no longer subject to the disqualifications set out in paragraph 112(3)(c) of IRPA. However, this did not automatically entitle him to refugee protection. No decision to allow the applicant's application for protection was ever made within the meaning of subsection 114(1) of IRPA. As such, paragraph 114(1)(a) was not engaged. The pardon should not operate in such a way as to leave the applicant's original application for protection intact while removing the negative consequences of being considered under subsection 112(3), thus paving the way for automatic refugee protection. This does not logically flow from section 5 of the *Criminal Records Act*. The PRRA coordinator was correct in determining that any further

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un coordonnateur de l'examen des risques avant renvoi (ERAR), selon laquelle le demandeur n'avait pas droit à l'asile aux termes du paragraphe 114(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR).

Le demandeur, un citoyen de l'Iran, est arrivé au Canada muni d'un faux passeport. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement pour trafic de drogue et frappé d'une mesure d'expulsion. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) a décidé que le demandeur n'avait pas droit à l'asile, conformément à l'alinéa c) de la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. Le demandeur a sollicité l'asile en vertu du paragraphe 112(1) de la LIPR, et un agent d'ERAR a conclu que le demandeur serait exposé à un risque s'il retournerait en Iran. Cependant, un délégué du ministre a rejeté la demande d'asile du demandeur. La Cour fédérale a annulé la décision et ordonné qu'une nouvelle décision soit rendue par un autre délégué du ministre. Après avoir été réhabilité relativement à sa déclaration de culpabilité, le demandeur a avisé les autorités de l'immigration qu'il n'était plus interdit de territoire pour grande criminalité, aux termes de l'alinéa 112(3)b) de la LIPR. Le coordonnateur de l'ERAR a indiqué que la réhabilitation, dans le cas du demandeur, n'annulait pas la décision d'exclusion. Le coordonnateur de l'ERAR a également déterminé que le demandeur n'avait pas obtenu le statut de personne protégée par suite de sa demande d'asile, et que toute nouvelle décision relative à sa demande était désormais théorique.

La question en litige était de savoir si le coordonnateur de l'ERAR a commis une erreur en concluant que le demandeur n'avait pas droit à l'asile au titre du paragraphe 114(1) de la LIPR, malgré sa réhabilitation.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La décision de la CISR de ne pas donner droit à l'asile au demandeur, conformément à l'alinéa c) de la section F de l'article premier de la Convention, équivaut à une « incapacité » ayant un effet prospectif. Aux termes de la réhabilitation et de l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*, le demandeur ne devrait plus faire l'objet de l'incapacité énoncée à l'alinéa 112(3)c) de la LIPR. Cependant, cela ne signifie pas qu'il a automatiquement droit à l'asile. Aucune décision d'accueillir la demande d'asile du demandeur n'a jamais été prise au sens du paragraphe 114(1) de la LIPR. De fait, le paragraphe 114(1) ne s'applique pas. La réhabilitation ne devrait pas avoir pour effet de restaurer la demande originale du demandeur et d'éliminer simultanément toutes les conséquences négatives qu'emporte le statut de personne visée au paragraphe 112(3), ouvrant ainsi automatiquement la voie à l'asile. Tel n'est pas l'effet envisagé à l'article 5 de la *Loi sur*

determination of the applicant's application for protection had been rendered moot by virtue of the pardon. The removal order, underpinning the application for protection, was no longer enforceable. Should the applicant become subject to an enforceable removal order in the future, he will be entitled to apply under subsection 112(1) again. Assuming his circumstances do not change, he will not be treated as a person described by either paragraph 112(3)(b) or 112(3)(c).

*le casier judiciaire*. Le coordonnateur de l'ERAR a donc conclu à juste titre que toute autre décision relative à la demande d'asile était effectivement devenue théorique par suite de la réhabilitation. La demande de renvoi, qui sous-tend la demande d'asile, n'est plus exécutoire. Si le demandeur devait être frappé d'une mesure de renvoi exécutoire à l'avenir, il aurait de nouveau la possibilité de soumettre une demande en vertu du paragraphe 112(1) de la LIPR. Le cas échéant, en supposant que sa situation ne change pas, le demandeur ne sera pas considéré comme une personne visée aux alinéas 112(3)(b) ou 112(3)(c) de la LIPR.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Criminal Records Act*, R.S.C., 1985, c. C-47, s. 5 (as am. by S.C. 2010, c. 5, s. 5; c. 17, s. 64).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 71, 72(1), 96, 97, 98, 112, 113, 114.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 144 (T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 35, [2007] 4 F.C.R. 515, 278 D.L.R. (4th) 268, 60 Imm. L.R. (3d) 159.

## CONSIDERED:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, 200 D.L.R. (4th) 1, 30 Admin. L.R. (3d) 171.

## REFERRED TO:

*Boroumand v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1219, [2008] 3 F.C.R. 507, 66 Imm. L.R. (3d) 57; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, 2001 FCA 311, [2002] 1 F.C. 200, 206 D.L.R. (4th) 727, 19 Imm. L.R. (3d) 199.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47, art. 5 (mod. par L.C. 2010, ch. 5, art. 5; ch. 17, art. 64).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 71, 72(1), 96, 97, 98, 112, 113, 114.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Smith c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 144 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Nazifpour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 35, [2007] 4 R.C.F. 515.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Boroumand c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1219, [2008] 3 R.C.F. 507; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, 2001 CAF 311, [2002] 1 C.F. 200.

APPLICATION for judicial review of a decision by a pre-removal risk assessment coordinator determining that the applicant was not entitled to refugee protection under paragraph 114(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un coordonnateur de l'examen des risques avant renvoi, selon laquelle le demandeur n'avait pas droit à l'asile aux termes du paragraphe 114(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

#### APPEARANCES

*Lorne Waldman* for applicant.  
*Mary Matthews* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Lorne Waldman* pour le demandeur.  
*Mary Matthews* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Waldman & Associates*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Waldman & Associates*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application for judicial review, pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), of the decision of a Citizenship and Immigration Canada (CIC) pre-removal risk assessment coordinator (the coordinator), dated September 16, 2010, whereby the coordinator determined that the applicant was not entitled to refugee protection under paragraph 114(1)(a) of the IRPA.

[1] LA JUGE TREMBLAY-LAMER : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, présentée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), à l'encontre de la décision d'un coordonnateur de l'examen des risques avant renvoi (le coordonnateur) de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), datée du 16 septembre 2010, dans laquelle le coordonnateur a décidé que le demandeur n'avait pas droit à l'asile aux termes du paragraphe 114(1) de la LIPR.

#### I. Background

[2] The applicant is a citizen of Iran. He came to Canada in 1988 using a false Spanish passport and without a visa.

[3] In September of 1992, he was convicted of three drug trafficking offences and sentenced to four years in prison. In February of 1993, a deportation order was issued on the basis of that conviction.

[4] In April of 1993, the applicant claimed refugee protection. By a decision dated February 22, 1994, the

#### I. Le contexte

[2] Le demandeur est un citoyen de l'Iran. Il est arrivé au Canada en 1988 muni d'un faux passeport espagnol, et sans visa.

[3] En septembre 1992, il a été déclaré coupable de trois infractions de trafic de stupéfiants et condamné à quatre années d'emprisonnement. En février 1993, le demandeur a été frappé d'une mesure d'expulsion en raison de ces déclarations de culpabilité.

[4] En avril 1993, le demandeur a sollicité l'asile. Par décision datée du 22 février 1994, la Commission de

Immigration and Refugee Board (IRB) decided that the applicant was excluded from refugee protection as a result of the drug convictions pursuant to Article 1F(c) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention). Application for leave and judicial review of this determination was denied on September 8, 1994.

[5] Although the applicant was scheduled for removal on August 23, 1995, he fled the province of Ontario for British Columbia where he assumed his brother's identity. In December of 2002, the applicant was arrested and held in immigration detention until October of 2004 at which point he was released on bond.

[6] In 2004, the applicant applied for protection pursuant to subsection 112(1) of the IRPA. A pre-removal risk assessment (PRRA) officer interviewed the applicant and on October 4, 2004, found that the applicant would "likely face a risk of torture, risk to life and risk of cruel and unusual treatment or punishment upon return to Iran due to his drug trafficking conviction".

[7] However, processing of the applicant's application for protection required more than just a risk assessment. Since the applicant was a person described in subsection 112(3) of the IRPA—he was inadmissible on grounds of serious criminality as a result of the 1992 convictions (paragraph 112(3)(b)) and he had made a claim for refugee protection that was rejected on the basis of Article 1F of the Convention on February 22, 1994 (paragraph 112(3)(c))—subparagraph 113(d)(i) of the IRPA required that the applicant's case be considered both on the basis of the risk factors set out in section 97, and also on the basis of whether or not he posed a danger to the public in Canada. The matter was referred to the Minister's delegate to perform the requisite balancing.

[8] On March 29, 2007, the Minister's delegate denied the applicant's application for protection. The applicant applied for judicial review and on November 21, 2007,

l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) a décidé que le demandeur n'avait pas droit à l'asile en raison des déclarations de culpabilité, conformément à l'alinéa c) de la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention). La demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée le 8 septembre 1994.

[5] Le renvoi du demandeur avait été fixé au 23 août 1995, mais il s'est enfui de la province de l'Ontario et s'est rendu en Colombie-Britannique où il a usurpé l'identité de son frère. En décembre 2002, le demandeur a été arrêté et détenu par les autorités de l'immigration jusqu'en octobre 2004, lorsqu'il a été mis en liberté sous caution.

[6] En 2004, le demandeur a sollicité l'asile en vertu du paragraphe 112(1) de la LIPR. Un agent d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a interrogé le demandeur et, le 4 octobre 2004, a conclu que celui-ci serait [TRADUCTION] « probablement exposé à un risque de torture, à une menace pour sa vie ou à un risque de subir des traitements ou peines cruels et inusités, à son retour en Iran, par suite de ses déclarations de culpabilité pour trafic de drogue ».

[7] Cependant, le traitement de la demande d'asile requerrait plus qu'un simple examen des risques. Puisque le demandeur était une personne visée au paragraphe 112(3) de la LIPR, étant interdit de territoire pour grande criminalité en raison des déclarations de culpabilité de 1992 (alinéa 112(3)(b)) et ayant été débouté de sa demande d'asile le 22 février 1994 sur le fondement de la section F de l'article premier de la Convention (alinéa 112(3)(c)), le sous-alinéa 113(d)(i) de la LIPR exigeait que le dossier soit examiné à la lumière des facteurs de risque énoncés à l'article 97 et au regard des critères servant à déterminer si le demandeur constituait un danger pour le public au Canada. L'affaire a été déférée au délégué du ministre pour qu'il procède à l'analyse requise.

[8] Le 29 mars 2007, le délégué du ministre a rejeté la demande d'asile. Le demandeur a présenté une demande de contrôle judiciaire et, le 21 novembre 2007, le juge



Justice Frederick Gibson of this Court allowed the application, set aside the decision, and ordered that a re-determination be carried out by a different Minister's delegate (*Boroumand v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1219, [2008] 3 F.C.R. 507).

[9] On December 21, 2009, prior to any redetermination, the National Parole Board awarded the applicant a pardon under the *Criminal Records Act*, R.S.C., 1985, c. C-47 in relation to the 1992 convictions.

[10] By letter dated January 18, 2010, applicant's counsel wrote to immigration officials indicating that the applicant had received a pardon and, as a result, was no longer inadmissible due to serious criminality and was no longer a person described in subsection 112(3) of the IRPA. Counsel sought confirmation of the fact that, because of the positive risk opinion issued in 2004, and because the applicant was no longer a person described in subsection 112(3), the applicant was automatically entitled to protected person status and, thus, could apply for permanent residence on that basis. Counsel indicated that the applicant would proceed to make a formal application for permanent residence as a protected person.

## II. The decision under review

[11] By letter dated September 16, 2010, a PRRA coordinator with CIC responded to counsel's January 18, 2010 letter. He indicated that pardons are to be given prospective effect and, as such, the granting of the pardon in the applicant's case did not quash the exclusion decision made pursuant to Article 1F(c) of the Convention on February 22, 1994.

[12] In any event, as a result of the pardon, the removal order made against the applicant in 1993 was no longer enforceable and, as such, the Federal Court order for redetermination had effectively been rendered moot. The coordinator pointed out that the applicant would become eligible to apply for protection again under subsection 112(1) of the IRPA should he become subject to another enforceable removal order.

Frederick Gibson de la Cour a accueilli la demande, annulé la décision et ordonné qu'une nouvelle décision soit rendue par un autre délégué du ministre (*Boroumand c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1219, [2008] 3 R.C.F. 507).

[9] Le 21 décembre 2009, avant que ne soit rendue une nouvelle décision, la Commission nationale des libérations conditionnelles a accordé la réhabilitation au demandeur au titre de la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47, en lien avec les déclarations de culpabilité de 1992.

[10] Par lettre datée du 18 janvier 2010, l'avocat du demandeur a avisé les autorités de l'immigration que celui-ci avait obtenu la réhabilitation et que, de ce fait, il n'était plus interdit de territoire pour grande criminalité ni visé au paragraphe 112(3) de la LIPR. L'avocat a alors demandé qu'il lui soit confirmé si, en raison de l'avis positif relatif au risque émis en 2004, et du fait que le demandeur n'était plus visé au paragraphe 112(3), celui-ci avait automatiquement droit à l'asile et pouvait donc demander la résidence permanente pour ce motif. L'avocat a indiqué que le demandeur présenterait une demande officielle de résidence permanente à titre de personne protégée.

## II. La décision faisant l'objet du contrôle judiciaire

[11] Par lettre datée du 16 septembre 2010, un coordonnateur de l'ERAR de CIC a répondu à la lettre de l'avocat du 18 janvier 2010. Il a indiqué que la réhabilitation avait un effet prospectif et que, dans le cas du demandeur, elle n'annulait pas la décision d'exclusion rendue le 22 février 1994 au titre de l'alinéa c) de la section F de l'article premier de la Convention.

[12] Quoi qu'il en soit, la mesure de renvoi prise contre le demandeur en 1993 n'était plus exécutoire par suite de la réhabilitation, de sorte que l'ordonnance de nouvelle décision rendue par la Cour fédérale était effectivement devenue théorique. Le coordonnateur a fait remarquer que le demandeur pourrait refaire une demande d'asile en vertu du paragraphe 112(1) de la LIPR s'il était frappé d'une autre mesure de renvoi exécutoire.

[13] In essence, the coordinator determined that the applicant had not received status as a protected person by virtue of his 2004 application for protection and that any redetermination of his application was now moot.

[13] Essentiellement, le coordonnateur a décidé que le demandeur n'avait pas obtenu le statut de personne protégée par suite de sa demande d'asile de 2004 et que toute nouvelle décision sur sa demande était désormais théorique.

### III. Legislative background

[14] Subsection 112(1) of the IRPA allows a person who is subject to an enforceable removal order to apply to the Minister of Citizenship and Immigration for protection:

Application  
for  
protection

**112.** (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

[15] Subsection 112(3) indicates that certain groups of applicants are not eligible to receive refugee protection. These groups include persons who are determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to certain convictions, and persons who claimed refugee protection and who were rejected on the basis of Article 1F of the Convention:

**112.** ...

Restriction

(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person

...

(b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

(c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

### III. Le cadre législatif

[14] Aux termes du paragraphe 112(1) de la LIPR, la personne visée par une mesure de renvoi exécutoire peut demander la protection au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration :

**112.** (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1). Demande de protection

[15] Il est précisé au paragraphe 112(3) que certains groupes de demandeurs n'ont pas droit à l'asile. Ces groupes incluent les personnes ayant été trouvées interdites de territoire pour grande criminalité en raison d'une déclaration de culpabilité, ainsi que les personnes ayant été déboutées de leur demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention :

**112.** [...]

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur Restriction  
dans les cas suivants :

[...]

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

[16] Although a positive determination will not result in the conferral of refugee protection for the people described in subsection 112(3), paragraph 114(1)(b) of the IRPA indicates that a positive determination will nonetheless result in a stay of removal for these people. For all other applicants, a positive determination does result in the conferral of refugee protection:

Effect of  
decision

**114.** (1) A decision to allow the application for protection has

(a) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), the effect of conferring refugee protection; and

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

[17] Not only will a positive determination have a different result for people described in subsection 112(3), but their applications will also be considered in a different way. Paragraphs 113(c) and 113(d) of the IRPA recognize that there are essentially two streams for processing applications under subsection 112(1): one for applicants who are not described in subsection 112(3) and one for applicants who are described in subsection 112(3). While the focus for the former group are considerations under sections 96 to 98 of the IRPA (the Convention refugee and persons in need of protection provisions), the latter group will have risk factors under section 97 balanced against countervailing considerations such as the safety and security of the Canadian public:

Consideration of  
application

**113.** Consideration of an application for protection shall be as follows:

...

(c) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

[16] Bien qu'une décision favorable n'emporte pas l'octroi de l'asile aux personnes visées au paragraphe 112(3), le paragraphe 114(1) de la LIPR stipule qu'elle aura néanmoins pour effet de surseoir au renvoi de ces personnes. Pour tous les autres demandeurs, une décision favorable a pour effet de conférer l'asile :

Effet de la  
décision

**114.** (1) La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

[17] Non seulement une décision favorable aura-t-elle un résultat différent pour les personnes visées au paragraphe 112(3), mais les demandes de ces dernières seront également examinées au regard de critères différents. Les alinéas 113(c) et d) de la LIPR reconnaissent qu'il existe essentiellement deux façons de traiter les demandes aux termes du paragraphe 112(1) : une pour les demandeurs non visés au paragraphe 112(3) et l'autre pour les demandeurs visés au paragraphe 112(3). Pour le premier groupe, l'examen doit s'appuyer sur les articles 96 à 98 de la LIPR (dispositions concernant les réfugiés au sens de la Convention et les personnes à protéger). Pour le deuxième groupe, les facteurs de risque énoncés à l'article 97 doivent être mis dans la balance contre les facteurs défavorables tels que la sécurité du public canadien :

**113.** Il est disposé de la demande comme il suit :

Examen de la  
demande

[...]

c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

#### IV. Issue

Did the coordinator err in concluding that the applicant was not entitled to refugee protection under paragraph 114(1)(a) of the IRPA as a result of the pardon?

#### V. Standard of review

[18] Determining the effect of a pardon on an outstanding application for protection under subsection 112(1) of the IRPA is largely a question of statutory interpretation. The Supreme Court of Canada in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 44, indicated that, “[e]rrors of law are generally governed by a correctness standard.” However, deference will often result where an expert tribunal is interpreting its own statute (*Khosa*, above, at paragraph 44; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 54).

[19] Although I accept that a PRRA officer—and in this case a PRRA coordinator—has significant experience interpreting and applying sections 112–114 of the IRPA, that experience does not extend to the interpretation and application of the pardon provisions found in the *Criminal Records Act*. As such, the appropriate standard of review to apply in this case is correctness.

#### IV. La question en litige

Le coordonnateur a-t-il commis une erreur en concluant que le demandeur n’avait pas droit à l’asile au titre du paragraphe 114(1) de la LIPR malgré sa réhabilitation?

#### V. La norme de contrôle

[18] Déterminer l’effet de la réhabilitation sur une demande d’asile en instance fondée sur le paragraphe 112(1) de la LIPR est principalement une question d’interprétation de la loi. Dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), au paragraphe 44, la Cour suprême du Canada a mentionné que « [l]es erreurs de droit sont généralement assujetties à la norme de la décision correcte ». Toutefois, il y a lieu de faire preuve de retenue lorsqu’un tribunal spécialisé interprète sa propre loi (*Khosa*, précité, au paragraphe 44; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 54).

[19] Je reconnais, certes, qu’un agent d’ERAR — et, en l’espèce, un coordonnateur de l’ERAR — possède une expérience notable dans l’interprétation et l’application des articles 112 à 114 de la LIPR, mais cette expérience n’englobe pas l’interprétation et l’application des dispositions sur la réhabilitation prévues dans la *Loi sur le casier judiciaire*. Par conséquent, la norme de contrôle à appliquer en l’espèce est la décision correcte.

## VI. Analysis

[20] The applicant argues that the coordinator erred by finding that he was still a person described in subsection 112(3) of the IRPA—and, thus, would still be subject to the second, more restrictive, stream of processing and would be ineligible for refugee protection on any outstanding or future application for protection under subsection 112(1).

[21] The applicant submits that, in fact, the pardon that he received in 2009 effectively removed him from the group of people described in subsection 112(3). Paragraph 112(3)(b) no longer applies, he says, because he is no longer inadmissible on grounds of serious criminality. He also contends that paragraph 112(3)(c) no longer applies. In this regard, while he admits that a claim for refugee protection was rejected on the basis of Article 1F(c) in his case, he contends that rejection can no longer be counted against him because the jurisprudence of this Court in *Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 144 (T.D.) (*Smith*) establishes that a pardon eliminates any future sanction that arises as a result of the pardoned conviction.

[22] The respondent does not take issue with the applicant's contention that paragraph 112(3)(b) of the IRPA no longer applies in his case. However, the respondent does take issue with the applicant's submissions regarding paragraph 112(3)(c) of the IRPA. The respondent argues that the coordinator was correct in stating that paragraph 112(3)(c) continued to describe the applicant: he had made a claim for refugee protection and that claim was rejected on the basis of Article 1F(c) of the Convention in February of 1994.

[23] The respondent relies on *Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 35, [2007] 4 F.C.R. 515 (*Nazifpour*) for the proposition that such an exclusion finding cannot be revisited on the basis of new evidence, such as the pardon. In any event, pardons are to be given prospective effect and that the grant of a pardon does not have the effect of quashing any decisions previously made (*Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3 (*Therrien*) and *Canada*

## VI. Analyse

[20] Le demandeur soutient que le coordonnateur a commis une erreur en concluant qu'il était toujours visé au paragraphe 112(3) de la LIPR et devait donc faire l'objet du deuxième mode de traitement, plus restrictif, de sorte que l'asile lui serait refusé maintenant et à l'avenir, aux termes du paragraphe 112(1).

[21] Le demandeur allègue en fait que la réhabilitation qu'il a obtenue en 2009 le retire effectivement du groupe des personnes visées au paragraphe 112(3). Selon lui, l'alinéa 112(3)(b) ne s'applique plus, parce qu'il n'est plus interdit de territoire pour grande criminalité. Il maintient aussi que l'alinéa 112(3)(c) ne s'applique plus. À cet égard, s'il admet avoir été débouté de sa demande d'asile au titre de l'alinéa c) de la section F de l'article premier, il affirme que la restriction ne peut plus lui être appliquée à la lumière du principe établi par la Cour dans la décision *Smith c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 144 (1<sup>re</sup> inst.) (*Smith*), où il est statué que la réhabilitation empêche toute sanction future découlant de la condamnation visée par la réhabilitation.

[22] Le défendeur ne conteste pas l'argument du demandeur selon lequel l'alinéa 112(3)(b) de la LIPR ne s'applique plus dans son cas. Il conteste toutefois les observations que le demandeur a formulées au sujet de l'alinéa 112(3)(c) de la LIPR. Le défendeur fait valoir que le coordonnateur a déclaré, à juste titre, que le demandeur demeurait visé à l'alinéa 112(3)(c) : il avait fait une demande d'asile et cette demande avait été rejetée en février 1994, sur le fondement de l'alinéa c) de la section F de l'article premier de la Convention.

[23] Le défendeur invoque l'arrêt *Nazifpour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 35, [2007] 4 R.C.F. 515 (*Nazifpour*), pour appuyer la proposition selon laquelle une conclusion d'exclusion ne peut pas être réexaminée à la lumière de nouveaux éléments de preuve, notamment la réhabilitation. Quoiqu'il en soit, la réhabilitation a un effet prospectif et ne vient pas annuler les décisions prises antérieurement (*Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3

(*Minister of Citizenship and Immigration*) v. *Saini*, 2001 FCA 311, [2002] 1 F.C. 200 (*Saini*)).

[24] Although the decision of the Federal Court of Appeal in *Nazifpour*, above, arises out of a similar set out facts, I nonetheless agree with the applicant that it is not responsive to the issue raised here. The sole issue before the [Federal] Court of Appeal in *Nazifpour* was whether section 71 of the IRPA extinguished the jurisdiction of the Immigration Appeal Division (IAD) to reopen an appeal of a deportation order on the basis of new evidence. The Court found that it did and that, despite the fact that there had been a pardon in the applicant's case, the IAD did not have jurisdiction to reconsider his appeal.

[25] The applicant in the current case does not seek to have the IAD reopen an appeal, nor does he seek to have the Refugee Protection Division reopen the February 1994 exclusion decision. Instead, the applicant argues that the sanctions flowing from the exclusion decision—i.e. ineligibility for refugee protection and different processing under a subsection 112(1) protection application—cannot be applied subsequent to the pardon.

[26] Section 5 [as am. by S.C. 2010, c. 5, s. 5; c. 17, s. 64] of the *Criminal Records Act* sets out the intended effect of a pardon issued pursuant to that Act. Of particular interest is paragraph 5(b) which indicates, in part, that a pardon “removes any disqualification or obligation to which the person so convicted is, by reason of the conviction, subject by virtue of the provisions of any Act of Parliament”:

Effect of  
pardon

#### 5. The pardon

...

(b) unless the pardon is subsequently revoked or ceases to have effect, requires the judicial record of the conviction to be kept separate and apart from other criminal records and removes any disqualification or obligation

(*Therrien*), et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* c. *Saini*, 2001 CAF 311, [2002] 1 C.F. 200 (*Saini*)).

[24] Bien que l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans *Nazifpour*, précité, découle d'une série de faits similaires, je souscris néanmoins à l'opinion du demandeur selon laquelle cette affaire n'est pas pertinente eu égard à la question soulevée ici. L'unique question intéressant la Cour d'appel [fédérale] dans l'arrêt *Nazifpour* consistait à savoir si l'article 71 de la LIPR avait pour effet d'éliminer la compétence de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de rouvrir un appel formé contre une mesure de renvoi pour considérer de nouveaux éléments de preuve. La Cour a tranché en ce sens et déterminé que, en dépit de la réhabilitation accordée dans le cas du demandeur, la SAI n'avait pas compétence pour rouvrir l'appel.

[25] Dans le cas présent, le demandeur ne souhaite pas que la SAI rouvre l'appel ni que la Section de la protection des réfugiés réexamine la décision d'exclusion rendue en février 1994. Le demandeur soutient plutôt que les sanctions découlant de la décision d'exclusion — c.-à-d. irrecevabilité de la demande d'asile et traitement différent d'une demande d'asile aux termes du paragraphe 112(1) — ne peuvent s'appliquer après la réhabilitation.

[26] L'article 5 [mod. par L.C. 2010, ch. 5, art. 5; ch. 17, art. 64] de la *Loi sur le casier judiciaire* énonce l'effet prévu de la réhabilitation accordée sous le régime de cette loi. Soulignons particulièrement l'alinéa 5b) qui stipule, en partie, que la réhabilitation « fait cesser toute incapacité ou obligation [...] que la condamnation pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements » :

#### 5. La réhabilitation a les effets suivants :

[...]

b) d'autre part, sauf cas de révocation ultérieure ou de nullité, elle entraîne le classement du dossier ou du relevé de la condamnation à part des autres dossiers judiciaires et fait cesser toute incapacité ou obligation — autre

Effacement  
de la  
condamna-  
tion

to which the person so convicted is, by reason of the conviction, subject by virtue of the provisions of any Act of Parliament — other than section 109, 110, 161, 259, 490.012, 490.019 or 490.02901 of the *Criminal Code*, subsection 147.1(1) or section 227.01 or 227.06 of the *National Defence Act* or section 36.1 of the *International Transfer of Offenders Act* — or of a regulation made under an Act of Parliament.

[27] Justice Andrew MacKay in *Smith*, above, at paragraphs 16–20, conducted a review of the relevant case law and found that a pardon under the *Criminal Records Act* had the effect of, “cleansing the individual of the stain caused by the conviction and limiting the uses to which the fact of the conviction [could] be put”. It is not that the conviction did not ever exist—it did—it is just that, going forward, any disqualifications resulting from the conviction are to be removed.

[28] In *Smith*, above, Justice MacKay was considering an application for judicial review of a deportation order and an exclusion order. The deportation order had been issued based on a conviction for which the applicant had subsequently received a pardon, while the exclusion order had been issued based on the deportation order. Justice MacKay considered: (1) whether or not the orders at issue amounted to “disqualification[s]” within the meaning of paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*, and (2) whether those disqualifications arose “by reason of the conviction” within the meaning of paragraph 5(b). He concluded that both the exclusion order and the deportation order amounted to “disqualification[s]” against remaining in Canada and that both were sufficiently linked to the conviction that they amounted to disqualifications “by reason of the conviction”.

[29] In the current case, I am of the view that the IRB’s decision that the applicant was excluded pursuant to Article 1F(c) of the Convention amounts to a “disqualification” on a prospective basis. For one thing, this finding prevents him from obtaining refugee protection on any future application for protection under subsection

que celles imposées au titre des articles 109, 110, 161, 259, 490.012, 490.019 ou 490.02901 du *Code criminel*, du paragraphe 147.1(1) ou des articles 227.01 ou 227.06 de la *Loi sur la défense nationale* ou de l’article 36.1 de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* — que la condamnation pouvait entraîner aux termes d’une loi fédérale ou de ses règlements.

[27] Dans la décision *Smith*, précitée, aux paragraphes 16 à 20, le juge Andrew MacKay a examiné la jurisprudence pertinente et a déterminé que la réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* avait pour effet de « lav[er] la personne visée de la souillure causée par la condamnation et [de] limit[er] les utilisations qui [pourraient] être faites de la condamnation ». La réhabilitation n’a pas pour effet d’effacer la condamnation comme si elle n’avait jamais existé — elle existe toujours — elle empêche seulement que, à l’avenir, toute incapacité puisse découler de la déclaration de culpabilité.

[28] Dans la décision *Smith*, précitée, le juge MacKay examinait une demande de contrôle judiciaire concernant une mesure d’expulsion et une mesure d’exclusion. La mesure d’expulsion avait été prise sur la foi d’une déclaration de culpabilité ayant par la suite fait l’objet d’une réhabilitation, tandis que la mesure d’exclusion a été fondée sur la mesure d’expulsion. Le juge MacKay s’est demandé : 1) si les mesures en question équivalaient à une « incapacité » au sens de l’alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*, et 2) si cette incapacité découlait de la condamnation au sens de l’alinéa 5b). Il a conclu que la mesure d’exclusion et la mesure d’expulsion constituent une « incapacité », soit la perte du droit de demeurer au Canada, et que les deux mesures étaient suffisamment liées à la condamnation pour que l’on puisse dire qu’il s’agit d’une incapacité découlant de la condamnation.

[29] Dans le cas présent, je suis d’avis que la décision de la CISR d’exclure le demandeur en vertu de l’alinéa c) de la section F de l’article premier de la Convention équivaut à une « incapacité » ayant un effet prospectif. D’une part, cette décision empêche le demandeur d’obtenir l’asile dans toute demande future fondée sur

112(1) of the IRPA. Upon reviewing the record, it is also clear that the IRB's decision in this regard was based exclusively on the convictions for which the applicant has now been pardoned. The IRB indicated:

This panel believes that the trafficking of heroin, an illicit drug, by the claimant ... is contrary to the purposes and principles of the United Nations. Therefore the panel, after considering all the evidence, is of the view that the claimant Masoud Boroumand, is not a Convention refugee because he is specifically excluded from the definition, as indicated in Article 1FC of the United Nations Convention relating to the status of refugees, because he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

I am satisfied that the IRB's February 22, 1994 exclusion decision amounts to a disqualification that the applicant is now subject to by reason of the pardoned convictions. As such, by virtue of the pardon and paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*, the applicant should no longer be subject to the disqualifications set out in paragraph 112(3)(c) of the IRPA.

[30] This conclusion is not at odds with *Therrien* and *Saini*, above, as cited by the respondent. Those cases stand for the proposition that the grant of a pardon does not retroactively erase the conviction itself; it only removes the resulting disqualifications on a prospective basis. In *Therrien*, the Supreme Court of Canada determined, along the same lines as Justice MacKay in *Smith*, that "while a pardon does not make the past go away, it expunges consequences for the future" (*Therrien*, above, at paragraph 127). There is no doubt that the IRB's exclusion decision was valid at the time that it was made. However, by virtue of the pardon, that exclusion decision cannot operate to disqualify the applicant for refugee protection under subsection 112(3) of the IRPA any longer.

[31] Although the applicant is no longer a person described in subsection 112(3) of the IRPA, it does not mean, in my opinion, that he is automatically entitled to refugee protection.

le paragraphe 112(1) de la LIPR. Après examen du dossier, il ressort également que la décision de la CISR, à cet égard, s'appuyait exclusivement sur la condamnation visée par la réhabilitation. La CISR a précisé ce qui suit :

[TRADUCTION] Le tribunal croit que le trafic d'héroïne, drogue illicite, fait par le demandeur [...] est contraire aux buts et principes des Nations Unies. Après examen de l'ensemble de la preuve, le tribunal est donc d'avis que le demandeur d'asile, Masoud Boroumand, n'est pas un réfugié au sens de la Convention, parce qu'il est expressément exclu de la définition, telle qu'énoncée à l'alinéa c) de la section F de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, parce qu'il est coupable d'actes contraires aux buts et principes des Nations Unies.

Je crois que la décision d'exclusion rendue par la CISR le 22 février 1994 impose maintenant au demandeur une incapacité qui découle de la condamnation visée par la réhabilitation. De fait, aux termes de la réhabilitation et de l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*, le demandeur ne devrait plus faire l'objet de l'incapacité énoncée à l'alinéa 112(3)c) de la LIPR.

[30] Cette conclusion ne va pas à l'encontre des arrêts *Therrien* et *Saini*, précités, qui ont été invoqués par le défendeur. Ces causes appuient la proposition selon laquelle l'octroi d'une réhabilitation n'a pas un effet rétroactif en effaçant la condamnation comme telle; elle fait simplement cesser l'incapacité résultante à l'avenir. Dans l'arrêt *Therrien*, la Cour suprême du Canada, suivant le même raisonnement que le juge MacKay dans la décision *Smith*, a statué que « sans faire disparaître le passé, le pardon efface les conséquences pour l'avenir » (*Therrien*, précité, au paragraphe 127). Il ne fait aucun doute que la décision d'exclusion était valide au moment où la CISR l'a rendue. Cependant, du fait de la réhabilitation, cette décision ne peut avoir pour effet de continuer à priver le demandeur du droit d'asile aux termes du paragraphe 112(3) de la LIPR.

[31] Bien que le demandeur ne soit plus une personne visée au paragraphe 112(3) de la LIPR, cela ne veut pas dire, à mon avis, qu'il a automatiquement droit à l'asile.



[32] The applicant suggests that the favourable risk assessment completed in October of 2004 should now be treated as a decision to allow the applicant's original application under subsection 112(1) and to confer refugee protection pursuant to paragraph 114(1)(a). Any other approach, the applicant submits, would be tantamount to a continuing disqualification and would be contrary to section 5 of the *Criminal Records Act*. I disagree.

[33] Although it is true that a PRRA officer did determine that the applicant would be at risk if he returned to Iran in 2004, no "decision to allow" the applicant's application for protection was ever made within the meaning of subsection 114(1) of the IRPA. As such, paragraph 114(1)(a) is not engaged. It is important to remember that the 2004 risk assessment was rendered in the context of an enforceable removal order which was issued as a direct result of the 1992 criminal convictions. Had there been no enforceable removal order, the applicant would not have had access to the PRRA application process. The applicant cannot now argue that the pardon should operate in such a way as to leave his original application for protection intact—reliant as it was on the existence of the removal order which, in turn, was based on his criminal convictions—while at the same time removing the negative consequences of being considered under subsection 112(3), thus paving the way for automatic refugee protection. This does not logically flow from section 5 of the *Criminal Records Act*.

[34] Instead, the coordinator was correct that any further determination of the applicant's 2004 application for protection has effectively been rendered moot by virtue of the pardon. The removal order issued in 1993, underpinning the 2004 application, is no longer enforceable.

[35] Should the applicant become subject to an enforceable removal order in the future, he will be entitled to apply under subsection 112(1) of the IRPA again. On a subsequent application, assuming his circumstances do not change, the applicant will not be treated as a person described by either paragraph 112(3)(b) or 112(3)(c) of the IRPA.

[32] Le demandeur laisse entendre que l'évaluation favorable des risques effectuée en octobre 2004 doit maintenant être considérée comme une décision d'accueillir la demande originale en vertu du paragraphe 112(1) et d'octroyer l'asile au demandeur, conformément au paragraphe 114(1). Toute autre approche, allègue le demandeur, équivaudrait à une incapacité continue et serait contraire à l'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire*. Je ne suis pas d'accord.

[33] S'il est vrai qu'un agent d'ERAR a déterminé que le demandeur serait exposé à un risque s'il retournait en Iran en 2004, aucune « décision d'accueillir » la demande d'asile du demandeur n'a jamais été prise au sens du paragraphe 114(1) de la LIPR. De fait, cette disposition ne s'applique pas. Il importe de se souvenir que l'évaluation des risques de 2004 faisait suite à une mesure de renvoi exécutoire qui avait été prise en conséquence directe des déclarations de culpabilité de 1992. S'il n'y avait pas eu de mesure de renvoi exécutoire, le demandeur n'aurait pas eu accès au processus d'ERAR. Le demandeur ne peut alléguer aujourd'hui que la réhabilitation devrait avoir pour effet de restaurer sa demande d'asile originale — puisqu'elle était fondée sur la mesure de renvoi qui, elle, avait été prise en raison des déclarations de culpabilité — et d'éliminer simultanément toutes les conséquences négatives qu'emporte le statut de personne visée au paragraphe 112(3), ouvrant ainsi automatiquement la voie à l'asile. Tel n'est pas l'effet envisagé à l'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire*.

[34] Le coordonnateur a donc conclu à juste titre que toute autre décision sur la demande d'asile de 2004 était effectivement devenue théorique par suite de la réhabilitation. La mesure de renvoi prise en 1993, qui sous-tend la demande d'asile de 2004, n'est plus exécutoire.

[35] Si le demandeur devait être frappé d'une mesure de renvoi exécutoire à l'avenir, il aurait de nouveau la possibilité de soumettre une demande en vertu du paragraphe 112(1) de la LIPR. Dans une demande future, en supposant que sa situation ne change pas, le demandeur ne sera pas considéré comme une personne visée aux alinéas 112(3)(b) ou 112(3)(c) de la LIPR.

[36] For the foregoing reasons, the application for judicial review is dismissed.

[36] Pour tous ces motifs, la demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

JUDGMENT

JUGEMENT

THIS COURT ADJUDGES that the application for judicial review be dismissed.

LA COUR STATUE que la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

IMM-3921-10  
2011 FC 666

IMM-3921-10  
2011 CF 666

**Masoumeh Pourjamaliaghdam** (*Applicant*)

**Masoumeh Pourjamaliaghdam** (*demanderesse*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, O'Reilly J.—Toronto, January 17; Ottawa, June 9, 2011.

Cour fédérale, juge O'Reilly—Toronto, 17 janvier; Ottawa, 9 juin 2011.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Immigration and Refugee Board decision applicant excluded from refugee protection under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(a) on grounds serious reasons for considering applicant complicit in crimes against humanity — Applicant, Iranian citizen, working as informant for SAVAK, Iranian secret police — Board finding that SAVAK organization with limited, brutal purpose, that applicant not rebutting presumption of complicity — Main issue whether Board applying wrong legal framework, standard of proof in applicant's case — Canadian approach to Convention, Art. 1F(a) compared to United Kingdom, New Zealand approach — No difference between Canadian law, United Kingdom, New Zealand law regarding applicable standard of proof; Canadian case law's analysis of complicity virtually identical to that of United Kingdom's — While Board identifying correct legal approach in present case, erring in application thereof — Not making any specific finding that applicant member of SAVAK — Applying presumption of complicity based on fact applicant informant thereof — Without proof of membership, presumption having no application — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle la demanderesse ne pouvait pas obtenir l'asile aux termes de l'art. 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés parce qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'elle avait été complice de crimes contre l'humanité — La demanderesse, citoyenne de l'Iran, a travaillé comme informatrice pour la SAVAK, police secrète iranienne — La Commission a conclu que la SAVAK était une organisation qui visait des fins limitées ou brutales, et que la demanderesse n'a pas refuté la présomption de complicité — Il s'agissait principalement de savoir si la Commission a appliqué le mauvais cadre législatif et la mauvaise norme de preuve dans l'affaire de la demanderesse? — L'approche canadienne à l'égard de l'art. 1Fa) de la Convention a été comparée à celles du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande — Il n'y a pas de différences entre le droit canadien, le droit du Royaume-Uni et le droit de la Nouvelle-Zélande, en ce qui concerne la norme de preuve applicable; dans la jurisprudence canadienne, l'analyse de la complicité est presque identique à celle du Royaume-Uni — Bien que la Commission ait adopté la bonne approche juridique en l'espèce, elle a commis des erreurs en l'appliquant — La Commission n'a pas expressément conclu que la demanderesse faisait partie de la SAVAK — La Commission a appliqué la présomption de complicité en se fondant sur le fait que la demanderesse était une informatrice de l'organisation — Sans preuve d'appartenance, la présomption ne s'applique pas — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board that the applicant was excluded from refugee protection under Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle la demanderesse ne pouvait pas obtenir l'asile aux termes de la section Fa) de l'article premier de la

because there were serious reasons for considering that she had been complicit in crimes against humanity. The applicant is an Iranian citizen who applied for refugee protection in Canada because she feared reprisals in Iran for having served in the government of Shah Mohammad Reza Pahlavi during the '70s. She began informing on behalf of the secret police known as SAVAK until the revolution of the late '70s and then went into hiding. In analysing the issue of exclusion, the Board applied a two-part test: whether the organization the applicant belonged to had committed crimes against humanity or acts contrary to the purposes and principles of the United Nations and whether the applicant had been complicit in those crimes or acts. It found that SAVAK was an organization with a limited, brutal purpose when the applicant worked as an informant and that she was presumed to be complicit in the crimes committed by SAVAK. It also found that the applicant had not rebutted the presumption of complicity arising from her membership in SAVAK.

The main issue was whether the Board applied the wrong legal framework and standard of proof.

*Held*, the application should be allowed.

The applicant argued that the Canadian approach to Article 1F(a) of the Convention, which was adopted by the Board, should no longer be followed in light of a recent decision by the Supreme Court of the United Kingdom, whose approach was adopted by the New Zealand Supreme Court. The differences between Canadian law and the approaches of the United Kingdom and New Zealand are slight. Regarding the applicable standard of proof, in Canada, “serious grounds to consider” has been found to be close to “reasonable grounds to believe”, which corresponds with the approach of the United Kingdom and New Zealand. There is therefore no difference between Canadian law and United Kingdom and New Zealand law regarding the applicable standard of proof. In terms of the analysis of complicity, the analysis required by Canadian case law is virtually identical to that set out by the United Kingdom. While in some cases, the respondent may only have to show membership in a group with a limited, brutal purpose, those cases are the exception and, even there, the Board will have to consider the remaining evidence and all the relevant factors in deciding whether there are, in fact, serious reasons for considering that the person has committed serious crimes against humanity. There is thus no compelling reason to bring Canadian law into precise alignment with the authorities of other jurisdictions cited by the applicant.

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* parce qu’il y avait des raisons sérieuses de penser qu’elle avait été complice de crimes contre l’humanité. La demanderesse est une citoyenne iranienne qui a demandé l’asile au Canada parce qu’elle craignait des représailles en Iran pour avoir fait partie du gouvernement du shah Mohammad Reza Pahlavi, dans les années 70. Elle a fourni des renseignements au nom de la police secrète du shah, connue sous le nom de SAVAK, jusqu’à la révolution, à la fin des années 70, puis elle s’est cachée. Dans son analyse de la question de l’exclusion, la Commission a établi un test à deux volets : l’organisation à laquelle appartenait la demanderesse a-t-elle commis des crimes contre l’humanité ou des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies? Et la demanderesse a-t-elle été complice de ces crimes ou de ces agissements? La Commission a conclu que la SAVAK était une organisation visant des fins limitées ou brutales, au moment où la demanderesse travaillait comme informatrice, et que celle-ci était présumée complice des crimes commis par la SAVAK. La Commission a également conclu que la demanderesse n’avait pas réfuté la présomption de complicité découlant de son appartenance à la SAVAK.

La principale question à trancher consistait à déterminer si la Commission a appliqué le mauvais cadre législatif et la mauvaise norme de preuve.

*Jugement* : La demande doit être accueillie.

La demanderesse soutenait que l’approche canadienne à l’égard de la section Fa) de l’article premier de la Convention, approche adoptée par la Commission, ne devrait plus être appliquée à la lumière d’un arrêt récent de la Cour suprême du Royaume-Uni, dont l’approche a également été adoptée par la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande. Les différences entre le droit canadien et l’approche adoptée par la Cour suprême du Royaume-Uni et la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande sont minces. En ce qui concerne la norme de preuve, au Canada, l’expression « raisons sérieuses de penser » a été considérée comme semblable à l’expression « motifs raisonnables de croire », qui correspond à l’approche du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande. Il n’y a donc aucune différence entre le droit canadien et le droit du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande en ce qui concerne la norme de preuve applicable. Dans le contexte de l’analyse de la complicité, l’analyse exigée par la jurisprudence canadienne est presque identique à celle qui est énoncée par le Royaume-Uni. Même si, dans certains cas, le défendeur peut n’avoir qu’à prouver l’appartenance à un groupe visant des fins limitées et brutales, ces cas constituent l’exception et, même ainsi, la Commission devra examiner le reste de la preuve et tous les facteurs pertinents pour décider s’il y a des raisons sérieuses de penser que la personne a commis des crimes graves contre l’humanité. Il

While the Board identified the correct legal approach in this case, it made errors in applying it. Even though the Board was persuaded that the evidence relating to the applicant's association with SAVAK met the test of "membership", it did not make any specific finding that the applicant was a member of SAVAK. It applied the presumption of complicity based on the fact that the applicant was an informant thereof. Without proof of membership, the presumption had no application. Moreover, while the Board reviewed the evidence relating to the various factors to be considered, it did so with an eye to evidence of non-complicity to determine whether the applicant had rebutted the presumption. This is a different exercise than deciding whether the respondent had made out a case for exclusion based on membership, and its approach amounted to an error of law.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 98.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, [2002] Can. T.S. No. 13, Art. 25.

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a),(c).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 39, 238 F.T.R. 194; *Toronto Coalition to Stop the War v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 957, 17 Admin. L.R. (5th) 1, 219 C.R.R. (2d) 226, 374 F.T.R. 177.

##### CONSIDERED:

*Thomas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 838, 317 F.T.R. 6, 62 Imm. L.R. (3d) 291; *Ryvivuze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 134, 325 F.T.R. 30; *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2010] 3 All E.R. 883; *Attorney General v. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721; *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,

n'y a donc aucune raison convaincante de rendre le droit canadien conforme aux décisions rendues dans d'autres ressorts invoquées par la demanderesse.

Bien que la Commission ait adopté la bonne approche juridique en l'espèce, elle a fait des erreurs en l'appliquant. Même si la Commission était convaincue que la preuve relative à l'association de la demanderesse avec la SAVAK remplissait les conditions de l'« appartenance », elle n'a tiré aucune conclusion précise sur ce point. Elle a appliqué la présomption de complicité en se fondant sur le fait que la demanderesse était une informatrice de l'organisation. Sans preuve d'appartenance, la présomption ne s'appliquait pas. De plus, bien que la Commission ait examiné la preuve relative aux divers facteurs à prendre en considération, elle l'a fait en tenant compte de la preuve de l'absence de complicité en vue de déterminer si la demanderesse avait réfuté la présomption. Il s'agit d'un exercice différent de celui qui consiste à décider si le défendeur avait prouvé la nécessité de l'exclusion en invoquant l'appartenance à un groupe, et cette approche a entraîné une erreur de droit.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 98.

#### TRAITÉS ET AUTRE INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F(a),(c).

*Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, [2002] R.T. Can. n° 13, art. 25.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 39; *Toronto Coalition to Stop the War c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 957.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Thomas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 838; *Ryvivuze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 134; *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2010] 3 All E.R. 883; *Attorney General v. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721; *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.); *Sivakumar c. Canada*

[1992] 2 F.C. 306, (1992), 89 D.L.R. (4th) 173, 135 N.R. 390 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433, 163 N.R. 197 (C.A.); *Teganya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 590; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298, (1993), 107 D.L.R. (4th) 424, 21 Imm. L.R. (2d) 221 (C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bazargan* (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.); *Yogo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 390, 205 F.T.R. 185; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395, 313 D.L.R. (4th) 378, 83 Imm. L.R. (3d) 1; *Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department & Anor*, [2009] EWCA Civ 222, [2009] 1 I.N.L.R. 586, [2009] Imm. A.R. 624; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hajjalikhani*, [1999] 1 F.C. 181, (1998), 156 F.T.R. 248 (T.D.).

## REFERRED TO:

*Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, 254 D.L.R. (4th) 200, 28 Admin. L.R. (4th) 161; *El-Kachi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 403.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board (*X (Re)*, 2010 CanLII 96821) that the applicant was excluded from refugee protection under Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* because there were serious reasons for considering that she had been complicit in crimes against humanity. Application allowed.

## APPEARANCES

*Micheal Crane* for applicant.  
*David Cranton* and *Gregory George* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Micheal Crane*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

O'REILLY J.:

(*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*), [1994] 1 C.F. 433 (C.A.); *Teganya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 590; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Bazargan*, 1996 CanLII 3972 (C.A.F.); *Yogo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 390; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395; *Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department & Anor*, [2009] EWCA Civ 222, [2009] 1 I.N.L.R. 586, [2009] Imm. A.R. 624; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hajjalikhani*, [1999] 1 C.F. 181 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *El-Kachi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 403.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*X (Re)*, 2010 CanLII 96821), selon laquelle la demanderesse ne pouvait pas obtenir l'asile aux termes de la section Fa) de l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés des Nations Unies*, parce qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'elle avait été complice de crimes contre l'humanité. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Micheal Crane* pour la demanderesse.  
*David Cranton* et *Gregory George* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Micheal Crane*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*Voici les motifs du jugement et le jugement rendus par*

LE JUGE O'REILLY :

## I. Overview

[1] Ms. Masoumeh Pourjamaliaghdam, a citizen of Iran, arrived in Canada in 2004. Two years later, she applied for refugee protection on the basis that she feared reprisals in Iran for having served in the government of Shah Mohammad Reza Pahlavi during the 1970s.

[2] The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness opposed Ms. Pourjamaliaghdam's application arguing that she was excluded from refugee protection based on serious reasons for considering that she had committed a crime against humanity, or had been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations (*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), section 98, incorporating Articles 1F(a) and (c) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 [Convention]) (see annex for statutory provisions and international instruments cited). A panel of the Immigration and Refugee Board found that Ms. Pourjamaliaghdam was excluded because there were serious reasons for considering that she had been complicit in crimes against humanity (that is, under Article 1F(a) of the Convention).

[3] Ms. Pourjamaliaghdam asks me to overturn the Board's decision [*X (Re)*, 2010 CanLII 96821] on three grounds: (1) the Board applied the wrong legal framework and standard of proof; (2) the Board failed to consider the identity of the victims of the crimes in which she was alleged to be complicit; and (3) the Board made erroneous findings of fact.

[4] I agree in part with Ms. Pourjamaliaghdam on the first point. In my view, while the Board identified the correct legal approach, it made errors in applying it. Therefore, I must allow this application for judicial review and order a new hearing before a different panel. I disagree with Ms. Pourjamaliaghdam's second argument and, for the benefit of the next panel, deal with it briefly. I do not need to address Ms. Pourjamaliaghdam's third

## I. Aperçu

[1] M<sup>me</sup> Masoumeh Pourjamaliaghdam, citoyenne de l'Iran, est arrivée au Canada en 2004. Deux ans plus tard, elle a demandé l'asile au motif qu'elle craignait des représailles en Iran pour avoir fait partie du gouvernement du shah Mohammad Reza Pahlavi dans les années 1970.

[2] Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile s'est opposé à la demande de M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam, affirmant qu'elle ne pouvait pas obtenir l'asile parce qu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'elle a commis un crime contre l'humanité, ou qu'elle a été trouvée coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies (*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), article 98, incorporant les sections Fa) et c) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 [Convention]) (voir annexe des dispositions législatives et des instruments internationaux). Un tribunal de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam ne pouvait pas obtenir l'asile parce qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'elle avait été complice de crimes contre l'humanité (soit, en vertu de la section Fa) de l'article premier de la Convention).

[3] M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam me demande d'infirmer la décision de la Commission [*X (Re)*, 2010 CanLII 96821] pour trois motifs : 1) la Commission a appliqué le mauvais cadre législatif et la mauvaise norme de preuve; 2) la Commission n'a pas tenu compte de l'identité des victimes des crimes dont elle aurait été complice; et 3) la Commission a tiré des conclusions de fait erronées.

[4] Je partage en partie l'avis de M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam sur le premier point. À mon avis, bien que la Commission ait adopté la bonne approche juridique, elle a fait des erreurs en l'appliquant. Par conséquent, je dois accueillir la présente demande de contrôle judiciaire et ordonner la tenue d'une nouvelle audience devant un tribunal différemment constitué. Je ne suis pas d'accord avec le deuxième argument de M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam

argument given that a new hearing is required; the next panel will have to find the facts afresh.

[5] The issues are these:

1. Did the Board apply the wrong legal framework and standard of proof? and
2. Did the Board fail to consider the identity of the victims of the crimes in which she was alleged to be complicit?

## II. Factual Background

[6] Beginning in 1973, Ms. Pourjamaliaghdam worked for the army as a telephone receptionist in a military hospital. Around 1976, she began informing on behalf of the Shah's secret police, known as SAVAK. She was asked to make audio tapes of any telephone conversations made to or from the military hospital that were suspicious or overtly critical of the Shah. She performed that role until the revolution of the late 1970s. Thereafter, she says, she went into hiding to avoid repercussions from her association with the Shah's regime. Finally, in 2004 she left Iran for Canada, where her children lived.

## III. The Board's Decision

[7] The Board began its analysis of the issue of exclusion by setting out a two-part test. Under the first branch, the Board had to decide whether the organization to which Ms. Pourjamaliaghdam belonged had committed crimes against humanity or acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. Under the second branch, the Board had to decide whether Ms. Pourjamaliaghdam had been complicit in those crimes or acts.

et, pour le prochain tribunal, j'en traiterai brièvement. Je n'ai pas besoin d'examiner le troisième argument de M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam puisque la tenue d'une nouvelle audience est nécessaire; le prochain tribunal devra se former sa propre opinion.

[5] Les questions en litige sont les suivantes :

1. La Commission a-t-elle appliqué le mauvais cadre législatif et la mauvaise norme de preuve?
2. La Commission a-t-elle omis de tenir compte de l'identité des victimes des crimes dont elle aurait été complice?

## II. Contexte factuel

[6] En 1973, M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam a commencé à travailler pour l'armée comme réceptionniste dans un hôpital militaire. Vers 1976, elle a commencé à fournir des renseignements au nom de la police secrète du shah, connue sous le nom de SAVAK. Elle devait enregistrer les conversations téléphoniques échangées avec les personnes se trouvant à l'hôpital militaire qui éveillaient des soupçons ou qui étaient trop critiques à l'égard du shah. Elle a assumé ce rôle jusqu'à la révolution à la fin des années 1970. Ensuite, elle affirme s'être cachée pour éviter les répercussions de son association avec le régime du shah. Enfin, en 2004, elle a quitté l'Iran pour venir au Canada, où vivaient ses enfants.

## III. La décision de la Commission

[7] La Commission a commencé son analyse de la question de l'exclusion en établissant un test à deux volets. Sous le premier volet, la Commission devait décider si l'organisation à laquelle appartenait M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam avait commis des crimes contre l'humanité ou des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. Sous le deuxième volet, la Commission devait décider si M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam avait été complice de ces crimes ou de ces agissements.



[8] Ms. Pourjamaliaghdam conceded that SAVAK had been involved in crimes against humanity. The Board outlined some of them:

- SAVAK controlled the notorious Evin Prison in northern Tehran where thousands of prisoners were kept in deplorable conditions, tortured and executed;
- SAVAK was known, even in the 1970s, to have tortured detainees under interrogation.

[9] Given that it was clear to the Board that SAVAK had committed crimes against humanity, it went on to consider whether Ms. Pourjamaliaghdam had been complicit in those crimes. There was no allegation that she had been directly involved in them in any way.

[10] The Board [at paragraph 19] defined complicity as involving “a common purpose, a personal and knowing participation” in the organization’s acts. It includes a person who, being aware of the acts being committed does not try to stop them or to dissociate himself or herself from the organization at the earliest opportunity but, rather, continues to participate actively in the organization. The concept of complicity, therefore, includes an element of *mens rea*, or guilty mind. Where the organization’s main objective is to commit crimes against humanity, or it exists to achieve a limited, brutal purpose, mere membership in the organization may be enough to show complicity (citing *Thomas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 838, 317 F.T.R. 6, at paragraphs 22–23). In fact, membership in that type of organization raises a presumption of complicity.

[11] With this statement of general principles, the Board went on to consider whether SAVAK was an organization with a limited, brutal purpose. The Board concluded that SAVAK, as a secret police organization, executed a mandate to suppress all political opposition and defend the security of the state, using all necessary means, including torture, to do so. As such, it was an organization with a limited, brutal purpose during the time Ms. Pourjamaliaghdam worked as an informant. She was presumed, therefore, to be complicit in SAVAK’s crimes.

[8] M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam a admis que la SAVAK avait participé à des crimes contre l’humanité. La Commission en a décrit quelques-uns :

- la SAVAK contrôlait la célèbre prison Evin située dans le nord de Téhéran où des milliers de prisonniers étaient détenus dans des conditions déplorables, torturés et exécutés;
- la SAVAK était reconnue, même dans les années 1970, pour avoir torturé des détenus lors des interrogatoires.

[9] Comme il était évident pour la Commission que la SAVAK avait commis des crimes contre l’humanité, elle s’est ensuite demandé si M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam avait été complice de ces crimes. Il n’a pas été allégué qu’elle avait directement participé à ces crimes.

[10] La Commission [au paragraphe 19] a défini la complicité comme le fait d’agir dans « un objectif commun, une participation personnelle et consciente » aux agissements de l’organisation. Cela inclut une personne qui, bien qu’elle soit au courant de certains agissements, ne tente pas d’y mettre fin ou de se dissocier de l’organisation à la première occasion, mais continue plutôt à participer activement à l’organisation. Le concept de la complicité comprend donc un élément de *mens rea*, ou d’intention coupable. Quand le principal objectif de l’organisation est réalisé au moyen de crimes contre l’humanité ou vise des fins limitées ou brutales, l’appartenance suffit généralement pour établir la complicité (citant la décision *Thomas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 838, aux paragraphes 22 et 23). En fait, l’appartenance à ce type d’organisation donne naissance à une présomption de complicité.

[11] Gardant à l’esprit cette déclaration de principes, la Commission a ensuite examiné la question de savoir si la SAVAK était une organisation visant des fins limitées ou brutales. La Commission a conclu que la SAVAK, en tant qu’organisation de la police secrète, a exécuté un mandat qui consistait à éliminer l’opposition politique et à défendre la sécurité de l’État, en utilisant tous les moyens nécessaires, y compris la torture. Par conséquent, cette organisation visait des fins limitées et brutales au moment où M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam travaillait comme informatrice. Elle était donc présumée complice des crimes de la SAVAK.

[12] The Board then went on to examine whether Ms. Pourjamaliaghdam could rebut the presumption of complicity. It considered six criteria of complicity as set out in *Ryivuze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 134, 325 F.T.R. 30, as follows:

(a) *The nature of the organization*

[13] SAVAK was an organization with a limited, brutal purpose.

(b) *The method of recruitment*

[14] Ms. Pourjamaliaghdam began working at the hospital as a civilian clerk employed by the army as a telephone receptionist. When she was asked to be an informant, she was told that she had a duty to protect her country. Her role would be to listen to telephone conversations at the hospital and report those who denounced the Shah.

[15] The Board found that Ms. Pourjamaliaghdam had essentially volunteered to become an informant to serve her country.

(c) *Position/rank in the organization*

[16] Ms. Pourjamaliaghdam was employed in a clerical position by the army but, as an informant, was supervised by the Minister of Intelligence. She turned over tapes of conversations to the Chief of Intelligence for SAVAK at her place of employment. She did not know what use was made of them.

(d) *Knowledge of the organization's atrocities*

[17] Ms. Pourjamaliaghdam claimed to be unaware that SAVAK was involved in crimes against humanity, including torture. She did not know about Evin Prison. She did not watch television very much or read

[12] La Commission s'est ensuite demandé si M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam pouvait réfuter la présomption de complicité. Elle a examiné les six facteurs énoncés dans la décision *Ryivuze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 134 :

a) *La nature de l'organisation*

[13] La SAVAK était une organisation qui visait des fins limitées et brutales.

b) *La méthode de recrutement*

[14] M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam a commencé à travailler à l'hôpital comme employée de bureau; elle était employée par l'armée à titre de réceptionniste. Quand on lui a demandé de devenir une informatrice, on lui a dit qu'elle devait protéger son pays. Son rôle consistait à écouter des conversations téléphoniques à l'hôpital et signaler celles qui dénonçaient le shah.

[15] La Commission a conclu que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam s'était essentiellement portée volontaire pour être une informatrice, car elle voulait servir son pays.

c) *Le poste ou le grade au sein de l'organisation*

[16] M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam travaillait comme employée de bureau pour l'armée, mais à titre d'informatrice, elle relevait du ministre du renseignement. Elle a remis des enregistrements au chef du renseignement de la SAVAK, à l'endroit où elle travaillait. Elle ne savait pas à quoi servaient les enregistrements.

d) *La connaissance des atrocités commises par l'organisation*

[17] M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam a affirmé qu'elle ne savait pas que la SAVAK participait à des crimes contre l'humanité, y compris de la torture. Elle n'était pas au courant de la prison Evin. Elle ne regardait pas beaucoup

newspapers, so she had no knowledge of demonstrations by, or arrests of, those opposing the Shah.

[18] The Board found that SAVAK's actions were widely known and that it was unlikely that Ms. Pourjamaliaghdam was unaware of them. It concluded that she knew what happened to opponents of the Shah and that it was SAVAK that dealt with them.

(e) *The length of time in the organization*

[19] The Board found that Ms. Pourjamaliaghdam had been involved with SAVAK for a considerable period of time—two to three years.

(f) *The opportunity to leave the organization*

[20] The Board found that Ms. Pourjamaliaghdam left SAVAK a year after the revolution, at the request of her husband, who no longer wanted her to work outside the home. She did not make any earlier attempt to dissociate herself from the organization.

[21] Based on the evidence relating to the above six criteria, the Board found that Ms. Pourjamaliaghdam had not rebutted the presumption of complicity arising from her membership in SAVAK. Therefore, it concluded that she was an accomplice to crimes against humanity and excluded from refugee protection under Article 1F(a) of the Convention.

IV. Issue One—Did the Board apply the wrong legal framework and standard of proof?

[22] Ms. Pourjamaliaghdam argues that the Canadian approach to Article 1F(a), the one adopted by the Board here, should no longer be followed in the light of a recent decision of the Supreme Court of the United

la télévision et elle ne lisait pas les journaux, si bien qu'elle ignorait tout des manifestations organisées par ceux qui s'opposaient au shah ou à leurs arrestations.

[18] La Commission a conclu que les actes commis par la SAVAK étaient très connus et qu'il était peu probable que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam n'en ait pas eu connaissance. Elle a conclu que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam savait ce qui arrivait aux opposants du shah et que la SAVAK était chargée de s'en occuper.

e) *La période de temps passée dans l'organisation*

[19] La Commission a conclu que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam avait participé aux activités de la SAVAK pendant une assez longue période — de deux à trois ans.

f) *La possibilité de quitter l'organisation*

[20] La Commission est arrivée à la conclusion que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam a quitté la SAVAK un an après la révolution, à la demande de son mari, qui ne voulait plus qu'elle travaille à l'extérieur de la maison. Elle n'avait pas essayé de se dissocier de l'organisation avant cela.

[21] Compte tenu de la preuve relative aux six facteurs susmentionnés, la Commission a conclu que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam n'avait pas réfuté la présomption de complicité découlant de son appartenance à la SAVAK. Par conséquent, la Commission a conclu qu'elle était complice des crimes contre l'humanité et qu'elle était exclue de la protection en vertu de la section Fa) de l'article premier de la Convention.

IV. Première question — La Commission a-t-elle appliqué le mauvais cadre législatif et la mauvaise norme de preuve?

[22] M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam prétend que l'approche canadienne à l'égard de la section Fa) de l'article premier, celle adoptée par la Commission en l'espèce, ne devrait plus être appliquée à la lumière d'un arrêt récent

Kingdom (UKSC) criticizing it: *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2010] 3 All E.R. 883 (JS). In particular, the UKSC held it was an error to find complicity merely on proof of membership in an organization with a limited, brutal purpose. The New Zealand Supreme Court (NZSC) has recently adopted the same approach as the UKSC: *Attorney General v. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721 (*Tamil X*).

[23] Ms. Pourjamaliaghdam submits that this Court should follow the UKSC and NZSC approach, given that those courts were relying on an interpretation of the *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, [2002] Can. T.S. No. 13, which defines crimes against humanity, and which the Board purported to apply here.

[24] Ms. Pourjamaliaghdam also submits that the Board erred in the standard of proof it applied. She maintains that the words “serious reasons for considering” were found both by the UKSC and the NZSC, in the cases cited above, to establish a standard higher than “reasonable grounds to believe”, while Canadian courts have found them to be synonymous. The “serious reasons” standard in IRPA derives from the Refugee Convention.

[25] To address Ms. Pourjamaliaghdam’s submissions, it is important to understand the decisions rendered by the UKSC and the NZSC and the criticisms those courts made of the Canadian approach. I must also discuss the evolution of the case law in Canada to make clear what the differences between those approaches are.

(a) *The U.K. and N.Z. approach*

de la Cour suprême du Royaume-Uni qui la critique : *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2010] 3 All E.R. 883 (JS). Plus particulièrement, la Cour suprême du Royaume-Uni a affirmé qu’il était erroné de conclure à la complicité simplement parce que la personne en question appartient à une organisation qui vise des fins limitées et brutales. La Cour suprême de la Nouvelle-Zélande a récemment adopté la même approche que la Cour suprême du Royaume-Uni : *Attorney General v. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721 (*Tamil X*).

[23] M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam prétend que notre Cour devrait adopter l’approche prônée par la Cour suprême du Royaume-Uni et celle de la Nouvelle-Zélande puisque ces cours se fondaient sur une interprétation du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, [2002] R.T. Can. n° 13, qui définit les crimes contre l’humanité, et que la Commission a tenté d’appliquer en l’espèce.

[24] M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam soutient également que la Commission a appliqué la mauvaise norme de preuve. Elle maintient que l’expression « raisons sérieuses de penser » établissait, selon la Cour suprême du Royaume-Uni et la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande dans les affaires précitées, une norme plus élevée que l’expression « motifs raisonnables de croire », bien que les cours canadiennes ont jugé qu’elles étaient synonymes. La norme des « raisons sérieuses » dans la LIPR provient de la Convention sur les réfugiés.

[25] En ce qui concerne les observations de M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam, il est important de comprendre les décisions rendues par la Cour suprême du Royaume-Uni et la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande et les critiques que ces cours ont formulées au sujet de l’approche du Canada. Je dois aussi expliquer l’évolution de la jurisprudence canadienne pour faire ressortir les différences entre ces approches.

a) *L’approche du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande*

[26] In *JS*, above, Lord Brown, in the leading judgment of the UKSC, noted that the exclusion clause in Article 1F(a) has serious consequences for refugee applicants and must, therefore, “be interpreted restrictively and used cautiously” (at paragraph 2). In particular, something more than membership in an organization committing crimes against humanity must be shown. The question is, “what more than membership ... must be established before an individual is himself personally to be regarded as a war criminal?” (at paragraph 1).

[27] Lord Brown reviewed the provisions of the Rome Statute, UNHCR [United Nations High Commissioner for Refugees] publications, case law from the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), and previous U.K. decisions on the application of Article 1F(a). He also considered the decision of the Canadian Federal Court of Appeal in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306, where the concept of an organization with a “limited, brutal purpose” was born. There, Justice Mark MacGuigan stated that it “seem[ed] apparent, however, that where an organization is principally directed to a limited, brutal purpose, such as a secret police activity, mere membership may by necessity involve personal and knowing participation in persecutorial acts” (at page 317).

[28] Lord Brown suggested, however, that the better approach, rather than be “deflected into first attempting some such sub-categorisation of the organisation”, was to focus on the real, determinative factors in deciding whether a person fell within the exclusion (at paragraph 30). He set out the following as being the proper factors to consider:

(i) the nature and (potentially of some importance) the size of the organization and particularly that part of it with which the asylum seeker was himself most directly concerned;

[26] Dans l’arrêt *JS*, précité, dans le jugement principal de la Cour suprême du Royaume-Uni, lord Brown a souligné que la clause d’exclusion de la section Fa) de l’article premier entraîne des conséquences sérieuses pour les demandeurs d’asile et doit, par conséquent, [TRADUCTION] « être interprétée de manière restrictive et appliquée avec prudence » (au paragraphe 2). Plus particulièrement, il faut prouver davantage que la simple appartenance à une organisation qui commet des crimes contre l’humanité. La question est de savoir [TRADUCTION] « que faut-il prouver de plus que la simple appartenance avant qu’une personne soit elle-même personnellement considérée comme un criminel de guerre? » (au paragraphe 1).

[27] Lord Brown a examiné les dispositions du Statut de Rome, les publications du HCNUR [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés], la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie (TPIY) et les décisions précédentes du Royaume-Uni sur l’application de la section Fa) de l’article premier. Il a aussi examiné la décision de la Cour d’appel fédérale du Canada dans *Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306, où le concept d’une organisation visant des « fins limitées et brutales » a pris naissance. Dans cette affaire, le juge Mark MacGuigan a affirmé que « lorsqu’une organisation vise principalement des fins limitées et brutales, comme celles d’une police secrète, il paraît évident que la simple appartenance à une telle organisation puisse impliquer nécessairement la participation personnelle et consciente à des actes de persécution » (à la page 317).

[28] Lord Brown a toutefois laissé entendre que la meilleure approche, plutôt que d’être [TRADUCTION] « détournée en tentant de sous-catégoriser l’organisation », consistait à se concentrer sur les facteurs réels et déterminants pour décider si une personne était visée par l’exclusion (au paragraphe 30). Il a énoncé ce qui suit comme étant les facteurs pertinents à considérer :

i) la nature et la taille (potentiellement assez importante) de l’organisation et, plus particulièrement, la partie de l’organisation dans laquelle le demandeur d’asile était lui-même le plus directement impliqué;

- |  |  |
|--|--|
| (ii) whether and, if so, by whom the organization was proscribed;  | ii) la question de savoir qui, le cas échéant, interdisait l'existence de l'organisation;  |
| (iii) how the asylum seeker came to be recruited;  | iii) comment le demandeur d'asile a été recruté;   |
| (iv) the length of time he remained in the organization and what, if any, opportunities he had to leave it;  | iv) la période de temps pendant laquelle il est resté dans l'organisation et les possibilités, le cas échéant, qu'il a eues de quitter l'organisation; |
| (v) his position, rank, standing and influence in the organization;  | v) son poste, grade, statut et influence au sein de l'organisation;  |
| (vi) his knowledge of the organization's war crimes activities; and  | vi) sa connaissance des crimes de guerre commis par l'organisation;  |
| (vii) his own personal involvement and role in the organization including particularly whatever contribution he made towards the commission of war crimes. | vii) sa propre participation et son rôle dans l'organisation, notamment sa contribution à la commission des crimes de guerre.                          |

[29] While Lord Brown thought it best to avoid looking for a presumption of exclusion (as Canadian law seems to promote), he acknowledged that serious reasons to consider involvement in crimes against humanity will “almost certainly” arise in relation to a person who was an active member of an organization devoted exclusively to terrorism (at paragraph 31). Still, he stressed that the nature of the organization is only one of the relevant factors to consider.

[29] Lord Brown pensait qu'il était préférable d'éviter de chercher une présomption d'exclusion (ce que le droit canadien semble promouvoir), mais il a reconnu qu'il y aura [TRADUCTION] « presque certainement » des raisons sérieuses de penser qu'une personne a participé à des crimes contre l'humanité lorsqu'elle a été un membre actif d'une organisation se livrant exclusivement à des activités terroristes (au paragraphe 31). Il a tout de même souligné que la nature de l'organisation n'est qu'un des facteurs pertinents à prendre en compte.

[30] Lord Brown then set out what he believed to be the correct test (at paragraph 38):

[30] Lord Brown a ensuite exposé ce qu'il croyait être le bon test (au paragraphe 38) :

I would hold an accused disqualified under article 1F if there are serious reasons for considering him voluntarily to have contributed in a significant way to the organisation's ability to pursue its purpose of committing war crimes, aware that his assistance will in fact further that purpose.

[TRADUCTION] Je statuerais qu'un accusé est exclu en vertu de la section F de l'article premier s'il y a des raisons sérieuses de penser qu'il a volontairement contribué de façon significative à la capacité de l'organisation d'atteindre son objectif qui consiste à commettre des crimes de guerre, conscient que sa participation facilitera en fait la réalisation de cet objectif.

[31] Regarding the standard of proof, Lord Brown found that the expression “serious reasons for considering” imports a higher standard than “reasonable grounds for suspecting”. The word “considering” is roughly equivalent to “believing” (at paragraph 39).

[31] En ce qui concerne la norme de preuve, lord Brown a conclu que l'expression [TRADUCTION] « “raisons sérieuses de penser” » entraîne l'application d'une norme plus sévère que celle des [TRADUCTION] « “motifs raisonnables de soupçonner” ». Le mot [TRADUCTION] « penser » est sensiblement équivalent à [TRADUCTION] « croire » (au paragraphe 39).

[32] In *Tamil X*, above, Lord McGrath for the NZSC referred to a series of Canadian cases from *Ramirez*, above, to *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100. He then expressed his agreement with the reasoning of Lord Brown in *JS*, above, noting that he (and Lord Hope in a concurring judgment) had “emphasised the importance of the facts of each case and of evidence of actual involvement of the claimant, rather than an assumption of it derived from membership of the organisation perpetrating the crimes” [footnote omitted] (at paragraph 68). In a statement intended to promote uniformity in the interpretation of international refugee law, Lord McGrath suggested that (at paragraph 70):

Refugee status decision-makers should adopt the same approach to the application of joint enterprise liability principles when ascertaining if there are serious reasons to consider that a claimant seeking recognition of refugee status has committed a crime or an act within art 1F through being complicit in such crimes or acts perpetrated by others. That approach fully reflects the principle that those who contribute significantly to the commission of an international crime with the stipulated intention, although not direct perpetrators of it, are personally responsible for the crime. This principle is now expressed in arts 25 and 30 of the Rome Statute and was earlier well established in customary international law. Its application recognises the importance of domestic courts endeavouring to develop and maintain a common approach to the meaning of the language of an international instrument which is given effect as domestic law in numerous jurisdictions of state parties.

[33] Regarding the standard of proof, Justice McGrath also found that “serious reasons to consider” involves more than mere suspicion (at paragraph 39). It is interesting to note, however, that in New Zealand the refugee claimant has the responsibility to establish that he or she is not excluded by Article 1F (at paragraph 43).

(b) *Canadian case law on complicity and international crimes*

[32] Dans l’arrêt *Tamil X*, précité, lord McGrath, rédigeant pour la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande, a renvoyé à une série de décisions canadiennes, de *Ramirez*, précitée, à *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100. Il s’est ensuite dit d’accord avec le raisonnement de lord Brown dans l’arrêt *JS*, précité, en faisant remarquer qu’il (et lord Hope dans un jugement concourant) avait [TRADUCTION] « souligné l’importance des faits de l’espèce et de la preuve de la participation réelle du revendicateur, au lieu de tirer des conclusions du fait qu’il appartenait à l’organisation se livrant aux crimes » [note en bas de page omise] (au paragraphe 68). Dans une déclaration visant à promouvoir l’uniformité de l’interprétation du droit international relatif aux réfugiés, lord McGrath a affirmé ce qui suit (au paragraphe 70) :

[TRADUCTION] Les personnes qui prennent des décisions relatives à l’asile devraient adopter la même approche en ce qui concerne l’application des principes de responsabilité conjointe quand elles déterminent s’il existe des raisons sérieuses de penser qu’un revendicateur du statut de réfugié a commis un crime ou un agissement au sens de la section F de l’article premier en étant complice de ces crimes ou de ces agissements commis par d’autres. Cette approche reflète pleinement le principe selon lequel ceux qui contribuent de façon significative à la commission d’un crime international avec intention, même s’ils ne sont pas les auteurs directs du crime, sont personnellement responsables du crime. Ce principe est maintenant énoncé aux art. 25 et 30 du Statut de Rome et était auparavant bien établi dans le droit international coutumier. Son application montre l’importance des tribunaux nationaux qui s’efforcent d’établir et de maintenir une façon commune d’interpréter le libellé d’un instrument international qui est appliqué comme loi interne dans plusieurs ressorts des États parties.

[33] En ce qui concerne la norme de preuve, lord McGrath a aussi conclu que l’expression [TRADUCTION] « raisons sérieuses de penser » exige plus qu’un simple soupçon (au paragraphe 39). Il est toutefois intéressant de noter qu’en Nouvelle-Zélande, le demandeur d’asile a la responsabilité de prouver qu’il n’est pas exclu par la section F de l’article premier (au paragraphe 43).

b) *La jurisprudence canadienne sur la complicité et les crimes internationaux*

[34] In the seminal case of *Ramirez*, above, Justice Mark MacGuigan made clear that the burden falls on the party asserting the exclusionary rule—namely, the government—to prove that there are “serious reasons for considering” that the claimant was complicit in international crimes (*Ramirez*, at page 314). “‘Serious reasons for considering’” creates a standard that is lower than the balance of probabilities and is roughly equivalent to “‘reasonable grounds to believe’” (at page 312).

[35] For exclusion, the government must generally present evidence that there was “personal and knowing participation” in international crimes by the claimant (at page 317). Each case must “be decided in relation to the particular facts” (at page 320).

[36] *Ramirez* made clear that mere membership in an organization known to commit crimes against humanity is generally not sufficient to justify exclusion (at page 317). However, Justice MacGuigan also observed that “where an organization is principally directed to a limited, brutal purpose, such as a secret police activity, mere membership may by necessity involve personal and knowing participation in persecutorial acts” (at page 317).

[37] Subsequent cases have elaborated on, but have not substantially departed from, these basic ideas.

[38] The case law recognizes that complicity can take two forms. The first involves the actual furthering of international crimes by the claimant (e.g. aiding and abetting). The second involves “complicity through association” (*Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), at page 439). Complicity by association means that “individuals may be rendered responsible for the acts of others because of their close association with the principal actors” (*Sivakumar*, at page 439; *Teganya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 590, at paragraph 12).

[34] Dans l’arrêt de principe *Ramirez*, précité, le juge Mark MacGuigan a clairement indiqué qu’il incombe à la partie qui fait valoir la règle d’exclusion — à savoir, le gouvernement — de prouver qu’il y a des « raisons sérieuses de penser » que le demandeur était complice de crimes internationaux (*Ramirez*, à la page 314). L’expression « “raisons sérieuses de penser” » a pour effet d’établir une norme moindre que la prépondérance des probabilités et qui est sensiblement équivalente à l’expression « “motifs raisonnables [de croire]” » (à la page 312).

[35] En ce qui concerne l’exclusion, le gouvernement doit généralement prouver qu’il y a eu une « participation personnelle et consciente » du demandeur aux crimes internationaux (à la page 317). Chaque cas doit « être tranché en fonction des faits [de l’espèce] » (à la page 320).

[36] Il ressort clairement dans l’arrêt *Ramirez* que la simple appartenance à une organisation reconnue pour avoir commis des crimes contre l’humanité ne suffit généralement pas à justifier l’exclusion (à la page 317). Cependant, le juge MacGuigan a aussi fait observer que « lorsqu’une organisation vise principalement des fins limitées et brutales, comme celles d’une police secrète, il paraît évident que la simple appartenance à une telle organisation puisse impliquer nécessairement la participation personnelle et consciente à des actes de persécution » (à la page 317).

[37] Dans des décisions subséquentes, on a approfondi ces idées fondamentales, sans trop s’en écarter.

[38] La jurisprudence reconnaît que la complicité peut prendre deux formes. La première suppose que le demandeur a facilité la commission de crimes internationaux (p. ex. aider et encourager). La deuxième se rapporte à la « complicité par association » (*Sivakumar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.), à la page 439). La complicité par association signifie que « des individus peuvent être tenus responsables d’actes commis par d’autres en raison de leur association étroite avec les acteurs principaux » (*Sivakumar*, à la page 439; *Teganya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 590, au paragraphe 12).



[39] The cases consistently confirm that mere membership in an organization that commits crimes against humanity does not justify exclusion from refugee protection (*Sivakumar*, at page 442; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at paragraph 45; *Thomas*, above, at paragraph 23). Still, the question whether the claimant was a member of an organization known to commit crimes against humanity will often arise in exclusion cases. But the rules relating to members also apply to non-members. It is better, therefore, “to speak in terms of participation in the group’s activities than of membership in the group” (*Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 39, 238 F.T.R. 194, at paragraph 19). Accordingly, the fact that the person was not, strictly speaking, a “member” does not necessarily mean that the person was not complicit in the group’s crimes (*Harb*, at paragraph 17).

[40] The further the claimant is from those who direct the organization, the less likely it is that he or she will be found to be complicit in its crimes (*Moreno*, above, at paragraph 53). Similarly, the case for complicity “is stronger if the individual member ... holds a position of importance in the organization” (*Sivakumar*, at page 440; *Thomas*, at paragraph 26). Again, each case must be decided according to the facts (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bazargan* (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.), at paragraph 12).

[41] Justice MacGuigan’s statement about organizations with a “limited, brutal purpose” has been recognized as an exception to the general rule that membership is not sufficient proof of complicity (*Sivakumar*, at page 442; *El-Kachi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 403, at paragraph 36). In respect of that kind of organization, proof of membership may be sufficient to find complicity and, therefore, may justify exclusion from refugee protection (*Thomas*, at paragraph 23). Membership in that kind of group creates a rebuttable presumption “**which may result in a finding of complicity in the**

[39] La jurisprudence confirme sans cesse que la simple appartenance à une organisation se livrant à des crimes contre l’humanité ne justifie pas l’exclusion de la protection accordée aux réfugiés (*Sivakumar*, à la page 442; *Moreno c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), au paragraphe 45; *Thomas*, précité, au paragraphe 23). Toutefois, la question de savoir si le demandeur était un membre d’une organisation reconnue pour commettre des crimes contre l’humanité est souvent soulevée dans les cas d’exclusion. Cependant, les règles qui s’appliquent aux membres s’appliquent également aux non-membres. Il est donc préférable « de parler en termes de participation aux activités du groupe qu’en termes d’appartenance au groupe » (*Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CAF 39, au paragraphe 19). Par conséquent, le fait que la personne n’était pas, à proprement parler, un « membre » ne signifie pas nécessairement qu’elle n’était pas complice des crimes commis par le groupe (*Harb*, au paragraphe 17).

[40] Plus le demandeur se trouve loin de ceux qui dirigent l’organisation, moins il est probable qu’il soit jugé complice des crimes (*Moreno*, précité, au paragraphe 53). De même, la preuve relative à la complicité d’un individu « est plus forte si celui-ci occupe un poste important au sein de l’organisation » (*Sivakumar*, à la page 440; *Thomas*, au paragraphe 26). Encore une fois, chaque cas doit être tranché en fonction des faits particuliers de l’affaire (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Bazargan*, 1996 CanLII 3972 (C.A.F.), au paragraphe 12).

[41] La déclaration du juge MacGuigan à propos des organisations visant des « fins limitées et brutales » a été reconnue comme une exception à la règle générale portant que l’appartenance n’est pas une preuve de complicité suffisante (*Sivakumar*, à la page 442; *El-Kachi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CFPI 403, au paragraphe 36). À l’égard de ce genre d’organisation, la preuve d’appartenance peut être suffisante pour conclure à la complicité et, par conséquent, justifier l’exclusion (*Thomas*, au paragraphe 23). L’appartenance à ce genre de groupe crée une présomption réfutable « qui peut entraîner la

**absence of any further evidence other than membership**” [emphasis in original] (*Thomas*, at paragraph 24, citing *Yogo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 390, 205 F.T.R. 185).

[42] The presumption of complicity is also an exception to the usual burden of proof in exclusion cases. In the “normal course, the Minister bears the onus of establishing the requisite elements of complicity” (*Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395, at paragraph 20). However, where the presumption applies, the burden shifts to the claimant to present evidence of a lack of complicity. The presumption can be rebutted by evidence of a lack of knowledge of the organization’s purpose or an absence of direct or indirect involvement in the group’s activities (*Oberlander*, at paragraph 18).

[43] The effect of the presumption is to lighten the onus on the Minister. It is easier to conclude that the person knowingly participated in the activities of a group that is singularly devoted to crimes against humanity where the evidence establishes that he or she was a member of that group (*Bazargan*, above, at paragraph 10; *Harb*, above, at paragraph 19).

[44] However, even where the presumption applies, the Board should review the evidence to determine whether the presumption has been rebutted and, in doing so, should consider other relevant factors (*Thomas*, above, at paragraph 25). Those factors are the ones reviewed by the Board in the case at hand:

1. The nature of the organization
2. The method of recruitment
3. The position/rank within the organization
4. The length of time in the organization
5. The opportunity to leave the organization

conclusion que la personne est complice, en l’absence de tout autre élément de preuve que son adhésion à l’organisation » [souligné dans l’original] (*Thomas*, au paragraphe 24, citant la décision *Yogo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 390).

[42] La présomption de complicité est aussi une exception au fardeau de preuve habituel dans les cas d’exclusion. « Normalement, il incombe au ministre de prouver les éléments nécessaires pour conclure à la complicité » (*Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395, au paragraphe 20). Cependant, lorsque la présomption s’applique, il incombe au demandeur de prouver l’absence de complicité. La présomption peut être réfutée par une preuve d’absence de connaissance de l’objectif de l’organisation ou une absence de participation directe ou indirecte aux activités du groupe (*Oberlander*, au paragraphe 18).

[43] La présomption a pour effet d’alléger le fardeau du ministre. Il est plus facile de conclure que la personne a consciemment participé aux activités d’un groupe qui se consacre particulièrement à des crimes contre l’humanité lorsque la preuve montre qu’elle était membre de ce groupe (*Bazargan*, précité, au paragraphe 10; *Harb*, précité, au paragraphe 19).

[44] Cependant, même lorsque la présomption s’applique, la Commission devrait examiner la preuve pour déterminer si elle a été réfutée et, ce faisant, devrait prendre en considération d’autres facteurs pertinents (*Thomas*, précité, au paragraphe 25). Ces facteurs sont ceux exposés par la Commission en l’espèce :

1. La nature de l’organisation
2. La méthode de recrutement
3. Le poste ou le grade au sein de l’organisation
4. La période de temps passée dans l’organisation
5. La possibilité de quitter l’organisation

## 6. The knowledge of the organization's atrocities

[45] In summary, in most cases, the burden of proof falls on the Minister to show that there are serious reasons for considering that the claimant was complicit in international crimes. The evidence must show personal and knowing participation in the activities of an organization known to commit crimes against humanity. Proof of membership in the group is usually insufficient to justify exclusion from refugee protection. Each case must be decided in relation to the particular facts. As an exception to the general rules, in some cases, complicity can be presumed on the basis of the claimant's membership in a group with a limited, brutal purpose. In those circumstances, the burden falls to the claimant to present evidence of a lack of knowledge or involvement in the group's crimes. The decision maker must then consider the remaining evidence and factors in deciding whether the claimant was, indeed, complicit in the commission of international crimes.

(c) *Can the approaches be reconciled?*

[46] Ms. Pourjamaliaghdam argues that the kind of two-step approach the Board applied has been criticized by the highest courts in the United Kingdom and New Zealand, both of which were interpreting the same international instruments that apply to her application, and that this Court should bring Canadian law into line with the approach taken by those courts.

[47] No doubt, as Justice McGrath observed, uniformity in decision making by refugee law judges and adjudicators is desirable. International legal measures aimed at protecting vulnerable persons should have consistent application and interpretation across states parties. At the same time, it may be unrealistic to expect nations with different legal systems and cultures to achieve identical results.

[48] In my view, the differences between Canadian law and the UKSC and NZSC approach are slight.

## 6. La connaissance des atrocités commises par l'organisation

[45] En résumé, dans la plupart des cas, il incombe au ministre de prouver qu'il y a des raisons sérieuses de penser que le demandeur était complice de crimes internationaux. La preuve doit démontrer une participation personnelle et consciente aux activités d'une organisation reconnue pour commettre des crimes contre l'humanité. La preuve de l'appartenance au groupe ne suffit habituellement pas à justifier l'exclusion du statut de réfugié. Chaque cas doit être tranché en fonction des faits particuliers de l'affaire. Comme exception aux règles générales, dans certains cas, la complicité peut être présumée du fait que le demandeur fait partie d'un groupe visant des fins limitées et brutales. Dans ces circonstances, il incombe au demandeur de prouver qu'il n'avait pas connaissance des crimes du groupe ou qu'il n'y a pas participé. Le décideur doit alors examiner le reste de la preuve et les facteurs pour décider si le demandeur était vraiment complice de crimes internationaux.

c) *Les approches peuvent-elles être réconciliées?*

[46] M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam prétend que l'approche à deux volets appliquée par la Commission a été critiquée par les plus hauts tribunaux du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande, lesquels ont interprété les mêmes instruments internationaux qui s'appliquent à sa demande, et que notre Cour devrait rendre le droit canadien conforme à l'approche adoptée par ces tribunaux.

[47] Il ne fait aucun doute, comme l'a souligné lord McGrath, que l'uniformité dans le processus décisionnel des juges et des arbitres en droit des réfugiés est souhaitable. Les mesures législatives internationales qui visent à protéger les personnes vulnérables devraient être appliquées et interprétées d'une manière uniforme par les États parties. Cependant, il n'est peut-être pas réaliste de s'attendre à ce que des nations ayant des systèmes juridiques et des cultures différents atteignent des résultats identiques.

[48] À mon avis, les différences entre le droit canadien et l'approche adoptée par la Cour suprême du Royaume-

Regarding the standard of proof, in Canada, “serious grounds to consider” has been found to be close to “reasonable grounds to believe”, which corresponds with Lord Brown’s articulation of the appropriate standard. The NZSC’s approach is the same (at paragraph 39). In fact, Justice McGrath found that the standard is higher than suspicion but “[b]eyond this, it is a mistake to try to paraphrase the straightforward language of the Convention” (at paragraph 39, citing Sedley L.J. in *Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department & Anor*, [2009] EWCA Civ 222, at paragraph 33). This is similar to Justice MacGuigan’s statement in *Ramirez* that “[s]erious reasons for considering’ is the Convention phrase and is intelligible on its own” (at paragraph 6). There is, therefore, no difference between Canadian law, on the one hand, and U.K. and N.Z. law, on the other with respect to the applicable standard of proof.

[49] In terms of the analysis of complicity, I agree with the UKSC and NZSC that one should begin with the Rome Statute’s definition of individual criminal responsibility. Article 1F(a) of the Refugee Convention specifically provides that the definition of a crime against humanity should be taken from “international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes”, which includes the Rome Statute, particularly article 25, which states:

Article 25

Individual criminal responsibility

...

3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;

Uni et la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande sont minces. En ce qui concerne la norme de preuve, au Canada, l’expression « raisons sérieuses de penser » a été considérée comme semblable à l’expression « motifs raisonnables de croire », laquelle correspond à la formulation par lord Brown de la norme appropriée. L’approche de la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande est la même (au paragraphe 39). En fait, lord McGrath a conclu que la norme va au-delà du soupçon, mais [TRADUCTION] « ceci étant dit, c’est une erreur d’essayer de paraphraser les termes simples de la Convention » (au paragraphe 39, citant lord juge Sedley dans l’arrêt *Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department & Anor*, [2009] EWCA Civ 222, au paragraphe 33). Cette affirmation s’apparente à celle du juge MacGuigan dans l’arrêt *Ramirez* selon laquelle « les mots “raisons sérieuses de penser” sont ceux qu’emploie la Convention; le sens est évident » (au paragraphe 6). Il n’y a donc aucune différence entre le droit canadien et le droit du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande en ce qui concerne la norme de preuve applicable.

[49] Dans le contexte de l’analyse de la complicité, je souscris à l’opinion de la Cour suprême du Royaume-Uni et de la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande selon laquelle on doit commencer par la définition de responsabilité pénale individuelle énoncée dans le Statut de Rome. La section *Fa*) de l’article premier de la Convention sur les réfugiés prévoit expressément que la définition d’un crime contre l’humanité devrait être tirée des « instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes », ce qui inclut le Statut de Rome, plus particulièrement l’article 25, lequel prévoit ce qui suit :

Article 25

RESPONSABILITÉ PÉNALE INDIVIDUELLE

[...]

3. Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :

a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l’intermédiaire d’une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable;

(b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;

(c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission, including providing the means for its commission;

(d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:

- (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or
- (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime.

[50] The Rome Statute does not address membership in a group at all. The closest reference is in subparagraph 3(d), which speaks of contributing to crimes committed by a group, either by actually furthering those crimes or with knowledge of the group's intentions. In my view, knowingly contributing to a group's crime is comparable to the *Ramirez*, above, requirement of personal and knowing participation. In other words, the main thrust of Canadian law on complicity is consistent with the Rome Statute.

[51] The exception noted in *Ramirez*, which grew into a presumption in later cases, is a limited departure from the general proposition that the burden lies on the government to prove exclusion with evidence of knowing participation. As I noted earlier, even Lord Brown recognized that there may be situations where evidence of a claimant's close association with a particularly violent group will speak for itself, justifying a conclusion of complicity on its own. I believe that Justice MacGuigan's observation was of the same nature—in some cases, it will simply be self-evident that the person, being an active member of such a group, was a knowing participant in its crimes.

b) Elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime;

c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission;

d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :

- i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour; ou
- ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime;

[50] Le Statut de Rome ne traite pas du tout de l'appartenance à un groupe. Ce qui s'en rapproche le plus se trouve à l'alinéa 3d), qui traite de la contribution aux crimes commis par un groupe, soit en facilitant la commission de ces crimes ou en étant en pleine connaissance des intentions du groupe. À mon avis, contribuer consciemment au crime d'un groupe est comparable à l'exigence de la participation personnelle et consciente établie dans l'arrêt *Ramirez*, précité. En d'autres termes, le droit canadien sur la complicité est essentiellement conforme au Statut de Rome.

[51] L'exception signalée dans l'arrêt *Ramirez*, qui a pris la forme d'une présomption dans des affaires ultérieures, constitue un écart limité par rapport à l'affirmation générale selon laquelle il incombe au gouvernement de prouver l'exclusion en présentant une preuve de participation consciente. Comme je l'ai déjà indiqué, même lord Brown a reconnu qu'il existe des situations où la preuve de l'association étroite d'un demandeur avec un groupe particulièrement violent sera éloquent, justifiant une conclusion de complicité en soi. J'estime que l'observation du juge MacGuigan était de la même nature — dans certains cas, ce sera simplement évident que la personne, comme membre actif du groupe, a consciemment participé aux crimes.

[52] Accordingly, in most cases, the analysis required by Canadian jurisprudence is virtually identical to that set out by Lord Brown. True, in some cases, the Minister may only have to show membership in a group with a limited, brutal purpose. But those cases are the exception and, even there, the Board will have to consider the remaining evidence and all the relevant factors in deciding whether there are, in fact, serious reasons for considering that the person has committed crimes against humanity.

[53] I would also note that, while the Minister is entitled to persuade the Board that the presumption should apply in a given case, the Board is by no means bound to frame its analysis that way. In fact, unless it is fairly clear that the presumption applies based on evidence of the nature of the group and the person's active membership in it, the better approach would be to conduct the usual form of analysis. Otherwise, the Board may end up spending an inordinate amount of time analysing what turns out to be a non-issue. As mentioned, membership in an organization that commits crimes is normally not enough to justify exclusion. Therefore, it makes little sense to spend much time considering whether the person was, in fact, a member of such a group. To do so would be to concentrate unduly on a narrow exception to the conventional approach rather than analysing the real issues. As Justice Robert Décary observed, "it is important not to turn what is actually a mere factual presumption into a legal condition" (*Bazargan*, above, at paragraph 10).

[54] I also agree with Justice Barbara Reed's observation that "[l]abels can block analysis". She went on to state "[i]f one is going to conclude that membership in, or close association with, a group automatically leads to a conclusion of complicity in crimes against humanity ... the evidence concerning the characterization of the organization must be free from doubt" (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hajialikhani*, [1999] 1 F.C. 181 (T.D.), at paragraph 24).

[52] Par conséquent, dans la plupart des cas, l'analyse exigée par la jurisprudence canadienne est presque identique à celle énoncée par lord Brown. Certes, dans certains cas, le ministre peut seulement avoir à prouver l'appartenance à un groupe visant des fins limitées et brutales. Mais ce sont des exceptions et, même dans ces cas, la Commission devra examiner le reste de la preuve et tous les facteurs pertinents pour décider s'il y a des raisons sérieuses de penser que la personne a commis des crimes contre l'humanité.

[53] J'aimerais aussi souligner que, bien que le ministre ait le droit de convaincre la Commission que la présomption doit s'appliquer dans un cas donné, la Commission n'est aucunement tenue de formuler son analyse de cette façon. En fait, à moins qu'il soit assez clair que la présomption s'applique compte tenu de la preuve de la nature du groupe et du fait que la personne en est un membre actif, la meilleure approche consiste à procéder à l'analyse habituelle. Autrement, la Commission risque de passer un temps excessif à analyser ce qui s'avère un point non litigieux. Comme je l'ai déjà dit, l'appartenance à une organisation qui commet des crimes ne suffit habituellement pas à justifier l'exclusion. Par conséquent, il m'apparaît illogique de passer autant de temps à se demander si la personne était en fait un membre d'un tel groupe. De procéder ainsi serait de se concentrer indûment sur une exception restreinte à l'approche traditionnelle plutôt que d'analyser les vraies questions. Comme l'a fait observer le juge Robert Décary, « il s'impose de ne pas transformer en condition de droit ce qui n'est en réalité qu'une simple présomption de fait » (*Bazargan*, précité, au paragraphe 10).

[54] Je suis aussi d'accord avec l'observation de la juge Barbara Reed selon laquelle « l'étiquette fait parfois obstacle à l'analyse ». Elle a ensuite affirmé que « [s]i l'on entend dire que l'appartenance ou l'association étroite à un groupe porte automatiquement à conclure à la complicité de crimes contre l'humanité [...] il faut que la qualification de l'organisation en question se fonde sur des preuves indubitables » (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hajialikhani*, [1999] 1 C.F. 181 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 24).

[55] I do not, however, see any unfairness inherent in the presumption of complicity, or in the evidentiary burden it places on claimants. In those situations where it applies, the evidence capable of rebutting the presumption is likely to be in the claimant's possession in any case.

[56] In conclusion, the Canadian approach, while not identical to that laid out by Lord Brown, is very similar and, in practice, likely to yield the same results. As for the NZSC approach, I would note that it is more generous to refugee claimants to shift the evidentiary burden only on proof of membership in a group dedicated to committing crimes against humanity than to place the burden on all claimants to prove an absence of complicity throughout.

[57] Accordingly, I find there to be no compelling reason to bring Canadian law into precise alignment with the authorities cited by Ms. Pourjamaliaghdam from other jurisdictions.

(d) *Application to this case*

[58] Here, the Board found that Ms. Pourjamaliaghdam should be presumed complicit in the crimes committed by SAVAK given her role as an informant. It then went on to consider whether she had rebutted that presumption with evidence falling under the various relevant categories.

[59] However, the Board did not make any specific finding that Ms. Pourjamaliaghdam was a member of SAVAK. The Board applied the presumption based on the fact that Ms. Pourjamaliaghdam was an informant for the organization. As discussed above, the presumption of complicity is an exception to the general rule that proof of membership is not enough to show complicity in an organization's intentional crimes. Without proof of membership, the presumption has no application.

[55] Toutefois, je ne vois aucune iniquité inhérente à la présomption de complicité, ou au fardeau de la preuve qui incombe aux demandeurs. Dans les situations où cela s'applique, la preuve permettant de réfuter la présomption est vraisemblablement en possession du demandeur de toute façon.

[56] Pour conclure, l'approche canadienne, bien qu'elle ne soit pas identique à celle énoncée par lord Brown, est très similaire et, en pratique, elle est susceptible de produire les mêmes résultats. En ce qui concerne l'approche de la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande, j'aimerais souligner qu'il est plus avantageux pour les demandeurs d'asile que le fardeau consiste seulement à présenter une preuve d'appartenance à un groupe qui commet des crimes contre l'humanité plutôt que d'imposer à tous les demandeurs le fardeau de prouver l'absence de complicité.

[57] Par conséquent, j'estime qu'il n'y a aucune raison convaincante de rendre le droit canadien conforme aux décisions rendues dans d'autres ressorts invoquées par M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam.

d) *Application en l'espèce*

[58] En l'espèce, la Commission a conclu que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam devrait être présumée complice dans les crimes commis par la SAVAK vu son rôle d'informatrice. Elle a ensuite examiné la question de savoir si elle avait réfuté cette présomption en présentant une preuve qui relevait de l'une des diverses catégories pertinentes.

[59] Cependant, la Commission n'a pas expressément conclu que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam faisait partie de la SAVAK. La Commission a appliqué la présomption en se fondant sur le fait que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam était une informatrice de l'organisation. Comme il a été expliqué précédemment, la présomption de complicité est une exception à la règle générale selon laquelle la preuve d'appartenance ne suffit pas pour établir la complicité dans des crimes intentionnels d'une organisation. Sans preuve d'appartenance, la présomption ne s'applique pas.

[60] The word “member” has often been given a broad definition, but it is still important for the evidence to be analysed to determine whether the person’s association with the group is sufficiently close so as to justify a presumption of knowing participation in the group’s crimes. Membership, in this context, requires “the existence of an institutional link between the organization and the person, accompanied by more than nominal commitment to the organization’s activities” (*Harb*, above, at paragraph 19). Further, I agree with Justice Richard Mosley [at paragraph 118] that “an unrestricted and broad definition is not a license to classify anyone who has had any dealings with a terrorist organization as a member of the group” (*Toronto Coalition to Stop the War v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 957, 17 Admin. L.R. (5th) 1).

[61] In this case, the Board may well have been persuaded that the evidence relating to Ms. Pourjamaliaghdam’s association with SAVAK met the test of “membership”. But it made no specific finding on the point. Further, while it reviewed the evidence relating to the various factors to be considered, it did so with an eye to evidence of non-complicity in order to determine whether Ms. Pourjamaliaghdam had rebutted the presumption. This is a different exercise than deciding whether the Minister had made out a case for exclusion based on membership. Its approach amounted to an error of law.

[62] Accordingly, I must grant this application for judicial review on that basis.

V. Issue Two—Did the Board fail to consider the identity of the victims of the crimes in which she was alleged to be complicit?

[63] Ms. Pourjamaliaghdam argues that the evidence showed that the telephone conversations she recorded involved military personnel, not civilians. Since a crime against humanity is defined as a crime against civilians,

[60] Le mot « membre » a souvent été défini de manière large, mais il est tout de même important que la preuve soit analysée pour déterminer si l’association de la personne au groupe est suffisamment étroite pour justifier une présomption de participation consciente aux crimes du groupe. L’appartenance, dans ce contexte, exige « l’existence d’un lien institutionnel entre l’organisation et la personne, accompagné d’un engagement plus que nominal dans les activités de l’organisation » (*Harb*, précité, au paragraphe 19). De plus, je suis d’accord avec le juge Richard Mosley [au paragraphe 118] pour dire qu’« une interprétation large et libérale ne donne pas carte blanche au décideur pour considérer quiconque ayant déjà eu affaire à une organisation terroriste comme étant membre de cette organisation » (*Toronto Coalition to Stop the War c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 957).

[61] En l’espèce, la Commission aurait très bien pu être convaincue que la preuve relative à l’association de M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam avec la SAVAK remplissait les conditions de l’« appartenance ». Cependant, elle n’a tiré aucune conclusion précise sur ce point. De plus, bien qu’elle ait examiné la preuve relative aux divers facteurs à prendre en considération, elle l’a fait en tenant compte de la preuve de l’absence de complicité en vue de déterminer si M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam avait réfuté la présomption. Il s’agit d’un exercice différent de celui qui consiste à décider si le ministre avait prouvé la nécessité de l’exclusion en invoquant l’appartenance à un groupe. Son approche a entraîné une erreur de droit.

[62] Par conséquent, je dois faire droit à la présente demande de contrôle judiciaire pour ce motif.

V. Deuxième question — La Commission a-t-elle omis de tenir compte de l’identité des victimes des crimes dont elle aurait été complice?

[63] M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam prétend que la preuve montrait que les conversations téléphoniques enregistrées impliquaient des militaires, pas des civils. Comme un crime contre l’humanité est défini comme étant un



she maintains that the Board erred in finding that she was complicit in international crimes.

[64] However, this argument was rejected in *Harb*, above. The Federal Court of Appeal stated that “if the organization persecutes the civilian population the fact that the appellant himself persecuted only the military population does not mean that he will escape the exclusion, if he is an accomplice by association as well” (at paragraph 11).

#### VI. Conclusion and Disposition

[65] In my view, the Board erred in law by applying the presumption of complicity in the absence of evidence that Ms. Pourjamaliaghdam was a member of SAVAK. I must, therefore, allow this application for judicial review.

[66] Counsel for Ms. Pourjamaliaghdam proposed the following question of general importance for certification:

In light of the decision of *JS (Sri Lanka) v Secretary of State for the Home Department*, is it an error to presume a person complicit in crimes against humanity based on membership in an organization with a limited and brutal purpose?

[67] Counsel for the Minister opposes certification of the question on the facts of this case, given that the Board considered all of the relevant factors, not just the presumption. However, the Board considered those factors in determining whether the presumption was rebutted. In other words, it was looking for evidence of non-complicity, not evidence supporting the Minister’s case for exclusion. It is not clear, therefore, that the Board would have come to the same conclusion if it had not proceeded as it did. Further, in light of my analysis of the case law and my finding that the Board erred by applying the presumption in the absence of a finding of membership, I feel it is appropriate to state the proposed question.

crime commis contre des civils, elle maintient que la Commission a commis une erreur en concluant qu’elle était complice de crimes internationaux.

[64] Cependant, cet argument a été rejeté dans l’arrêt *Harb*, précité. La Cour d’appel fédérale a déclaré que « si l’organisation persécute la population civile, ce n’est pas parce que l’appelant lui-même n’aurait persécuté que la population militaire qu’il échappe à l’exclusion, s’il est par ailleurs complice par association » (au paragraphe 11).

#### VI. Conclusion et décision

[65] À mon avis, la Commission a commis une erreur de droit en appliquant la présomption de complicité en l’absence d’une preuve que M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam faisait partie de la SAVAK. Je dois donc accueillir la présente demande de contrôle judiciaire.

[66] L’avocat de M<sup>me</sup> Pourjamaliaghdam a proposé la question de portée générale suivante aux fins de certification :

[TRADUCTION] À la lumière de l’affaire *JS (Sri Lanka) v Secretary of State for the Home Department*, est-ce une erreur de présumer qu’une personne est complice de crimes contre l’humanité en raison de son appartenance à une organisation visant des fins limitées et brutales?

[67] L’avocat du ministre s’oppose à la certification de la question selon les faits de la présente affaire puisque la Commission a tenu compte de tous les facteurs pertinents, pas seulement de la présomption. Cependant, la Commission a examiné ces facteurs pour décider si la présomption était réfutée. En d’autres termes, elle cherchait une preuve de l’absence de complicité, et non une preuve étayant la thèse du ministre en faveur de l’exclusion. Ce n’est donc pas évident que la Commission serait parvenue à la même conclusion si elle n’avait pas procédé comme elle l’a fait. En outre, à la lumière de mon analyse de la jurisprudence et de ma conclusion selon laquelle la Commission a commis une erreur en appliquant la présomption en l’absence d’une conclusion quant à l’appartenance, je crois qu’il est utile d’énoncer la question proposée.

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is allowed. The matter is referred back to the Board for a new hearing before a different panel;

2. The following question of general importance is stated:

In light of the decision of *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, is it an error to presume a person complicit in crimes against humanity based on membership in an organization with a limited and brutal purpose?

## Annex

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

Exclusion  
— Refugee  
Convention

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

Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*

## ARTICLE 1

...

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

- (a) He has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

...

- (c) He has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

## JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie. L'affaire est renvoyée devant la Commission afin d'être entendue de nouveau par un tribunal différemment constitué;

2. La question de portée générale suivante est formulée :

À la lumière de l'affaire *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, est-ce une erreur de présumer qu'une personne est complice de crimes contre l'humanité en raison de son appartenance à une organisation visant des fins limitées et brutales?

## Annexe

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

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

Exclusion par  
application  
de la Conven-  
tion sur les  
réfugiés

Article 1 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*

## ARTICLE PREMIER

[...]

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

- a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes.

[...]

- c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

A-97-10  
2011 FCA 186

A-97-10  
2011 CAF 186

**Ronnie Louis Bozzer** (*Appellant*)

**Ronnie Louis Bozzer** (*appelant*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada (as represented by the Minister of National Revenue in his capacity as Minister responsible for the *Income Tax Act*), Canada Revenue Agency and the Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada (représentée par le ministre du Revenu national en sa qualité de ministre responsable de la *Loi de l'impôt sur le revenu*), l'Agence du revenu du Canada et le procureur général du Canada** (*intimés*)

*INDEXED AS: BOZZER v. CANADA (NATIONAL REVENUE)*

*RÉPERTORIÉ : BOZZER c. CANADA (REVENU NATIONAL)*

Federal Court of Appeal, Sharlow, Trudel and Stratas JJ.A.—Vancouver, December 1, 2010; Ottawa, June 2, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Trudel et Stratas, J.C.A.—Vancouver, 1<sup>er</sup> décembre 2010; Ottawa, 2 juin 2011.

*Income Tax — Penalties and Interest — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Minister of National Revenue's refusal to waive interest pursuant to Income Tax Act, s. 220(3.1) — In December 2005, appellant applying for waiver of interest accrued on tax debts arising in 1989, 1990 taxation years — Federal Court finding that time limit in Act, s. 220(3.1) 10 calendar years after relevant taxation year, namely year of assessment — Parties having competing interpretations of s. 220(3.1), in particular phrase "interest...payable...in respect of [a] taxation year" — Main issue involving how to determine 10-year period in Act, s. 220(3.1) — Act, s. 220(3.1) ambiguous, constituting taxpayer relief provision — S. 220(3.1) amended in 2004 to include 10-year limitation period — 2004 amendment restricting right previously enjoyed by taxpayer — In situation herein, ambiguity resolved in favour of taxpayer — Appellant's interpretation of Act, s. 220(3.1) accepted — Minister having statutory authority to cancel interest on appellant's 1989, 1990 tax debts to extent accruing during 10 taxation years preceding appellant's application for interest relief under Act, s. 220(3.1) — Appeal allowed.*

*Impôt sur le revenu — Pénalités et intérêts — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire du refus du ministre du Revenu national de renoncer aux intérêts exigibles, en vertu de l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — En décembre 2005, l'appelant a présenté au ministre une demande de renonciation aux intérêts accumulés sur une dette fiscale relative aux années d'imposition 1989 et 1990 — La Cour fédérale a conclu que le délai de prescription dont il est question à l'art. 220(3.1) de la Loi concerne les 10 années civiles qui suivent l'année d'imposition pertinente, c'est-à-dire l'année de cotisation — Les parties donnent une interprétation contradictoire de l'art. 220(3.1), et plus particulièrement de la phrase « d'intérêts [...] payable [...] pour [une] année d'imposition » — La principale question à trancher était la façon de déterminer le délai de prescription de 10 ans prévu à l'art. 220(3.1) de la Loi — L'art. 220(3.1) de la Loi est ambigu et constitue un allègement pour les contribuables — L'art. 220(3.1) a été modifié en 2004 afin d'y inclure un délai de prescription de 10 ans — La modification de 2004 restreint un droit dont jouissait auparavant le contribuable — En l'espèce, l'ambiguïté doit être résolue en faveur du contribuable — L'interprétation qu'a fait l'appelant de l'art. 220(3.1) de la Loi a été acceptée — La Loi confère au ministre le pouvoir d'annuler les intérêts sur les dettes fiscales de l'appelant pour les années 1989 et 1990, dans la mesure où ces intérêts se sont accumulés au cours des 10 années d'imposition précédant la demande que l'appelant a présentée au ministre en vue de faire annuler les intérêts en vertu de l'art. 220(3.1) de la Loi — Appel accueilli.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review of the Minister of

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision du

National Revenue's decision denying the appellant's request for a waiver of interest pursuant to subsection 220(3.1) of the *Income Tax Act*. In December 2005, the appellant had applied to the Minister for a waiver of interest accrued on tax debts that arose in his 1989 and 1990 taxation years. The Federal Court found that "the time limit in subsection 220(3.1) of the Act is for the 10 calendar years after the relevant taxation year, namely the year of assessment." The parties had competing interpretations of subsection 220(3.1), in particular the phrase "interest...payable...in respect of [a] taxation year". The appellant submitted that this phrase means any interest accrued in that taxation year on a tax debt and that subsection 220(3.1) permits the Minister to exercise his discretion to cancel interest accrued in any taxation year ending within 10 years before the taxpayer's application for relief, regardless of when the underlying tax debt arose. The Minister disagreed, submitting that the phrase in question means any interest accrued on a tax debt that arose in the taxation year; therefore, interest can be waived only if a taxpayer applies within 10 calendar years of the end of the taxation year in which the underlying tax debt arose.

The issue was whether the Federal Court was correct on how the 10-year period is to be determined under subsection 220(3.1) of the Act.

*Held*, the appeal should be allowed.

Given the ambiguity of the text of subsection 220(3.1) of the Act, the purpose thereof and the context surrounding it were examined. Subsection 220(3.1) is one of several taxpayer relief provisions and is part of a "fairness package". Before 2004, there was no 10-year limitation period in subsection 220(3.1) but, in 2004, that subsection was amended to include a 10-year limitation period. The 2004 amendment represents a restriction of a right previously enjoyed by the taxpayer. In this particular situation, it was incumbent on Parliament to be clear in its language imposing the restriction and any ambiguity should be resolved in favour of the taxpayer, as in this case. The Minister's argument that subsection 220(3.1) has a forward-looking effect was rejected. Subsection 220(3.1) does not use language that clearly suggests that it should have a forward-looking effect and Parliament did not draft it that way. The appellant's interpretation of subsection 220(3.1) was accepted. Accordingly, the Minister has the statutory authority to cancel interest on the appellant's 1989 and 1990 tax debts to the extent that it accrued during the 10 taxation years

ministre du Revenu national refusant la demande de renonciation aux intérêts de l'appellant, en vertu du paragraphe 220(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En décembre 2005, l'appellant avait déposé, auprès du ministre, une demande de renonciation aux intérêts accumulés sur une dette fiscale pour les années d'imposition 1989 et 1990. La Cour fédérale a conclu que « le délai dont il est question au paragraphe 220(3.1) de la Loi concerne les dix années civiles qui suivent l'année d'imposition pertinente, c'est-à-dire l'année de cotisation ». Les parties ont présenté des interprétations contradictoires du paragraphe 220(3.1), et plus particulièrement de la phrase suivante : « d'intérêts [...] payable [...] pour [une] année d'imposition ». L'appellant a soutenu que cette phrase signifie tout intérêt accumulé sur une dette fiscale au cours de cette année d'imposition, et que le paragraphe 220(3.1) autorise le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire d'annuler les intérêts accumulés au cours de toute année d'imposition se terminant dans les 10 ans précédant la demande d'allègement du contribuable, indépendamment du moment où la dette fiscale sous-jacente a pris naissance. Le ministre ne partageait pas cet avis. Il a soutenu que la phrase en question signifie tout intérêt accumulé sur une dette fiscale qui a pris naissance au cours de l'année d'imposition; par conséquent, les intérêts ne peuvent faire l'objet d'une renonciation que si un contribuable en fait la demande dans les 10 années civiles suivant la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle la dette fiscale sous-jacente a pris naissance.

La question à trancher était la suivante : La Cour fédérale a-t-elle eu raison quant à la façon de déterminer le délai de prescription de 10 ans, en vertu du paragraphe 220(3.1) de la Loi?

*Arrêt* : L'appel doit être accueilli.

Étant donné l'ambiguïté du texte du paragraphe 220(3.1) de la Loi, l'objet de celle-ci et le contexte qui l'entoure ont été examinés. Le paragraphe 220(3.1) est l'une des nombreuses dispositions de la Loi qui prévoit un allègement pour les contribuables et fait partie de « dispositions d'équité ». Avant 2004, le paragraphe 220(3.1) ne prévoyait pas de délai de prescription de 10 ans, mais en 2004, ce paragraphe a été modifié afin d'y inclure un délai de prescription de 10 ans. La modification de 2004 restreint un droit dont jouissait auparavant le contribuable. Dans ce cas particulier, il incombait au législateur de rédiger clairement le texte imposant la restriction, et toute ambiguïté devrait être résolue en faveur du contribuable, comme en l'espèce. L'argument du ministre, selon lequel le paragraphe 220(3.1) a un effet prospectif, a été rejeté. Le libellé du paragraphe 220(3.1) n'indique pas clairement que la disposition devrait avoir un effet prospectif, et le législateur ne l'a pas rédigé ainsi. L'interprétation donnée par l'appellant du paragraphe 220(3.1) a été retenue. En conséquence, la Loi confère au ministre le pouvoir d'annuler les

preceding his application to the Minister for interest relief under subsection 220(3.1) of the Act.

intérêts sur les dettes fiscales de l'appelant pour les années 1989 et 1990, dans la mesure où ces intérêts se sont accumulés au cours des 10 années d'imposition précédant la demande qu'il a présentée au ministre en vue de faire annuler les intérêts en vertu du paragraphe 220(3.1) de la Loi.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 152(4.2) (as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 36; 2007, c. 35, s. 48), 220(3.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; 2005, c. 19, s. 48), (3.2) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; 2005, c. 19, s. 48), (3.201) (as enacted by S.C. 2007, c. 35, s. 61).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 220(3.1) (as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 181; 1993, c. 24, s. 127).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, 266 D.L.R. (4th) 513, 2006 DTC 6532; *Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493, (1983), 3 D.L.R. (4th) 1, [1984] 2 W.W.R. 97.

##### DISTINGUISHED:

*Montgomery (G.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 196, (1995), 95 DTC 5032, 179 N.R. 13 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

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

##### REFERRED TO:

*Redeemer Foundation v. M.N.R.*, 2006 FCA 325, [2007] 3 F.C.R. 40, [2007] 1 C.T.C. 280, 2006 DTC 6712, *affid sub nom. Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643, 295 D.L.R. (4th) 385, [2008] 5 C.T.C. 135.

#### AUTHORS CITED

Canada Revenue Agency. Income Tax Information Circular, No. IC00-1R2, "Voluntary Disclosures Program" (October 22, 2007), online: <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tp/ic00-1r2/ic00-1r2-e.pdf>>.  
Canada Revenue Agency. Income Tax Information Circular,

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 152(4.2) (mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 36; 2007, ch. 35, art. 48), 220(3.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; 2005, ch. 19, art. 48), (3.2) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; 2005, ch. 19, art. 48), (3.201) (édicte par L.C. 2007, ch. 35, art. 61).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 220(3.1) (édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 181; 1993, ch. 24, art. 127).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Morguard Properties Ltd. et autres c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Montgomery (G.) c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 44 (C.A.) (QL).

##### DÉCISION EXAMINÉE :

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

##### DÉCISION CITÉE :

*Fondation Redeemer c. M.R.N.*, 2006 CAF 325, [2007] 3 R.C.F. 40, *conf. par sub nom. Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643.

#### DOCTRINE CITÉE

Agence du revenu du Canada. Circulaire d'information en matière d'impôt sur le revenu, n° IC00-1R2, « Programme des divulgations volontaires » (22 octobre 2007), en ligne : <<http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic00-1r2/ic00-1r2-f.pdf>>.

No. IC07-1, “Taxpayer Relief Provisions” (May 31, 2007), online: <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tp/ic07-1/ic07-1-07e.pdf>>.

Department of Finance Canada. *The Budget Plan 2004*, online: <<http://www.fin.gc.ca/budget04/pdf/bp2004e.pdf>>.

Agence du revenu du Canada. Circulaire d’information en matière d’impôt sur le revenu, n° IC07-1, « Dispositions d’allègement pour les contribuables » (31 mai 2007), en ligne : <<http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic07-1/ic07-1-07f.pdf>>.

Ministère des Finances Canada. *Le plan budgétaire de 2004*, en ligne : <<http://www.fin.gc.ca/budget04/pdf/bp2004f.pdf>>.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 139, [2011] 2 F.C.R. 173, [2010] 3 C.T.C. 137, 2010 DTC 5025) dismissing an application for judicial review of the Minister of National Revenue’s decision denying the appellant’s request for a waiver of interest pursuant to subsection 220(3.1) of the *Income Tax Act*. Appeal allowed.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2010 CF 139, [2011] 2 R.C.F. 173) rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre du Revenu national rejetant la demande de renonciation aux intérêts de l’appelant en vertu du paragraphe 220(3.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Appel accueilli.

#### APPEARANCES

*David E. Spiro and Angelo Gentile* for appellant.  
*Michael Taylor* for respondent.

#### ONT COMPARU

*David E. Spiro et Angelo Gentile* pour l’appelant.  
*Michael Taylor* pour les intimés.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Fraser Milner Casgrain LLP*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Fraser Milner Casgrain LLP*, Toronto, pour l’appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

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

[1] STRATAS J.A.: Subsection 220(3.1) [as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; 2005, c. 19, s. 48] of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 allows the Minister to waive or cancel any portion of interest or penalties owing under the Act. It prescribes a 10-year limitation period. But how is that 10-year period to be determined? The answer to that question, a question of statutory interpretation, will determine the outcome of this appeal.

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Le paragraphe 220(3.1) [édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; 2005, ch. 19, art. 48] de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 permet au ministre de renoncer à tout ou partie d’un montant de pénalité ou d’intérêts payable en vertu de la Loi. Ce paragraphe prévoit un délai de prescription de 10 ans. Or, comment ce délai de 10 ans est-il déterminé? La réponse à cette question, qui en est une d’interprétation législative, déterminera l’issue du présent appel.

[2] The Federal Court Judge agreed with the Minister’s view of how the 10-year period is to be determined under subsection 220(3.1) of the Act: 2010 FC 139, [2011] 2 F.C.R. 173. The appellant, Mr. Bozzer, disagrees and,

[2] Le juge de la Cour fédérale s’est rangé à l’interprétation du ministre sur la façon dont le délai de prescription de 10 ans doit être calculé en vertu du paragraphe 220(3.1) de la Loi : 2010 CF 139, [2011] 2 R.C.F.

in this Court, proposes an interpretation that is more generous to taxpayers.

[3] As this is a legal issue concerning the proper interpretation of subsection 220(3.1) of the Act, the standard of review of the decision of the Federal Court Judge is correctness: *Redeemer Foundation v. M.N.R.*, 2006 FCA 325, [2007] 3 F.C.R. 40, at paragraph 24 (affirmed, without comment on this point, at [*sub nom. Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*] 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643).

[4] For the reasons below, I am of the view that Mr. Bozzer's interpretation of subsection 220(3.1) is the correct one.

#### A. Subsection 220(3.1) of the Act

[5] Subsection 220(3.1) provides as follows:

##### 220. ...

Waiver of penalty or interest

(3.1) The Minister may, on or before the day that is ten calendar years after the end of a taxation year of a taxpayer (or in the case of a partnership, a fiscal period of the partnership) or on application by the taxpayer or partnership on or before that day, waive or cancel all or any portion of any penalty or interest otherwise payable under this Act by the taxpayer or partnership in respect of that taxation year or fiscal period, and notwithstanding subsections 152(4) to (5), any assessment of the interest and penalties payable by the taxpayer or partnership shall be made that is necessary to take into account the cancellation of the penalty or interest. [Emphasis added.]

#### B. The basic facts

[6] On December 6, 2005, at a time when Mr. Bozzer had tax debts that arose in his 1989 and 1990 taxation years, Mr. Bozzer applied to the Minister under subsection

173. M. Bozzer, l'appelant n'est pas d'accord avec l'interprétation du ministre et propose à la Cour une interprétation plus généreuse pour les contribuables.

[3] Dans la mesure où il s'agit d'une question portant sur l'interprétation correcte du paragraphe 220(3.1) de la Loi, la norme de contrôle judiciaire applicable à la décision du juge de la Cour fédérale est celle de la décision correcte : *Fondation Redeemer c. M.R.N.*, 2006 CAF 325, [2007] 3 R.C.F. 40, au paragraphe 24 (arrêt confirmé, sans commentaire sur ce sujet, par [*sub nom. Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*] 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643).

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'interprétation proposée par M. Bozzer du paragraphe 220(3.1) est la bonne.

#### A. Le paragraphe 220(3.1) de la Loi

[5] Le paragraphe 220(3.1) prévoit ce qui suit :

##### 220. [...]

(3.1) Le ministre peut, au plus tard le jour qui suit de dix années civiles la fin de l'année d'imposition d'un contribuable ou de l'exercice d'une société de personnes ou sur demande du contribuable ou de la société de personnes faite au plus tard ce jour-là, renoncer à tout ou partie d'un montant de pénalité ou d'intérêts payable par ailleurs par le contribuable ou la société de personnes en application de la présente loi pour cette année d'imposition ou cet exercice, ou l'annuler en tout ou en partie. Malgré les paragraphes 152(4) à (5), le ministre établit les cotisations voulues concernant les intérêts et pénalités payables par le contribuable ou la société de personnes pour tenir compte de pareille annulation. [Non souligné dans l'original.]

Renonciation aux pénalités et aux intérêts

#### B. Les faits essentiels

[6] Le 6 décembre 2005, M. Bozzer, qui avait alors une dette fiscale pour les années d'imposition 1989 et 1990, a demandé au ministre de renoncer, conformément

220(3.1) of the Act for a waiver of interest accrued on the tax debt.

[7] The Minister denied the application for the following reasons:

As of January 1, 2005, the Agency's policy with regards to fairness requests was amended to exclude debts over 10 years of age from the date of submission. The ten years expired on December 31, 1999 for the 1989 taxation year and December 31, 2000 for the 1990 taxation year. For this reason we are unable to consider your request for departmental delay or error and have concluded it would not be appropriate to cancel or waive the interest.

[8] Mr. Bozzer applied to the Minister for a second-level review. The Minister denied that application as well, for the following reasons:

The above legislation [subsection 220(3.1)] is applicable because you applied for interest cancellation on December 6, 2005. Therefore the Minister has no discretion under subsection 220(3.1) to waive or cancel any interest otherwise payable under the Act in respect of your 1989 and 1990 taxation years. This is because it has been more than ten calendar years since the ends of your 1989 and 1990 taxation years. In addition, you applied after 2004, which is more than ten calendar years after the ends of your 1989 and 1990 taxation years.

[9] Mr. Bozzer applied to the Federal Court for judicial review of the Minister's decision. The Federal Court Judge dismissed the application, finding (at paragraph 51 of his reasons for judgment) that "the time limit in subsection 220(3.1) of the ITA is for the 10 calendar years after the relevant taxation year, namely the year of assessment." In my view, this interpretation cannot stand, as the 10-year period in subsection 220(3.1) of the Act does not start in the year of assessment. Nowhere does subsection 220(3.1) mention the year of assessment as a relevant consideration.

au paragraphe 220(3.1) de la Loi, aux intérêts accumulés sur cette dette.

[7] Le ministre a rejeté la demande pour les motifs suivants :

[TRADUCTION] Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, la politique de l'Agence en ce qui concerne les demandes fondées sur les dispositions d'équité a été modifiée afin d'exclure les dettes datant de plus de 10 ans à partir de la date de dépôt. Le délai de 10 ans a expiré le 31 décembre 1999 pour l'année d'imposition 1989, et le 31 décembre 2000 pour l'année d'imposition 1990. Pour cette raison, il nous est impossible d'examiner votre demande, qui repose sur un retard ou une erreur du ministre, et nous avons conclu qu'il ne serait pas approprié de renoncer aux intérêts.

[8] M. Bozzer a déposé une demande auprès du ministre afin d'obtenir un examen de deuxième niveau. Le ministre a également rejeté cette demande pour les motifs suivants :

[TRADUCTION] La disposition législative susmentionnée [le paragraphe 220(3.1)] s'applique parce que vous avez demandé une annulation d'intérêts le 6 décembre 2005. Par conséquent, le paragraphe 220(3.1) ne confère pas au ministre le pouvoir discrétionnaire d'annuler tout montant d'intérêts payable par ailleurs en vertu de la Loi pour les années d'imposition 1989 et 1990. Il en est ainsi parce qu'il s'est écoulé plus de 10 années civiles depuis la fin des années d'imposition 1989 et 1990. De plus, vous avez présenté votre demande après 2004, soit plus de 10 années civiles après la fin des années d'imposition 1989 et 1990.

[9] M. Bozzer a demandé à la Cour fédérale le contrôle judiciaire de cette décision du ministre. Le juge de la Cour fédérale a rejeté la demande, concluant (au paragraphe 51 de ses motifs) que « le délai dont il est question au paragraphe 220(3.1) de la LIR concerne les dix années civiles qui suivent l'année d'imposition pertinente, c'est-à-dire l'année de cotisation ». À mon avis, cette interprétation ne saurait être retenue, puisque le délai de 10 ans prévu au paragraphe 220(3.1) de la Loi ne commence pas à courir pendant l'année de cotisation. Le paragraphe 220(3.1) ne mentionne nullement que l'année de cotisation est une considération pertinente.



C. The parties' competing interpretations of subsection 220(3.1) of the Act and how they apply to the facts of this case

[10] Before this Court, the parties presented competing interpretations of subsection 220(3.1) of the Act. These competing interpretations result in drastically different results on the facts of this case.

[11] The parties' competing interpretations of subsection 220(3.1) concern only a portion of it and relate particularly to the phrase "interest ... payable ... in respect of [a] taxation year" ("*montant ... d'intérêts payable ... pour [une] année d'imposition*"):

**220. ...**

Waiver of penalty or interest

(3.1) The Minister may, on or before the day that is ten calendar years after the end of a taxation year of a taxpayer...waive or cancel all or any portion of any...interest...payable...by the taxpayer...in respect of that taxation year... [Emphasis added.]

(1) Mr. Bozzer's interpretation

[12] Mr. Bozzer submits that "interest...payable...in respect of [a] taxation year" means any interest accrued in that taxation year on a tax debt. On his view of the matter, subsection 220(3.1) permits the Minister to exercise his discretion to cancel interest accrued in any taxation year ending within 10 years before the taxpayer's application for relief, regardless of when the underlying tax debt arose.

[13] Under this interpretation, Mr. Bozzer analyses the facts of this case as follows. He had tax debts that arose in the 1989 and 1990 taxation years. Interest accrued on those debts in every subsequent taxation year. On December 6, 2005, he applied to the Minister for a cancellation of interest. On his view of the matter, subsection 220(3.1) permits the Minister to cancel any

C. Les interprétations contradictoires que donnent les parties du paragraphe 220(3.1) de la Loi, et comment elles s'appliquent aux faits de l'espèce

[10] Devant la Cour, les parties ont présenté des interprétations contradictoires du paragraphe 220(3.1) de la Loi. Ces interprétations donnent lieu à des résultats fort différents en ce qui concerne les faits de l'espèce.

[11] Les interprétations contradictoires que donnent les parties du paragraphe 220(3.1) ne concernent qu'une partie de la disposition et portent en particulier sur la phrase « montant [...] d'intérêts payable [...] pour [une] année d'imposition » (*interest ... payable ... in respect of [a] taxation year*) :

**220. [...]**

(3.1) Le ministre peut, au plus tard le jour qui suit de dix années civiles la fin de l'année d'imposition d'un contribuable [...] renoncer à tout ou partie d'un montant [...] d'intérêts payable [...] par le contribuable [...] en application de la présente loi pour cette année d'imposition [...] [Non souligné dans l'original.]

Renonciation aux pénalités et aux intérêts

1) L'interprétation proposée par M. Bozzer

[12] M. Bozzer soutient que « montant [...] d'intérêts payable [...] pour [une] année d'imposition » signifie tout intérêt accumulé sur une dette fiscale au cours d'une année d'imposition. Selon lui, le paragraphe 220(3.1) autorise le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire d'annuler les intérêts accumulés au cours de toute année d'imposition se terminant dans les 10 ans précédant la demande d'allègement du contribuable, indépendamment du moment où la dette fiscale sous-jacente a pris naissance.

[13] Se fondant sur cette interprétation, M. Bozzer analyse les faits de la présente affaire comme suit. Il avait une dette fiscale pour les années d'imposition 1989 et 1990. Les intérêts sur cette dette se sont accumulés au cours de chaque année d'imposition ultérieure. Le 6 décembre 2005, il a demandé au ministre l'annulation des intérêts. Selon lui, le paragraphe 220(3.1) autorise

interest that accrued in the 10 taxation years preceding his application, that is, from January 1, 1995 to December 31, 2004. On this analysis, the fact that the tax debt arose in 1989 and 1990 is irrelevant.

(2) The Minister's interpretation

[14] The Minister disagrees. The Minister submits that "interest...payable...in respect of [a] taxation year" means any interest accrued on a tax debt that arose in that taxation year. Therefore, the Minister may exercise his discretion to waive interest otherwise payable under the Act only if a taxpayer applies within 10 calendar years of the end of the taxation year in which the underlying tax debt arose.

[15] In Mr. Bozzer's case, the underlying tax debt arose in 1989 and 1990. On the Minister's view of the matter, Mr. Bozzer had to apply for a waiver of interest on his 1989 tax debt by December 31, 1999 and his 1990 tax debt by December 31, 2000.

[16] Therefore, the Minister says that he has no statutory authority to consider Mr. Bozzer's application for a waiver of interest in this case. Mr. Bozzer's application was on December 6, 2005. In the Minister's view of the matter, that was nearly five years too late.

D. The proper approach to interpreting provisions in taxation legislation

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

The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the

le ministre à annuler tout intérêt accumulé au cours des 10 années d'imposition précédant sa demande, soit du 1<sup>er</sup> janvier 1995 au 31 décembre 2004. Suivant cette analyse, le fait que la dette fiscale ait pris naissance en 1989 et 1990 n'est pas pertinent.

2) L'interprétation du ministre

[14] Le ministre ne partage pas cet avis. Il soutient que « montant [...] d'intérêts payable [...] pour [une] année d'imposition » signifie tout intérêt accumulé sur une dette fiscale qui a pris naissance au cours de l'année d'imposition en question. Par conséquent, le ministre ne peut exercer son pouvoir discrétionnaire de renoncer aux intérêts exigibles en vertu de la Loi que si un contribuable en fait la demande dans les 10 années civiles suivant la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle la dette fiscale sous-jacente a pris naissance.

[15] Dans le cas de M. Bozzer, la dette fiscale sous-jacente a pris naissance en 1989 et en 1990. Suivant l'interprétation du ministre, M. Bozzer avait jusqu'au 31 décembre 1999 pour demander l'annulation des intérêts accumulés sur sa dette fiscale de 1989, et jusqu'au 31 décembre 2000 quant à celle de 1990.

[16] Ainsi, le ministre prétend qu'en l'espèce la loi ne lui confère aucun pouvoir lui permettant d'examiner la demande de renonciation aux intérêts présentée par M. Bozzer. La demande de M. Bozzer a été déposée le 6 décembre 2005. Selon l'interprétation faite par le ministre, elle a été déposée presque cinq ans trop tard.

D. Démarche à adopter pour interpréter les dispositions législatives en matière fiscale

[17] Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10, la Cour suprême du Canada a énoncé la façon dont les lois fiscales doivent être interprétées :

L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non

ordinary meaning of the words play[s] a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

The Supreme Court went on to observe (at paragraph 13) that the Act “remains an instrument dominated by explicit provisions dictating specific consequences, inviting a largely textual interpretation.” But where the text is equivocal, “greater recourse to the context and purpose of the Act may be necessary”: *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at paragraph 22.

E. The interpretation of the text of subsection 220(3.1)

[18] The parties’ submissions on how the text of subsection 220(3.1) should be interpreted, summarized above, persuade me that the text is ambiguous. The words “interest...payable...in respect of [a] taxation year,” examined in isolation, are conceivably capable of bearing either of the meanings suggested by the parties.

[19] As part of its submissions on how the text of subsection 220(3.1) should be interpreted, the Minister submits that an earlier decision of this Court is directly on point: *Montgomery (G.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 196.

[20] In my view, *Montgomery* is distinguishable. In *Montgomery*, this Court did not interpret the text of subsection 220(3.1) [as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 181; 1993, c. 24, s. 127 of *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63] that is in issue in this appeal. Rather, this Court interpreted a transitional provision concerning subsection 220(3.1): S.C. 1993, c. 24, subsection 127(5). That transitional provision limited the application of subsection 220(3.1) to the “1985 and subsequent taxation years.” This Court simply held (at paragraph 11) that the

équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

La Cour suprême a ensuite observé (au paragraphe 13) que la Loi « demeure un instrument dominé par des dispositions explicites qui prescrivent des conséquences particulières et commandent une interprétation largement textuelle ». Toutefois là où le texte est équivoque, « il peut devenir nécessaire de se référer davantage au contexte et à l’objet de la Loi » : arrêt *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, au paragraphe 22.

E. L’interprétation du texte du paragraphe 220(3.1)

[18] Les observations des parties sur la façon dont le paragraphe 220(3.1) devrait être interprété, résumées ci-dessus, m’ont convaincu que le texte est ambigu. Les mots « montant [...] d’intérêts payable [...] pour [une] année d’imposition », analysés séparément, peuvent vraisemblablement conférer chacune des significations suggérées par les parties.

[19] Dans ses observations sur la façon dont le paragraphe 220(3.1) devrait être interprété, le ministre soutient qu’une décision antérieure de la Cour porte directement sur ce sujet : *Montgomery (G.) c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 44 (QL).

[20] Selon moi, il faut faire une distinction entre l’arrêt *Montgomery* et le présent appel. Dans l’arrêt *Montgomery*, la Cour n’a pas interprété le texte du paragraphe 220(3.1) [édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 181; 1993, ch. 24, art. 127 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63] dont il est question en l’espèce. Elle a plutôt interprété une disposition transitoire concernant le paragraphe 220(3.1) : L.C. 1993, ch. 24, paragraphe 127(5). Cette disposition transitoire limitait l’application du paragraphe 220(3.1) aux « années d’imposition 1985 et

Minister's discretion was limited to the waiving of interest otherwise payable under the Act for a taxation year that is either the 1985 taxation year or any later taxation year. *Montgomery* offers no guidance on the interpretation issue before us in this appeal.

[21] Since the text in this case is equivocal, in accordance with *Placer Dome*, above, at paragraph 22, it will be necessary for us to have "greater recourse" to the purpose of subsection 220(3.1) and the context surrounding it.

F. The purpose of subsection 220(3.1)

(1) What is the purpose?

[22] Subsection 220(3.1) is one of several taxpayer relief provisions in the Act. It was introduced in 1991 [S.C. 1991, c. 49, s. 181] as part of what was called a "fairness package." The Minister has explained the purpose behind these provisions as follows:

The legislation gives the CRA the ability to administer the income tax system fairly and reasonably by helping taxpayers to resolve issues that arise through no fault of their own, and to allow for a common-sense approach in dealing with taxpayers who, because of personal misfortune or circumstances beyond their control, could not comply with a statutory requirement for income tax purposes.

See Income Tax Information Circular, No. IC07-1, "Taxpayer Relief Provisions," May 31, 2007, at paragraph 8.

[23] In law, the information circulars of the Canada Revenue Agency are nothing more than administrative policy statements. They are not finally determinative of the meaning of a provision of the Act.

suivantes ». La Cour a simplement conclu (au paragraphe 11) que le pouvoir discrétionnaire du ministre de renoncer à l'intérêt payable par ailleurs en vertu de la Loi pour une année d'imposition était limité à l'année d'imposition 1985 ou à une année d'imposition subséquente à celle-ci. L'arrêt *Montgomery* ne fournit aucune indication sur la question d'interprétation dont nous sommes saisis en l'espèce.

[21] Puisqu'en l'espèce le texte est équivoque, nous devons, conformément à l'arrêt *Placer Dome*, précité, au paragraphe 22, nous « référer davantage » à l'objet du paragraphe 220(3.1) et à son contexte.

F. L'objet du paragraphe 220(3.1)

1) Quel est l'objet de la disposition?

[22] Le paragraphe 220(3.1) est l'une des nombreuses dispositions de la Loi qui prévoit un allègement pour les contribuables. Adopté en 1991 [L.C. 1991, ch. 49, art. 181], il faisait partie de ce qu'on a appelé les « dispositions d'équité ». Le ministre a expliqué comme suit l'objet sous-jacent de ces dispositions :

La législation donne à l'ARC la capacité d'administrer le régime de l'impôt sur le revenu de façon équitable et raisonnable en aidant les contribuables à régler des problèmes qui se présentent indépendamment de leur volonté et en permettant d'adopter une approche axée sur le bon sens dans le cas de personnes qui, en raison de problèmes personnels ou de circonstances indépendantes de leur volonté, n'ont pas pu satisfaire à une exigence législative aux fins de l'impôt sur le revenu.

Voir la Circulaire d'information en matière d'impôt sur le revenu, n° IC07-1, « Dispositions d'allègement pour les contribuables », 31 mai 2007, au paragraphe 8.

[23] En droit, les circulaires d'information de l'Agence du revenu du Canada ne sont rien de plus que des énoncés de politique administrative. Elles ne déterminent pas de façon définitive la signification d'une disposition de la Loi.

[24] However, in this case, the plain words of subsection 220(3.1) support the description of purpose in the above passage, and there is nothing in the history behind subsection 220(3.1) or in related sections that would cast doubt on it. Indeed, in 2004 the Department of Finance confirmed it. It stated that subsection 220(3.1) permits the Minister to waive or cancel interest or penalties “in situations where factors beyond the taxpayer’s control, such as illness or a natural disaster, prevented a tax return from being filed on time”: Department of Finance Canada, *The Budget Plan 2004*, March 23, 2004, Annex 9, at page 347.

[25] Therefore, I am prepared to accept the description of purpose in the above passage as the purpose that subsection 220(3.1) is meant to further.

- (2) Testing the parties’ competing interpretations against the purpose of subsection 220(3.1)

[26] One method of testing the parties’ competing interpretations is to imagine factual scenarios in which subsection 220(3.1) might be applied, apply subsection 220(3.1) to those scenarios, examine the results, and then compare those results with the purpose that subsection 220(3.1) is meant to further.

[27] For this purpose, I shall examine two scenarios.

*Scenario A*

[28] Suppose that a taxpayer is obliged to remit income tax instalments during taxation year X but fails to do so. He files his income tax return for taxation year X on time, but fails to pay the resulting tax debt.

[29] At some point in year X + 1, the Minister assesses the tax payable for taxation year X, with accrued interest, including interest on the unpaid instalments for taxation year X. Later, the taxpayer decides to apply for

[24] Or, en l’espèce, le sens ordinaire du paragraphe 220(3.1) appuie la description de l’objet dans l’extrait ci-dessus, et rien dans l’historique du paragraphe 220(3.1) ou dans les dispositions qui y sont liées ne permet d’en douter. De fait, en 2004, le ministère des Finances l’a confirmé. Il a déclaré que le paragraphe 220(3.1) autorisait le ministre à renoncer aux intérêts ou aux pénalités « dans les cas où des circonstances échappant au contrôle du contribuable, comme une maladie ou un désastre naturel, ont empêché que la déclaration de revenus soit produite à temps » : Ministère des Finances Canada, *Le plan budgétaire de 2004*, 23 mars 2004, annexe 9, à la page 375.

[25] Par conséquent, je suis prêt à accepter que l’objet décrit dans le passage ci-dessus est celui que poursuit le paragraphe 220(3.1).

- 2) Appréciation des interprétations contradictoires des parties au regard de l’objet du paragraphe 220(3.1)

[26] L’une des façons d’apprécier les interprétations contradictoires des parties consiste à imaginer des situations de fait auxquelles le paragraphe 220(3.1) pourrait s’appliquer, puis à appliquer le paragraphe 220(3.1) à ces situations et à examiner les résultats, et enfin à comparer ces résultats à l’objet visé par le paragraphe 220(3.1).

[27] À cette fin, j’examinerai deux situations.

*Situation A*

[28] Supposons que le contribuable soit tenu de verser des acomptes provisionnels au cours de l’année d’imposition X, mais qu’il ne le fait pas. Il produit sa déclaration de revenus pour l’année d’imposition X à temps, mais omet de payer la dette fiscale qui en découle.

[29] Au cours de l’année d’imposition X + 1, le ministre fixe l’impôt à payer pour l’année d’imposition X, ainsi que les intérêts accumulés, incluant les intérêts sur les acomptes provisionnels non versés pour l’année

a cancellation of the interest accrued on the unpaid instalments for taxation year X.

[30] In this scenario, both the Minister's interpretation of subsection 220(3.1) and Mr. Bozzer's interpretation of subsection 220(3.1) will lead to the conclusion that the taxpayer must submit his application within 10 years of the end of taxation year X.

#### *Scenario B*

[31] Suppose that this same taxpayer is about to file his income tax return for taxation year X on time. As in scenario A, the taxpayer was obliged to remit tax instalments during taxation year X but did not do so.

[32] However, in January of taxation year X + 1, just before preparing the income tax return for taxation year X, the taxpayer is seriously injured in a car accident. In taxation year X + 11—after going through a coma, enduring many operations, recovering slowly, dealing with physical and mental challenges, and going through years of rehabilitation and retraining—the taxpayer finally gets around to filing his tax return for taxation year X.

[33] In taxation year X + 12, the Minister assesses the tax payable for taxation year X, with accrued interest, including interest on the unpaid instalments for taxation year X. Again, the taxpayer decides to apply for a cancellation of the interest accrued on the unpaid instalments for taxation year X.

[34] On the Minister's interpretation of subsection 220(3.1), the taxpayer would be barred from asking for any waiver of interest. The tax debt on which interest accrued was 11 years ago, past the 10-year limitation period.

d'imposition X. Plus tard, le contribuable décide de demander l'annulation des intérêts accumulés sur les acomptes provisionnels non payés pour l'année d'imposition X.

[30] Dans cette situation, l'interprétation du paragraphe 220(3.1) du ministre et celle de M. Bozzer permettront de conclure que le contribuable doit présenter sa demande dans les 10 ans suivant la fin de l'année d'imposition X.

#### *Situation B*

[31] Supposons que ce même contribuable soit sur le point de produire sa déclaration de revenus dans les délais pour l'année d'imposition X. Tout comme dans la situation A, le contribuable était tenu de verser des acomptes provisionnels au cours de l'année d'imposition X, mais il ne l'a pas fait.

[32] Toutefois, en janvier de l'année d'imposition X + 1, juste avant de préparer sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition X, le contribuable est grièvement blessé dans un accident de voiture. Au cours de l'année d'imposition X + 11, après un coma, plusieurs chirurgies, un long rétablissement, des ennuis de santé physique et mentale, et plusieurs années de réadaptation et de rééducation, le contribuable finit par produire sa déclaration de revenus pour l'année X.

[33] Au cours de l'année d'imposition X + 12, le ministre fixe l'impôt à payer, avec les intérêts accumulés, incluant les intérêts sur les acomptes provisionnels non payés pour l'année d'imposition X. Dans cette situation également, le contribuable décide de demander l'annulation des intérêts accumulés sur les acomptes provisionnels non payés pour l'année d'imposition X.

[34] Si on retient l'interprétation que fait le ministre du paragraphe 220(3.1), la demande d'annulation des intérêts du contribuable serait prescrite. La dette fiscale sur laquelle des intérêts se sont accumulés date de 11 ans, ce qui dépasse le délai de prescription de 10 ans.

[35] On Mr. Bozzer's interpretation of subsection 220(3.1), the taxpayer could apply for a waiver of interest that accrued during the 10 taxation years preceding his application.

*Assessment of the scenarios*

[36] Scenario B shows that the Minister's interpretation of subsection 220(3.1) leads to a harsh result that is contrary to the purpose of subsection 220(3.1): to allow taxpayers to ask for relief against penalties and interest and to allow the Minister to grant such relief where, in his view of the overall fairness of the situation, it is appropriate to do so. In the words of the Information Circular, subsection 220(3.1) is one of several that are supposed to give the Minister an ability "to administer the income tax system fairly and reasonably by helping taxpayers to resolve issues that arise through no fault of their own". In particular, according to the Information Circular, this subsection is one of several designed "to allow for a common-sense approach in dealing with taxpayers who, because of personal misfortune or circumstances beyond their control, could not comply with a statutory requirement for income tax purposes."

[37] Admittedly, scenario B will not be a commonly occurring circumstance. But it does show that the Minister's interpretation can prevent him from addressing, in a fair and reasonable way, taxpayers' problems that were caused by personal misfortune or circumstances during the statutory 10-year period that were beyond the taxpayers' control, contrary to the purpose of subsection 220(3.1).

[38] As scenario B demonstrates, Mr. Bozzer's interpretation is fairer and, thus, more consistent with the purpose of subsection 220(3.1). Mr. Bozzer's interpretation gives the Minister a greater ability to address a taxpayer's misfortune or circumstances within the statutory 10-year period that were beyond the taxpayer's control.

[35] Si on retient l'interprétation que fait M. Bozzer du paragraphe 220(3.1), le contribuable pourrait demander l'annulation des intérêts qui se sont accumulés au cours des 10 années d'imposition précédant sa demande.

*Appréciation des situations*

[36] La situation B montre que l'interprétation que fait le ministre du paragraphe 220(3.1) donne lieu à un résultat lourd de conséquences qui est contraire à l'objet du paragraphe 220(3.1) : permettre aux contribuables de demander un redressement en ce qui concerne les pénalités et les intérêts et permettre au ministre d'accorder ce redressement lorsqu'il estime juste de le faire, compte tenu de l'ensemble de la situation. Pour reprendre les termes de la Circulaire d'information, le paragraphe 220(3.1) est l'une des nombreuses dispositions censées permettre au ministre « d'administrer le régime de l'impôt sur le revenu de façon équitable et raisonnable en aidant les contribuables à régler des problèmes qui se présentent indépendamment de leur volonté ». En particulier, selon la Circulaire d'information, le paragraphe 220(3.1) est l'une des nombreuses dispositions qui favorisent « une approche axée sur le bon sens dans le cas de personnes qui, en raison de problèmes personnels ou de circonstances indépendantes de leur volonté, n'ont pas pu satisfaire à une exigence législative aux fins de l'impôt sur le revenu ».

[37] Certes, la situation B ne risque pas de se produire souvent. Mais elle démontre bien que l'interprétation du ministre peut l'empêcher, contrairement à l'objectif du paragraphe 220(3.1), de résoudre de manière juste et raisonnable les problèmes que peuvent avoir les contribuables en raison d'une malchance personnelle ou de circonstances indépendantes de leur volonté au cours du délai de 10 ans prévu par la loi.

[38] Comme le démontre la situation B, l'interprétation de M. Bozzer est plus équitable et, conséquemment, plus conforme à l'objet du paragraphe 220(3.1). Cette interprétation confère au ministre une plus grande marge de manœuvre pour remédier aux problèmes des contribuables ou aux circonstances indépendantes de leur volonté ayant pu survenir à l'intérieur du délai de 10 ans prévu par la loi.

G. Subsection 220(3.1), viewed contextually

(1) The legislative history of subsection 220(3.1)

[39] Before 2004, there was no 10-year limitation period in subsection 220(3.1). At any time, a taxpayer could ask the Minister to waive interest that accrued since 1985. The pre-2004 version of subsection 220(3.1) [S.C. 1993, c. 24, s. 127] is as follows:

220. ...

Waiver of  
penalty or  
interest

(3.1) The Minister may at any time waive or cancel all or any portion of any penalty or interest otherwise payable under this Act by a taxpayer or partnership and, notwithstanding subsections 152(4) to (5), such assessment of the interest and penalties payable by the taxpayer or partnership shall be made as is necessary to take into account the cancellation of the penalty or interest.

[40] In 2004, subsection 220(3.1) was amended to include a 10-year limitation period: S.C. 2005, c. 19, subsections 48(1) and (2). This resulted in the version of subsection 220(3.1) in issue in this case, which is reproduced here with the amendment emphasized:

220. ...

Waiver of  
penalty or  
interest

(3.1) The Minister may, *on or before the day that is ten calendar years after the end of a taxation year of a taxpayer (or in the case of a partnership, a fiscal period of the partnership) or on application by the taxpayer or partnership on or before that day*, waive or cancel all or any portion of any penalty or interest otherwise payable under this Act by *the taxpayer or partnership in respect of that taxation year or fiscal period, and notwithstanding subsections 152(4) to (5), any* assessment of the interest and penalties payable by the taxpayer or partnership shall be made *that is necessary* to take into account the cancellation of the penalty or interest.

[41] The 2004 amendment represents a restriction of a right previously enjoyed by the taxpayer. In my view,

G. Le paragraphe 220(3.1), analysé en contexte

1) Historique du paragraphe 220(3.1)

[39] Avant 2004, le paragraphe 220(3.1) ne prévoyait pas de délai de prescription de 10 ans. À tout moment, un contribuable pouvait demander au ministre de renoncer aux intérêts accumulés depuis 1985. La version antérieure à 2004 du paragraphe 220(3.1) [L.C. 1993, ch. 24, art. 127] se lit comme suit :

220. [...]

(3.1) Le ministre peut, en tout temps, renoncer à tout ou partie de quelque pénalité ou intérêt payable par ailleurs par un contribuable ou une société en application de la présente loi, ou l'annuler en tout ou en partie. Malgré les paragraphes 152(4) à (5), le ministre établit les cotisations voulues concernant les intérêts et pénalités payables par le contribuable ou la société pour tenir compte de pareille annulation.

Renonciation  
aux pénalités  
et aux  
intérêts

[40] En 2004, le paragraphe 220(3.1) a été modifié afin d'y inclure un délai de prescription de 10 ans : L.C. 2005, ch. 19, paragraphes 48(1) et (2). C'est cette version du paragraphe 220(3.1) qui est en litige en l'espèce et qui est ici reproduite, la modification étant en italique :

220. [...]

(3.1) Le ministre peut, *au plus tard le jour qui suit de dix années civiles la fin de l'année d'imposition d'un contribuable ou de l'exercice d'une société de personnes ou sur demande du contribuable ou de la société de personnes faite au plus tard ce jour-là*, renoncer à tout ou partie d'un montant de pénalité ou d'intérêts payable par ailleurs par *le contribuable ou la société de personnes* en application de la présente loi *pour cette année d'imposition ou cet exercice*, ou l'annuler en tout ou en partie. Malgré les paragraphes 152(4) à (5), le ministre établit les cotisations voulues concernant les intérêts et pénalités payables par le contribuable ou la société *de personnes* pour tenir compte de pareille annulation.

Renonciation  
aux pénalités  
et aux  
intérêts

[41] La modification de 2004 restreint un droit dont jouissait auparavant le contribuable. J'estime que, dans



in this particular situation, it was incumbent on Parliament to be clear in its language imposing the restriction and any doubt should be resolved in favour of the taxpayer. I note the following passage from the judgment of Estey J. in *Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493, at page 509:

... the courts require that, in order to adversely affect a citizen's right, whether as a taxpayer or otherwise, the Legislature must do so expressly. Truncation of such rights may be legislatively unintended or even accidental, but the courts must look for express language in the statute before concluding that these rights have been reduced.

[42] The words chosen by Parliament are ambiguous. In my view, in this particular situation, this ambiguity should be resolved in favour of the taxpayer.

## (2) The Minister's Technical Notes

[43] The Minister submitted that certain technical notes published at the time of the 2004 amendment to subsection 220(3.1) are relevant to the interpretation of the subsection. The Minister submitted that the Technical Notes reveal that the 10-year limitation period was introduced in 2004 because of a concern that "administrative problems would arise if the Minister were required to verify claims going back as far as 1985" (Minister's memorandum of fact and law, at paragraph 44).

[44] The Minister says that if Mr. Bozzer's interpretation is adopted, the Minister might have to verify details relevant to any past taxation year, even years before 1985, as long as the interest in question had accrued within the past 10 years.

[45] I do not accept this as a plausible explanation for the 10-year limitation period in the case of subsection 220(3.1).

[46] It might be an explanation for other provisions that were amended to include a 10-year limitation period. For example, a taxpayer might try to use subsection

ce cas particulier, il incombait au législateur de rédiger clairement le texte imposant la restriction et que tout doute devrait être résolu en faveur du contribuable. Je signale l'extrait suivant du jugement du juge Estey dans l'arrêt *Morguard Properties Ltd. et autres c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493, à la page 509 :

[...] pour porter atteinte aux droits d'un administré, que ce soit à titre de contribuable ou à un autre titre, les tribunaux exigent que le législateur le fasse de façon expresse. La diminution de ces droits peut ne pas avoir été législativement voulue ou même être accidentelle, mais les cours doivent trouver dans la loi des termes exprès pour conclure que ces droits ont été diminués.

[42] Les termes choisis par le législateur sont ambigus. À mon avis, dans ce cas particulier, cette ambiguïté doit être résolue en faveur du contribuable.

## 2) Notes techniques du ministre

[43] Le ministre a avancé que certaines notes techniques publiées lors de la modification apportée en 2004 au paragraphe 220(3.1) sont pertinentes pour l'interprétation de ce dernier. Le ministre prétend que ces notes révèlent que le délai de prescription de 10 ans a été adopté en 2004 parce qu'on craignait que [TRADUCTION] « surviennent des problèmes administratifs si le ministre devait vérifier les demandes remontant à 1985 » (mémoire des faits et du droit du ministre, au paragraphe 44).

[44] Le ministre affirme que si l'interprétation de M. Bozzer est adoptée, il pourrait devoir vérifier des renseignements pertinents pour toute année d'imposition antérieure, pouvant même précéder 1985, dans la mesure où les intérêts se seraient accumulés au cours des 10 dernières années.

[45] Cette explication ne me paraît pas plausible pour justifier le délai de prescription de 10 ans prévu au paragraphe 220(3.1).

[46] Il se peut que cette explication soit valable pour d'autres dispositions ayant été modifiées afin d'inclure un délai de prescription 10 dix ans. Par exemple, un

152(4.2) [as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 36; 2007, c. 35, s. 48] to claim a deduction for a business expense incurred 15 years ago. In that context, the addition of a 10-year limitation period to that subsection does eliminate “administrative problems”. Similarly, a taxpayer might try to use subsection 220(3.2) [as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; 2005, c. 19, s. 48] to file an election that he or she should have filed 15 years ago. The election goes back so many years that one might anticipate “administrative problems” for the Minister.

[47] But the 10-year limitation period in subsection 220(3.1) is not needed to eliminate “administrative problems”. Under subsection 220(3.1), both before and after 2004, the Minister, in considering whether to grant relief, would only have to know the amount of the original tax debt upon which interest accrued, and what payments have been made and when. From there, the interest is determined by a mathematical calculation. There is no evidence that this poses an “administrative problem”, and the record discloses no basis upon which the existence of any such problem can be inferred.

[48] I would also note that, based on *Montgomery*, above, the Minister can never be obliged to look to years prior to 1985 when considering an application under subsection 220(3.1).

### (3) The Minister’s Voluntary Disclosures Program

[49] Mr. Bozzer pointed to the Minister’s Voluntary Disclosures Program as another reason why its interpretation should be accepted by this Court.

[50] The Voluntary Disclosures Program is a policy (Income Tax Information Circular No. IC00-1R2) of the Canada Revenue Agency, not law. Under this policy, taxpayers can make disclosures to correct inaccurate or incomplete information, or to disclose information not

contribuable pourrait essayer de recourir au paragraphe 152(4.2) [mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 36; 2007, ch. 35, art. 48] pour demander une déduction à l’égard d’une dépense d’entreprise engagée il y a 15 ans. Dans ce contexte, l’ajout d’un délai de prescription de 10 ans à ce paragraphe élimine les « problèmes administratifs ». De même, un contribuable pourrait essayer de se fonder sur le paragraphe 220(3.2) [édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; 2005, ch. 19, art. 48] pour exercer un choix qui aurait dû être exercé 15 ans plus tôt. Le choix remonte à tant d’années qu’on pourrait s’attendre à ce que le ministre se heurte à des « problèmes administratifs ».

[47] Or, le délai de prescription de 10 ans prévu au paragraphe 220(3.1) n’est pas nécessaire pour éliminer les « problèmes administratifs ». En vertu du paragraphe 220(3.1), tant avant qu’après 2004, lorsqu’il se demande s’il doit accorder un redressement, le ministre ne doit connaître que le montant initial de la dette fiscale sur laquelle courent les intérêts, ainsi que le montant des versements effectués et la date à laquelle ils l’ont été. De là, les intérêts sont déterminés grâce à un calcul mathématique. Rien n’indique que cela pose un « problème administratif » et rien dans le dossier ne permet de conclure à l’existence d’un tel problème.

[48] J’aimerais également signaler que, selon l’arrêt *Montgomery*, précité, le ministre ne peut jamais être tenu de considérer les années antérieures à 1985 lorsqu’il examine une demande fondée sur le paragraphe 220(3.1).

### 3) Le Programme des divulgations volontaires du ministre

[49] M. Bozzer fait valoir que le Programme des divulgations volontaires du ministre constitue une autre raison pour laquelle la Cour devrait retenir son interprétation.

[50] Le Programme des divulgations volontaires est une politique (Circulaire d’information en matière d’impôt sur le revenu, n° IC00-1R2) de l’Agence du revenu du Canada, et non pas un texte législatif. Selon cette politique, les contribuables peuvent faire une

previously reported. If the Canada Revenue Agency accepts a taxpayer's disclosure as having met the terms of the policy, it will not charge the taxpayer penalties or prosecute the taxpayer regarding the matters disclosed.

[51] Mr. Bozzer submits that the Minister's statutory authority to relieve the taxpayer of penalties in such a case is found in subsection 220(3.1) of the Act, and nowhere else. Then he points to paragraph 13 of the policy, which describes exactly what penalties can be waived under this policy:

For income tax submissions made on or after January 1, 2005, the Minister's ability to grant relief is limited to any taxation year ... in which the submission is filed. For example: in an income tax submission made on May 1, 2007, the limitation would apply so that relief would only be available for the 1997 and subsequent taxation years.

Mr. Bozzer notes that this is consistent with his interpretation and not the Minister's interpretation of subsection 220(3.1).

[52] But policy statements are not determinative of what statutory provisions mean in law. I do not consider Mr. Bozzer's submissions on the Voluntary Disclosures Program to be helpful on the legal issue of how subsection 220(3.1) of the Act is properly interpreted.

- (4) Parliament's ability to draft sections in the Act that achieve the effects it wants

[53] The Minister would like subsection 220(3.1) to have a forward-looking effect, so that the 10-year period runs forward from the year in which the tax debt occurred.

[54] As I have stated above, subsection 220(3.1) does not use language that clearly suggests that it should have a forward-looking effect.

divulgarion afin de corriger des renseignements inexacts ou incomplets ou de communiquer des renseignements qui ne l'auraient pas été dans le passé. Si l'Agence du revenu du Canada estime que la divulgation du contribuable répond aux conditions de la politique, elle ne lui imposera aucune pénalité et ne le poursuivra pas relativement aux renseignements divulgués.

[51] M. Bozzer soutient que le pouvoir du ministre d'exonérer le contribuable d'une pénalité dans un tel cas est conféré par le paragraphe 220(3.1) de la Loi et par nulle autre disposition. Il fait ensuite référence au paragraphe 13 de la politique, qui décrit exactement quelles pénalités peuvent être annulées :

Pour les demandes relatives à l'impôt sur le revenu présentées le 1<sup>er</sup> janvier 2005 ou après, la capacité du ministre d'accorder un allègement est limitée à une année [...] au cours de laquelle la demande est produite. Par exemple, dans une demande relative à l'impôt sur le revenu présentée le 1<sup>er</sup> mai 2007, la restriction s'appliquerait afin qu'un allègement ne soit offert que pour les années d'imposition 1997 et les années suivantes.

M. Bozzer fait observer que cela est compatible avec son interprétation du paragraphe 220(3.1) et non avec celle du ministre.

[52] Cependant, les déclarations de principe ne déterminent pas le sens juridique d'une disposition législative. Je ne crois pas que les observations de M. Bozzer sur le Programme des divulgations volontaires soient utiles pour l'interprétation correcte du paragraphe 220(3.1) de la Loi.

- 4) Le pouvoir du législateur de rédiger des dispositions législatives qui atteignent l'objet souhaité

[53] Le ministre voudrait que le paragraphe 220(3.1) ait un effet prospectif, de sorte que le délai de 10 ans commence à courir à compter de l'année au cours de laquelle la dette fiscale a pris naissance.

[54] Comme je l'ai indiqué ci-dessus, le libellé du paragraphe 220(3.1) n'indique pas clairement que la disposition devrait avoir un effet prospectif.

[55] But Parliament certainly knows how to draft sections that have a forward-looking effect. For example, Parliament has drafted another subsection in section 220, namely subsection 220(3.201) [as enacted by S.C. 2007, c. 35, s. 61], using language that clearly causes a “forward-looking effect”:

**220. ...**

Joint  
election  
— pension  
income split

(3.201) On application by a taxpayer, the Minister may extend the time for making an election, or grant permission to amend or revoke an election, under section 60.03 if

(a) the application is made on or before the day that is three calendar years after the taxpayer’s filing-due date for the taxation year to which the election applies; and

(b) the taxpayer is resident in Canada

(i) if the taxpayer is deceased at the time of the application, at the time that is immediately before the taxpayer’s death, or

(ii) in any other case, at the time of the application.

[56] If Parliament meant subsection 220(3.1) to have a forward-looking effect, it certainly knew how to draft it. It did not do so. This is another consideration in support of Mr. Bozzer’s interpretation of the subsection.

(5) Effects on other sections of the Act or the administration of the Act

[57] If this Court were to adopt Mr. Bozzer’s interpretation of subsection 220(3.1), would there be an unintended or unwelcome effect on other sections in the Act or in the administration of the Act? If there were, that might be a clue as to Parliament’s intentions concerning subsection 220(3.1). However, in his written or oral submissions, the Minister did not identify any such effects.

[55] Or, il ne fait aucun doute que le législateur sait comment rédiger une disposition ayant un effet prospectif. Par exemple, il a employé dans une autre disposition de l’article 220, à savoir le paragraphe 220(3.201) [édicte par L.C. 2007, ch. 35, art. 61], un libellé qui crée manifestement un effet prospectif :

**220. [...]**

(3.201) Sur demande d’un contribuable, le ministre peut proroger le délai pour faire le choix prévu à l’article 60.03, ou permettre que ce choix soit modifié ou annulé, si les conditions suivantes sont réunies :

Choix  
conjoint  
— fraction-  
nement du  
revenu de  
pension

a) la demande est présentée au plus tard le jour qui suit de trois années civiles la date d’échéance de production qui est applicable au contribuable pour l’année d’imposition visée par le choix;

b) le contribuable réside au Canada à celui des moments suivants qui est applicable :

(i) s’il est décédé au moment de la demande, le moment immédiatement avant son décès,

(ii) sinon, le moment de la demande.

[56] Si le législateur avait voulu donner au paragraphe 220(3.1) un effet prospectif, il savait assurément comment le rédiger. Or, il ne l’a pas fait. Il s’agit là d’un motif qui vient étayer l’interprétation que propose M. Bozzer.

5) Effets sur les autres dispositions de la Loi ou sur son application

[57] L’adoption par la Cour de l’interprétation du paragraphe 220(3.1) proposée par M. Bozzer aurait-elle des effets non désirés ou non souhaitables sur les autres dispositions de la Loi ou sur son application? Dans l’affirmative, cela pourrait être une indication des intentions du législateur quant au paragraphe 220(3.1). Toutefois, dans ses observations écrites ou orales, le ministre n’a pas décrit ces effets.

#### H. Conclusion

[58] For the foregoing reasons, I agree with Mr. Bozzer's interpretation of subsection 220(3.1) of the Act.

[59] Accordingly, the Minister has the statutory authority to cancel interest on Mr. Bozzer's 1989 and 1990 tax debts, to the extent that it accrued during the 10 taxation years preceding his application to the Minister for interest relief under subsection 220(3.1) of the Act. Mr. Bozzer's application was made on December 6, 2005.

[60] Therefore, on the facts of this case, the interest that is the subject of Mr. Bozzer's application is the interest accrued under the Act from January 1, 1995 to December 31, 2004.

#### I. Proposed disposition

[61] Therefore, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court, allow Mr. Bozzer's application for judicial review, and refer his application for interest relief back to the Minister for reconsideration in accordance with these reasons, all with costs to Mr. Bozzer both in this Court and in the Federal Court.

SHARLOW J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

#### H. Conclusion

[58] Pour les motifs qui précèdent, je souscris à l'interprétation du paragraphe 220(3.1) de la Loi proposée par M. Bozzer.

[59] En conséquence, la Loi confère au ministre le pouvoir d'annuler les intérêts sur les dettes fiscales de M. Bozzer pour les années 1989 et 1990, dans la mesure où ces intérêts se sont accumulés au cours des 10 années d'imposition précédant la demande qu'il a présentée au ministre en vue de faire annuler les intérêts en vertu du paragraphe 220(3.1) de la Loi. La demande de M. Bozzer a été déposée le 6 décembre 2005.

[60] Par conséquent, dans les circonstances de la présente affaire, les intérêts visés par la demande de M. Bozzer sont les intérêts accumulés, en vertu de la loi, entre le 1<sup>er</sup> janvier 1995 et le 31 décembre 2004.

#### I. Conclusion proposée

[61] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement de la Cour fédérale, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire de M. Bozzer et je renverrais sa demande d'annulation des intérêts au ministre pour réexamen conformément aux présents motifs, le tout avec dépens en faveur de M. Bozzer devant notre Cour et devant la Cour fédérale.

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

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

IMM-6000-09  
2011 FC 519

IMM-6000-09  
2011 CF 519

**Henok Aynalem Ghirmatsion** (*Applicant*)

**Henok Aynalem Ghirmatsion** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: GHIRMATSION V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : GHIRMATSION C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Snider J.—Toronto, April 6; Ottawa, May 5, 2011.

Cour fédérale, juge Snider—Toronto, 6 avril; Ottawa, 5 mai 2011.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of decision by visa officer rejecting application for permanent residence as refugee outside Canada — Applicant, citizen of Eritrea, imprisoned for refusing to denounce religious beliefs — Recognized as Convention refugee by United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) — Whether officer failing to have regard to applicant's status as UNHCR refugee or to Citizenship and Immigration Canada's (CIC) guidelines; making erroneous findings related to credibility — Officer erring by failing to consider applicant's UNHCR refugee status — CIC's Overseas Processing Manual instructing officers that UNHCR refugee status factor to consider — Applicant's status as UNHCR refugee personal, relevant consideration, important to case — Officer should have explained disagreement with UNHCR decision — Obligated to have regard to UNHCR designation — Findings in relation to credibility not reasonable — Officer having obligation to look at documentary evidence to measure plausibility, credibility of applicant's escape from prison — Findings with respect to applicant's faith lacking justification, transparency, intelligibility — Officer erring by failing to consider additional ground of persecution — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire de la décision d'une agente des visas qui a refusé une demande, présentée depuis l'étranger, de résidence permanente à titre de réfugié — Le demandeur, citoyen de l'Érythrée, a été emprisonné pour avoir refusé de renier ses croyances religieuses — Le demandeur s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR) — Il s'agissait de savoir si l'agente a fait abstraction du statut de réfugié que le HCNUR avait reconnu au demandeur, ainsi que des lignes directrices de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), et si l'agente a tiré des conclusions erronées quant à la crédibilité — L'agente a commis une erreur en ne tenant aucun compte du statut de réfugié du demandeur, accordé par le HCNUR — Le Guide de traitement des demandes à l'étranger de CIC prévoit que le statut de réfugié reconnu par le HCNUR est un facteur que les agents doivent prendre en considération — Le statut de réfugié accordé au demandeur par le HCNUR constituait, de manière personnelle, un facteur pertinent en l'espèce — L'agente aurait dû expliquer son désaccord avec la décision du HCNUR — L'agente avait l'obligation de tenir compte de la désignation octroyée par le HCNUR — Les conclusions quant à la crédibilité n'étaient pas raisonnables — L'agente avait l'obligation de consulter la preuve documentaire afin d'évaluer la plausibilité et la crédibilité de l'évasion de prison par le demandeur — Il manque aux conclusions relatives à la foi du demandeur les attributs de la justification, de la transparence et de l'intelligibilité — L'agente a commis une erreur en n'examinant pas l'autre motif de persécution en cause — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision by a visa officer rejecting the applicants' application for permanent residence as a refugee outside Canada.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente des visas qui a refusé une demande, présentée depuis l'étranger, de résidence permanente au Canada à titre de réfugié.

The applicant, a citizen of Eritrea, is a member of the Pentecostal Church. He was detained for over two years after he refused to sign a statement denouncing his religion in an effort by the Eritrean government to target and shut down minority churches. The applicant escaped from prison during a sandstorm and eventually obtained an Eritrean passport allowing him to travel to Egypt. The applicant was later recognized as a Convention refugee by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR).

The visa officer found that the applicant was not forthcoming, was unable to provide adequate knowledge of the Pentecostal religion and satisfactory details of his imprisonment, and that it was unreasonable that he could have escaped because of a sandstorm.

The principal issues were whether the officer failed to have regard to the applicant's status as a UNHCR refugee or to Citizenship and Immigration Canada's (CIC) guidelines, and whether he made erroneous findings related to credibility.

*Held*, the application should be allowed.

The officer erred by failing to consider the applicant's UNHCR status as a factor relevant to her determination. Chapter OP 5 of CIC's *Overseas Processing Manual (OP)* (OP 5) makes extensive reference to the UNHCR and the relationship between the duties of a visa officer and the UNHCR. Visa officers are instructed therein that a decision by the UNHCR with regard to an applicant's refugee status is a factor to consider when determining eligibility for refugee status in Canada. While the UNHCR refugee status is not determinative, OP 5 recognizes the importance and relevance of the UNHCR in the processing of applications under the refugee abroad class. The applicant's status as a UNHCR refugee was a personal and relevant consideration. The evidence of the UNHCR designation was so important to the applicant's case that it can be inferred from the officer's failure to mention it in her reasons that the decision was made without regard to it. This was a central element to the context of the decision. The officer should have explained why she did not concur with the decision of the UNHCR. The officer was under no obligation to blindly follow the UNHCR designation; however, she was obliged to have regard to it. This error was sufficient to overturn the decision.

Le demandeur, un citoyen de l'Érythrée, est membre de l'Église pentecôtiste. Il a été détenu pendant plus de deux ans, pour avoir refusé de signer une déclaration par laquelle il aurait renié sa religion, lorsque le gouvernement de l'Érythrée a commencé à déployer des efforts dans le but de cibler et de fermer les églises des groupes minoritaires. Le demandeur s'est évadé de prison pendant une tempête de sable et a réussi à obtenir un passeport érythréen qui lui a permis de se rendre en Égypte. Par la suite, le demandeur s'est vu accorder le statut de réfugié par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR).

L'agente des visas a conclu que le demandeur n'était pas sincère, qu'il n'a pas fait montre d'une connaissance adéquate de la religion pentecôtiste, qu'il n'a pas fourni de détails satisfaisants sur son emprisonnement, et qu'il était « déraisonnable » qu'une tempête de sable ait pu permettre sa fuite de prison.

Les principales questions à trancher étaient de savoir si l'agente a fait abstraction du statut de réfugié que le HCNUR avait reconnu au demandeur, ainsi que des lignes directrices de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), et si elle a tiré des conclusions erronées quant à la crédibilité.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

L'agente a commis une erreur en ne considérant aucunement le statut du demandeur reconnu par le HCNUR comme étant un facteur pertinent pour sa décision. Les lignes directrices OP 5 du *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)* de CIC renvoient plusieurs fois au HCNUR et aux liens qui existent entre cet organisme et les fonctions d'un agent des visas. Ce guide demande aux agents des visas de tenir compte d'une décision du HCNUR relativement au statut de réfugié d'un demandeur lorsqu'ils statuent sur la recevabilité d'une demande de statut de réfugié au Canada. Même si la reconnaissance du statut de réfugié par le HCNUR n'a pas un caractère déterminant, le Guide OP 5 reconnaît que le HCNUR joue un rôle important et pertinent dans le traitement des demandes selon la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières. Le statut de réfugié accordé au demandeur par le HCNUR constituait, de manière personnelle, un facteur pertinent. La désignation comme réfugié par le HCNUR était un élément si important de la preuve du demandeur qu'il est possible de déduire du défaut de l'agente de l'avoir mentionnée dans ses motifs qu'elle a rendu sa décision sans en tenir compte. C'était pourtant une question centrale aux fins de la décision. L'agente aurait dû expliquer pourquoi elle ne souscrivait pas à la désignation du HCNUR. L'agente n'était pas tenue de souscrire aveuglément à la désignation du HCNUR; elle avait toutefois l'obligation d'en tenir compte. L'erreur ainsi commise par l'agente constituait un motif suffisant d'infirmité de la décision.

The officer's findings in relation to credibility were not reasonable. There was no explanation of what the officer found to be lacking in the applicant's description of his detention or in his responses to questions on the subject. The officer also neglected to look at the available documentary evidence regarding sandstorms in Eritrea to measure the plausibility of the applicant's escape against what was known about the conditions in the country where the claim arose. In such a scenario, the officer had an obligation to go to the documentary evidence. The findings with respect to the applicant's faith do not hold up to a probing examination. This part of the decision lacked justification, transparency and intelligibility. Finally, the officer erred by failing to consider the additional ground of persecution submitted by the applicant, i.e. that he could be subject to harsh treatment by Eritrean authorities because of his escape from prison and illegal exit from Eritrea. If a claimant puts forward facts that raise an additional ground of persecution, that part of the claim still needs to be assessed, unless the visa officer clearly finds that part of the claim to also lack credibility.

Les conclusions de l'agente, quant à la crédibilité, n'étaient pas raisonnables. Rien ne vient expliquer ce que l'agente a jugé manquer dans la description par le demandeur de sa détention ou dans les réponses qu'il a données sur le sujet. L'agente a également omis d'examiner la preuve documentaire disponible sur les tempêtes de sable en Érythrée afin d'évaluer la plausibilité de l'évasion du demandeur en fonction de ce qui était connu des conditions dans son pays d'origine. Dans une situation comme celle en l'espèce, l'agente avait l'obligation de consulter la preuve documentaire. Les conclusions relatives à la foi du demandeur ne peuvent résister à un examen assez poussé. Il manquait, à cette partie de la décision, les attributs requis de la justification, de la transparence et de l'intelligibilité. Enfin, l'agente a commis une erreur en n'examinant pas les motifs additionnels de persécution présentés par le demandeur, c.-à-d. que les autorités érythréennes brutalisent les personnes qui se sont évadées de prison ou qui ont quitté l'Érythrée illégalement. Si le demandeur a mentionné des faits mettant en cause un autre motif de persécution, cet élément de la demande doit toujours être examiné, à moins que l'agent des visas n'ait aussi clairement conclu à son manque de crédibilité.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 11(1) (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 116).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 139(1) (as am. by SOR/2004-167, s. 80(F)), 144, 145, 147.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, 285 D.L.R. (4th) 620, 64 Admin. L.R. (4th) 163; *Committee for Justice and Liberty at al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, (1978), 68 D.L.R. (3d) 716, 9 N.R. 115.

##### CONSIDERED:

*Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 255, [2009] 2 F.C.R. 576, 297 D.L.R. (4th) 651, 82 Admin. L.R. (4th) 243; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Ochapowace First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 920, [2008] 3 F.C.R. 571, 73 Admin. L.R. (4th) 182, 316 F.T.R. 19; *First Green Park Pty. Ltd. v. Canada (Attorney*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 11(1) (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 116).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 139(1) (mod. par DORS/2004-167, art. 80(F)), 144, 145, 147.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 255, [2009] 2 R.C.F. 576; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Première nation d'Ochapowace c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 920, [2008] 3 R.C.F. 571; *First Green Park Pty. Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.C.F. n° 1525 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ahmed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1997 CanLII 5381 (C.F.



*General* (1996), 70 C.P.R. (3d) 217 (F.C.T.D.); *Ahmed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 5381, 134 F.T.R. 117 (F.C.T.D.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (3d) 1; *Clifford v. Ontario Municipal Employees Retirement System*, 2009 ONCA 670 (sub nom. *Clifford v. Ontario (Attorney General)*), 98 O.R. (3d) 210, 312 D.L.R. (4th) 70, 93 Admin. L.R. (4th) 131; *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Gonzalez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 8137 (F.C.T.D.); *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Ye v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 584 (C.A.) (QL); *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25, (2000), 193 D.L.R. (4th) 357, 26 Admin. L.R. (3d) 1 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993) D.L.R. (4th) 1, 20 Imm. L.R. (2d) 85.

#### REFERRED TO:

*Kidane v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 520; *Weldesilassie v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 521; *Woldeselliasie v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 522, 28 Admin. L.R. (5th) 43; *Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, 2002 FCA 218, [2003] 1 F.C. 331, 215 D.L.R. (4th) 550, 19 C.P.R. (4th) 417; *Cekim v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 177; *Solodovnikov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1225, 41 Imm. L.R. (3d) 257; *Singh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 80 F.T.R. 132 (F.C.T.D.); *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Kamara v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 785; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, (1997), 144 D.L.R. (4th) 1, 50 Admin. L.R. (2d) 199; *Valentin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 390, (1991), 167 N.R. 1 (C.A.); *Ayyalasomayajula v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 248.

#### AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Overseas Processing Manual (OP)*. Chapter OP 5: Overseas Selection and Processing of Convention Refugees Abroad Class and Members of the Humanitarian-protected Persons Abroad Classes, August 13, 2009, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op05-eng.pdf>>.

1<sup>re</sup> inst.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Clifford v. Ontario Municipal Employees Retirement System*, 2009 ONCA 670 (sub nom. *Clifford v. Ontario (Attorney General)*), 98 O.R. (3d) 210, 312 D.L.R. (4th) 70, 93 Admin. L.R. (4th) 131; *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Gonzalez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8137 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL); *Ye c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 584 (C.A.) (QL); *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

#### DÉCISIONS CITÉES :

*Kidane c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 520; *Weldesilassie c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 521; *Woldeselliasie c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 522; *Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, 2002 CAF 218, [2003] 1 C.F. 331; *Cekim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 177; *Solodovnikov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1225; *Singh c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 931 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Kamara c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 785; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Valentin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 390 (C.A.); *Ayyalasomayajula c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 248.

#### DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 5 : Sélection et traitement à l'étranger des cas de réfugiés au sens de la Convention outre-frontières et de personnes protégées à titre humanitaire outre-frontières, 13 août 2009, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/>>

United Nations. High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, reedited January 1992, online: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/refugeehandbook.pdf>>.

United Nations. High Commissioner for Refugees. *UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea*, April 2009, online: <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/49de06122.pdf>>.

United Nations. High Commissioner for Refugees. *Resettlement Handbook*. Geneva, revised edition November 2004, online: <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b35e0.pdf>>.

[guides/op/op05-fra.pdf](http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/49de06122.pdf)>.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, réédition janvier 1992, en ligne : <<http://www.unhcr.fr/4ad2f7fa383.pdf>>.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Manuel de réinstallation*. Genève, édition révisée novembre 2004, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3f40cd142.pdf>>.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea*, avril 2009, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/49de06122.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by a visa officer rejecting the applicants' application for permanent residence as a refugee outside Canada. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'une agente des visas qui a refusé une demande, présentée depuis l'étranger, de résidence permanente au Canada à titre de réfugié. Demande accueillie.

#### APPEARANCES

*Andrew Brouwer and Timothy Wichert* for applicant.

*Stephen H. Gold and Alex Kam* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Andrew Brouwer et Timothy Wichert* pour le demandeur.

*Stephen H. Gold et Alex Kam* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Jackman & Associates*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Jackman & Associates*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

SNIDER J.:

LA JUGE SNIDER :

#### I. Introduction

[1] The applicant, Mr. Henok Aynalem Ghirmatsion, is a citizen of Eritrea. In 2006, he left Eritrea, travelling first to Sudan and then, in 2007, to Egypt. In 2008, the applicant applied for permanent residence in Canada as a refugee outside Canada. In a letter (also referred to as the rejection letter) dated September 13, 2009, a visa officer (the officer) with the Canadian Embassy in Cairo, Egypt refused his application. The applicant seeks to

#### I. Introduction

[1] Le demandeur, M. Henok Aynalem Ghirmatsion, est un citoyen de l'Érythrée. Il a quitté ce pays en 2006, pour d'abord se rendre au Soudan puis, en 2007, en Égypte. En 2008, le demandeur a présenté depuis l'étranger une demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugié. Dans une lettre datée du 13 septembre 2009 (parfois appelée lettre de refus), une agente des visas (l'agente) de l'ambassade du Canada au Caire, en

overturn this decision. For the reasons which follow, I will allow this application for judicial review.

## II. The Related Files

[2] This file is one of four judicial review applications heard together by this Court. The other three files are Court File Nos. IMM-6005-09 (Tsegeroman Zenawi Kidane) [*Kidane v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 520], IMM-6009-09 (Tsegay Kiflay Weldesilassie) [*Weldesilassie v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 521] and IMM-6010-09 (Selam Petros Woldesellasia) [*Woldesellasia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 522, 28 Admin. L.R. (5th) 43]. These four files are representative of a group of almost 40 files, for which judicial review applications have been commenced. The remaining files have been held in abeyance pending the outcome of these four files. The common elements of the four files and, as I understand it, of the entire group of files, are as follows:

- each of the claimants is an Eritrean citizen;
- each of the applicants claims to be a member of the Pentecostal Church;
- the applications for permanent residence were refused for each; and
- the same officer interviewed each of the claimants and made the decision to refuse the application for permanent residence.

[3] While the individual merits of each of the applications for judicial review are raised in the separate application records, the four cases were selected as representative cases because, in the words of the applicant [at paragraph 5 in 2011 FC 522], “they evince several distinct errors and patterns of decision making that are common to many or all of the other cases”.

Égypte, a rejeté cette demande. Le demandeur sollicite l’annulation par la Cour de cette décision. Pour les motifs que je vais maintenant exposer, j’accueillerai la présente demande de contrôle judiciaire.

## II. Les dossiers connexes

[2] Le présent dossier constitue l’une des quatre demandes de contrôle judiciaire instruites ensemble par la Cour. Les trois autres dossiers sont les dossiers de la Cour IMM-6005-09 (Tsegeroman Zenawi Kidane) [*Kidane c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 520], IMM-6009-09 (Tsegay Kiflay Weldesilassie) [*Weldesilassie c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 521] et IMM-6010-09 (Selam Petros Woldesellasia) [*Woldesellasia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 522]. Les quatre dossiers sont représentatifs d’un ensemble de près de 40 dossiers, où ont été introduites des demandes de contrôle judiciaire. Les autres dossiers ont été laissés en suspens en attendant l’issue des quatre dossiers représentatifs. Les éléments communs des quatre dossiers et, si je comprends bien, de l’ensemble des dossiers sont les suivants :

- chaque demandeur d’asile est un citoyen de l’Érythrée;
- chaque demandeur dans le cadre des demandes de contrôle prétend être membre de l’Église pentecôtiste;
- chaque demande de résidence permanente a été rejetée;
- c’est la même agente qui a fait passer des entrevues à tous les demandeurs d’asile et qui a rejeté toutes les demandes de résidence permanente.

[3] Bien que dans chaque dossier particulier de demande de contrôle judiciaire le demandeur fasse valoir de manière distincte le bien-fondé de la demande en cause, les quatre dossiers retenus ont été jugés représentatifs parce qu’aux termes du demandeur, on y trouvait [au paragraphe 5 de 2011 CF 522] [TRADUCTION] « plusieurs tendances dans le processus décisionnel et erreurs nettes qui [étaient] communes à un grand nombre voire à l’ensemble des autres cas ».

[4] I wish to stress that this decision is addressed to this particular application by Mr. Henok Aynalem Ghirmatsion. I make no finding or order that binds the disposition of any of the remaining files. Each file presents a unique set of facts and requires separate review and determination. However, I anticipate and hope that the decisions in this and the other three cases will provide guidance to the parties on the possible disposition of the remaining cases now held in abeyance.

### III. Issues

[5] The issues raised by this application are as follows:

1. Did the officer err by failing to have regard to the applicant's status as a UNHCR [United Nations High Commissioner for Refugees] refugee or by failing to have regard to CIC [Citizenship and Immigration] Guideline OP 5 [*Overseas Processing Manual (OP)*]. Chapter OP 5: Overseas Selection and Processing of Convention Refugees Abroad Class and Members of the Humanitarian-protected Persons Abroad Classes, August 13, 2009] (discussed below)?
2. Did the officer make erroneous findings related to credibility, by failing to have regard to the evidence before her or by misunderstanding or misinterpreting the evidence?
3. Did the officer err by failing to assess all possible grounds of persecution?
4. Did the officer fail to observe a principle of procedural fairness by refusing to accept documentation from the applicant?
5. Did the officer err by failing to give adequate reasons?
6. Does the officer's decision give rise to a reasonable apprehension of bias?

[4] J'insiste toutefois pour dire que la portée de la présente décision s'étend à la seule demande de M. Henok Aynalem Ghirmatsion. Je ne tire aucune conclusion ni ne rends aucune ordonnance qui ait force obligatoire à l'égard de l'un quelconque des autres dossiers. Chaque dossier concerne un ensemble particulier de faits et doit faire l'objet d'un examen et d'une décision distincts. J'entrevois et j'espère toutefois que les décisions dans la présente affaire et les trois autres fourniront des indices aux parties quant à l'issue pouvant être apportée aux autres affaires, laissées en suspens.

### III. Les questions en litige

[5] Les questions soulevées dans le cadre de la présente demande sont les suivantes :

1. L'agente a-t-elle commis une erreur en faisant abstraction du statut de réfugié que le HCR [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés] avait reconnu au demandeur, ainsi que des lignes directrices OP 5 [*Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*]. Chapitre OP 5 : Sélection et traitement à l'étranger des cas de réfugiés au sens de la Convention outre-frontières et de personnes protégées à titre humanitaire outre-frontières, le 13 août 2009] de CIC [Citoyenneté et Immigration Canada] (dont il est traité plus loin)?
2. L'agente a-t-elle tiré des conclusions erronées quant à la crédibilité en ne tenant pas compte d'éléments de preuve dont elle était saisie, ou en comprenant ou en interprétant mal la preuve?
3. L'agente a-t-elle commis une erreur en n'examinant pas tous les motifs possibles de persécution?
4. L'agente a-t-elle dérogé à un principe d'équité procédurale en n'admettant pas certains documents présentés par le demandeur?
5. L'agente a-t-elle commis une erreur en ne motivant pas suffisamment sa décision?
6. La décision de l'agente donne-t-elle lieu à une crainte raisonnable de partialité?

#### IV. The Affidavits

[6] The record before me includes a number of affidavits. As a preliminary matter, I would like to address the issues raised with respect to some of the affidavits.

[7] The respondent's record includes an affidavit of the officer. For the most part, the affidavit is helpful in that it explains the process of the officer's decision-making. However, the officer also appears to explain or supplement her reasons for the decision. In my view, this is inappropriate. In rejecting similar affidavit evidence, the Federal Court of Appeal provided the following remarks in *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 255, [2009] 2 F.C.R. 576, at paragraphs 46–47:

The judges of the Federal Court have previously stated that a tribunal or a decision maker cannot improve upon the reasons given to the applicant by means of the affidavit filed in the judicial review proceedings. In *Simmonds v. M.N.R.* (2006), 289 F.T.R. 15, Justice Dawson J. wrote, at paragraph 22 of her reasons:

I observe the transparency in decision-making is not promoted by allowing decision-makers to supplement their reasons after the fact in affidavits.

See to the same effect *Kalra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 29 Imm. L.R. (3d) 208 (F.C.), at paragraph 15; *Yue v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 717, at paragraph 3; *Abdullah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1185, at paragraph 13. Any other approach to this issue allows tribunals to remedy a defect in their decision by filing further and better reasons in the form of an affidavit. In those circumstances, an applicant for judicial review is being asked to hit a moving target.

[8] The reasons of the officer are those contained in the decision letter. In addition, the notes taken by the officer in the Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS) may be considered to be reasons (see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 44). I will give no weight to any portions of the officer's

#### IV. Les affidavits

[6] Il y a bon nombre d'affidavits dans le dossier dont je suis saisie. J'aimerais d'abord examiner, à titre de question préalable, les questions que soulèvent certains de ces affidavits.

[7] Le dossier du défendeur renferme un affidavit de l'agent. Cet affidavit est utile pour l'essentiel, l'agent y expliquant le processus ayant conduit à la prise de sa décision. L'agent semble toutefois aussi y expliquer ou compléter les motifs de sa décision, ce qui, à mon avis, n'est pas indiqué. La Cour d'appel fédérale a formulé les commentaires suivants lorsqu'elle a rejeté une preuve par affidavit semblable dans l'arrêt *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 255, [2009] 2 R.C.F. 576, paragraphes 46 et 47 :

Des juges de la Cour fédérale ont déjà dit qu'un tribunal ou un décideur ne peut améliorer les motifs donnés au demandeur par le biais d'un affidavit déposé dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire. Dans *Simmonds c. M.R.N.*, 2006 FC 130, la juge Dawson a écrit, au paragraphe 22 :

Je ferais remarquer que le fait d'autoriser les décideurs à compléter leurs motifs après le fait dans des affidavits ne favorise aucunement la transparence du processus décisionnel.

Voir, dans le même sens, *Kalra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 941, au paragraphe 15; *Yue c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 717, au paragraphe 3; *Abdullah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1185, au paragraphe 13. Toute autre conception de la question aurait pour effet de permettre aux tribunaux de corriger un vice entachant leur décision en déposant des motifs complémentaires sous forme d'affidavit. Agir ainsi revient à demander à l'auteur d'une demande de contrôle judiciaire de chercher à atteindre une cible mouvante.

[8] Les motifs de l'agent sont ceux énoncés dans la lettre de décision. On peut également considérer que constituent des motifs les notes consignées par l'agent dans le Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration (le STIDI) (se reporter à *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 44). Je ne reconnaitrai

affidavit that purport to explain or augment the reasons set out in the letter or the CAIPS notes.

[9] A number of additional affidavits were included in the applicant's application record, filed with the Court on February 5, 2010, and in a supplementary application record, filed with the Court on August 31, 2010. The additional affidavits submitted by the applicant are as follows:

- Janet Dench (two affidavits);
- William Griffin;
- Natalia Shchepetova (two affidavits); and
- Tewolde Yohanes.

[10] These additional affidavits have been filed in each of the four files now before this Court. The respondent objects to most of the additional affidavits.

[11] It is well established that judicial review is to be conducted on the basis of the record that was before the decision maker when the decision was made. It is generally not permissible to introduce additional documentary evidence. As stated by Justice de Montigny in *Ochapowace First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 920, [2008] 3 F.C.R. 571, at paragraphs 9–10:

It is trite law that in a judicial review application, the only material that should be considered is the material that was before the decision maker ....

The rationale for that rule is well known. To allow additional material to be introduced at judicial review that was not before the decision maker would in effect transform the judicial review hearing into a trial *de novo*. The purpose of a judicial review application is not to determine whether the decision of a tribunal was correct in absolute terms but rather to determine whether its decision was correct on the basis of the record before it: *Chopra*, at paragraph 5; *Canadian Tire Corp. v. Canadian Bicycle Manufacturers Assn.* (2006), 346 N.R. 186 (F.C.A.), at paragraph 13.

aucune valeur probante à ce qui, dans l'affidavit de l'agente, vise à expliquer ou à compléter les motifs exposés dans la lettre ou dans les notes du STIDI.

[9] Certains affidavits additionnels, ceux des personnes suivantes, ont été versés par le demandeur au dossier de la demande, déposé auprès de la Cour le 5 février 2010, et au dossier de demande supplémentaire, déposé le 31 août 2010. Les affidavits additionnels déposés par le demandeur sont les suivants :

- Janet Dench (deux affidavits);
- William Griffin;
- Natalia Shchepetova (deux affidavits);
- Tewolde Yohanes.

[10] Ces affidavits additionnels ont été déposés dans chacun des quatre dossiers actuellement devant la Cour. Le défendeur s'oppose à l'admission de la plupart des affidavits additionnels.

[11] Il est bien établi en droit qu'on doit se fonder dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire sur le dossier dont le décideur était saisi lors de la prise de décision. Il n'est généralement pas permis de présenter des éléments additionnels de preuve documentaire. Le juge de Montigny a déclaré ce qui suit sur le sujet dans la décision *Première nation d'Ochapowace c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 920, [2008] 3 R.C.F. 571, aux paragraphes 9 et 10 :

Il est bien établi en droit que, dans une demande de contrôle judiciaire, les seules pièces qui doivent être considérées sont celles que le décideur avait devant lui [...]

La raison d'être de cette règle est bien connue. Autoriser, dans une procédure de contrôle judiciaire, le dépôt de pièces additionnelles dont le décideur n'a pas été saisi aurait pour effet de transformer cette procédure et d'en faire une instance totalement nouvelle. L'objet d'une procédure de contrôle judiciaire n'est pas de dire si la décision d'un tribunal administratif est conforme au droit en termes absolus, mais plutôt de dire si elle est conforme d'après le dossier dont il a été saisi : *Chopra*, au paragraphe 5; *Société Canadian Tire Ltée c. Canadian Bicycle Manufacturers Assn.*, 2006 CAF 56, au paragraphe 13.

[12] It follows that the introduction of additional evidence through affidavits is generally not permitted, unless the issues to be addressed include allegations of breach of procedural fairness or, as in this case, an allegation that there was a reasonable apprehension of bias (see, for example, *Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, 2002 FCA 218, [2003] 1 F.C. 331). In such cases, the affidavits must be confined to those issues. A party cannot, for example, under the guise of addressing a fairness issue, introduce opinions and arguments as to the reasonableness of the decision.

[13] I begin with the two affidavits of Ms. Dench. Ms. Dench is the Executive Director of the Canadian Council for Refugees (CCR). She does not hold herself out as an expert. In her first affidavit, she describes the mandate and role of the CCR and provides a detailed description of how the CCR came to be interested in the applications that have been rejected by the officer. This descriptive part of her affidavit is not improper. However, most of her affidavit is devoted to a detailed criticism of the officer's decisions in this and other cases. In my view, this aspect of Ms. Dench's first affidavit is not helpful to the Court. It consists almost exclusively of opinions and legal argument. These are not proper subject matters for an affidavit. To paraphrase the words of Justice Richard (as he then was) in *First Green Park Pty. Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1996), 70 C.P.R. (3d) 217 (F.C.T.D.), at paragraph 7:

... a witness such as [Ms. Dench], no matter how experienced [she] may be, cannot in this context provide information that contains speculation, make legal arguments or draw conclusions of law. Legal argument is a matter for counsel and decision making is a matter for the Court.

[14] Moreover, much of her affidavit is based on hearsay; she was not present at the interview of any of the affected applicants. Nor was she present at the interview of the applicant by the AMERA [Africa and Middle East Refugee Assistance] representative. Ms. Dench's analysis and opinions may be helpful to Citizenship and

[12] Il n'est de la sorte généralement pas permis d'introduire une preuve additionnelle sous forme d'affidavits à moins que, parmi les questions à examiner, il n'y ait des allégations de manquement à l'équité procédurale ou de crainte raisonnable de partialité (se reporter, par exemple, à l'arrêt *Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, 2002 CAF 218, [2003] 1 C.F. 331). Dans pareils cas, les affidavits produits doivent porter sur ces seules questions. Une partie ne peut, par exemple, sous prétexte de traiter d'une question d'équité, présenter des opinions et des arguments quant au caractère raisonnable de la décision.

[13] Je me pencherai d'abord sur les deux affidavits de M<sup>me</sup> Dench. M<sup>me</sup> Dench occupe le poste de directrice du Conseil canadien pour les réfugiés (le CCR). Elle ne prétend pas être une experte. Dans son premier affidavit, elle décrit le mandat et le rôle du CCR et elle explique en détail comment le CCR en est venu à s'intéresser aux demandes rejetées par l'agent. Cet élément descriptif de l'affidavit n'est pas contre-indiqué. L'affidavit consiste toutefois pour l'essentiel en une critique détaillée des décisions de l'agent dans la présente affaire et dans d'autres. Cet élément du premier affidavit de M<sup>me</sup> Dench n'est selon moi d'aucune utilité pour la Cour. Il est constitué presque exclusivement d'opinions ainsi que d'arguments juridiques, ce qui n'a pas à se trouver dans un affidavit. Pour reprendre les termes du juge Richard (plus tard juge en chef de la Cour d'appel fédérale) dans la décision *First Green Park Pty. Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.C.F. n° 1525 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 7 :

[...] un témoin comme [M<sup>me</sup> Dench], aussi chevronné soit-il, ne peut pas dans ce contexte fournir des renseignements fondés sur des suppositions, invoquer des arguments juridiques ou tirer des conclusions sur des questions de droit. C'est aux avocats qu'il appartient de débattre du droit et c'est la Cour qui est investie du pouvoir décisionnel.

[14] Une bonne part de l'affidavit de M<sup>me</sup> Dench, en outre, est fondé sur du ouï-dire. Celle-ci n'était présente lors de l'entrevue d'aucun des demandeurs concernés, ni lors de l'entrevue qu'un représentant de l'AMERA [Africa and Middle East Refugee Assistance] a fait passer au demandeur. Citoyenneté et Immigration

Immigration Canada (CIC) in improving its training of visa officers and the process for assessing refugee claimants abroad. However, for purposes of this application for judicial review, it is neither helpful nor admissible. I will have no regard to it.

[15] Ms. Dench's second affidavit is contained within the supplementary application record filed with the Court on August 31, 2010. For the most part, Ms. Dench's second affidavit also consists of further argument, opinions and legal conclusions. It appears that this further affidavit was put forward to provide additional "facts" to demonstrate the arbitrariness of this officer's decision making and, perhaps, to support the allegation of a reasonable apprehension of bias. Ms. Dench provides information on other negative decisions made by this officer and provides detailed criticisms of these decisions. These opinions are improper and of no assistance to this Court when reviewing an individual decision on judicial review.

[16] In addition, Ms. Dench cites two cases where the officer reversed her initial rejection of applications for refugee status. Neither of these files is before me. In *Ahmed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 5381, 134 F.T.R. 117 (F.C.T.D.), Justice Joyal was faced with a similar argument of arbitrariness based on apparently conflicting decisions of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board. Justice Joyal dismissed this argument with the following comments, at paragraphs 24 and 26:

Unfortunately, the other case referred to is not before me, nor am I in a position to rule whether it is right or wrong. It could very well be that in a proper test, the impugned decision is right and the other one is wrong. For that matter, both decisions could conceivably be wrong.

...

This Court must eschew any attempt to be drawn into an assessment of both decisions. The decision at bar is the only

Canada (CIC) pourra juger utiles l'analyse et les opinions de M<sup>me</sup> Dench pour améliorer la formation dispensée aux agents des visas et le processus d'évaluation depuis l'étranger des demandeurs d'asile. Aux fins de la présente demande de contrôle judiciaire, toutefois, cette analyse et ces opinions ne sont ni utiles ni admissibles. Je n'en tiendrai donc pas compte.

[15] Le deuxième affidavit de M<sup>me</sup> Dench fait partie du dossier de demande supplémentaire déposé devant la Cour le 31 août 2010. Cet affidavit renferme aussi pour l'essentiel des opinions, des conclusions juridiques et des arguments additionnels. On semble avoir produit ce nouvel affidavit pour démontrer par des « faits » additionnels le caractère arbitraire du processus décisionnel suivi par l'agente et, peut-être, pour étayer l'allégation de crainte raisonnable de partialité. M<sup>me</sup> Dench donne des renseignements sur d'autres décisions défavorables rendues par l'agente, et critique ces décisions de façon détaillée. Il n'est pas indiqué de produire pareilles opinions, qui ne sont d'aucune utilité pour la Cour lorsqu'elle procède au contrôle d'une décision particulière.

[16] M<sup>me</sup> Dench mentionne en outre deux affaires où l'agente est revenue sur son rejet initial de demandes d'asile. Or, je ne suis saisie ni de l'un ni de l'autre dossiers. Dans la décision *Ahmed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1997 CanLII 5381 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), on avait soumis au juge Joyal un argument semblable d'arbitraire, la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ayant rendu des décisions apparemment contradictoires. Le juge Joyal avait rejeté cet argument et formulé les commentaires suivants (aux paragraphes 24 et 26) :

Malheureusement, je ne suis pas saisi de cette autre affaire et je ne suis pas non plus en position de décider si la décision est correcte ou erronée. Il se pourrait très bien que sur la base du critère approprié, la décision attaquée soit correcte et que l'autre soit erronée. D'ailleurs, les deux décisions pourraient, cela se conçoit, être erronées.

[...]

La Cour doit éviter toute tentative d'être amenée à évaluer les deux décisions. La décision en l'espèce est la seule dont je



one of which I am seized, and in that respect, I must perform my review of it in accordance with the normal criteria.

[17] I agree with the remarks of Justice Joyal and decline to draw any inferences or conclusions from the facts presented. The second affidavit of Ms. Dench will not be considered.

[18] The second affidavit in the supplementary record is that of Mr. Yohanes. Mr. Yohanes purports to respond to portions of the affidavit of the officer. Mr. Yohanes is not an expert; rather, he is a Canadian citizen who came to Canada from Eritrea in 2003. Based on his own personal experiences and hearsay, he provides opinions that differ from the findings of the officer in respect of: (a) sandstorms in Eritrea; (b) the ratio of prisoners to guards; and (c) the possibility of obtaining a passport from an Eritrean Embassy in Khartoum. I give his affidavit little weight.

[19] Dr. William Griffin is the advisory officer of the Pentecostal Assemblies of Canada (PAOC); he has served PAOC for 30 years. His academic qualifications include a ministerial diploma at Eastern Pentecostal Bible College, Bachelor of Arts at University of Toronto, Master of Arts at University of Saskatchewan, Master of Divinity at Lutheran Theological Seminary, and Doctor of Ministry at Trinity Evangelical Divinity School. The PAOC is the umbrella organization for over 1 000 Pentecostal churches in Canada. The organization has a force of 350 missionaries serving in 50 countries. On a global basis, PAOC is a member of the Pentecostal World Fellowship.

[20] On the basis of his experience within the PAOC and his academic qualifications, there can be little doubt that Dr. Griffin is qualified to provide this Court with expert opinion evidence on the Pentecostal faith and its practice around the world.

[21] Dr. Griffin was not cross-examined on his affidavit.

[22] I believe that the affidavit of Dr. Griffin is of assistance to the Court and should be admitted in this

suis saisi et, à cet égard, je dois exercer mon contrôle à son sujet conformément aux critères habituels.

[17] Je fais miens les commentaires du juge Joyal et refuse de tirer une déduction ou une conclusion quelconque des faits qu'on m'a présentés. Le deuxième affidavit de M<sup>me</sup> Dench ne sera pas pris en compte.

[18] Le deuxième affidavit versé au dossier supplémentaire est celui de M. Yohanes. Celui-ci y répond censément à certaines parties de l'affidavit de l'agente. M. Yohanes n'est pas un expert, mais bien plutôt un citoyen canadien qui est arrivé au Canada en provenance de l'Érythrée en 2003. Se fondant sur ce qu'il a lui-même vécu ou ce qu'il a ouï dire, il émet des opinions qui contredisent les conclusions de l'agente relativement : a) aux tempêtes de sable en Érythrée, b) au rapport garde-prisonniers, et c) à la possibilité d'obtenir un passeport d'une ambassade de l'Érythrée à Khartoum. J'ai reconnu une faible valeur probante à cet affidavit.

[19] M. William Griffin est le conseiller des Assemblées de la Pentecôte du Canada (les ADPC); il travaille pour les ADPC depuis 30 ans. Comme titres universitaires, il a notamment obtenu un diplôme de pastorale sacerdotale de l'Eastern Pentecostal Bible College, un baccalauréat ès arts de la University of Toronto, une maîtrise ès arts de la University of Saskatchewan, une maîtrise en théologie du Lutheran Theological Seminary et un doctorat en pastorale sacerdotale de la Trinity Evangelical Divinity School. Les ADPC sont un organisme cadre qui compte plus de 1 000 églises pentecôtistes au Canada et 350 missionnaires œuvrant dans 50 pays. À l'échelle mondiale, les ADPC sont membres de la Pentecostal World fellowship.

[20] Étant donné sa longue expérience au sein des ADPC et sa formation universitaire, M. Griffin, à n'en pas douter, a les qualités requises pour faire part à la Cour de son opinion d'expert sur la foi pentecôtiste et la pratique du pentecôtisme dans le monde.

[21] M. Griffin n'a pas été contre-interrogé à l'égard de son affidavit.

[22] J'estime que l'affidavit de M. Griffin est d'utilité pour la Cour et doit être admis dans la présente

proceeding. The Pentecostal faith was a central element in this and the other three judicial review applications. The allegation of the applicant is that the findings made by the officer on the subject of the Pentecostal faith were unreasonable and were based on misunderstanding, or lack of knowledge, of the Pentecostal religion as practised in Eritrea. I am not an expert in the Pentecostal (or any other) religion. Dr. Griffin provides the information needed to evaluate the reasonableness of the officer's assessment of the applicant's faith. I am also satisfied that the respondent has not been prejudiced by the admission of the affidavit. The respondent had an opportunity to cross-examine Dr. Griffin on his affidavit and, if he felt it necessary, could have sought leave of the Court to submit a responding affidavit.

[23] Ms. Natalia Shchepetova is a legal assistant in the office of counsel for the applicant. Her second affidavit is contained in the applicant's record, Volume 2; this volume contains material common to all four applications. The sole purpose of the second affidavit is to put before the Court additional documentary evidence. These documents were not before the officer. They are not relevant to this judicial review and will not be considered by this Court.

#### V. Background of the Applicant

[24] In this section of these reasons, I will briefly set out the background of the applicant as he describes it. I observe that this is the applicant's story, primarily as set out in the narrative that was part of his application; I make no findings of its truth or of the merits of his claim.

[25] The applicant was born on November 11, 1979 in Asmara, Eritrea. He was raised as an Orthodox Christian, but converted to Pentecostalism in 1997.

[26] On October 20, 1997, the applicant began his mandatory national military service in Sawa and was assigned to the construction unit. During this time, the applicant studied the Bible with other Pentecostal

instance. La foi pentecôtiste est un élément central de la présente demande de contrôle judiciaire et des trois autres. Ce qu'allègue le demandeur, c'est que les conclusions tirées quant à cette foi par l'agente étaient déraisonnables et découlaient d'une mauvaise compréhension, ou connaissance, de la pratique du pentecôtisme en Érythrée. Je ne suis pas une spécialiste de la religion pentecôtiste (ou de toute autre), et M. Griffin fournit l'information dont la Cour a besoin pour évaluer si l'appréciation par l'agente de la foi du demandeur était raisonnable. Je suis également convaincue que l'admission de l'affidavit n'a pas causé préjudice au défendeur, étant donné que celui-ci a eu l'occasion de contre-interroger M. Griffin à son égard et qu'il aurait pu demander l'autorisation à la Cour, s'il l'avait jugé nécessaire, de présenter un affidavit en réponse.

[23] M<sup>me</sup> Natalia Shchepetova est assistante juridique au cabinet des avocats du demandeur. Son deuxième affidavit figure dans le volume 2 du dossier du demandeur, volume qui renferme des documents utilisés en commun pour les quatre demandes de contrôle. Ce deuxième affidavit a pour seul objet de présenter à la Cour une preuve documentaire additionnelle. L'agente n'était pas saisie de cette preuve, qui n'est pas pertinente aux fins du présent contrôle judiciaire et qui ne sera pas prise en compte par la Cour.

#### V. La situation du demandeur

[24] Dans la présente partie des motifs, je vais brièvement exposer la situation du demandeur telle qu'il l'a lui-même décrite. Il s'agit de la version des faits du demandeur, principalement énoncée dans le récit joint à sa demande; je ne tire aucune conclusion quant à la véracité du récit ou quant au bien-fondé de sa revendication.

[25] Le demandeur est né le 11 novembre 1979 à Asmara, en Érythrée. Il a été élevé dans la foi chrétienne orthodoxe, mais il s'est converti au pentecôtisme en 1997.

[26] Le 20 octobre 1997, le demandeur a commencé à faire son service militaire obligatoire à Sawa; on l'a assigné à une unité de construction. Pendant son service, le demandeur a étudié la Bible avec d'autres chrétiens

Christians who were being trained in the military. The group was caught by a superior on one occasion where their Bibles were confiscated and they received a warning. From that time on the group was subjected to continuing and escalating harassment and punishment, including detention, by their superiors.

[27] In May 2002, the government in Eritrea began a concerted effort to target and shut down minority churches, including Pentecostal and “Born Again”. The applicant was instructed to sign a statement denouncing his religion and promise not to resume practising his religion; he refused. The applicant was arrested and remained in detention for over two years, from October 2003 until July 2006.

[28] On July 7, 2006, while in prison, the applicant was outside on a farm work detail when a sudden severe *kasmin*, or massive sandstorm, began. The applicant and his friend took this opportunity to escape. They travelled on foot for eight days until they reached Kessala, Sudan. They then took a bus to Khartoum. There, the applicant was able to obtain an Eritrean passport with the assistance of his uncle who knew whom to bribe.

[29] A year and a half later, the applicant travelled to Cairo, Egypt. The applicant continued to worship in the Pentecostal community.

[30] In 2009, the applicant was recognized as a Convention refugee by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR).

## VI. The Interview

[31] On September 13, 2009, the applicant was interviewed by the officer who conducted the interview in English and Tigrinya, with the aid of an interpreter. There is no transcript of the interview. The officer took notes on her computer during the interview and copied those notes into CAIPS on the same day.

pentecôtistes qui recevaient leur formation militaire. Un supérieur a surpris une fois le groupe. Les membres du groupe se sont fait confisquer leurs Bibles et ils ont reçu un avertissement. Ils n’ont pas cessé dès lors et de plus en plus de faire l’objet de harcèlement et de sanctions de la part de leurs supérieurs; ils ont notamment été mis en détention.

[27] En mai 2002, le gouvernement de l’Érythrée a commencé à déployer des efforts concertés pour cibler et fermer les églises des groupes minoritaires, y compris celles des pentecôtistes et des chrétiens « régénérés ». On a enjoint au demandeur de signer une déclaration, par laquelle il aurait renié sa religion, et de promettre de ne plus la pratiquer. Le demandeur a refusé. Il a été arrêté et détenu pendant plus de deux ans, soit d’octobre 2003 à juillet 2006.

[28] Le 7 juillet 2006, le demandeur avait été envoyé effectuer des travaux de ferme lorsqu’a soudainement débuté une forte *kasmin*, ou violente tempête de sable. Le demandeur et un ami ont saisi l’occasion pour s’enfuir. Ils ont marché pendant huit jours, jusqu’à ce qu’ils aient atteint la ville de Kessala, au Soudan. Ils ont alors pris un autobus à destination de Khartoum, où le demandeur a pu obtenir un passeport érythréen avec l’aide d’un oncle qui savait qui il fallait soudoyer.

[29] Le demandeur s’est rendu au Caire, en Égypte, une année et demie plus tard. Il a continué à y pratiquer sa religion au sein de la communauté pentecôtiste.

[30] En 2009, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (le HCNUR) a reconnu au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention.

## VI. L’entrevue du demandeur

[31] Le 13 septembre 2009, l’agente a fait passer une entrevue au demandeur en anglais et en tigrina, avec l’aide d’un interprète. Il n’existe aucune transcription de l’entrevue. L’agente a pris des notes à l’ordinateur pendant l’entrevue, puis elle les a versées dans le STIDI le jour même.

[32] Further descriptions of what went on at the interview are contained in the affidavits of the officer (sworn on September 5, 2010) and the applicant (sworn on February 11, 2011). Given the time that has passed between the interview and when the affidavits were sworn, during which time memories can become dim or distorted, I am reluctant to rely on these affidavit versions for the details of the interview held in 2009.

[33] In this case (and the others heard at the same time), there is an additional source of information. After his refusal, the applicant came to the attention of an organization known as Africa and Middle East Refugee Assistance (AMERA). AMERA describes itself as a UK-registered refugee rights organization assisting refugees who seek asylum in Egypt. As such,

AMERA conducts interviews with persons who have received negative results from embassies in order to determine whether or not AMERA can provide assistance with regards to obtaining reviews of negative decisions.

[34] The applicant was interviewed by a representative of AMERA on October 13, 2009, during which interview he provided further details of his interview with the officer. The notes are attached to the applicant's affidavit. The notes were made within a short time following the applicant's interview with the officer; they are more contemporaneous than the comments in the affidavits of either the officer or the applicant. I admit to having some difficulty assessing the reliability of these interview notes. I believe that it is likely that the notes accurately reflect the questions and answers of the AMERA interview. However, I cannot make the same conclusion about the applicant's version of what happened at his interview with the officer. At the time of his AMERA interview, the applicant's application had been rejected; the rejection could have influenced his recollections. I do not know if the applicant had been briefed before his AMERA interview or if he met with other claimants who had been rejected. In spite of my concerns, the situation faced by the applicant cannot be ignored; he is a refugee claimant abroad, without counsel and without the various systems to protect his rights

[32] Les affidavits de l'agente (signé le 5 septembre 2010) et du demandeur (signé le 11 février 2011) donnent des précisions sur la teneur de l'entrevue. J'hésite cependant à prêter foi à la description faite dans ces affidavits de l'entrevue tenue en 2009, étant donné le temps écoulé entre celle-ci et la signature des affidavits.

[33] En l'espèce (comme dans les autres affaires instruites en même temps), une source additionnelle d'information est cependant disponible. Après que sa demande eut été rejetée, le demandeur a retenu l'attention d'une organisation connue sous le nom d'Africa and Middle East Refugee Assistance (l'AMERA). Cette organisation se décrit elle-même comme étant une organisation de défense des droits des réfugiés, qui est reconnue au Royaume-Uni et qui aide les réfugiés demandant l'asile en Égypte. À ce titre,

[TRADUCTION] L'AMERA fait passer des entrevues aux personnes dont les demandes ont été rejetées par des ambassades, pour établir si elle peut ou non les aider à obtenir la révision des décisions défavorables.

[34] Le 13 octobre 2009, un représentant de l'AMERA a fait passer au demandeur une entrevue, au cours de laquelle celui-ci a donné des précisions sur l'entrevue passée le mois précédent avec l'agente. Les notes de l'entrevue de l'AMERA sont jointes à l'affidavit du demandeur. Ces notes, rédigées peu de temps après l'entrevue du demandeur avec l'agente, l'ont été à une date s'en rapprochant davantage que les commentaires formulés dans les affidavits tant de l'agente que du demandeur. J'admets qu'il m'est difficile d'évaluer la fiabilité des notes de l'entrevue de l'AMERA. Ces notes constituent vraisemblablement le reflet fidèle, selon moi, des questions posées et des réponses données lors de cette entrevue. Je ne puis toutefois en arriver à une même conclusion quant au récit alors fait par le demandeur de son entrevue avec l'agente. C'est après le rejet de sa demande que le demandeur a passé son entrevue avec l'AMERA, et ce rejet a pu influencer sur ses souvenirs. Je ne sais pas si on avait muni le demandeur d'instructions avant qu'il passe son entrevue avec l'AMERA, ni s'il avait rencontré d'autres demandeurs qui avaient subi un rejet. Mais, malgré mes réserves, je

that would be found in Canada. How can this applicant tell his story if not through the assistance of AMERA? In the circumstances, I will accept the AMERA notes with considerable reservations that may go to weight.

## VII. The Decision

[35] In her rejection letter dated September 13, 2009, the reasons for rejection were set out as follows:

After carefully assessing all factors relative to your application, I am not satisfied that you are a member of any of the classes prescribed because I am not satisfied that you have been forthcoming at your interview. I am not satisfied that you are indeed a true convert to Pentecostal faith. Your knowledge of the faith [was] not up to the level one would expect from a person who has been practicing and reading the bible for 12 years. You were not able to provide sufficient information about the religion to satisfy me that you are in fact a follower of the Pentecostal faith. Further, you were unable to provide to my satisfaction details of your imprisonment. In addition, the story of your escape is not plausible. I find it unreasonable that you were able to escape from prison just because there was a sandstorm. As I do not find you credible, I cannot be satisfied that you meet the country of asylum or the convention refugee definition nor that you are not inadmissible. Therefore, you do not meet the requirements of [paragraph 139(1)(e) of the IRPA Regulations].

[36] As I understand the above paragraph, the officer made the following observations or findings concerning the applicant:

1. he was not forthcoming;
2. he was unable to provide adequate knowledge of the Pentecostal religion;
3. he was unable to provide satisfactory details of his imprisonment; and

ne puis faire abstraction de la situation du demandeur : celui-ci est un demandeur d'asile qui, à l'étranger, ne dispose pas d'un avocat non plus que des divers systèmes de protection de ses droits dont il bénéficierait au Canada. Comment le demandeur pourrait-il faire état de sa situation, si ce n'est par l'entremise de l'AMERA? J'admettrai les notes de l'AMERA en de telles circonstances, d'importantes réserves pouvant toutefois influencer sur la valeur probante à leur reconnaître.

## VII. La décision à l'examen

[35] Dans sa lettre de refus datée du 13 septembre 2009, l'agente a énoncé comme suit ses motifs de rejet de la demande :

[TRADUCTION] J'ai examiné votre demande et soupesé avec soin tous les facteurs pertinents, et je ne suis pas convaincue, n'étant pas certaine de votre sincérité à l'entrevue, que vous soyez membre d'une des catégories réglementaires. Je ne suis pas convaincue que vous vous soyez véritablement converti au pentecôtisme. Votre connaissance de cette religion n'[était] pas celle à laquelle on s'attendrait d'une personne qui la pratique et qui lit la Bible depuis 12 ans. Vous n'avez pu fournir assez d'information sur le pentecôtisme pour me convaincre de votre adhésion à cette religion. Vous n'avez pu non plus me donner des précisions suffisantes sur votre emprisonnement. En outre, le récit de votre évasion n'est pas vraisemblable; il serait déraisonnable de croire qu'une tempête de sable vous ait permis de vous enfuir de prison. Comme je ne vous estime pas crédible, je ne puis conclure que vous correspondez à la définition d'une personne de pays d'accueil ou d'un réfugié au sens de la Convention, ni que vous n'êtes pas interdit de territoire. Vous ne répondez donc pas aux exigences de [l'alinéa 139(1)e) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*].

[36] Si je comprends bien le paragraphe précédent, l'agente a fait les observations ou tiré les conclusions suivantes au sujet du demandeur :

1. le demandeur n'était pas sincère;
2. il n'a pas fait montre d'une connaissance adéquate de la religion pentecôtiste;
3. les détails fournis par lui sur son emprisonnement n'étaient pas satisfaisants;

4. the officer did not believe the applicant's story of escape; she found that it was "unreasonable" that he could escape from prison because of a sandstorm.

[37] Although not expressed clearly, it is apparent that the officer did not believe that the applicant had been held in detention or that he was of the Pentecostal faith. Whether these two key conclusions should stand depends on the reasonableness of the underlying analysis.

[38] As noted above, under my discussion of the affidavits, I am considering the reasons as set out in the rejection letter and in the CAIPS notes. The portions of the CAIPS notes reproduced in these reasons are transcribed as closely to the original version as possible.

[39] What additional reasons for the key findings can be obtained from the CAIPS notes?

1. Not forthcoming: Nothing whatsoever is contained in the CAIPS notes to explain what the officer meant by "not forthcoming".

2. Details of detention: The applicant's narrative (submitted with his application) set out a lengthy description of his detention. The CAIPS notes reflect that the officer asked a few general questions about the applicant's detention. The only concern expressed by the officer was about how he escaped from detention.

3. Sandstorm: The CAIPS notes reflect that the applicant provided details of his escape:

IN MAY, JUN. JUL, IN THAT TIME THERE ARE BIG STORMS, IT IS VERY DARK, YOU CANT SEE THE PERSON STANDING NEXT TO YOU, ME AND MY FRIEND THOUGHT OF ESCAPE, ON THAT DATE WE WERE WORKING ON THE FARM LAND, WHEN STORM CAME WE RAN TOWARD IT ...

The CAIPS notes do not refer to any follow-up questions by the officer on the subject of the sandstorm.

4. le récit de la fuite de prison du demandeur n'a pas été cru par l'agente, qui a jugé « déraisonnable » qu'une tempête de sable ait pu permettre cette fuite.

[37] Bien qu'elle ne l'ait pas exprimé clairement, l'agente n'a manifestement pas cru que le demandeur ait été détenu ou ait été de religion pentecôtiste. C'est le caractère raisonnable ou non de l'analyse sous-jacente qui permettra de décider si ces deux conclusions clés doivent être maintenues.

[38] Je l'ai dit lorsque j'ai abordé la question des affidavits : j'examine les motifs constitués par la lettre de refus et par notes du STIDI. Les parties des notes du STIDI figurant dans les présents motifs ont été transcrites de la manière la plus fidèle possible à l'original.

[39] Quels motifs additionnels tirés des notes du STIDI pourraient étayer les conclusions clés de l'agente?

1. L'absence de sincérité — Absolument rien dans les notes du STIDI ne permet d'expliquer pourquoi l'agente a estimé que le demandeur n'était « pas sincère ».

2. Les précisions sur la détention — Dans son récit (joint à sa demande), le demandeur a longuement décrit sa détention. Les notes du STIDI font voir que l'agente a posé quelques questions générales sur la détention du demandeur. Le seul sujet d'intérêt exprimé par l'agente avait trait au mode d'évasion du demandeur.

3. La tempête de sable — Selon les notes du STIDI, le demandeur a fourni les détails suivants sur son évasion :

[TRADUCTION]

EN MAI, JUIN ET JUILLET, C'EST UNE PÉRIODE DE GROSSES TEMPÊTES. IL FAIT TRÈS SOMBRE, VOUS NE POUVEZ PAS VOIR LA PERSONNE QUI SE TIENT À CÔTÉ DE VOUS. MON AMI ET MOI AVONS PENSÉ À NOUS ENFUIR; NOUS TRAVAILLIONS À LA FERME CE JOUR-LÀ ET, LORSQUE LA TEMPÊTE S'EST LEVÉE, NOUS NOUS SOMMES ENFUIS DANS SA DIRECTION [...]

D'après les notes du STIDI, l'agente n'a posé aucune question complémentaire au sujet de la tempête de sable.

4. Pentecostal faith: The applicant, during his interview, referred to his religion. The exchange between the officer and the applicant on the subject of his religion was described in the CAIPS notes as follows:

WHY DID YOU LEAVE ERITREA? BECAUSE OF MY BELIEF AS A PENTECOSTAL I WAS DETAINED IN 2003, UNTIL JL2006

... WHEN DID YOU BECOME PENTECOSTAL? 1994 I WAS ORTHODOX, WHEN I WENT TO NATIONAL SERVICE IN 1997 I BECAME PENETECOSTAL, IN 1994 WAS THE FIRST TIME I LEARNED ABOUT THE BIBLE

HOW DID YOU CONVERT? IN 1997 I HAD FRIENDS WHO WERE PENTECOSTAL, I BECAME CONVI[N]CED WITH WHAT THEY WERE TELLING HIM.

WHAT WERE THEY TELLING YOU? THEY WERE TELLING ME ABOUT JESUS CHRIST

ASKED SEVERAL QUESTIONS ABOUT PENTECOSTAL RELIGION

Describe to me how do you pray? LEADER TELLS US WHAT TO DO, AND WE DO IT.

What are the days that Pente followers celebrate? EASTER, CHRISTMAS, AND PENTECOST

Why did you convert? NO MENTORS, AND BELIEVE IN JESUS CHRIST.

[40] In short, the CAIPS notes do not provide us with very much in the way of additional reasons for the refusal.

#### VIII. Statutory Framework

[41] A brief outline of the statutory scheme affecting this application may be helpful to the reader.

[42] Pursuant to subsection 11(1) [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 116] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), a foreign national, before coming to Canada must apply for a visa.

4. La religion pentecôtiste — Le demandeur a mentionné sa religion lors de son entrevue. L'agente a décrit comme suit dans les notes du STIDI l'échange entre elle-même et le demandeur sur la religion de ce dernier :

[TRADUCTION]

POURQUOI AVEZ-VOUS QUITTÉ L'ÉRYTHRÉE? PARCE QUE JE SUIS DE FOI PENTECÔTISTE, J'AI ÉTÉ DÉTENU DE 2003 JUSQU'EN JUILLET 2006.

[...] QUAND ÊTES-VOUS DEvenu PENTECÔTISTE? J'ÉTAIS ORTHODOXE EN 1994. JE SUIS DEvenu PENTECÔTISTE EN 1997 LORSQUE J'AI FAIT MON SERVICE MILITAIRE. EN 1994, C'ÉTAIT LA PREMIÈRE FOIS QU'ON ME PARLAIT DE LA BIBLE.

COMMENT VOUS ÊTES-VOUS CONVERTI? CERTAINS DE MES AMIS ÉTAIENT PENTECÔTISTES EN 1997, ET CE QU'ILS M'ONT DIT M'A CONVAINCU.

QUE VOUS ONT DIT VOS AMIS? ILS M'ONT PARLÉ DE JÉSUS-CHRIST.

J'AI POSÉ PLUSIEURS QUESTIONS SUR LA RELIGION PENTECÔTISTE.

Décrivez-moi votre façon de prier? LE CHEF NOUS DIT QUOI FAIRE, PUIS NOUS LE FAISONS.

Quelles fêtes les pentecôtistes célèbrent-ils? PÂQUES, NOËL ET LA PENTECÔTE.

Pourquoi vous êtes-vous converti? IL N'Y A PAS DE MENTORS, ET JE CROIS EN JÉSUS-CHRIST.

[40] Bref, on ne peut tirer grand-chose des notes du STIDI à titre de motifs additionnels du refus.

#### VIII. Le cadre légal

[41] Il peut être utile de donner au lecteur un bref aperçu des dispositions légales et réglementaires applicables à la présente demande.

[42] En vertu du paragraphe 11(1) [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 116] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), tout étranger doit, préalablement à son entrée au Canada,

The visa may be issued if an immigration officer is satisfied, following an examination that the foreign national is not inadmissible and meets the requirements of IRPA.

[43] The applicant applied as a member of a class of persons referred to, in the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPA Regulations), as “a Convention refugee abroad class”. His application was made under and processed pursuant to the requirements of subsection 139(1) [as am. by SOR/2004-167, s. 80(F)], sections 144, 145 of the IRPA Regulations. The full text of subsection 11(1) of IRPA and the relevant IRPA Regulations are set out in Appendix A to these reasons.

[44] It is also possible that persons in the situation of the applicant may be granted permanent resident status if they are determined to be members of the “country of asylum class”, as set out in section 147 of the IRPA Regulations.

[45] In summary form, to be eligible for resettlement in Canada under subsection 139(1), sections 144 and 145 of the IRPA Regulations, a person:

- must meet the Convention refugee definition;
- must be outside Canada; and
- must meet the requirement that there is no reasonable possibility in a foreseeable amount of time of any other durable solution such as
  - voluntary repatriation or resettlement in their country of nationality or habitual residence; and
  - resettlement or an offer of resettlement in another country.

## IX. Standard of Review

demander la délivrance d’un visa. Un agent d’immigration peut délivrer le visa sur preuve, à la suite d’un contrôle, que l’étranger n’est pas interdit de territoire et qu’il se conforme à la LIPR.

[43] Le demandeur a présenté sa demande de visa à titre de membre d’une catégorie de personnes désignée — dans le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement IPR) — soit la « catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières ». La demande de visa a été présentée et traitée en application du paragraphe 139(1) [mod. par DORS/2004-167, art. 80(F)] et des articles 144 et 145 du Règlement IPR. Le texte intégral du paragraphe 11(1) de la LIPR et des dispositions pertinentes du Règlement IPR est reproduit à l’annexe A des présents motifs.

[44] Les personnes dans la même situation que le demandeur peuvent également obtenir le statut de résidents permanents si elles sont considérées être membres de la « catégorie de personnes de pays d’accueil », définie à l’article 147 du Règlement IPR.

[45] En résumé, pour être admissible à la réinstallation au Canada en application du paragraphe 139(1) et des articles 144 et 145 du Règlement IPR, une personne :

- doit répondre à la définition de réfugié au sens de la Convention;
- doit se trouver hors du Canada; et
- à son égard, ne doit être réalisable dans un délai prévisible aucune autre possibilité raisonnable de solution durable, comme
  - le rapatriement volontaire ou la réinstallation dans le pays dont elle a la nationalité ou dans lequel elle avait sa résidence habituelle;
  - la réinstallation ou une offre de réinstallation dans un autre pays.

## IX. La norme de contrôle judiciaire



[46] The six issues raised in this case relate to: (1) an alleged failure to have regard to the evidence; (2) credibility; (3) an alleged failure to assess all possible grounds of persecution; (4) adequacy of reasons; (5) an allegation of reasonable apprehension of bias; and (6) an alleged breach of procedural fairness.

[47] First, the assessment of evidence and the weight to be given to each piece of evidence are questions of fact that are within the expertise of the Board. They are reviewed on the standard of reasonableness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*)). When reviewing a decision on the standard of reasonableness, the Court is concerned with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process [and also] with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”. That is, the decision will stand unless it does not fall “within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47).

[48] Second, questions of credibility generally concern determinations of fact or mixed fact and law. A credibility finding is to be reviewed on the standard of reasonableness (*Cekim v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 177, at paragraph 10).

[49] Third, failure of an officer to consider all grounds of persecution is a question of law and, thus, assessed on the standard of correctness (*Solodovnikov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1225, 41 Imm. L.R. (3d) 257, at paragraph 10; *Singh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 80 F.T.R. 132 (F.C.T.D.), at paragraph 14; *Dunsmuir*, above, at paragraphs 55 and 90).

[50] Fourth, with respect to the officer’s reasons, in the recent Ontario Court of Appeal decision of *Clifford v. Ontario Municipal Employees Retirement System*,

[46] Les six questions soulevées dans la présente affaire ont trait 1) à une allégation d’avoir fait défaut de prendre en compte la preuve, 2) à la crédibilité, 3) à une allégation d’avoir fait défaut d’examiner tous les motifs possibles de persécution, 4) à la question de savoir si la décision était suffisamment motivée, 5) à une allégation de crainte raisonnable de partialité, et 6) à une allégation de manquement à l’équité procédurale.

[47] Premièrement, l’appréciation de la preuve et la valeur probante à reconnaître à chacun de ses éléments sont des questions de fait qui relèvent du domaine d’expertise du décideur, et qui appellent la raisonnablement comme norme de contrôle (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*)). La Cour, lorsqu’elle contrôle une décision en fonction de la norme de raisonnablement, doit s’attacher « à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ». La décision devra ainsi être maintenue, à moins qu’elle n’appartienne pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

[48] Deuxièmement, les questions de crédibilité nécessitent habituellement de trancher des questions de fait ou mixtes de fait et de droit. Les conclusions quant à la crédibilité commandent de la sorte la norme de raisonnablement (*Cekim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 177, au paragraphe 10).

[49] Troisièmement, le défaut d’un agent d’examiner tous les motifs de persécution constitue une question de droit, et c’est par conséquent la décision correcte qui lui est applicable comme norme de contrôle (*Solodovnikov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1225, au paragraphe 10; *Singh c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1994] A.C.F. n° 931 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 14; *Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 55 et 90).

[50] Quatrièmement, en ce qui concerne les motifs de l’agente, dans le récent arrêt *Clifford c. Ontario Municipal Employees Retirement System*, 2009 ONCA

2009 ONCA 670 [*sub nom. Clifford v. Ontario (Attorney General)*], 98 O.R. (3d) 210] (*Clifford*), at paragraph 22, Justice Goudge made it clear that the adequacy of reasons is subject to the correctness standard:

Where an administrative tribunal has a legal obligation to give reasons for its decision as part of its duty of procedural fairness, the question on judicial review is whether that legal obligation has been complied with. The court cannot give deference to the choice of a tribunal whether to give reasons. The court must ensure that the tribunal complies with its legal obligation. It must review what the tribunal has done and decide if it has complied. In the parlance of judicial review, the standard of review used by the court is correctness.

[51] Fifth, the issue that the applicant has raised with respect to whether a reasonable apprehension of bias is raised by the officer's decision is reviewable on the standard of correctness (*Dunsmuir*, above, at paragraphs 55 and 90; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 42).

[52] Finally, the issue of whether the officer breached the duty of procedural fairness by failing to accept and review the documents submitted by the applicant is reviewable on the standard of correctness (*Dunsmuir*, above, at paragraphs 55 and 90).

[53] With this overview of the applicable standard of review, I turn to an analysis of the issues.

#### X. Failure to have regard to certain factors or evidence

##### A. *UNHCR Status*

[54] The applicant has been recognized as a Convention refugee by UNHCR, as evidenced by a "blue card" issued August 31, 2009. As I understand it, the blue identity card shows that the bearer has been individually assessed and is officially acknowledged by this UN body as a refugee. The applicant submits that the

670 [*sub nom. Clifford v. Ontario (Attorney General)*], 98 O.R. (3d) 210] (*Clifford*), le juge Goudge, de la Cour d'appel de l'Ontario, a clairement affirmé (au paragraphe 22) que la décision correcte s'appliquait comme norme de contrôle à la question de savoir si une décision était suffisamment motivée :

[TRADUCTION] Lorsqu'en raison du devoir d'équité procédurale un tribunal administratif a l'obligation juridique d'énoncer les motifs de sa décision, la question dans le cadre du contrôle judiciaire est de savoir si cette obligation a été respectée. La cour de révision ne peut faire preuve de retenue face au choix du tribunal de motiver ou non sa décision. Elle doit s'assurer que le tribunal s'est bien conformé à son obligation juridique. La cour doit examiner ce qu'a fait le tribunal et décider s'il y a ou non conformité. Dans la langue du contrôle judiciaire, la norme utilisée par la cour est la décision correcte.

[51] Cinquièmement, la question soulevée par le demandeur quant à savoir si la décision de l'agente donne lieu à une crainte raisonnable de partialité appelle la décision correcte comme norme de contrôle (*Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 55 et 90; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 42).

[52] Enfin, la question de savoir si l'agente a manqué au devoir d'équité procédurale en n'admettant pas et en n'examinant pas les documents soumis par le demandeur commande la décision correcte comme norme de contrôle (*Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 55 et 90).

[53] Le survol ayant été fait de la question de la norme de contrôle applicable, je procéderai maintenant à l'analyse des questions en litige.

#### X. Le défaut de prise en compte de certains facteurs ou éléments de preuve

##### A. *Le statut reconnu par le HCR*

[54] Le HCR a reconnu au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention, comme en fait foi la « carte bleue » délivrée le 31 août 2009. Si je comprends bien, la carte d'identité bleue atteste que son porteur a fait l'objet d'une évaluation individuelle et est officiellement reconnu en tant que réfugié par cet organisme de

officer erred by failing to give any consideration to the UNHCR status as a factor relevant to her determination.

[55] In carrying out her responsibilities, the officer is guided by Citizenship and Immigration Canada (CIC) Guideline OP 5, Overseas Selection and Processing of Convention Refugees Abroad Class and Members of the Humanitarian-protected Persons Abroad Classes (August 13, 2009) (OP 5 or the Guidelines). OP 5 makes extensive reference to the UNHCR and the relationship between the duties of a visa officer and the UNHCR. The Guidelines set out the general context of the CIC/UNHCR relationship in section 6.53:

The office of the UNHCR is a humanitarian and non-political organization with a mandate to protect refugees and promote solutions to their problems. Solutions may include voluntary repatriation, local integration and, in a minority of cases, resettlement in a third country.

Local UNHCR offices identify persons in need of resettlement and refer them to visa offices. The factors that the UNHCR takes into consideration when it refers a case for resettlement are described in detail in the UNHCR Resettlement Handbook, a copy of which can be found in all visa offices. The officer should be familiar with these factors. The text of the handbook is also available from the UNHCR Web site at <http://www.unhcr.org/>

The office of the UNHCR is an extremely important partner in Canada's resettlement program. Solid working relations between Canadian visa offices and local UNHCR offices are vital to the success of the program. Officers should ensure that their local UNHCR office understands the Canadian resettlement program and be proactive in requesting referrals of appropriate cases.

[56] Further, OP 5, current version published on August 13, 2009, refers visa officers to the UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* [Geneva, reedited January 1992] and *Resettlement Handbook* [Geneva, revised edition November 2004], both published by the UNHCR, which documents provide a

l'ONU. Le demandeur soutient que l'agente a commis une erreur en ne considérant aucunement le statut reconnu par le HCR comme étant un facteur pertinent pour sa décision.

[55] Pour bien s'acquitter de ses responsabilités, l'agente peut recourir comme guide aux lignes directrices OP 5, Sélection et traitement à l'étranger des cas de réfugiés au sens de la Convention outre-frontières et de personnes protégées à titre humanitaire outre-frontières, de Citoyenneté et Immigration Canada, datées du 13 août 2009 (le Guide OP 5 ou les lignes directrices). Le Guide OP 5 renvoie plusieurs fois au HCR et aux liens qui existent entre cet organisme et les fonctions d'un agent des visas. Y est exposé comme suit, à la section 6.53, le contexte général dans lequel s'inscrit la relation entre CIC et le HCR :

Le HCR est un organisme humanitaire et non politique dont le mandat est de protéger les réfugiés et de promouvoir des solutions à leurs problèmes. Ces solutions peuvent comprendre le rapatriement volontaire, l'intégration locale et, dans des cas exceptionnels, le rétablissement dans un tiers pays.

Les bureaux locaux du HCR repèrent des personnes qui ont besoin d'un rétablissement et les recommandent aux bureaux des visas. Le Manuel de réinstallation du HCR dont tous les bureaux des visas ont un exemplaire présente, en détail, les facteurs dont le HCR tient compte lorsqu'il recommande le rétablissement de réfugiés. L'agent devrait connaître ces facteurs. On peut consulter le Manuel sur le site Web du HCR : <http://www.unhcr.org>.

Le HCR est un partenaire très important dans l'exécution du programme de réadaptation du Canada. Des relations de travail solides entre les bureaux des visas du Canada et les bureaux locaux du HCR sont essentielles à la réussite du programme. Les agents doivent veiller à ce que leur bureau local du HCR comprenne le programme de réadaptation du Canada et ne pas hésiter à demander qu'on leur recommande des cas pertinents.

[56] Dans sa version actuelle publiée le 13 août 2009, le Guide OP 5 renvoie en outre les agents des visas au *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* [Genève, réédition janvier 1992] et au *Manuel de réinstallation* [Genève, édition révisée novembre 2004], deux documents du HCR qui fournissent une

detailed interpretation of the Convention refugee definition (see note to section 6.6, OP 5). In section 13.3 of OP 5, visa officers are instructed that a decision by the UNHCR with regard to an applicant's refugee status is a factor to consider when determining eligibility for refugee status in Canada.

[57] There is no reference in the CAIPS notes or the decision to the applicant's status with the UNHCR. I recognize that UNHCR status as a refugee is not determinative; the officer's mandate is to assess the applicant's credibility and to determine the merits of his claim under the applicable Canadian laws. Nevertheless, OP 5 recognizes the importance and relevance of the UNHCR in the processing of applications under the refugee abroad class. In my view, the applicant's status as a UNHCR refugee was a personal and relevant consideration. In the case of *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraph 17, Justice Evans (as he was then) was faced with the failure of a decision maker to consider a highly personal and relevant document. He provided the following oft-quoted guidance:

... the more important the evidence that is not mentioned specifically and analyzed in the agency's reasons, the more willing a court may be to infer from the silence that the agency made an erroneous finding of fact "without regard to the evidence": *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 63 F.T.R. 312 (F.C.T.D.). In other words, the agency's burden of explanation increases with the relevance of the evidence in question to the disputed facts. Thus, a blanket statement that the agency has considered all the evidence will not suffice when the evidence omitted from any discussion in the reasons appears squarely to contradict the agency's finding of fact. Moreover, when the agency refers in some detail to evidence supporting its finding, but is silent on evidence pointing to the opposite conclusion, it may be easier to infer that the agency overlooked the contradictory evidence when making its finding of fact.

interprétation détaillée de la définition d'un réfugié au sens de la Convention (se reporter à la note figurant à la section 6.6 du Guide OP 5). Par ailleurs, la section 13.3 du Guide OP 5 prévoit qu'une décision du HCR relativement au statut de réfugié d'un demandeur d'asile est un facteur à prendre en considération par l'agent des visas du Canada lorsqu'il statue sur la recevabilité de la demande.

[57] Il n'est fait aucune mention dans les notes du STIDI non plus que dans la décision du statut reconnu au demandeur par le HCR. Je conviens que la reconnaissance du statut de réfugié par le HCR n'a pas un caractère déterminant; l'agente avait pour mandat d'évaluer la crédibilité du demandeur et d'établir le bien-fondé de sa demande au regard des lois canadiennes applicables. Selon le Guide OP 5, néanmoins, le HCR joue un rôle important et pertinent lorsqu'il s'agit de traiter les demandes selon la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières. À mon avis, le statut de réfugié accordé au demandeur par le HCR constituait, de manière personnelle, un facteur pertinent. Dans la décision *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Evans (maintenant juge à la Cour d'appel fédérale) avait affaire au défaut d'un décideur d'examiner un document pertinent qui concernait le demandeur de manière fort personnelle. Le juge Evans a alors énoncé le principe suivant fréquemment cité (au paragraphe 17) :

[...] plus la preuve qui n'a pas été mentionnée expressément ni analysée dans les motifs de l'organisme est importante, et plus une cour de justice sera disposée à inférer de ce silence que l'organisme a tiré une conclusion de fait erronée « sans tenir compte des éléments dont il [disposait] » : *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, (1993), 63 F.T.R. 312 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Autrement dit, l'obligation de fournir une explication augmente en fonction de la pertinence de la preuve en question au regard des faits contestés. Ainsi, une déclaration générale affirmant que l'organisme a examiné l'ensemble de la preuve ne suffit pas lorsque les éléments de preuve dont elle n'a pas discuté dans ses motifs semblent carrément contredire sa conclusion. Qui plus est, quand l'organisme fait référence de façon assez détaillée à des éléments de preuve appuyant sa conclusion, mais qu'elle passe sous silence des éléments de preuve qui tendent à prouver le contraire, il peut être plus facile d'inférer que l'organisme n'a pas examiné la preuve contradictoire pour en arriver à sa conclusion de fait.

[58] The evidence of the UNHCR designation was so important to the applicant's case that it can be inferred from the officer's failure to mention it in her reasons that the decision was made without regard to it. This is a central element to the context of the decision. The officer, faced with a UNHCR refugee, should have explained in her assessment why she did not concur with the decision of the UNHCR. The officer was not under any obligation to blindly follow the UNHCR designation; however, she was obliged to have regard to it. Unless a visa officer explains why a UNHCR designation is not being followed, we have no way of knowing whether regard was had to this highly relevant evidence.

[59] This error made by the officer is a sufficient basis on which to overturn the decision. I wish, however, to repeat that the UNHCR determination is not determinative; the officer must still carry out her own assessment of the evidence before her, including the evidence of the UNHCR refugee status.

B. *Failure to Assess Eligibility as Set Out in OP 5*

[60] As noted above, the officer rejected the claim of the applicant on the grounds that she did not find the applicant to be credible. Specifically, she did not believe that (a) he was Pentecostal; and (b) he was detained. The applicant argues that the officer failed to carry out an assessment as to whether he met the definition of a Convention refugee. In particular, the applicant faults the officer for not explicitly following the steps outlined in OP 5, section 13.3.

[61] Section 13.3 of OP 5 states that visa officers should follow the five steps outlined in the table set out in that provision. In brief, the five steps are:

1. refer to definition of Convention refugee abroad class in section 6.6;

[58] La désignation comme réfugié par le HCR était un élément si important de la preuve du demandeur qu'il est possible de déduire du défaut de l'agente de l'avoir mentionnée dans ses motifs qu'elle a rendu sa décision sans en tenir compte. C'était pourtant une question centrale aux fins de la décision. Face à un demandeur reconnu comme réfugié par le HCR, l'agente aurait dû expliquer dans son évaluation de la demande pourquoi elle ne souscrivait pas à la décision de cet organisme. L'agente n'était pas tenue de souscrire aveuglément à la désignation du HCR; elle avait toutefois l'obligation d'en tenir compte. Or, faute pour un agent des visas d'avoir expliqué pourquoi il n'a pas souscrit à une désignation du HCR, la Cour n'a aucun moyen de savoir si cet élément de preuve d'une grande pertinence a été pris en compte.

[59] L'erreur ainsi commise par l'agente constitue un motif suffisant d'infirmité de la décision. Je le répète, toutefois, la reconnaissance par le HCR du statut de réfugié n'a pas un caractère déterminant; il incombait toujours à l'agente d'évaluer par elle-même la preuve dont elle était saisie, y compris la preuve concernant le statut de réfugié du HCR.

B. *Le défaut d'évaluer la recevabilité en conformité avec le Guide OP 5*

[60] Comme je l'ai dit, l'agente a rejeté la demande du demandeur parce qu'elle n'a pas jugé le demandeur crédible. Plus précisément, elle n'a pas cru a) qu'il était pentecôtiste, ni b) qu'il avait été détenu. Le demandeur soutient que l'agente n'a pas évalué s'il répondait à la définition d'un réfugié au sens de la Convention, et lui reproche plus particulièrement de ne pas avoir suivi expressément les étapes prévues à la section 13.3 du Guide OP 5.

[61] Selon la section 13.3 du Guide OP 5, les agents des visas devraient suivre les cinq étapes qui y sont présentées sous forme de tableau, des étapes qui peuvent être résumées comme suit :

1. se reporter à la définition de réfugié au sens de la Convention outre-frontières à la section 6.6;

2. refer to definition of persecution in section 6.37;
  3. determine if an applicant may have been persecuted and have a “well-founded fear”;
  4. review other sources; and
  5. assess the ability to establish by processing to section 13.9 to section 13.14.
2. se reporter à la définition de persécution à la section 6.37;
  3. déterminer si un demandeur pourrait avoir été persécuté et s’il a une « crainte fondée »;
  4. examiner les autres sources;
  5. consulter les sections 13.9 à 13.14 pour évaluer la capacité à s’établir de l’intéressé.

[62] As I understand the argument, the applicant’s most serious complaint is that the officer failed to consider and evaluate “available resource material” (see OP 5, section 13.3., step 3) in the context of the claim of the applicant.

[62] Si je comprends bien son argument, ce dont le demandeur se plaint principalement, c’est que l’agente n’a pas pris en compte et évalué les « ressources documentaires disponibles » (se reporter à la section 13.3 du Guide OP 5, étape 3) lors de l’examen de sa demande d’asile.

[63] OP 5 is a guideline; it must not be treated as “the law”. There is no requirement that the officer explicitly address each of the outlined steps (see *Kamara v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 785, at paragraph 31). The intention of section 13.3 of OP 5 is to provide a flowchart to assist the officer with her decision-making process. It is expected, however, that the substance of the decision should demonstrate that the identified steps were generally followed in the course of a visa officer’s determinations with respect to both the refugee abroad class and the country of asylum class.

[63] Le Guide OP 5 établit des lignes directrices; on ne doit pas considérer qu’il a « force de loi ». L’agente n’avait pas à traiter expressément de chacune des étapes qui y sont décrites (se reporter à la décision *Kamara c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 785, au paragraphe 31). Elle disposait à la section 13.3 du Guide OP 5 d’un schéma destiné à l’aider dans sa prise de décision. Il est normal toutefois de s’attendre à pouvoir constater sur le fond, dans la décision d’un agent des visas, que celui-ci a suivi de manière générale les étapes mentionnées à la section 13.3 pour tirer ses conclusions tant en ce qui concerne la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières que celle des personnes de pays d’accueil.

[64] The problem with the applicant’s argument on this point is that it ignores the fact that the officer’s decision was based on the finding of a lack of credibility. Stated differently, the officer did not believe that the applicant was Pentecostal or that he had been in detention. Moreover, the evidence before the officer was that the applicant left Eritrea on a valid exit visa. Thus, documentary evidence related to persecution of Pentecostals in Eritrea, to the treatment of detainees in prison or to the treatment of those who left Eritrea illegally was not relevant. Thus, if the credibility findings are sustainable, I would conclude that there was no error by the officer

[64] Le problème soulevé par l’argument du demandeur sur ce point, c’est qu’il fait abstraction du fait que la décision de l’agente reposait sur une conclusion de manque de crédibilité. Autrement dit, l’agente ne croyait pas que le demandeur était pentecôtiste ni qu’il avait été détenu. En outre, selon la preuve présentée à l’agente, le demandeur avait quitté l’Érythrée muni d’un visa de sortie valide. De la sorte, une preuve documentaire relative à la persécution des pentecôtistes en Érythrée ainsi qu’au traitement des détenus et des personnes ayant quitté illégalement l’Érythrée était sans pertinence. Par conséquent, si les conclusions quant à la crédibilité sont

in failing to refer to each and every step outlined in section 13.3.

#### XI. Reasonableness of Credibility Findings

##### A. *Applicant's Detention*

[65] As I have described above, the determinative finding by the officer, in this case, was that of credibility. One of the two conclusions by the officer was that she did not believe that the applicant had ever been in detention. This finding appears to have been based firstly on a general finding that the applicant was unable to provide, to the officer's satisfaction, details of his imprisonment. There is absolutely no explanation of what the officer found to be lacking in his description of his detention or in his responses to questions on the subject. The CAIPS notes do not reflect questions about his detention that the applicant was not able to answer. There is no justification for this general finding.

[66] The second part of the question of the applicant's detention is the officer's inference that the applicant could not have escaped during a sandstorm.

[67] The respondent argues that this finding bears the hallmark of reasonableness and logic and that it was not unreasonable, given the totality of the circumstances, to draw a negative inference or conclusion from the applicant's testimony. Moreover, the respondent asserts that the officer did not have an obligation to base her findings on "objective" evidence (*Gonzalez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 8137 (F.C.T.D.) (*Gonzalez*)). Justice Sharlow (as she was then) in *Gonzalez*, above, stated at paragraph 26:

Counsel for the applicant argues that the CRDD did not properly assess the applicant's conduct on the basis of the circumstances in which she found herself, but engaged in speculation as to what some other person might have done in her place, and then assumed that its speculation was the

défendables, je conclurai que l'agente n'a pas commis d'erreur en ne mentionnant pas chacune des étapes décrites à la section 13.3.

#### XI. Le caractère raisonnable des conclusions quant à la crédibilité

##### A. *La détention du demandeur*

[65] Je l'ai dit, la conclusion déterminante de l'agente en l'espèce avait trait à la crédibilité. L'une des deux conclusions tirées à ce sujet par l'agente était qu'elle ne croyait pas en la détention du demandeur, principalement suivant sa constatation générale que le demandeur n'avait pu donner sur cette détention des détails qu'elle aurait jugés satisfaisants. Or, absolument rien ne vient expliquer ce que l'agente a jugé manquer dans la description par le demandeur de sa détention ou dans les réponses qu'il a données sur le sujet. Il n'est pas fait état dans les notes du STIDI de questions sur la détention auxquelles le demandeur aurait été incapable de répondre. Rien ne justifie la constatation générale de l'agente.

[66] La question de la détention du demandeur comporte comme second volet la déduction de l'agente voulant que le demandeur n'ait pas pu s'enfuir pendant une tempête de sable.

[67] Cette conclusion avait un caractère raisonnable et logique, selon le défendeur, et il n'était pas déraisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances, de tirer du témoignage du demandeur une déduction ou une conclusion défavorable. En outre, soutient le défendeur, l'agente n'était pas tenue de fonder ses conclusions sur une preuve « objective » (*Gonzalez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8137 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*Gonzalez*)). La juge Sharlow (maintenant juge à la Cour d'appel fédérale) a déclaré ce qui suit sur le sujet dans la décision *Gonzalez*, précitée, au paragraphe 26 :

L'avocat de la demanderesse plaide que la SSR n'a pas correctement évalué la conduite de la demanderesse en fonction des circonstances dans lesquelles elle s'est trouvée, mais a plutôt émis une hypothèse quant à savoir ce qu'une autre personne aurait fait à sa place, pour ensuite présumer que

only plausible course of action. He says that the CRDD thus imposed a wholly unreasonable standard on the applicant, resulting in the same error as that identified in *Giron v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 143 N.R. 238 (F.C.A.) and *Cardenas v. Minister of Citizenship and Immigration* (20 February 1998), IMM-1960-67, (F.C.T.D.). He correctly points out that there is no objective evidence in the record for the “ideal” asserted by the CRDD. This may be contrasted with cases in which, for example, the plausibility of a refugee claimant’s story is measured against what is known about conditions in the country where the claim arose. [Emphasis added.]

[68] In the case before me, in contrast to the case before Justice Sharlow, the claimant’s story could have been measured against what was known about the conditions in the country where the claim arose. Information regarding the frequency and attributes of sandstorms in Eritrea could be found in documentary evidence. In addition, more explanation and information could have been sought from the applicant.

[69] When asked, during cross-examination, about how she came to the conclusion regarding the sandstorm that occurred near Sawa, Eritrea, on July 7, 2006, the officer stated that she did not have any evidence to establish that fact (cross-examination of AnnMarie McNeil, March 22–23, 2011, Q587). The error, as I see it, is that the officer neglected to look at the available documentary evidence to measure the plausibility of the applicant’s story against what was known about the conditions in the country where the claim arose. In such a scenario, the officer had an obligation to go to the documentary evidence to measure the credibility of the applicant’s story.

[70] It is trite law that visa officers are entitled to make findings based on inferences and plausibility. However, the Federal Court of Appeal in *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171, stated at paragraph 33:

The common law has long recognized the difference between reasonable inference and pure conjecture. Lord

l’hypothèse en question constituait la seule façon d’agir possible. Il affirme que la SSR a de ce fait appliqué une norme entièrement déraisonnable à la conduite de la demanderesse, ce qui a donné lieu à la même erreur que celle relevée dans l’affaire *Giron c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1992), 143 N.R. 238 (C.A.F.) et dans l’affaire *Cardenas c. Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration* (20 février 1998), IMM-1960-67, (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Il fait observer à juste titre qu’il n’existe aucune preuve objective au dossier relative à l’« idéal » mis de l’avant par la SSR. Cela peut être comparé par opposition aux cas dans lesquels, par exemple, la plausibilité du récit du demandeur du statut de réfugié est évalué en fonction de ce qui est connu des conditions dans le pays d’où provient le demandeur. [Non souligné dans l’original.]

[68] En l’espèce toutefois, ce qui n’était pas le cas dans l’affaire soumise à la juge Sharlow, le récit du demandeur aurait pu être évalué en fonction de ce qui était connu des conditions dans son pays d’origine. La preuve documentaire renfermait des renseignements sur la fréquence et les caractéristiques des tempêtes de sable en Érythrée. L’agente aurait aussi pu demander au demandeur de donner davantage d’explications et de renseignements sur ce point.

[69] Quand on lui a demandé en contre-interrogatoire comment elle en était venue à sa conclusion sur la tempête de sable survenue le 7 juillet 2006 à Sawa, en Érythrée, l’agente a déclaré qu’elle n’avait disposé d’aucun élément de preuve permettant d’établir le fait allégué (contre-interrogatoire d’AnnMarie McNeil, les 22 et 23 mars 2011, Q587). L’erreur commise par l’agente, selon moi, a consisté à ne pas examiner la preuve documentaire disponible afin d’évaluer la plausibilité du récit du demandeur en fonction de ce qui était connu des conditions dans son pays d’origine. Dans une situation comme celle en l’espèce, l’agente avait l’obligation de consulter la preuve documentaire pour apprécier la crédibilité du récit du demandeur.

[70] Il est de droit constant que les agents des visas peuvent tirer des conclusions en se fondant sur des déductions et sur ce qui est plausible. La Cour d’appel fédérale a toutefois déclaré ce qui suit dans l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (QL), au paragraphe 33 :

La différence entre une déduction justifiée et une simple hypothèse est reconnue depuis longtemps en common law.



Macmillan put the distinction this way in *Jones v. Great Western Railway Co.* (1930), 47 T.L.R. 39 at 45, 144 L.T. 194 at 202 (H.L.):

The dividing line between conjecture and inference is often a very difficult one to draw. A conjecture may be plausible but it is of no legal value, for its essence is that it is a mere guess. An inference in the legal sense, on the other hand, is a deduction from the evidence, and if it is a reasonable deduction it may have the validity of legal proof. The attribution of an occurrence to a cause is, I take it, always a matter of inference.

[71] Visa officers must be careful not to judge actions which appear implausible when judged from Canadian standards; such actions might be plausible when considered within the “claimant’s milieu” (*Ye v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 584 (C.A.) (QL)). In the case at hand, it appears that the officer assessed the sandstorms based on what would be plausible in Canada, without regard to the evidence of the claimant’s milieu.

[72] Although it is a difficult line to draw, I conclude that the officer’s plausibility finding in this case lies further to the conjecture end of the spectrum.

#### B. *Pentecostal Religion*

[73] As noted above, the officer did not believe that the applicant was of the Pentecostal faith. The officer apparently based this finding on the very few questions set out in the CAIPS notes. The CAIPS notes reflect only three simple questions to which the applicant gave equally simple responses. There were no follow-up questions and no questions about his knowledge of the Bible or doctrine of the Pentecostal faith as practised in Eritrea.

[74] From the applicant’s answers to these questions, the officer concluded that his knowledge was not “up to the level one would expect from a person who has been practicing and reading the bible for 12 years”.

Lord Macmillan fait la distinction suivante dans l’arrêt *Jones v. Great Western Railway Co.* (1930), 47 T.L.R. 39, à la p. 45, 144 L.T. 194, à la p. 202 (H.L.):

[TRADUCTION] Il est souvent très difficile de faire la distinction entre une hypothèse et une déduction. Une hypothèse peut être plausible mais elle n’a aucune valeur en droit puisqu’il s’agit d’une simple supposition. Par contre, une déduction au sens juridique est une déduction tirée de la preuve et si elle est justifiée, elle pourra avoir une valeur probante. J’estime que le lien établi entre un fait et une cause relève toujours de la déduction.

[71] Les agents des visas doivent veiller à ne pas juger des actions non vraisemblables en fonction des normes canadiennes; ces actions pourraient en effet devenir plausibles lorsqu’envisagées compte tenu du [TRADUCTION] « milieu du demandeur d’asile » (*Ye c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 584 (C.A.) (QL)). Il semble qu’en l’espèce l’agente ait évalué la question des tempêtes de sable en fonction de ce qui serait plausible au Canada, en faisant abstraction de la preuve concernant le milieu du demandeur.

[72] Bien que la ligne de démarcation entre la déduction et l’hypothèse soit difficile à tracer, je conclus que c’est du côté de l’hypothèse que penche en l’espèce la conclusion de l’agente quant à la plausibilité.

#### B. *La religion pentecôtiste*

[73] Comme je l’ai déjà mentionné, l’agente n’a pas cru que le demandeur était de foi pentecôtiste. Cette conclusion de l’agente semble avoir eu pour fondement les quelques questions dont font état les notes du STIDI. Il n’y est mentionné dans ces notes que trois questions bien simples auxquelles le demandeur a répondu de manière tout aussi simple. Il n’y a pas eu de questions complémentaires, non plus que de questions sur la connaissance par le demandeur de la Bible ou de la doctrine pentecôtiste ainsi que de la pratique du pentecôtisme en Érythrée.

[74] En raison des réponses du demandeur aux questions posées, l’agente a conclu que sa connaissance de la religion pentecôtiste n’était pas [TRADUCTION] « celle à laquelle on s’attendrait d’une personne qui la pratique et qui lit la Bible depuis 12 ans ».

[75] In general, it is reasonable to expect a claimant who has undertaken a life-changing religious conversion to have considerable knowledge of his newly acquired faith. Based on a somewhat thorough line of questions and follow-up questions to which a claimant provides only very basic answers, it would not be unreasonable to question the sincerity of a claimant's faith. The problem with this decision is that I am unable to ascertain what questions were asked by the officer. The CAIPS notes contain a general remark that "ASKED SEVERAL QUESTIONS ABOUT PENTECOSTAL RELIGION". However, only two questions are identified. No follow-up questions were apparently posed. From these questions and responses, I cannot understand what was lacking.

[76] Quite simply, the findings with respect to the applicant's faith do not hold up to a somewhat probing examination (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748). Stated in terms consistent with *Dunsmuir*, above, this part of the decision lacks justification, transparency and intelligibility.

### C. Conclusion on Credibility

[77] Although credibility is reviewed on the standard of reasonableness, the officer's findings in this case are not owed "blind reverence" by this Court. The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir*, above, stated at paragraph 48:

Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations ... Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference "is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers" (*Canada (Attorney General) v.*

[75] En général, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'un demandeur d'asile qui s'est converti à une autre religion d'une manière qui a transformé sa vie ait une connaissance étendue de sa foi nouvelle. Et il ne serait pas déraisonnable de mettre en doute la sincérité de la foi d'un tel demandeur si, à un ensemble assez exhaustif de questions et de questions complémentaires, il n'apportait que des réponses fort élémentaires. Le problème que me pose la décision à l'examen, toutefois, c'est que je ne suis pas en mesure de savoir quelles questions l'agente a posées. L'agente a inscrit dans les notes du STIDI la remarque générale suivante : [TRADUCTION] « J'AI POSÉ PLUSIEURS QUESTIONS SUR LA RELIGION PENTECÔTISTE ». Seulement deux questions sont toutefois mentionnées, et aucune question complémentaire ne semble avoir été posée. Sur le fondement des questions et des réponses en cause, je ne puis comprendre ce qui, dans les connaissances du demandeur, pouvait bien être déficient.

[76] Les conclusions relatives à la foi du demandeur, tout simplement, ne peuvent résister à un examen assez poussé (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748). Pour employer une terminologie concordant avec celle de l'arrêt *Dunsmuir*, précité, il manque à cette partie de la décision les attributs requis de la justification, de la transparence et de l'intelligibilité.

### C. La conclusion quant à la crédibilité

[77] Bien que les questions de crédibilité appellent la raisonnablement comme norme de contrôle, la Cour n'a pas à « respecter aveuglément » en l'espèce les conclusions de l'agente en la matière. La Cour suprême a en effet déclaré ceci dans l'arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 48 :

C'est [la déférence] à la fois une attitude de la cour et une exigence du droit régissant le contrôle judiciaire. Il ne s'ensuit pas que les cours de justice doivent s'incliner devant les conclusions des décideurs ni qu'elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations [...] La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : *Canada (Procureur général)*

*Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 596, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting). We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of “deference as respect” requires of the courts “not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision” .... [Emphasis added.]

[78] Paying respectful attention to the reasons offered or which could have been offered by the officer in this case, this Court cannot conclude that they are reasonable.

## XII. Adequacy of Reasons

[79] The applicant asserts that the reasons of the officer are inadequate. Since this application will succeed on the basis that the decision is unreasonable, I will merely provide brief comments on this aspect of the allegation by the applicant.

[80] In assessing the adequacy of reasons, the first question is whether there is a legal duty to give reasons. The decision of the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*) [cited above] established that, in certain circumstances the duty of procedural fairness will include a requirement that an administrative tribunal provide reasons for its decision. The parties apparently both acknowledge that, in the circumstances of this decision, the officer was under an obligation to provide reasons for her decision to deny the applications for refugee status. I agree that application of the criteria set out in *Baker*, above, would lead to a conclusion that reasons are required.

[81] The second question is: what constitutes the officer’s reasons?

[82] The officer issued a two-page rejection letter which includes some reasons for the rejection of the applicant’s application. However, the reasons are not, in this case, limited to that letter. The respondent emphasizes that information about why an administrative decision maker ruled in the way that it did can sometimes be found in the record of the case and the

*c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente. Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n’exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » [...] [Non souligné dans l’original.]

[78] La Cour ne peut conclure, après avoir porté une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui auraient pu être donnés par l’agente en l’espèce, que ces motifs étaient raisonnables.

## XII. La décision était-elle suffisamment motivée

[79] Le demandeur fait valoir que l’agente n’a pas motivé suffisamment sa décision. Comme la présente demande sera accueillie, la décision étant jugée être déraisonnable, je n’énoncerai que de brefs commentaires sur cette partie des allégations du demandeur.

[80] En vue d’établir si une décision a été suffisamment motivée, il faut d’abord se demander s’il existait une obligation juridique de donner des motifs. Dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*) [précité], la Cour suprême du Canada a établi que, en certaines circonstances, l’obligation d’équité procédurale imposait à un tribunal administratif de motiver sa décision. Les deux parties semblent reconnaître qu’en l’espèce, l’agente avait l’obligation de motiver sa décision de rejeter les demandes d’asile. Je conviens également qu’il y a lieu de conclure, en appliquant les critères énoncés dans l’arrêt *Baker*, précité, que la formulation de motifs était ici nécessaire.

[81] Il faut ensuite se demander en quoi consistaient les motifs de l’agente.

[82] L’agente a envoyé une lettre de refus de deux pages où certains motifs étaient énoncés quant au rejet de la demande du demandeur. Les motifs ne se limitaient pas, en l’espèce, toutefois, à ceux formulés dans la lettre. Le défendeur insiste sur le fait que le dossier d’une affaire ainsi que le contexte fournissent parfois de l’information sur ce qui a motivé la décision d’un

surrounding context. I agree. Reasons form part of a broader context. Information that fulfils the above purposes can come from various sources. For example, oral or written reasons of the decision maker may be amplified or clarified by extraneous material, such as notes in the decision maker's file and other materials in the record. Even where no reasons have been given, extraneous material may suffice when it can be taken to express the basis for the decision. *Baker*, above, provides us with a good example of this, where the Supreme Court found that notes in the administrative file adequately expressed the basis for the decision. See also *Hill v. Hamilton-Wentworth Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129 (*Hill*), at paragraph 101 for the role of extraneous materials in the assessment of the adequacy of reasons.

[83] In matters such as these, file notes are entered by a visa officer in CAIPS. In the case before me, the officer recorded her notes from the interview with the applicant almost immediately after the interview took place. These CAIPS notes are contained in the certified tribunal record (CTR). I conclude that the combination of the rejection letter and the CAIPS notes of the officer satisfy the requirement for reasons under the duty of procedural fairness; they will be taken to be the reasons for the decision. In addition, other contents of the CTR may inform the context of the decision.

[84] The respondent has put forward an affidavit of the officer, in which affidavit the officer includes some statements that could be seen as explaining or adding to her reasons. For the reasons outlined above, under the discussion of the officer's affidavit, these explanations or additional reasons, made some 12 months after the decision, do not form part of the reasons under review.

[85] The outstanding question is whether the reasons (as contained in the CAIPS notes and rejection letter) are adequate to meet the duty of procedural fairness. In my view, they are.

décideur. Je suis du même avis. Les motifs s'inscrivent dans un contexte plus général. L'information satisfaisant aux objectifs plus haut mentionnés peut provenir de diverses sources. Des éléments extrinsèques, comme des notes au dossier du décideur ou d'autres documents versés au dossier, peuvent ainsi étoffer ou préciser les motifs oraux ou écrits du décideur. Même lorsque aucun motif n'a été donné, les éléments extrinsèques peuvent suffire lorsqu'on peut les considérer exprimer le fondement de la décision. L'arrêt *Baker*, précité, fournit un bon exemple, où la Cour suprême a conclu que le fondement de la décision se trouvait exprimé adéquatement dans des notes figurant dans le dossier administratif. Dans l'arrêt *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129 (*Hill*), également, il était question (au paragraphe 101) du rôle des éléments extrinsèques lorsqu'il s'agit de déterminer si une décision est suffisamment motivée.

[83] Dans les affaires comme celles qui nous occupent, un agent des visas consigne ses notes dans le STIDI. En l'espèce, l'agente a consigné les notes tirées de l'entrevue avec le demandeur presque immédiatement après la tenue de cette entrevue. Les notes du STIDI ont été versées au dossier certifié du tribunal (le DCT). Je conclus qu'ensemble, la lettre de refus et les notes consignées au STIDI par l'agente satisfont à l'obligation de donner des motifs qui découle du devoir d'équité procédurale. La lettre et les notes seront considérées être les motifs de la décision. D'autres éléments versés au DCT pourront aussi éclairer le contexte dans lequel la décision a été rendue.

[84] Le défendeur a produit un affidavit de l'agente dont certaines déclarations pourraient paraître ajouter aux motifs de la décision ou les expliquer. Pour les raisons que j'ai déjà exposées lorsque j'ai traité de l'affidavit de l'agente, ces motifs additionnels ou explicatifs, formulés quelque 12 mois après la décision, ne font pas partie des motifs visés par le présent contrôle.

[85] Il reste enfin à trancher la question de savoir si les motifs que renferment les notes du STIDI et la lettre de refus suffisent et si, par conséquent, l'obligation d'équité procédurale est ainsi respectée. C'est le cas, selon moi.

[86] As stated by the Supreme Court in *Hill*, above, at paragraph 100:

The question is whether the reasons are sufficient to allow for meaningful appellate review and whether the parties' "functional need to know" why the trial judge's decision has been made has been met. The test is a functional one: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at para. 55.

[87] Although *Hill*, above, was decided in a criminal case, the same general principle is applicable to the decision before me. The Federal Court of Appeal, in *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25 (*VIA Rail*), at paragraph 19, provided guidance in the context of an administrative decision maker:

... reasons allow the parties to effectuate any right of appeal or judicial review that they might have. They provide a basis for an assessment of possible grounds for appeal or review. They allow the appellate or reviewing body to determine whether the decision maker erred and thereby render him or her accountable to that body. This is particularly important when the decision is subject to a deferential standard of review.

[88] It is important to remember that the adequacy of reasons must be measured in the light of the particular circumstances of the case (*VIA Rail*, above, at paragraph 21). In the case of a visa officer, it would not, in my view, be proper to hold the officer's reasons to the same standard as would be required in a criminal matter or before a quasi-judicial decision maker (such as the National Transportation Agency). In *Baker*, above, at paragraph 44, the Supreme Court concluded that hand-written notes of an immigration officer were sufficient to fulfill the duty to give reasons. In so concluding, Justice L'Heureux-Dubé, observed that reviewing courts should evaluate the duty of fairness "with recognition of the day-to-day realities of administrative agencies and the many ways in which the values underlying the principles of procedural fairness can be assured" (*Baker*, above, at paragraph 44). In the words of Justice Goudge in *Clifford*, above, at paragraph 30, "the fundamental question is whether the reasons show that the tribunal grappled with the substance of the matter".

[86] La Cour suprême a déclaré ce qui suit dans l'arrêt *Hill* (précité, au paragraphe 100) :

La question est de savoir si les motifs permettent une véritable révision en appel et si le « besoin fonctionnel [des parties] d'être informé[es] » des motifs de la décision du juge de première instance a été comblé. Le critère applicable est fonctionnel : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 55.

[87] Bien qu'il se soit agi dans l'arrêt *Hill*, précité, d'une affaire pénale, le principe général énoncé est également applicable à la décision dont je suis saisie. Dans l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (*VIA Rail*), la Cour d'appel fédérale a apporté les précisions qui suivent (au paragraphe 19), dans le contexte d'un décideur administratif :

[...] les motifs permettent aux parties de faire valoir tout droit d'appel ou de contrôle judiciaire à leur disposition. Ils servent de point de départ à une évaluation des moyens d'appel ou de contrôle possibles. Ils permettent à l'organisme d'appel ou de révision d'établir si le décideur a commis une erreur et si cette erreur le rend justiciable devant cet organisme. Cet aspect est particulièrement important lorsque la décision est assujettie à une norme d'examen fondée sur la retenue.

[88] Il importe de se rappeler que ce qui constitue une décision suffisamment motivée est une question qui doit être tranchée en fonction des circonstances de chaque affaire (*VIA Rail*, précité, au paragraphe 21). Il ne conviendrait pas dans le cas d'un agent des visas, selon moi, de soumettre ses motifs à la même norme que celle exigée dans une affaire pénale ou dans une affaire portée devant un décideur quasi judiciaire (comme l'Office national des transports). Dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour suprême a conclu (au paragraphe 44) que les notes manuscrites d'un agent d'immigration suffisaient pour que soit remplie l'obligation de donner des motifs. La juge L'Heureux-Dubé a conclu de la sorte tout en faisant observer que les cours de révision devaient évaluer l'obligation d'équité « tout en tenant compte de la réalité quotidienne des organismes administratifs et des nombreuses façons d'assurer le respect des valeurs qui fondent les principes de l'équité procédurale » (*Baker*, précité, au paragraphe 44). Comme l'a déclaré le juge Goudge dans l'arrêt *Clifford*, précité, au paragraphe 30 : [TRADUCTION] « la question essentielle

[89] On this standard, the reasons provided by the officer are adequate. She explains what aspects of the applicant's testimony were not credible. At a basic level, the reasons allow the applicant to know what determinations provided the foundation to her rejection of his application. In particular, the officer did not believe that the applicant had been in detention or that he was Pentecostal. Her reasons for the two findings were that she did not believe that he had escaped in a sandstorm or that he could answer basic questions about his religion. In the totality of the circumstances, I believe that the reasons were adequate.

[90] The problem of course is that the decision is unreasonable. In other words, this is not a question of the adequacy of reasons, where the Court must assess the reasons from a functional perspective to see if the basis for the decision is intelligible. Rather, as I see it, the proper question, on this judicial review, is whether the decision and the reasons can, from a substantive perspective, be upheld. As noted by Justice Goudge, in *Clifford*, above, at paragraph 32, "[t]hat is a very different task from assessing the sufficiency of the reasons in a functional sense." For reasons given in other sections of this decision, I conclude that the decision cannot be sustained on the applicable standards of review. However, on the narrow question of whether the reasons are adequate to meet the officer's duty to provide reasons, I would conclude that the officer's reasons are adequate.

### XIII. Applicant's Documents

[91] In the affidavit that was filed as part of this application, the applicant refers to his attempt to offer further documents to the officer during his interview:

est de savoir s'il ressort des motifs que le tribunal s'est attaqué au fond de la question ».

[89] Au regard de cette norme, l'agente a motivé suffisamment sa décision. L'agente a expliqué quelles parties du témoignage du demandeur n'étaient pas crédibles. Les motifs permettent à tout le moins au demandeur de savoir sur quelles conclusions s'est fondé le rejet de sa demande. L'agente n'a pas cru tout particulièrement que le demandeur avait été détenu ou qu'il était pentecôtiste. Les motifs derrière ces deux conclusions étaient que l'agente n'avait pas cru en la fuite du demandeur lors d'une tempête de sable, et qu'elle n'avait pas cru le demandeur capable de répondre à des questions élémentaires sur sa religion. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, j'estime que la décision était suffisamment motivée.

[90] Le problème, bien sûr, c'est que la décision est déraisonnable. En d'autres termes, ce qui est en cause ici, ce n'est pas de savoir si la décision est suffisamment motivée ou non, ce qui obligerait la Cour à évaluer les motifs sur le plan fonctionnel pour établir si le fondement de la décision est intelligible. Selon moi, la question à trancher dans le cadre du présent contrôle judiciaire est plutôt de savoir si, sur le fond, la décision et les motifs peuvent être maintenus. Comme l'a fait remarquer le juge Goudge dans l'arrêt *Clifford*, (précité, au paragraphe 32), [TRADUCTION] « [c]ette tâche diffère fortement de l'évaluation, sur le plan fonctionnel, de la question de savoir si la décision est suffisamment motivée ». Pour les motifs exposés dans d'autres sections de la présente décision, je conclus que la décision à l'examen ne peut être maintenue compte tenu des normes de contrôle applicables. Pour ce qui est toutefois de la question, de portée plus restreinte, de savoir si les motifs exposés suffisent pour que soit respectée l'obligation de l'agente de motiver sa décision, je conclus que c'est le cas.

### XIII. Documents du demandeur

[91] Dans l'affidavit qu'il a déposé dans le cadre de la présente demande, le demandeur a mentionné qu'il avait tenté de présenter d'autres documents à l'agente lors de son entrevue :

At my interview I asked [the Officer] to accept and review a number of documents that I had brought with me to support my case, including recommendation letters from my previous Pentecostal churches ... as well as from my current church in Cairo ... In addition, I tried to give her a magazine from my church in Cairo that had a poem of mine in it, my UNHCR blue card, my Eritrean national service ID and certificate of national service, and a number of photos. She refused to accept or even look at my documents.

[92] The applicant submits that, in refusing to accept and consider these documents, the officer breached the rules of procedural fairness. The documents described appear to relate to central elements of his claim—that he was a Pentecostal Christian and a UNHCR refugee and that he had served in the military.

[93] If, indeed, this happened, I would agree with the applicant that the rules of procedural fairness were not observed—a reviewable error.

[94] The officer, in her affidavit sworn September 5, 2010—almost one year after the interview—makes no mention of further documents. In addition, the CAIPS notes do not contain any reference to further documents.

[95] However, it is not clear as to exactly what documents were presented to the officer during the interview. In his application record, the applicant includes a letter dated September 28, 2009 (about two weeks after the refusal) wherein he states that, during his interview, he “had the following documents to prove that I am a true convert to Pentecostal faith”. He then lists the documents now in question. The letter is not clear, however, whether the documents were actually offered to the officer during the interview or whether he simply had the documents with him.

[96] On October 13, 2009, the applicant was interviewed by an AMERA representative. The notes for that interview contain statements that the applicant “had a

[TRANSDUCTION] À mon entrevue, j’ai demandé [à l’agente] d’admettre et d’examiner nombre de documents que j’avais apportés au soutien de ma cause, y compris des lettres de recommandation provenant des églises pentecôtistes fréquentées par moi dans le passé [...] ainsi que de mon église actuelle au Caire [...] J’ai aussi tenté de lui remettre un périodique de mon église au Caire où était publié l’un de mes poèmes, ma carte bleue du HCR, ma pièce d’identité et mon certificat pour le service militaire national en Érythrée et bon nombre de photos. L’agente a refusé d’admettre mes documents et même de les regarder.

[92] Le demandeur soutient que l’agente a enfreint les règles d’équité procédurale en refusant d’admettre et d’examiner ces documents. Les documents décrits semblent avoir trait à des éléments centraux de la demande d’asile, soit que le demandeur était un chrétien pentecôtiste et un réfugié du HCR et qu’il avait accompli son service militaire.

[93] Si cela s’est réellement produit, j’estime tout comme le demandeur qu’il y a eu manquement aux règles d’équité procédurale — une erreur susceptible de contrôle.

[94] Dans son affidavit signé le 5 septembre 2010, soit près d’un an après la tenue de l’entrevue, l’agente n’a fait aucune mention de documents additionnels. Elle ne fait aucune allusion non plus à de tels documents dans les notes du STIDI.

[95] Il n’est toutefois pas facile de discerner exactement quels documents ont été présentés à l’agente lors de l’entrevue. Dans son dossier de demande, le demandeur a inclus une lettre datée du 28 septembre 2009 (environ deux semaines après le refus) où il a déclaré qu’au cours de son entrevue, il avait [TRANSDUCTION] « apporté les documents suivants pour prouver que je suis véritablement converti à la foi pentecôtiste ». Le demandeur a ensuite énuméré les documents en cause. Il ne ressort toutefois pas clairement de la lettre si ces documents ont bien été présentés à l’agente lors de l’entrevue, ou si le demandeur les avait tout simplement avec lui.

[96] Le 13 octobre 2009, un représentant de l’AMERA a fait passer une entrevue au demandeur. Selon les notes prises à cette entrevue, le demandeur avait [TRANSDUCTION]

lot of documents with me” and that he tried to give “[the] documents” to the officer but that “she refused to take them from me”. There are no further specifics in the interview notes as to exactly what documents are being referred to.

[97] The applicant was not cross-examined on his affidavit. However, the record as a whole on this subject indicates that there is reason to doubt some aspects of his sworn testimony.

[98] While the question is not free from doubt, I find, on a balance of probabilities, that the applicant tried to offer further documents to the officer and that she refused to take them. However, what is less clear is exactly what those documents were. In sum, while the officer may have erred in refusing to accept some documents, the applicant has failed to persuade me that the documents in question were those contained in his letter of September 28, 2009. Accordingly, I would conclude that any error was not material to the ultimate disposition of his claim.

#### XIV. Other Grounds of Persecution

[99] In this case, the officer considered only one ground of persecution. Specifically, she examined whether the applicant was at risk on grounds of religious persecution.

[100] The applicant submits that, as reflected in his narrative, he also fears persecution on the basis of his escape from prison and his illegal exit from Eritrea. He argues that the officer erred by not considering these additional grounds of persecution. Documentary evidence, in his view, strongly suggests that persons who escape from detention and those who return after leaving the country illegally would be subject to harsh treatment by Eritrean authorities.

[101] As disclosed in the CAIPS notes, the officer asked the applicant a number of questions about his

« apporté beaucoup de documents », qu’il avait tenté de remettre à l’agente, qui avait toutefois [TRADUCTION] « refusé de les prendre ». Il n’est aucunement précisé dans les notes de quels documents exactement il était alors question.

[97] Le défendeur n’a pas contre-interrogé le demandeur à l’égard de son affidavit. L’ensemble du dossier fait toutefois voir que sur ce point certains éléments du témoignage sous serment du demandeur sont sujets à caution.

[98] Je conclus selon la prépondérance de la preuve, bien que certains doutes subsistent en la matière, que le demandeur a tenté de présenter des documents additionnels à l’agente, qui les a refusés. Il est toutefois plus difficile de discerner de quels documents il s’agissait exactement. Bref, si l’agente a pu commettre une erreur en refusant d’admettre certains documents, le demandeur ne m’a pas convaincue que les documents en cause étaient bien ceux mentionnés dans sa lettre du 28 septembre 2009. Je conclurais donc que toute erreur ayant pu être commise n’a pas eu une grande incidence sur la décision finale rendue sur la demande d’asile.

#### XIV. Les autres motifs de persécution

[99] L’agente s’est penchée sur un seul motif de persécution en l’espèce, soit la persécution fondée sur les croyances religieuses.

[100] Or, le demandeur soutient également craindre d’être persécuté, comme il l’a déclaré dans son récit, en raison de sa fuite de prison et de sa sortie illégale de l’Érythrée. L’agente aurait commis une erreur, selon lui, en n’examinant pas ces motifs additionnels de persécution. Le demandeur estime qu’il y a tout lieu de croire, d’après la preuve documentaire, que les autorités érythréennes brutalisent les personnes qui se sont enfuies de prison ou qui retournent en Érythrée après avoir quitté ce pays illégalement.

[101] Comme le font voir les notes du STIDI, l’agente a interrogé le demandeur au sujet de sa fuite de prison.



escape from detention. However, it appears that no examination occurred with respect to his claimed illegal departure from Eritrea. This was confirmed by the officer on cross-examination of her affidavit.

[102] In *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 (*Ward*), at page 745, the Supreme Court stated:

The additional ground was ultimately accepted by the appellant during oral argument. I note that the UNHCR Handbook, at p. 17, paragraph 66, states that it is not the duty of a claimant to identify the reasons for the persecution. It is for the examiner to decide whether the Convention definition is met; usually there will be more than one ground (*idem*, paragraph 67). [Emphasis added.]

[103] The respondent argues that the officer testified that she did not find the applicant to be credible; therefore, she was under no obligation to consider all of the relevant bases for persecution. This would be a sound response if (a) the credibility findings are reasonable; and (b) if the credibility findings clearly foreclosed all other grounds of persecution.

[104] I acknowledge that, in general, a negative credibility finding (if reasonable and made with regard to the evidence) will mean that the decision maker does not have to look further into the claim. For example, if a visa officer concludes that a claimant was never imprisoned, it follows that a claim based on a fear of being returned to detention is not sustainable. However, if the claimant puts forward facts that raise an additional ground of persecution, that part of the claim still needs to be assessed, unless the visa officer clearly finds that part of the claim to also lack credibility.

[105] Leaving aside my earlier finding that the credibility findings are not reasonable, I turn to the reasons and findings made by the officer. In this case, the officer did not believe that the applicant had ever been detained. However, it appears that the officer never turned her mind to whether the applicant had left Eritrea illegally, notwithstanding the applicant's description of his departure or the documentary evidence regarding the risk to those who departed Eritrea illegally. This is

Il semble toutefois qu'aucune question n'ait été posée au demandeur quant à son départ de l'Érythrée, qu'il a prétendu être illégal. L'agente a confirmé ce fait lors du contre-interrogatoire à l'égard de son affidavit.

[102] Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 (*Ward*), la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit aux pages 745 et 746 :

Le motif additionnel a finalement été accepté par l'appelant pendant les plaidoiries. Je remarque que le Guide du HCNR, à la p. 17, paragraphe 66, précise qu'il n'incombe pas au demandeur d'identifier les motifs de persécution. Il incombe à l'examineur de déterminer si les conditions de la définition figurant dans la Convention sont remplies; habituellement, il y a plus d'un motif (*idem*, paragraphe 67). [Non souligné dans l'original.]

[103] Le défendeur soutient que, d'après son témoignage, l'agente n'a pas jugé le demandeur crédible et que, de la sorte, elle n'avait pas à examiner tous les motifs de persécution pertinents. Cela serait juste si a) les conclusions quant à la crédibilité étaient raisonnables, et b) si ces conclusions faisaient clairement obstacle à tous les autres motifs de persécution.

[104] Je reconnais que, en général, lorsque est tirée une conclusion défavorable quant à la crédibilité (si elle est raisonnable et prend en compte la preuve), le décideur n'a pas à examiner la demande d'asile plus avant. Si, par exemple, l'agent des visas conclut qu'un demandeur d'asile n'a jamais été emprisonné, il s'ensuit que ne pourra être accueillie la demande de ce dernier fondée sur la crainte d'un retour en prison. Si toutefois le demandeur a mentionné des faits mettant en cause un autre motif de persécution, cet élément de la demande doit toujours être examiné, à moins que l'agent des visas n'ait aussi clairement conclu à son manque de crédibilité.

[105] Abstraction faite de ma conclusion antérieure selon laquelle les conclusions quant à la crédibilité n'étaient pas raisonnables, je vais maintenant me pencher sur les motifs énoncés et les conclusions tirées par l'agente. En l'espèce, l'agente n'a pas cru que le demandeur ait jamais été détenu. L'agente, toutefois, ne semble avoir aucunement examiné si le demandeur avait quitté l'Érythrée illégalement, et ce, malgré la description par ce dernier de son départ et malgré la

supported by the cross-examination of the officer (cross-examination of AnnMarie McNeil, March 22–23, 2011, Q603-609):

Q. When you assessed Henok's case, Mr. Ghirmatsion's case ... did you have any more recent or more credible evidence in front of you that contradicted UNHCR's evidence or guidance or suggested that they were wrong about the risk to returning asylum seekers who left illegally?

...

A. No, I didn't.

Q. And you have agreed that nowhere in CAIPS notes or the refusal letter is there any indication that you addressed the applicant's fear of persecution, on the basis of having left the country illegally, correct?

A. That's correct.

Q. Do you have an explanation for why you didn't assess that risk?

A. No, I don't.

[106] It would have been open to the officer to consider this additional ground of persecution and reject it; however, this is not what the officer did. She had no explanation for why she did not assess this risk. The respondent asks this Court to accept that the officer was under no obligation to consider these additional risks because she did not find the applicant's story to be credible. However, that was not the reason why the officer did not consider these additional grounds of persecution. She had no explanation. This is a reviewable error that, on its own, would warrant overturning the officer's decision.

[107] Further, the respondent argued that the applicant cannot self-induce a positive claim to refugee status (*Valentin v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1991] 3 F.C. 390 (C.A.)). However, I do not accept that it is the same situation for a claimant who flees a country from one type of persecution and, as a

preuve documentaire relative au risque couru par ceux qui avaient quitté l'Érythrée illégalement. Cela est confirmé par l'extrait suivant du contre-interrogatoire de l'agente (contre-interrogatoire d'AnnMarie McNeil, les 22 et 23 mars 2011, Q603-609) :

[TRADUCTION]

Q. Lorsque vous avez évalué le cas d'Henok, de M. Ghirmatsion, [...] disposiez-vous d'éléments de preuve plus récents ou plus crédibles contredisant la preuve ou les lignes directrices du HCR, ou laissant croire que cet organisme s'était trompé sur le risque couru par les demandeurs d'asile de retour au pays après l'avoir quitté illégalement?

[...]

R. Non, je n'en avais pas.

Q. Et vous avez convenu que rien dans les notes du STIDI ou la lettre de refus ne laissait croire que vous avez examiné la crainte de persécution du demandeur fondée sur le départ illégal de son pays; est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Pouvez-vous expliquer pourquoi vous n'avez pas évalué ce risque?

R. Non.

[106] Il était loisible à l'agente d'examiner cet autre motif de persécution et de le rejeter; ce n'est toutefois pas ce qu'elle a fait. Elle n'a aucunement expliqué pourquoi elle n'avait pas évalué le risque en cause. Le défendeur demande à la Cour de reconnaître que l'agente n'avait pas à se pencher sur ces autres risques puisqu'elle n'avait pas jugé crédible le récit du demandeur. Ce n'est toutefois pas pour cette raison que l'agente n'a pas examiné ces autres motifs de persécution. Elle n'a pu fournir aucune explication. C'était là une erreur susceptible de contrôle qui justifierait, en soi, l'annulation de la décision de l'agente.

[107] Le défendeur a en outre fait valoir que le demandeur ne pouvait se fabriquer lui-même une cause de crainte de persécution donnant ouverture au droit d'asile (*Valentin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 390 (C.A.)). Je n'estime toutefois pas que se trouvent dans la même situation, d'un côté,

consequence, is now subject to another ground of persecution, to be in the same situation as a claimant who, under no risk, leaves a country only to self-induce a positive claim to refugee status. Leaving the country illegally is a documented risk in Eritrea (the *UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea* (April 2009)). The Supreme Court of Canada has stated that refugees can have more than one ground of persecution and it is not the duty of the claimant, but the officer, to identify the reasons for the persecution (*Ward*, above, at pages 751–752).

[108] The officer erred by failing to consider this additional ground of persecution. This error by the officer is a sufficient basis on which to overturn the decision.

#### XV. Reasonable Apprehension of Bias

[109] The applicant asserts that the decision of the officer raises a reasonable apprehension of bias. As I understand this argument of the applicant, the allegation is based on the cumulative record for this and the other claims that form part of this group of applications. The AMERA interviews highlight a number of common recollections and concerns that were experienced by the claimants, including the applicant.

[110] Some of the claimants felt that the words and demeanour used by the officer during the interview conveyed hostility towards Pentecostals. Of particular relevance, some of the claimants referred to remarks made by the officer that she was Catholic, thereby raising a suspicion that she could be seen as biased.

[111] Moreover, the applicant points to the large number of applications that were refused by this particular officer.

le demandeur d'asile qui a fui son pays pour un motif particulier de persécution et, par suite, est désormais la cible d'un autre motif de persécution et, d'un autre côté, le demandeur d'asile qui a quitté son pays alors qu'il n'y courait aucun risque, uniquement pour se fabriquer lui-même une situation donnant ouverture au droit d'asile. Quitter l'Érythrée illégalement constitue un risque attesté (les *UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea* [lignes directrices du HCR pour la protection internationale des demandeurs d'asile de l'Érythrée] (avril 2009)). La Cour suprême a déclaré que plus d'un motif de persécution pouvait être applicable à un même réfugié, et qu'il n'incombait pas au demandeur, mais bien à l'agent, de déterminer quels sont les motifs de persécution (*Ward*, précité, aux pages 751 et 752).

[108] L'agente a commis une erreur en n'examinant pas l'autre motif de persécution en cause, et cette seule erreur justifie d'annuler sa décision.

#### XV. La crainte raisonnable de partialité

[109] Le demandeur fait valoir que la décision de l'agente donne lieu à une crainte raisonnable de partialité. Cette allégation se fonde, si je comprends bien l'argumentation du demandeur, sur l'ensemble de dossiers constitué par sa revendication et par les autres revendications en instance de contrôle judiciaire. Il se dégage des entrevues menées par l'AMERA un certain nombre de souvenirs et de sujets personnels d'inquiétude communs à tous les demandeurs d'asile, y compris le demandeur.

[110] Lors des entrevues menées par l'agente, certains demandeurs d'asile ont ressenti chez elle, de par son discours et son comportement, de l'hostilité envers les pentecôtistes. Fait particulièrement pertinent, certains demandeurs d'asile ont mentionné que l'agente s'était déclarée être catholique, ce qui soulevait des doutes sur son impartialité.

[111] Le demandeur attire également l'attention sur le grand nombre de demandes que l'agente a rejetées.

[112] The test for apprehension of bias that has consistently been applied was articulated by Justice de Grandpré in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369 (*Committee for Justice*), at page 394. Analysing the words of Justice de Grandpré (and the many who have followed him), the elements involved in any assessment of whether a decision maker holds a reasonable apprehension of bias are as follows:

- The apprehension of bias must be a reasonable one held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information.
- The test is what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude.
- The person considering the alleged bias must be reasonable and the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case.
- The reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances.
- A real likelihood or probability of bias must be demonstrated; a mere suspicion is not enough.
- The existence of a reasonable apprehension of bias depends entirely on the facts.
- The threshold for such a finding is high.
- The onus of demonstrating bias lies with the person who is alleging its existence.
- In the absence of evidence to the contrary, one must assume that a decision maker will act impartially (*Ayyalasomayajula v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 248, at paragraph 15).

[112] Le juge de Grandpré a énoncé dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369 (*Committee for Justice*), à la page 394, le critère de la crainte de partialité constamment appliqué depuis lors. M'inspirant des mots employés par le juge de Grandpré (et de ceux des nombreux autres qui l'ont suivi), j'exposerai comme suit les éléments servant à évaluer si pèse une crainte raisonnable quant à la partialité d'un décideur :

- La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet.
- Le critère consiste à se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique.
- La personne qui se penche sur la prétention de partialité doit être raisonnable et la crainte de partialité même doit être raisonnable compte tenu des circonstances de l'affaire.
- La personne raisonnable doit être bien informée et au fait de tous les facteurs pertinents.
- Il faut démontrer l'existence d'une réelle probabilité de partialité; un simple soupçon ne suffit pas.
- La conclusion de crainte raisonnable de partialité est entièrement tributaire des faits.
- Le seuil quant à la possibilité de tirer une pareille conclusion est très élevé.
- C'est à la personne qui allègue la partialité qu'incombe le fardeau de démontrer son existence.
- En l'absence de preuve contraire, il y a lieu de présumer l'impartialité du décideur (*Ayyalasomayajula c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 248, au paragraphe 15).

[113] Evidence that this officer had rejected all or most of the applications from Eritrean refugee claimants would have gone some way to support the applicant's argument. However, that is not the evidence before me. The officer, when questioned on her affidavit, stated that she determined approximately 600 Eritrean claims each year. Of those, her "rough estimate" was that she accepted the claims of about 400; of those 400, approximately 150 to 200 would have been of the Pentecostal faith. While the applicant may quibble with the arithmetic, the fact remains that a substantial number of Eritrean Pentecostal claimants were accepted in the refugee abroad class by this officer. This alone is sufficient to dismiss the applicant's argument of a reasonable apprehension of bias.

[114] It appears that the applicant (and others in this group of claimants) felt that the attitude of the officer was hostile and that her manner of questioning was harsh. I accept—based on the applicant's affidavit and the AMERA interview notes—that the officer's interview skills may have been deficient. However, this does not amount to a reasonable apprehension of bias.

## XVI. Conclusion

### A. *Summary of decision*

[115] Returning to the issues raised near the beginning of these reasons, I would conclude that the officer made the following reviewable errors:

1. the officer erred by failing to have regard to the applicant's status as a UNHCR refugee;
2. the officer's finding of lack of credibility lacks justification, transparency and intelligibility; it is unreasonable; and

[113] Une preuve montrant le rejet par l'agente de toutes ou presque toutes les demandes d'asile d'Érythréens aurait contribué à étayer l'argument du demandeur. La preuve dont je suis saisie ne va toutefois pas dans ce sens. Lorsqu'on l'a interrogée relativement à son affidavit, l'agente a déclaré qu'elle traitait environ 600 demandes d'asile d'Érythréens chaque année. De ce nombre, selon son [TRADUCTION] « estimation approximative », elle avait accepté quelque 400 demandes chaque année, dont de 150 à 200 environ avaient été présentées par des pentecôtistes. Le demandeur peut toujours ergoter sur les nombres, mais il n'en demeure pas moins que l'agente a admis un nombre important de demandeurs pentecôtistes de l'Érythrée appartenant à la catégorie des réfugiés outre-frontières. Cela seul me suffit pour rejeter l'argument de crainte raisonnable de partialité avancé par le demandeur.

[114] Il semble que le demandeur (et d'autres membres du groupe de demandeurs) aient trouvé que le comportement de l'agente était hostile et que celle-ci les avait interrogés de manière assez agressive. J'admets — sur la foi de l'affidavit du demandeur et des notes prises lors de l'entrevue de l'AMERA — que les techniques d'entrevue de l'agente laissaient peut-être à désirer. Cela ne peut cependant pas en soi donner lieu à une crainte raisonnable de partialité.

## XVI. Conclusion

### A. *Résumé de la décision*

[115] Pour en revenir aux questions soulevées au début des présents motifs, je conclus que l'agente a commis les erreurs susceptibles de contrôle suivantes :

1. l'agente a commis une erreur en faisant abstraction du statut de réfugié octroyé au demandeur par le HCR;
2. il manquait à la conclusion de l'agente quant à la crédibilité les attributs requis de la justification, de la transparence et de l'intelligibilité, et cette conclusion était donc déraisonnable;

3. the officer erred by failing to assess the risk of persecution to the applicant because he would be returning to Eritrea having left the country illegally.

[116] To complete this summary, my other conclusions are as follows:

1. the officer did not err by failing to refer to or follow explicitly the steps outlined in OP 5, section 13.3;

2. although the officer erred by refusing to accept documents offered at the interview, I am not persuaded that, in the circumstances, this failure resulted in a reviewable error;

3. the officer's reasons (the CAIPS notes and the rejection letter) satisfy the officer's duty to give reasons; and

4. the applicant has not met his burden of demonstrating that the officer's decision gives rise to a reasonable apprehension of bias.

[117] The decision will be quashed.

## B. Remedies

[118] The applicant seeks a number of remedies that extend beyond a redetermination of the application by a different decision maker. As stated in the "applicants' further memorandum of argument" (a submission common to all four of these judicial reviews), the applicant seeks the following:

The Applicants request that this Court quash the decisions of the visa officer in each of the four "lead cases", and remit the matters to a senior decision maker not based at the Cairo visa post for redetermination of eligibility within 60 days; in the event of a positive eligibility decision the applicants request further that background checks be completed within a further 30 days and visas issued within 7 days thereafter.

3. l'agente a commis une erreur en n'évaluant pas le risque de persécution que courrait le demandeur s'il retournait en Érythrée après avoir quitté ce pays illégalement.

[116] Je terminerai le présent résumé en exposant comme suit mes autres conclusions :

1. l'agente n'a pas commis d'erreur en ne suivant pas et en ne mentionnant pas explicitement les étapes mentionnées à la section 13.3 du Guide OP 5;

2. bien que l'agente ait commis une erreur en refusant d'admettre certains documents présentés à l'entrevue, je ne suis pas convaincue que, dans les circonstances, ce défaut ait constitué une erreur susceptible de contrôle;

3. les motifs de l'agente (les notes du STIDI et la lettre de refus) satisfaisaient à l'obligation de l'agente de motiver sa décision;

4. le demandeur n'a pas réussi à démontrer que la décision de l'agente donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité.

[117] La décision sera annulée.

## B. Les mesures de réparation

[118] Le demandeur sollicite diverses mesures de réparation allant au-delà du renvoi à un autre décideur pour qu'il rende une nouvelle décision. Comme il est déclaré dans le [TRADUCTION] « Nouveau mémoire des arguments des demandeurs » (des observations communes aux quatre demandes de contrôle judiciaire), le demandeur sollicite les mesures suivantes :

[TRADUCTION] Les demandeurs demandent à la Cour d'annuler les décisions de l'agente des visas dans les quatre « causes types », en renvoyant dans chaque cas l'affaire à un décideur chevronné, ailleurs qu'au bureau des visas du Caire, pour qu'il rende une nouvelle décision dans les 60 jours sur la recevabilité de la demande. Si la décision sur la recevabilité devait être favorable, les demandeurs demandent en outre que la vérification des antécédents soit effectuée dans les 30 jours qui suivent, puis qu'un visa soit délivré dans un autre délai de sept jours.

[119] I am prepared to quash the decisions and have the matter remitted to a different visa officer for redetermination. I am also prepared to order that the applicant be able to submit such further material as he feels is necessary to support his claim. However, I am not prepared to issue the detailed order that the applicant would like to see in this case.

[120] It should be up to the respondent or his delegate to determine who can best carry out the redetermination. I believe that these reasons can offer some guidance to whomever is tasked with the reconsideration. There is no need to stipulate that the visa officer be “a senior decision maker”, primarily because I have no idea of what that would mean.

[121] I understand that the basis for the request that the new visa officer be located outside Cairo is a concern that the officer in this case may have undue influence on the decision-making process. The new visa officer will be required by law to carry out a new, independent analysis; she or he cannot rely on the officer’s decision or advice. I expect that the office in Cairo will ensure that procedures are established, or are already in place, to ensure independent decision making. I see no need to set that out in any order or judgment.

[122] The balance of the requested remedies relate to the imposition of time limits. I am not prepared to establish time limits for any of the next steps. However, given the uncertainty of the applicant’s ability to remain in Egypt for any length of time and the seriousness of the risks he may face if returned to Eritrea, I expect that the redetermination and follow-up steps (if necessary) will be carried out expeditiously. In the event of lengthy delay, I would anticipate that any of my colleagues would be sympathetic to granting an order of *mandamus* in the appropriate circumstances.

[119] Je suis disposée à annuler les décisions et, dans chaque cas, à renvoyer l’affaire à un autre agent des visas pour qu’il rende une nouvelle décision. Je suis également disposée à ordonner que le demandeur puisse présenter les autres documents qu’il estime nécessaires au soutien de sa demande. Je ne suis toutefois pas disposée à décerner l’ordonnance précisément sollicitée par le demandeur en l’espèce.

[120] C’est au défendeur ou à son représentant qu’il revient d’établir qui est le mieux placé pour rendre la nouvelle décision. Je crois que les présents motifs pourront être utiles à quiconque aura pour tâche d’examiner à nouveau l’affaire, mais il n’y a pas lieu de préciser que l’agent des visas concerné devra être un [TRADUCTION] « décideur chevronné », tout particulièrement parce que je n’ai aucune idée de ce que cela voudrait dire.

[121] Je comprends bien que, si le demandeur demande que le nouvel agent des visas se trouve ailleurs qu’au Caire, c’est par crainte que l’agente en l’espèce puisse influencer indûment sur le processus décisionnel. Mais le nouvel agent sera tenu de par la loi de procéder à une analyse nouvelle et indépendante; il (ou elle) ne pourra se fonder sur la décision ou les conseils de l’agente. Je m’attends à ce qu’au bureau du Caire on veillera à mettre en place une procédure, ou j’imagine qu’une procédure y existe déjà, qui garantira l’indépendance du processus décisionnel. Je ne vois pas la nécessité d’en faire explicitement une obligation dans tout jugement ou toute ordonnance.

[122] Les autres réparations sollicitées ont trait à la fixation de délais. Je ne suis pas disposée à fixer des délais pour l’une quelconque des étapes ultérieures. Comme toutefois il est incertain si le demandeur pourra demeurer longtemps en Égypte, et vu la gravité des risques qu’il pourrait courir advenant son retour en Érythrée, je m’attends à ce que la nouvelle décision soit rendue rapidement et à ce que les mesures de suivi, s’il en est, soient prises sans retard. S’il devait y avoir manque de diligence, un de mes collègues accepterait sans doute, dans les circonstances appropriées, de décerner une ordonnance de *mandamus*.

C. *Costs*

[123] The applicant seeks costs in this and the related three files. The applicant will have until May 27, 2011 to make further submissions on costs. The submission is to be a joint submission for all four related files and must not exceed ten pages in length. Further, the submission should identify the total amount of costs sought, either for each file or for the four files together. The respondent will have until June 9, 2011 to reply to the applicant's submissions on costs.

D. *Next Steps*

[124] As noted at the beginning of these reasons, this applicant is one of almost 40 claimants in similar circumstances. In reasons for judgment and judgment released at the same time as this, I have concluded that the judicial review applications for the other three files heard at the same time as this one will also be allowed. As I did early in these reasons, I wish to stress that this decision is addressed to this particular application by Mr. Henok Aynalem Ghirmatsion. I make no finding or order that binds the disposition of any of the remaining files. Each file presents a unique set of facts and requires separate review and determination. However, I am hopeful that these reasons will permit counsel for the applicants and the respondent to reach an agreement on the proper disposition of some or all of the remaining applications in the group.

[125] At the close of the hearing, the parties expressed interest in convening a conference with me to discuss the next steps. If the parties continue to believe that such a conference would be helpful, they are invited to make such a request through the Court Registry.

C. *Les dépens*

[123] Le demandeur sollicite l'octroi des dépens dans le présent dossier et les trois autres dossiers connexes. Le demandeur pourra présenter de nouvelles observations relatives aux dépens d'ici le 27 mai 2011. Il devra s'agir d'observations conjointes pour les quatre dossiers connexes, d'une longueur maximale de dix pages. Les observations devront aussi préciser le montant total des dépens demandés, dans chacun des dossiers ou pour les quatre dossiers réunis. Le défendeur pourra répondre au plus tard le 9 juin 2011 aux observations du demandeur sur les dépens.

D. *Les prochaines étapes*

[124] Je l'ai dit au début des présents motifs, le demandeur est l'un parmi une quarantaine de demandeurs se trouvant dans des situations semblables. Dans des motifs de jugement et jugements rendus en même temps que les présents motifs et jugement, j'ai conclu qu'il fallait aussi accueillir les demandes de contrôle judiciaire pour les trois affaires instruites en même temps que la présente. Comme je l'ai fait d'entrée de jeu dans les présents motifs, j'insiste pour dire que la présente décision ne concerne que la demande particulière présentée par M. Henok Aynalem Ghirmatsion. Je ne tire aucune conclusion ni ne rends aucune ordonnance qui ait force obligatoire à l'égard de l'un quelconque des dossiers restants. Chaque dossier concerne un ensemble particulier de faits et doit faire l'objet d'un examen et d'une décision distincts. J'espère toutefois que les présents motifs permettront aux avocats des divers demandeurs et du défendeur d'en arriver à une entente sur l'issue à apporter à toutes les demandes restantes du groupe ou à certaines d'entre elles.

[125] À la fin de l'audience, les parties se sont dites intéressées à participer avec moi à une conférence et de discuter des prochaines étapes. Si les parties continuent de juger utile la tenue d'une telle conférence, je les convie à en faire la demande par l'entremise du greffe de la Cour.



E. *Certified Question*

[126] Neither party proposes a question of general importance for certification. I agree that there is no question for certification.

F. *Final Remarks*

[127] In conclusion, I would like to thank the parties for their professionalism throughout the pre-hearing and hearing stages. Your clients were very well served by your advocacy. In addition, the proceedings benefited from the respect you demonstrated for your roles as officers of the Court.

## JUDGMENT

NOW THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application for judicial review is allowed, the decision of the officer is quashed and the matter remitted to a different officer for reconsideration.
2. The applicant will be permitted to provide any additional materials to the newly designated visa officer that he believes are relevant to the determination of his claim.
3. The applicant will have until May 27, 2011 to make further submissions on costs. The submission is to be a joint submission for all four related files and must not exceed ten pages in length. Further, the submission should identify the total amount of costs sought. The respondent will have until June 9, 2011 to reply to the applicant's submissions on costs; the reply may not exceed ten pages in length.
4. No question of general importance is certified.

E. *La certification d'une question*

[126] Ni l'une ni l'autre partie ne propose de question de portée générale en vue de sa certification. J'estime également qu'aucune question n'a à être certifiée.

F. *Observations finales*

[127] Pour conclure, j'aimerais remercier les avocats pour le professionnalisme dont ils ont fait preuve tout au long de l'étape préalable à l'audience et lors de l'audience. Les parties ont vu leurs intérêts défendus de la meilleure manière possible. En outre, le respect témoigné par les avocats pour leur rôle d'officiers de la justice a aidé à assurer le bon déroulement de l'instance.

## JUGEMENT

LA COUR STATUE comme suit :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision de l'agente est annulée et l'affaire est renvoyée à un autre agent pour nouvel examen.
2. Le demandeur pourra présenter à l'agent des visas nouvellement désigné tout document additionnel qu'il estime être pertinent quant à sa demande.
3. Le demandeur pourra présenter de nouvelles observations relatives aux dépens d'ici le 27 mai 2011. Il devra s'agir d'observations conjointes pour les quatre dossiers connexes, d'une longueur maximale de dix pages. Les observations devront en outre préciser le montant total des dépens demandés. Le défendeur devra répondre au plus tard le 9 juin 2011 aux observations du demandeur sur les dépens; la réponse sera d'un maximum de dix pages.
4. Aucune question de portée générale n'est certifiée.

## APPENDIX A

## ANNEXE A

Relevant Statutory Provisions

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

Application  
before enter-  
ing Canada

**11.** (1) A foreign national must, before entering Canada, apply to an officer for a visa or for any other document required by the regulations. The visa or document may be issued if, following an examination, the officer is satisfied that the foreign national is not inadmissible and meets the requirements of this Act.

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227

General  
require-  
ments

**139.** (1) A permanent resident visa shall be issued to a foreign national in need of refugee protection, and their accompanying family members, if following an examination it is established that

- (a) the foreign national is outside Canada;
- (b) the foreign national has submitted an application in accordance with section 150;
- (c) the foreign national is seeking to come to Canada to establish permanent residence;
- (d) the foreign national is a person in respect of whom there is no reasonable prospect, within a reasonable period, of a durable solution in a country other than Canada, namely
  - (i) voluntary repatriation or resettlement in their country of nationality or habitual residence, or
  - (ii) resettlement or an offer of resettlement in another country;
- (e) the foreign national is a member of one of the classes prescribed by this Division;
- (f) one of the following is the case, namely
  - (i) the sponsor's sponsorship application for the foreign national and their family

Dispositions légales pertinentes

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

Visa et  
documents

**11.** (1) L'étranger doit, préalablement à son entrée au Canada, demander à l'agent les visa et autres documents requis par règlement. L'agent peut les délivrer sur preuve, à la suite d'un contrôle, que l'étranger n'est pas interdit de territoire et se conforme à la présente loi.

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227

Exigences  
générales

**139.** (1) Un visa de résident permanent est délivré à l'étranger qui a besoin de protection et aux membres de sa famille qui l'accompagnent si, à l'issue d'un contrôle, les éléments suivants sont établis :

- a) l'étranger se trouve hors du Canada;
- b) il a présenté une demande conformément à l'article 150;
- c) il cherche à entrer au Canada pour s'y établir en permanence;
- d) aucune possibilité raisonnable de solution durable n'est, à son égard, réalisable dans un délai raisonnable dans un pays autre que le Canada, à savoir :
  - (i) soit le rapatriement volontaire ou la réinstallation dans le pays dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle,
  - (ii) soit la réinstallation ou une offre de réinstallation dans un autre pays;
- e) il fait partie d'une catégorie établie dans la présente section;
- f) selon le cas :
  - (i) la demande de parrainage du répondant à l'égard de l'étranger et des membres de sa

members included in the application for protection has been approved under these Regulations,

(ii) in the case of a member of the Convention refugee abroad or source country class, financial assistance in the form of funds from a governmental resettlement assistance program is available in Canada for the foreign national and their family members included in the application for protection, or

(iii) the foreign national has sufficient financial resources to provide for the lodging, care and maintenance, and for the resettlement in Canada, of themselves and their family members included in the application for protection;

(g) if the foreign national intends to reside in a province other than the Province of Quebec, the foreign national and their family members included in the application for protection will be able to become successfully established in Canada, taking into account the following factors:

(i) their resourcefulness and other similar qualities that assist in integration in a new society,

(ii) the presence of their relatives, including the relatives of a spouse or a common-law partner, or their sponsor in the expected community of resettlement,

(iii) their potential for employment in Canada, given their education, work experience and skills, and

(iv) their ability to learn to communicate in one of the official languages of Canada;

(h) if the foreign national intends to reside in the Province of Quebec, the competent authority of that Province is of the opinion that the foreign national and their family members included in the application for protection meet the selection criteria of the Province; and

famille visés par la demande de protection a été accueillie au titre du présent règlement,

(ii) s'agissant de l'étranger qui appartient à la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières ou à la catégorie de personnes de pays source, une aide financière publique est disponible au Canada, au titre d'un programme d'aide, pour la réinstallation de l'étranger et des membres de sa famille visés par la demande de protection,

(iii) il possède les ressources financières nécessaires pour subvenir à ses besoins et à ceux des membres de sa famille visés par la demande de protection, y compris leur logement et leur réinstallation au Canada;

(g) dans le cas où l'étranger cherche à s'établir dans une province autre que la province de Québec, lui et les membres de sa famille visés par la demande de protection pourront réussir leur établissement au Canada, compte tenu des facteurs suivants :

(i) leur ingéniosité et autres qualités semblables pouvant les aider à s'intégrer à une nouvelle société,

(ii) la présence, dans la collectivité de réinstallation prévue, de membres de leur parenté, y compris celle de l'époux ou du conjoint de fait de l'étranger, ou de leur répondant,

(iii) leurs perspectives d'emploi au Canada vu leur niveau de scolarité, leurs antécédents professionnels et leurs compétences,

(iv) leur aptitude à apprendre à communiquer dans l'une des deux langues officielles du Canada;

(h) dans le cas où l'étranger cherche à s'établir dans la province de Québec, les autorités compétentes de cette province sont d'avis que celui-ci et les membres de sa famille visés par la demande de protection satisfont aux critères de sélection de cette province;

	(i) subject to subsection (3), the foreign national and their family members included in the application for protection are not inadmissible.	i) sous réserve du paragraphe (3), ni lui ni les membres de sa famille visés par la demande de protection ne sont interdits de territoire.	
	...	[...]	
Convention refugees abroad class	<b>144.</b> The Convention refugees abroad class is prescribed as a class of persons who may be issued a permanent resident visa on the basis of the requirements of this Division.	<b>144.</b> La catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières est une catégorie réglementaire de personnes qui peuvent obtenir un visa de résident permanent sur le fondement des exigences prévues à la présente section.	Catégorie
Member of Convention refugees abroad class	<b>145.</b> A foreign national is a Convention refugee abroad and a member of the Convention refugees abroad class if the foreign national has been determined, outside Canada, by an officer to be a Convention refugee.	<b>145.</b> Est un réfugié au sens de la Convention outre-frontières et appartient à la catégorie des réfugiés au sens de cette convention l'étranger à qui un agent a reconnu la qualité de réfugié alors qu'il se trouvait hors du Canada.	Qualité
	...	[...]	
Member of country of asylum class	<b>147.</b> A foreign national is a member of the country of asylum class if they have been determined by an officer to be in need of resettlement because	<b>147.</b> Appartient à la catégorie de personnes de pays d'accueil l'étranger considéré par un agent comme ayant besoin de se réinstaller en raison des circonstances suivantes :	Catégorie de personnes de pays d'accueil
	(a) they are outside all of their countries of nationality and habitual residence; and	a) il se trouve hors de tout pays dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle;	
	(b) they have been, and continue to be, seriously and personally affected by civil war, armed conflict or massive violation of human rights in each of those countries.	b) une guerre civile, un conflit armé ou une violation massive des droits de la personne dans chacun des pays en cause ont eu et continuent d'avoir des conséquences graves et personnelles pour lui.	

A-107-11  
2012 FCA 209

A-107-11  
2012 CAF 209

**Air Canada Pilots Association** (*Appellant*)

**Association des pilotes d'Air Canada** (*appelante*)

v.

c.

**Robert Neil Kelly, George Vilven, Canadian Human Rights Commission, and Air Canada** (*Respondents*)

**Robert Neil Kelly, George Vilven, Commission canadienne des droits de la personne et Air Canada** (*intimés*)

and

et

**Attorney General of Canada** (*Respondent as of right under section 57 of the Federal Courts Act*)

**Procureur général du Canada** (*intimé de plein droit en vertu de l'article 57 de la Loi sur les Cours fédérales*)

**INDEXED AS: AIR CANADA PILOTS ASSOCIATION V. KELLY**

**RÉPERTORIÉ : ASSOCIATION DES PILOTES D'AIR CANADA C. KELLY**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Layden-Stevenson\* and Gauthier J.J.A.—Ottawa, November 22, 2011; July 17, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Layden-Stevenson\* et Gauthier, J.C.A.—Ottawa, 22 novembre 2011, 17 juillet 2012.

\* Layden-Stevenson J.A. was unable to participate in the Court's deliberations and died on June 27, 2012. This judgment and the reasons are issued under subsection 45(3) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

\* La juge Layden-Stevenson n'a pas pu prendre part aux délibérations de la Cour. Elle est décédée le 27 juin 2012. L'arrêt motivé de la Cour est rendu aux termes du paragraphe 45(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

*Human Rights — Labour relations — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision upholding Canadian Human Rights Tribunal finding that Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c) not saved by Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Respondents forced to retire as pilots at age 60 due to mandatory retirement — Federal Court finding s. 15(1)(c) not minimally impairing respondents' right, benefits of s. 15(1)(c) not proportional to its deleterious effects — Determining McKinney v. University of Guelph (S.C.C.) not applicable herein — McKinney binding on Tribunal, Federal Court — Federal Court confusing issues of individual's knowledge of factual circumstances giving rise to claim that rights violated, legal analysis required to determine if rights violated — McKinney accurately describing thrust of s. 15(1)(c), addressing issue of mandatory retirement generally — McKinney deciding that mandatory retirement justified under Charter, s. 1 when arrangement advantageous for employers, employees — Nothing in McKinney suggesting that mandatory retirement prior to age 65 not permitted — S. 15(1)(c) constitutionally valid, 60 normal retirement age for persons working in positions similar to respondents' — Appeal allowed; cross-appeal dismissed.*

*Droits de la personne — Relations de travail — Appel et appel incident interjetés à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'art. 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés — Les intimés devaient prendre leur retraite, en tant que pilotes, à l'âge de 60 ans, en raison de dispositions relatives à la retraite obligatoire — Selon la conclusion de la Cour fédérale, l'art. 15(1)c) ne constitue pas une atteinte minimale au droit des intimés d'être libres de toute mesure discriminatoire, et les avantages que procure l'art. 15(1)c) ne sont pas proportionnés à ses effets néfastes — La Cour fédérale a déterminé que l'arrêt McKinney c. Université de Guelph (C.S.C.) était inapplicable en l'espèce — L'arrêt McKinney s'imposait au Tribunal et à la Cour fédérale — La Cour fédérale a confondu deux questions : la possibilité, pour un individu, de savoir dans quelles circonstances il pourra invoquer une atteinte à ses droits, et l'analyse juridique à laquelle il convient de procéder pour décider s'il y a eu violation des droits en question — L'arrêt McKinney décrit correctement l'objectif que cherche à atteindre l'art. 15(1)c) en se*

*Judges and Courts — Stare decisis — Federal Court upholding Canadian Human Rights Tribunal finding that Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c) not saved by Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Federal Court distinguishing McKinney v. University of Guelph (S.C.C.) — Finding that McKinney not final word on mandatory retirement — Whether Tribunal, Federal Court bound to follow McKinney — McKinney binding on Tribunal, Federal Court — Supreme Court in McKinney leaving door open to revisit issue of mandatory retirement for itself, not for lower courts — Differences in evidentiary records in present case, McKinney not justifying departure from established case law — Such departure at odds with stare decisis.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Federal Court upholding Canadian Human Rights Tribunal finding that Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c) not saved by Charter, s. 1 — Distinguishing McKinney v. University of Guelph (S.C.C.) — Whether s. 15(1)(c) demonstrably justified as reasonable limitation pursuant to Charter, s. 1 — McKinney binding on Tribunal, Federal Court — McKinney accurately describing thrust of s. 15(1)(c), addressing issue of mandatory retirement generally — McKinney deciding that mandatory retirement justified under Charter, s. 1 when arrangement advantageous for employers, employees — Nothing in McKinney suggesting that mandatory retirement prior to age 65 not permitted — S. 15(1)(c) constitutionally valid.*

This was an appeal and cross-appeal from a Federal Court decision upholding a Canadian Human Rights Tribunal finding that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA), which is an exception to the prohibition against

*prononçant sur la question de la retraite obligatoire en général — L'arrêt McKinney a conclu que la retraite obligatoire est justifiée au regard de l'article premier de la Charte lorsqu'elle correspond à un arrangement qui est dans l'intérêt à la fois des employeurs et des employés — Rien dans l'arrêt McKinney ne permet de dire que la retraite obligatoire avant l'âge de 65 ans n'est pas autorisée — L'art. 15(1)c) est constitutionnellement valide, et 60 ans est l'âge normal de la retraite pour ce genre d'emploi — Appel accueilli; appel incident rejeté.*

*Juges et Tribunaux — Stare decisis — La Cour fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'art. 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés — La Cour fédérale a différencié l'affaire en cause de la situation visée par l'arrêt McKinney c. Université de Guelph (C.S.C.) — Elle a conclu que l'arrêt McKinney ne tranchait pas de manière définitive la question de la retraite obligatoire — Il s'agissait de savoir si le Tribunal et la Cour fédérale sont tenus de suivre l'arrêt McKinney — L'arrêt McKinney lie le Tribunal et la Cour fédérale — La Cour suprême a, dans l'arrêt McKinney, fait qu'il lui est possible de réexaminer à une date ultérieure la question de la retraite obligatoire, ce qui n'est pas le cas pour les tribunaux d'instance inférieure — Des différences au niveau des dossiers de preuve entre la présente affaire et l'affaire McKinney ne justifient pas que l'on s'écarte de la jurisprudence établie — Un tel écart serait contraire à la règle du stare decisis.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — La Cour fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'art. 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte — La Cour fédérale a différencié l'affaire en cause de la situation visée par l'arrêt McKinney c. Université de Guelph (C.S.C.) — Il s'agissait de savoir si l'art. 15(1)c) peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte — L'arrêt McKinney lie le Tribunal et la Cour fédérale — L'arrêt McKinney décrit correctement l'objectif que cherche à atteindre l'art. 15(1)c); la Cour suprême entendait se prononcer sur la question de la retraite obligatoire en général — L'arrêt McKinney conclut que la retraite obligatoire peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte lorsqu'elle correspond à un arrangement qui est dans l'intérêt des employeurs et des employés — Rien, dans l'arrêt McKinney, ne permet de dire que la retraite obligatoire avant l'âge de 65 ans n'est pas autorisée — L'art. 15(1)c) est constitutionnellement valide.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de*

age-based discrimination in the employment context, was not saved by section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

The respondents George Vilven and Robert Neil Kelly are former Air Canada pilots who were forced to retire at age 60 due to the mandatory retirement provisions in both their collective agreement and in their pension plan. The Federal Court found that paragraph 15(1)(c) did not minimally impair the respondents' right to be free from discrimination, and that the benefits achieved by paragraph 15(1)(c) were not proportional to its deleterious effects. However, it declined to grant a declaration of invalidity with respect to paragraph 15(1)(c). The Federal Court determined that *McKinney v. University of Guelph*, wherein the Supreme Court decided that the combined effect of subsection 4(1) and paragraph 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981* (Code) denying the protection of the Code to workers over the age of 65 was constitutionally valid, did not apply to the case before it. In distinguishing *McKinney* from the present case, the Federal Court identified: differences in the legislative history and objectives of paragraph 15(1)(c) and the impugned portions of the Code as well as in the mechanism for deciding the age at which mandatory retirement becomes permissible; new facts that called into question the factual underpinning of *McKinney*; and new developments in public policy. The Federal Court also found that the Supreme Court did not consider its decision in *McKinney* to be the last word on the subject of mandatory retirement.

At issue was whether paragraph 15(1)(c) of the CHRA can be demonstrably justified as a reasonable limitation pursuant to section 1 of the Charter, and whether the Tribunal and the Federal Court were bound to follow *McKinney* in disposing of the constitutional challenge to paragraph 15(1)(c) of the CHRA.

*Held*, the appeal should be allowed; the cross-appeal should be dismissed.

The Supreme Court's decision in *McKinney* was binding on the Tribunal and on the Federal Court. As a result, both erred in concluding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA was not saved by section 1 of the Charter. There is no meaningful distinction to be drawn between the objectives of the Code and the CHRA. The difference lies in the determination of the age at which mandatory retirement becomes permissible, not in the mechanics of its implementation. With respect to the distinction between the legislative provisions in terms of an

*la personne* (la LCDP), qui constitue une exception à l'interdiction de toute mesure discriminatoire fondée sur l'âge, ne se défendait pas au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

Les intimés, George Vilven et Robert Neil Kelly, sont d'anciens pilotes d'Air Canada qui ont été obligés de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans, conformément aux dispositions relatives à la retraite obligatoire inscrites tant dans la convention collective dont ils relèvent que dans leur régime de pension. La Cour fédérale a conclu que l'alinéa 15(1)c) ne constitue pas une atteinte minimale au droit des intimés d'être libres de toute mesure discriminatoire, et que les avantages que procure l'alinéa 15(1)c) ne sont pas proportionnés à ses effets néfastes. Cependant, elle a refusé de déclarer l'invalidité de l'alinéa 15(1)c). La Cour fédérale a conclu que l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, dans lequel la Cour suprême estimait qu'ensemble, le paragraphe 4(1) et l'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario (le Code), avaient pour effet d'exclure de la protection offerte par le Code les travailleurs âgés de plus de 65 ans, était constitutionnellement valide, mais ne s'appliquait pas à l'affaire dont elle était saisie. Afin de différencier l'arrêt *McKinney* de la présente affaire, la Cour fédérale a établi des différences entre les éléments suivants : l'historique des dispositions, les objectifs de l'alinéa 15(1)c) et les dispositions du Code attaquées en l'occurrence, de même que dans le mécanisme permettant de décider à partir de quel âge il est loisible d'imposer le départ à la retraite; des faits nouveaux mettant en doute le fondement actuel de la décision que la Cour suprême a rendue dans *McKinney*; et l'évolution des politiques publiques. La Cour fédérale a également conclu que la Cour suprême n'a pas considéré que l'arrêt *McKinney* tranchait de manière définitive la question de la retraite obligatoire.

Il s'agissait de savoir si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP peut se justifier à titre de restriction raisonnable, au regard de l'article premier de la Charte, et si le Tribunal et la Cour fédérale étaient tenus d'appliquer la jurisprudence *McKinney* pour trancher la mise en cause constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP.

*Arrêt* : L'appel doit être accueilli; l'appel incident doit être rejeté.

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *McKinney* s'imposait au Tribunal et à la Cour fédérale. Par conséquent, ils ont tous deux conclu à tort que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ne se justifiait pas au regard de l'article premier de la Charte. On ne peut, s'agissant des objectifs visés par le Code et de ceux auxquels tendent les dispositions de la LCDP, en tirer aucune distinction significative. La différence entre les deux dispositions concerne la fixation de l'âge à partir duquel il est permis d'imposer la retraite obligatoire, et non le mécanisme

employee's ability to know whether mandatory retirement is consistent with the relevant human rights legislation, the Federal Court confused two issues: an individual's knowledge of the factual circumstances that may give rise to a claim that their rights have been violated, and the legal analysis required to determine if those rights have, in fact, been violated. The Ontario Court of Appeal's comments in *Canada (Attorney General) v. Bedford* pertaining to the need for a robust application of *stare decisis* are apposite to the present case and are dispositive of three of the four grounds given by the Federal Court for not following *McKinney*. The argument that the Supreme Court itself did not consider *McKinney* as the last word on mandatory retirement does not authorize a lower court to relitigate the issues decided therein. The Supreme Court left the door open to revisit the issue of mandatory retirement for itself, not for others. Differences in the evidentiary records in the present case and in *McKinney* cannot justify departing from established case law. If it did, every case would be binding only on the parties to that case since no two cases are decided on the same evidentiary record. Such a result, particularly in Charter litigation, is at odds with the values of certainty and finality which underlie the doctrine of *stare decisis*. In determining that there was nothing irrational in a system "that permits those in the private sector to determine for themselves the age of retirement suitable to a particular area of activity", the Supreme Court accurately described the thrust of paragraph 15(1)(c). The Supreme Court was addressing its mind to the issue of mandatory retirement generally, and not specifically to the question of mandatory retirement at age 65. *McKinney* did not decide that the provisions of the Code permitting mandatory retirement as of age 65 were saved by section 1 of the Charter because 65 was seen as the normal age of retirement. Age 65, in and of itself, cannot justify a breach of section 15 of the Charter. The factors which justify mandatory retirement must logically apply independently of age since one cannot justify a breach of the right to be free from age-based discrimination by reference to age itself. Such an argument would be tautological. What *McKinney* did decide was that mandatory retirement, as an exception to the prohibition against discrimination on the basis of age, could be justified under section 1 of the Charter when it is a mutually advantageous arrangement between employers and employees that permits the workplace to be organized in a manner that accommodates the needs of both parties. Nothing in *McKinney* suggests that the analysis which resulted in the conclusion that paragraph 9(a) of the Code was saved under section 1 of the Charter does not apply to provisions permitting mandatory retirement prior to age 65, or that such arrangements are not justified under section 1 of the Charter simply because the agreed upon age of mandatory retirement is less than 65.

de mise en œuvre de la retraite obligatoire. En ce qui concerne la différence entre les dispositions législatives quant à la mesure dans laquelle un employé peut savoir si son départ obligatoire à la retraite est conforme aux dispositions législatives concernant les droits de la personne, la Cour fédérale a confondu deux questions : la possibilité, pour un individu, de savoir dans quelles circonstances il pourra invoquer une atteinte à ses droits, et l'analyse juridique à laquelle il convient de procéder pour décider s'il y a, effectivement, eu violation des droits en question. Les observations de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Canada (Attorney General) v. Bedford* ayant trait à la nécessité d'une application stricte de la règle du *stare decisis* s'appliquent en l'espèce et sont déterminantes en ce qui concerne trois des quatre motifs avancés par la Cour fédérale pour ne pas appliquer l'arrêt *McKinney*. L'argument voulant que la Cour suprême n'ait elle-même pas considéré que l'arrêt *McKinney* tranchait de manière définitive la question de la retraite obligatoire n'autorise pas un tribunal d'instance inférieure à revenir sur les questions réglées par l'arrêt *McKinney*. La Cour suprême a, dans l'arrêt *McKinney*, fait qu'il lui est possible de réexaminer à une date ultérieure la question de la retraite obligatoire, mais cette possibilité n'est pas donnée à d'autres. Le fait que l'on puisse relever, entre la présente affaire et l'affaire *McKinney*, des différences au niveau des dossiers de preuve ne justifie pas que l'on s'écarte de la jurisprudence établie. Sinon, toute décision de justice ne s'imposerait qu'aux parties au litige, car le dossier de preuve varie d'une affaire à l'autre. Un tel résultat, et cela est particulièrement vrai de contestations fondées sur les dispositions de la Charte, serait contraire au souci de certitude et de règlement définitif qui est à l'origine de la règle du *stare decisis*. En concluant qu'il n'y a rien d'irrationnel dans un système « qui permet aux individus du secteur privé de fixer eux-mêmes l'âge de la retraite qui convient dans un domaine particulier d'activités », la Cour suprême a décrit correctement l'objectif que cherche à atteindre l'alinéa 15(1)(c) de la LCDP. La Cour suprême entendait se prononcer sur la question de la retraite obligatoire en général, et pas uniquement sur la retraite obligatoire à partir de 65 ans. L'arrêt *McKinney* n'a notamment pas dit que les dispositions du Code autorisant la retraite obligatoire à partir de 65 ans se défendaient au regard de l'article premier de la Charte parce que 65 ans est considéré comme l'âge de la retraite en vigueur. L'âge de 65 ans ne saurait en soi justifier une atteinte à l'article 15 de la Charte. Les facteurs qui justifient la retraite obligatoire doivent logiquement s'appliquer indépendamment de l'âge, car on ne saurait, sous peine de tautologie, invoquer l'âge de l'intéressé pour justifier une atteinte au droit d'échapper aux mesures discriminatoires fondées sur l'âge. Ce que l'arrêt *McKinney* a dit, c'est que la retraite obligatoire, qui constitue une exception à l'interdiction de toute mesure discriminatoire fondée sur l'âge, peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte lorsqu'elle correspond à un arrangement qui est dans l'intérêt à la fois des employeurs et des employés,



The decision was set aside and the matter returned to the Tribunal with the direction that the complaints of the respondents should be dismissed on the ground that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is constitutionally valid, and that 60 is the normal retirement age for persons working in positions similar to theirs. The respondent pilots' cross-appeal from the Federal Court's refusal to grant a declaration of invalidity was dismissed.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2, 7, 15.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(1)(c).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 57(4) (as am. *idem*, s. 54).  
*Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, ss. 4(1), 9(a) "age".

#### CASES CITED

##### FOLLOWED:

*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, (1990), 76 D.L.R. (4th) 595, 91 CLLC 17,004, affg 1987 CanLII 179, 63 O.R. (2d) 1, 46 D.L.R. (4th) 193 (C.A.).

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, revg in part 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129.

##### CONSIDERED:

*Vilven v. Air Canada*, 2007 CHRT 36, 61 C.H.R.R. D/149, [2008] CLLC 230-011; *Vilven v. Air Canada*, 2009 FC

puisqu'il permet une organisation du travail correspondant aux besoins des deux parties. Il n'y a rien, dans l'arrêt *McKinney*, qui permette de dire que l'analyse ayant mené à conclure que l'alinéa 9a) du Code se défendait au regard de l'article premier de la Charte ne s'applique pas aux dispositions autorisant la retraite obligatoire avant l'âge de 65 ans, ou que ces arrangements ne se justifient pas au regard de l'article premier de la Charte simplement parce qu'ils prévoient la retraite obligatoire à moins de 65 ans.

La décision de la Cour fédérale a été infirmée et l'affaire a été renvoyée au Tribunal pour qu'il rejette les plaintes déposées par les intimés, l'alinéa 15(1)c) de la LCDP étant constitutionnellement valide, et 60 ans étant l'âge normal de la retraite pour ce genre d'emploi. L'appel incident interjeté par les pilotes à l'encontre de la décision de la Cour fédérale de refuser de déclarer invalide la disposition en cause a été rejeté.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2, 7, 15.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Code des droits de la personne (1981)*, S.O. 1981, ch. 53, art. 4(1), 9a) « âge ».  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15(1)c).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 57(4) (mod., *idem*, art. 54).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE :

*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, confirmant 1987 CanLII 179, 63 O.R. (2d) 1, 46 D.L.R. (4th) 193, 29 Admin. L.R. 227 (C.A.).

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, infirmant en partie 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Vilven c. Air Canada*, 2007 TCDP 36; *Vilven c. Air Canada*, 2009 CF 367, [2010] 2 R.C.F. 189; *R. v. Prokofiew*, 2010

367, [2010] 2 F.C.R. 189, 74 C.C.E.L. (3d) 1, [2009] CLLC 230-019; *R. v. Prokofiew*, 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, 256 C.C.C. (3d) 355, 77 C.R. (6th) 52.

## REFERRED TO:

*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200, 24 C.C.C. (3d) 321; *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29; *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, 2008 CanLII 26258, 92 O.R. (3d) 16, 292 D.L.R. (4th) 623 (Ont. S.C.J.); *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220, 43 Admin. L.R. (3d) 12, [2002] CLLC 230-002; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, 223 D.L.R. (4th) 599, [2003] 5 W.W.R. 1; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, [1990] 4 W.W.R. 481, (1990), 56 C.C.C. (3d) 165; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

## AUTHORS CITED

Canada. Canadian Human Rights Act Review Panel. *Promoting Equality: A New Vision*. Ottawa: Department of Justice, 2000.  
*Halsbury's Laws of Canada, Civil Procedure I*, 1st ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Federal Court decision (2011 FC 120, [2012] 4 F.C.R. 277, 88 C.C.E.L. (3d) 210, [2011] CLLC 230-022) upholding a Canadian Human Rights Tribunal finding (2009 CHRT 24, 77 C.C.E.L. (3d) 128, 69 C.H.R.R. D/419, [2010] CLLC 230-011) that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* is not saved by section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Bruce Laughton*, Q.C. for appellant.  
*David Baker* and *Raymond Hall* for respondents  
*Robert Neil Kelly* and *George Vilven*.  
*Daniel Poulin* for respondent Canadian Human Rights Commission.

ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, 256 C.C.C. (3d) 355, 77 C.R. (6th) 52.

## DÉCISIONS CITÉES :

*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29; *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, 2008 CanLII 26258, 92 O.R. (3d) 16, 292 D.L.R. (4th) 623 (C.S.J. Ont.); *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220, 43 Admin. L.R. (3d) 12, [2002] CLLC 230-002; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne. *La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision*. Ottawa : Ministère de la Justice, 2000.  
*Halsbury's Laws of Canada, Civil Procedure I*, 1<sup>re</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 120, [2012] 4 R.C.F. 277) confirmant une conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne (2009 TCDP 24), selon laquelle l'alinéa 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne se défendait pas au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Appel accueilli; appel incident rejeté.

## ONT COMPARU

*Bruce Laughton*, C.R., pour l'appelante.  
*David Baker* et *Raymond Hall* pour les intimés  
*Robert Neil Kelly* et *George Vilven*.  
*Daniel Poulin* pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

*Maryse Tremblay* for respondent Air Canada.  
*Anne M. Turley and Craig Collins-William* for  
 respondent Attorney General of Canada.

*Maryse Tremblay* pour l'intimée Air Canada.  
*Anne M. Turley et Craig Collins-William* pour  
 l'intimé le procureur général du Canada.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Laughton & Company*, Vancouver, for appellant.  
*Bakerlaw*, Toronto, and *Raymond Hall*, Winnipeg,  
 for respondents Robert Neil Kelly and George Vilven.  
*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for  
 respondent Canadian Human Rights Commission.

*Heenan Blaikie LLP*, Montréal, for respondent Air  
 Canada.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent  
 Attorney General of Canada.

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

PELLETIER J.A.:

#### INTRODUCTION

[1] This appeal deals with whether paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-5 (CHRA), which allows for discrimination on the basis of age, can be demonstrably justified as a reasonable limitation prescribed by law pursuant to section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter). Paragraph 15(1)(c) permits mandatory retirement at the normal age of retirement for persons occupying similar positions.

[2] The Supreme Court considered the issue of mandatory retirement in the case of *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 (*McKinney*). In that case, the Court decided that a particular provision of the *Ontario Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53 (Code), which permitted mandatory retirement beginning at age 65 was a breach of the constitutional protection against age-based discrimination. However, the Court went on to find that the provision was

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Laughton & Company*, Vancouver, pour l'appelante.  
*Bakerlaw*, Toronto, et *Raymond Hall*, Winnipeg,  
 pour les intimés Robert Neil Kelly et George Vilven.  
*Commission canadienne des droits de la personne*,  
 Ottawa, pour l'intimée la Commission canadienne  
 des droits de la personne.

*Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., SRL*, Montréal, pour  
 l'intimée Air Canada.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé  
 le procureur général du Canada.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

#### INTRODUCTION

[1] L'appel porte sur la question de savoir si l'alinéa 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-5 (LCDP), qui autorise une discrimination fondée sur l'âge, peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte). L'alinéa 15(1)(c) autorise en effet la mise à la retraite obligatoire à l'âge normal de la retraite pour le genre d'emploi en cause.

[2] La Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question de la retraite obligatoire dans son arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 (*McKinney*). Dans cet arrêt, la Cour a décidé qu'une disposition du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario, S.O. 1981, ch. 53 (le Code), autorisant la mise à la retraite obligatoire à partir de l'âge de 65 ans, portait atteinte à la protection offerte par la Constitution contre les mesures discriminatoires fondées sur l'âge.

nonetheless constitutionally valid as a result of being saved by section 1 of the Charter.

[3] Given this decision, it is my view that the question before us is whether both the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal) which considered the complaints of two Air Canada pilots who were forced to retire at age 60, and the Federal Court, which judicially reviewed the Tribunal's decision, were bound to follow *McKinney* in disposing of the constitutional challenge to paragraph 15(1)(c) of the CHRA. For the reasons that follow, I find that, according to the doctrine of *stare decisis*, *McKinney* was a binding precedent that the Tribunal and the Federal Court ought to have followed. I would therefore allow the appeal, set aside the decision of the Federal Court and return the matter to the Tribunal with a direction to dismiss the complaints.

#### FACTS

[4] George Vilven and Robert Neil Kelly (the Pilots) are two former Air Canada pilots who were forced to retire at age 60 due to the mandatory retirement provisions in both their collective agreement and in their pension plan.

[5] Both filed complaints with the Canadian Human Rights Commission (the Commission) as a result of their mandatory retirement. Mr. Vilven filed his complaint against Air Canada in 2004 while Mr. Kelly filed his complaint against both Air Canada and the Air Canada Pilots Association (the Association) in 2006. The Commission referred both complaints to the Tribunal which heard them together in 2007.

[6] At the Tribunal hearing, Air Canada and the Association relied on the exception to the prohibition against age-based discrimination in the employment context, which is found at paragraph 15(1)(c) of the CHRA. The provision states as follows:

La Cour a estimé que la disposition en cause était néanmoins constitutionnellement valide, car elle se défend au regard de l'article premier de la Charte.

[3] Cela étant, je considère que la Cour est en l'espèce appelée à décider si le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal), qui a examiné les plaintes déposées par deux pilotes d'Air Canada obligés de partir à la retraite à l'âge de 60 ans, et la Cour fédérale, qui a procédé au contrôle judiciaire de la décision du Tribunal, étaient, pour trancher la mise en cause constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, tenus d'appliquer la jurisprudence *McKinney*. Pour les motifs ci-dessous exposés, j'estime que, conformément à la règle du *stare decisis*, l'arrêt *McKinney* a fixé la jurisprudence et que le Tribunal et la Cour fédérale devaient donc s'y tenir. J'accueillerais par conséquent l'appel, infirmant la décision de la Cour fédérale et renvoyant l'affaire devant le Tribunal pour qu'il rejette les plaintes.

#### LES FAITS

[4] George Vilven et Robert Neil Kelly (les Pilotes) sont tous deux d'anciens pilotes d'Air Canada qui ont été obligés de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans, conformément aux dispositions relatives à la retraite obligatoire inscrites tant dans la convention collective dont ils relèvent que dans leur régime de pension.

[5] En raison du départ à la retraite qui leur a ainsi été imposée, les deux ont porté plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission). M. Vilven a porté plainte contre Air Canada en 2004, M. Kelly déposant en 2006 une plainte visant à la fois Air Canada et l'Association des pilotes d'Air Canada (l'Association). La Commission a transmis les deux plaintes au Tribunal, qui les a examinées ensemble en 2007.

[6] À l'audience du Tribunal, Air Canada et l'Association ont invoqué l'exception prévue à l'alinéa 15(1)c) de la LCDP par rapport à l'interdiction en matière d'emploi de mesures discriminatoires fondées sur l'âge. Cette disposition est libellée en ces termes :

Exceptions	<p><b>15. (1)</b> It is not a discriminatory practice if</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(c) an individual's employment is terminated because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual;</p>	<p><b>15. (1)</b> Ne constituent pas des actes discriminatoires :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>c) le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi;</p>	Exceptions
	<p>[7] The Pilots, in turn challenged the constitutionality of this provision.</p> <p>[8] The Tribunal dismissed the Pilots' constitutional challenge: <i>Vilven v. Air Canada</i>, 2007 CHRT 36, 61 C.H.R.R. D/149. It found that 60 was the normal retirement age for persons working in similar positions, so that the Pilots' mandatory retirement was not a discriminatory practice within the meaning of the CHRA. The Tribunal also found that paragraph 15(1)(c) did not violate the guarantee of equal treatment found at section 15 of the Charter. As a result, the Tribunal did not have to decide if paragraph 15(1)(c) could be saved under section 1 of the Charter.</p> <p>[9] The Pilots sought judicial review of the Tribunal's decision. In a decision reported as <i>Vilven v. Air Canada</i>, 2009 FC 367, [2010] 2 F.C.R. 189 (<i>Vilven</i>), the Federal Court found that paragraph 15(1)(c) violated section 15 of the Charter and returned the matter to the Tribunal for a decision as to whether the provision could be justified under section 1 of the Charter.</p> <p>[10] The Tribunal resumed its examination of the Pilots' complaint. In a second decision reported as <i>Vilven v. Air Canada</i>, 2009 CHRT 24, 77 C.C.E.L. (3d) 128, the Tribunal decided that paragraph 15(1)(c) was not saved by section 1 of the Charter.</p> <p>[11] The second decision of the Tribunal was also the subject of an application for judicial review. In a decision reported as <i>Air Canada Pilots Association v. Kelly</i>, 2011 FC 120, [2012] 4 F.C.R. 277 (<i>Kelly</i>), the Federal Court found that paragraph 15(1)(c) was not saved by section 1 of the Charter. However, on the issue of remedy, the Federal Court declined to grant a declaration of</p>	<p>[7] Les Pilotes ont contesté la constitutionnalité de cette disposition.</p> <p>[8] Le Tribunal a rejeté la mise en cause, par les Pilotes, de la constitutionnalité de cette disposition : <i>Vilven c. Air Canada</i>, 2007 TCDP 36. Le Tribunal a jugé que 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour les personnes occupant ce genre d'emploi, et que le départ obligatoire à la retraite des Pilotes ne constituait pas une mesure discriminatoire au sens de la LCDP. Le Tribunal a également estimé que l'alinéa 15(1)c) ne portait pas atteinte à l'égalité de traitement garantie par l'article 15 de la Charte. Le Tribunal n'a par conséquent pas eu à dire si l'alinéa 15(1)c) se défendait au regard de l'article premier de la Charte.</p> <p>[9] Les Pilotes ont sollicité le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. Dans le jugement <i>Vilven c. Air Canada</i>, 2009 CF 367, [2010] 2 R.C.F. 189 (<i>Vilven</i>), la Cour fédérale a jugé l'alinéa 15(1)c) contraire à l'article 15 de la Charte, renvoyant l'affaire devant le Tribunal pour qu'il décide si cette disposition se justifiait au regard de l'article premier de la Charte.</p> <p>[10] Le Tribunal a repris son examen de la plainte déposée par les Pilotes. Dans une deuxième décision, <i>Vilven c. Air Canada</i>, 2009 TCDP 24, le Tribunal a conclu que l'alinéa 15(1)c) ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte.</p> <p>[11] Cette deuxième décision du Tribunal a elle aussi fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Dans un jugement publié sous l'intitulé <i>Association des pilotes d'Air Canada c. Kelly</i>, 2011 CF 120, [2012] 4 R.C.F. 277 (<i>Kelly</i>), la Cour fédérale a conclu que l'alinéa 15(1)c) ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte. S'agissant du redressement toutefois, la</p>	

invalidity with respect to paragraph 15(1)(c) on the basis that, absent a finding of error on the part of the Tribunal, the Court's remedial jurisdiction found at subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], was limited, in the case of a respondent, to dismissing the application for judicial review.

[12] The Association appealed from the Federal Court's finding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA was not saved by section 1 of the Charter, while the Pilots cross-appealed from the Court's refusal to grant a declaration of invalidity. In support of their position with respect to a declaration of invalidity, the Pilots also filed a notice of constitutional question with respect to paragraph 15(1)(c) of the CHRA. As a result, the Attorney General of Canada (the Attorney General) participated in the appeal as of right, pursuant to subsection 57(4) [as am. *idem*, s. 54] of the *Federal Courts Act*.

#### THE ISSUES RAISED BY THE APPEAL

[13] In its memorandum of fact and law, the Association attacks two aspects of the Federal Court's decision: the finding that paragraph 15(1)(c) did not minimally impair the Pilots' right to be free from discrimination, and the finding that the benefits achieved by paragraph 15(1)(c) were not proportional to its deleterious effects. Air Canada adopted the Association's position.

[14] In effect, the Association challenged the Federal Court's application of the test set out in the Supreme Court of Canada decision *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, to the facts of the case. In doing so, the Association relied heavily on the Supreme Court's decision in *McKinney* but stopped short of arguing that the Federal Court was bound by that case.

[15] The Attorney General, on the other hand, took the position that the *McKinney* decision was binding

Cour fédérale a refusé de déclarer l'invalidité de l'alinéa 15(1)c), estimant que, sauf erreur de la part du Tribunal, les pouvoirs conférés sur ce point à la Cour par le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], se limitaient, en ce qui concerne un défendeur à l'instance, au rejet de la demande de contrôle judiciaire.

[12] L'Association a interjeté appel du jugement par lequel la Cour fédérale a conclu que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ne se justifiait pas au regard de l'article premier de la Charte. Les Pilotes ont interjeté un appel incident contre le refus par la Cour de déclarer invalide la disposition en cause. À l'appui de leur demande de déclaration d'invalidité, les Pilotes ont également signifié un avis de question constitutionnelle concernant l'alinéa 15(1)c) de la LCDP. Le procureur général du Canada (le procureur général) a donc, en vertu du paragraphe 57(4) [mod., *idem*, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, pris part de plein droit à l'appel.

#### LES QUESTIONS SOULEVÉES PAR L'APPEL

[13] Dans son mémoire des faits et du droit, l'Association conteste deux éléments du jugement de la Cour fédérale : la conclusion voulant que l'alinéa 15(1)c) ne constitue pas une atteinte minimale au droit des Pilotes d'être libres de toute mesure discriminatoire, puis la conclusion voulant que les avantages que procure l'alinéa 15(1)c) ne sont pas proportionnés à ses effets néfastes. Air Canada a fait sienne la thèse de l'Association.

[14] L'Association contestait en fait la manière dont la Cour fédérale avait appliqué, aux faits de l'affaire dont elle était saisie, le critère dégagé par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Pour ce faire, l'Association se fondait en grande partie sur l'arrêt *McKinney* rendu par la Cour suprême, n'allant cependant pas jusqu'à soutenir que cette jurisprudence s'imposait à la Cour fédérale.

[15] Le procureur général faisait, en revanche, valoir que la jurisprudence *McKinney* s'imposait effectivement

authority and that the Federal Court erred in not following it. Even though the Attorney General was a late addition to the litigation, his argument with respect to the binding effect of the *McKinney* decision was not new. Both the Tribunal and the Federal Court had considered *McKinney* and its surrounding jurisprudence in their decisions, in one capacity or another.

[16] On the issue of the cross-appeal, the Attorney General agreed with the Pilots that, assuming the correctness of the Federal Court's decision on the merits of the section 1 argument, the latter erred in holding that it lacked the jurisdiction to grant a declaration of invalidity.

[17] The Pilots supported the Federal Court's decision on the merits in all respects but argued that it had erred with respect to its remedial jurisdiction.

## ANALYSIS

[18] As I have already indicated, I believe that the issue that effectively disposes of the appeal is whether *McKinney* was binding on the Tribunal and on the Federal Court. For the reasons that follow, I believe that it is binding, and as a result, that both the Tribunal and the Federal Court erred in concluding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA was not saved by section 1 of the Charter. This conclusion disposes of both the appeal and the cross-appeal.

### The Tribunal's analysis of *McKinney*

[19] As indicated earlier, *McKinney* was briefly considered in the Tribunal's reasons. The Tribunal noted that, in *McKinney*, the Supreme Court accorded a high degree of deference to the legislator on the basis that, in a democratic society, complex social questions on which expert opinions were divided were best left to the legislature.

[20] The Tribunal then considered jurisprudence that did not follow *McKinney*. It cited a recent arbitral

et que c'est à tort que la Cour fédérale ne s'y était pas tenue. Le procureur général est intervenu tardivement, mais son argument concernant la force obligatoire de l'arrêt *McKinney* n'avait rien de neuf. D'une manière ou d'une autre, en effet, le Tribunal et la Cour fédérale avaient, dans leurs décisions, tenu compte de l'arrêt *McKinney* et de la jurisprudence en découlant.

[16] En ce qui concerne l'appel incident, le procureur général convenait que, comme les Pilotes le faisaient valoir, dans l'hypothèse où la Cour fédérale aurait eu raison de se prononcer comme elle l'a fait sur la validité de l'argument fondé sur l'article premier, c'est à tort qu'elle a conclu à son manque de compétence pour déclarer l'invalidité de la disposition en cause.

[17] Les Pilotes étaient sur tous les points d'accord avec la décision de la Cour fédérale quant au fond, mais estimaient que la Cour s'était trompée sur la question de sa compétence pour accorder réparation.

## ANALYSE

[18] Comme je l'ai dit plus haut, la question déterminante en l'espèce est, me semble-t-il, de savoir si la jurisprudence *McKinney* s'imposait au Tribunal et à la Cour fédérale. Pour les motifs exposés ci-dessous, j'estime qu'elle s'impose effectivement et que c'est par conséquent à tort que le Tribunal et la Cour fédérale ont conclu que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ne se justifiait pas au regard de l'article premier de la Charte. Cette conclusion règle à la fois l'appel et l'appel incident.

### L'analyse par le Tribunal de l'arrêt *McKinney*

[19] Comme nous l'avons vu, le Tribunal, dans ses motifs, évoque brièvement l'arrêt *McKinney*. Il relève que, dans cet arrêt, la Cour suprême accorde au législateur une large mesure de déférence, estimant que dans une société démocratique, les questions sociales complexes qui divisent les experts devraient plutôt être laissées au pouvoir législatif.

[20] Puis, le Tribunal a examiné la jurisprudence allant dans un sens autre que celui de l'arrêt *McKinney*. Il a

decision, *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29, in which the constitutionality of paragraph 15(1)(c) of the CHRA was challenged. The arbitrator found that the *McKinney* decision was based on contextual assumptions that were not borne out by the expert evidence that was put before him. As a result, the arbitrator did not follow *McKinney*.

[21] The Tribunal also referred to two other cases that indicated that the social and economic context had changed sufficiently since *McKinney* was decided so as to render that decision inapplicable to the present circumstances: *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)* 2008 CanLII 26258, 92 O.R. (3d) 16 (Ont. S.C.J.), and *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220.

[22] Having considered this jurisprudence, and without ever addressing the question of whether it was bound by *McKinney*, the Tribunal proceeded on the basis that it was not, and went on to analyse the constitutionality of paragraph 15(1)(c) under section 1 of the Charter.

#### The Federal Court's analysis of *McKinney*

[23] In sharp contrast to the Tribunal's decision, the Federal Court conducted a detailed analysis as to why *McKinney* did not apply to the case before it.

[24] The first reason put forward by the Federal Court for not following *McKinney* was the difference in the statutory provisions in question. Among these was the difference in the legislative history and objectives. In the Court's view, the objectives of the legislature in enacting the impugned portions of the Code included avoiding "the potential for delayed retirement and delayed benefits" as well as accounting for "the effect on hiring and personnel practices, and the impact on youth unemployment": see *Kelly*, cited above, at paragraph 110. In contrast, the Federal Court described the objective of

cité, ainsi, une récente sentence arbitrale, *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29, affaire à l'occasion de laquelle était contestée la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP. L'arbitre a considéré que l'arrêt *McKinney* reposait sur des hypothèses contextuelles que ne confirmaient pas les preuves d'expert qui lui étaient présentées, et il n'a par conséquent pas appliqué la jurisprudence *McKinney*.

[21] Le Tribunal a également évoqué deux autres affaires qui, selon lui, indiquent que le contexte socio-économique a, depuis l'arrêt *McKinney*, évolué au point que cette jurisprudence était inapplicable dans les présentes circonstances : *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, 2008 CanLII 26258, 92 O.R. (3d) 16 (C.S.J. Ont.), et *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220.

[22] Ayant examiné cette jurisprudence, et sans même rechercher s'il était lié par l'arrêt *McKinney*, le Tribunal a fait comme s'il ne l'était pas, procédant à une analyse de la constitutionnalité de l'article 15(1)c) au regard de l'article premier de la Charte.

#### L'analyse par la Cour fédérale de l'arrêt *McKinney*

[23] À l'inverse du Tribunal, la Cour fédérale a procédé à une analyse détaillée des raisons pour lesquelles la jurisprudence *McKinney* ne s'appliquait pas à l'affaire dont elle était saisie.

[24] La première raison avancée par la Cour fédérale pour ne pas appliquer la jurisprudence *McKinney* repose sur une différence entre les dispositions légales en question, notamment la différence au plan de l'histoire de ces dispositions et des objectifs visés par le législateur. Selon la Cour, lors de l'adoption des dispositions du Code attaquées en l'occurrence, le législateur avait notamment souhaité éviter « le fait que l'on reporte le moment de prendre sa retraite et qu'on ne profite de ses avantages que plus tard », prenant également en compte « l'effet sur les pratiques en matière d'embauche



paragraph 15(1)(c) of the CHRA as allowing “the issue of a mandatory retirement age in the private sector to be negotiated between employers and employees”: see *Kelly*, cited above, at paragraph 111.

[25] In order to simplify the analysis which is set out later in these reasons, I propose to deal with the Federal Court’s comments on the difference in the legislative provisions at this point.

[26] I believe that the following statement, found at page 302 of the Supreme Court’s reasons [in *McKinney*], is a fuller statement of the Ontario legislature’s objectives in drafting the Code as it did:

As already mentioned, the Legislature was not operating in a vacuum. Mandatory retirement has long been with us; it is widespread throughout the labour market; it involves 50 per cent of the workforce. The Legislature’s concerns were with the ramifications of changing what had for long been the rule on such important social issues as its effect on pension plans, youth employment, the desirability of those in the workplace to bargain for and organize their own terms of employment, the advantages flowing from expectations and ongoing arrangements about terms of employment, including not only retirement, but seniority and tenure and, indeed, almost every aspect of the employer-employee relationship. These issues are surely of “pressing and substantial [concern] in a free and democratic society”.

In my view, there is no meaningful distinction to be drawn with respect to the objectives of the Code and the CHRA.

[27] The Federal Court went on to note another difference between the two legislative provisions, which is the mechanism for deciding the age at which mandatory retirement becomes permissible. In the case of the Code, the age at which the protection against age-based discrimination is lost is defined by statute as age 65. In contrast, in the CHRA, Parliament “elected to delegate the choice of age at which employees will cease to enjoy the protection of the CHRA to employers employing a

et de personnel ainsi que sur le chômage des jeunes » : voir *Kelly*, précité, au paragraphe 110. À l’inverse, la Cour fédérale a estimé que l’alinéa 15(1)(c) de la LCDP visait à « laisser aux employeurs et aux employés le soin de négocier la question de l’âge de la retraite obligatoire dans le secteur privé » : voir *Kelly*, précité, au paragraphe 111.

[25] Afin de simplifier l’analyse développée un peu plus loin, je me propose d’examiner ici les observations faites par la Cour fédérale au sujet de la différence entre les dispositions législatives en cause.

[26] Le passage suivant, qui se trouve à la page 302 des motifs exposés par la Cour suprême [dans l’arrêt *McKinney*], me paraît énoncer plus complètement les objectifs que visait le législateur ontarien lorsqu’il a formulé la disposition du Code en question :

Comme je l’ai déjà mentionné, le législateur n’agissait pas en l’absence de tout contexte. La retraite obligatoire fait partie de notre société depuis longtemps; elle est répandue dans tout le marché du travail; elle vise 50 p. 100 de la population active. Les préoccupations du législateur portaient sur les incidences qu’entraînerait la modification de ce qui a longtemps été la règle en matière de questions sociales importantes comme son effet sur les régimes de retraite, le travail chez les jeunes, l’utilité pour ceux qui sont sur le marché du travail de négocier et d’établir leurs propres conditions d’emploi, les avantages qui découlent des attentes et des arrangements en cours quant aux conditions d’emploi, y compris non seulement la retraite, mais encore l’ancienneté et la permanence et, en réalité, presque tous les aspects des relations employeur-employé. Ces questions constituent certainement une «[préoccupation] urgente et réelle dans une société libre et démocratique».

J’estime, qu’on ne peut, s’agissant des objectifs visés par le Code et de ceux auxquels tendent les dispositions de la LCDP, en tirer aucune distinction significative.

[27] Puis, la Cour fédérale a relevé une autre différence entre les deux dispositions en question, en l’occurrence au niveau du mécanisme permettant de décider à partir de quel âge il est loisible d’imposer le départ à la retraite. Selon le Code, la loi fixe à 65 ans l’âge auquel cesse de s’appliquer la protection contre les mesures discriminatoires fondées sur l’âge. À l’inverse, dans le cadre de la LCDP, le Parlement a « décidé de déléguer le choix de l’âge auquel les employés

particular class of workers”: see *Kelly*, cited above, at paragraph 112.

[28] I agree that the determination of the age at which mandatory retirement is allowable is arguably a material difference between the two legislative provisions. But it is important to keep in mind that both provisions are permissive; they permit mandatory retirement, they do not require it. The Federal Court was inclined to view paragraph 15(1)(c) as putting the determination of the age of mandatory retirement in the hands of employers: see *Kelly*, cited above, at paragraph 112. The difference between the two provisions lies in the determination of the age at which it becomes permissible, not in the mechanics of its implementation. Under one legislative scheme or the other, mandatory retirement will normally either be imposed by the employer, or will be a term of a collective agreement negotiated between the employer and the employees' bargaining agent. In the case of senior employees, there could be individual agreements as to the date of retirement. There is therefore no distinction between the two provisions in terms of how mandatory retirement is implemented. The relevant difference lies rather in the determination of the age at which it becomes permissible.

[29] The Federal Court found a further distinction between the two legislative provisions in terms of an employee's ability to know whether his or her mandatory retirement is consistent with the relevant human rights legislation. In the case of the Code, the age threshold is set by legislation. In the case of the CHRA, the Federal Court was of the view that employees could not easily know the age at which they could be subject to mandatory retirement (*Kelly*, cited above, at paragraph 119):

In order to understand his or her rights, a federally-regulated employee would have to know which positions were “similar to the position of that individual”. This would require the employee to properly identify the appropriate comparator

cesseraient de bénéficier de la protection de la LCDP aux employeurs d'une catégorie particulière de travailleurs » : voir *Kelly*, précité, au paragraphe 112.

[28] Je suis d'accord que la fixation de l'âge à partir duquel il est permis d'imposer le départ à la retraite peut effectivement constituer une différence importante entre les deux dispositions en question. Cela dit, il ne faut pas perdre de vue le caractère permissif de ces deux dispositions qui, si elles permettent effectivement d'imposer le départ à la retraite, ne l'exige aucunement. La Cour fédérale était plutôt d'avis que l'alinéa 15(1)c) confiait aux employeurs le soin de fixer l'âge de la retraite obligatoire : voir *Kelly*, précité, au paragraphe 112. La différence entre les deux dispositions concerne la fixation de l'âge à partir duquel il est permis d'imposer la retraite obligatoire, et non le mécanisme de mise en œuvre de la retraite obligatoire. Selon l'économie des deux textes, la retraite obligatoire est normalement soit imposée par l'employeur, soit prévue dans le cadre d'une convention collective négociée par l'employeur et l'agent négociateur des employés. S'agissant d'employés d'un certain niveau, la date du départ à la retraite peut être convenue individuellement. Il n'existe par conséquent entre les deux dispositions aucune distinction quant à la mise en œuvre de la retraite obligatoire. La différence qui compte se situe plutôt au niveau de la fixation de l'âge à partir duquel il devient possible d'imposer un départ à la retraite.

[29] La Cour fédérale a en outre relevé entre les deux dispositions législatives une différence tenant à la mesure dans laquelle un employé peut savoir si son départ obligatoire à la retraite est conforme aux dispositions législatives concernant les droits de la personne. Pour ce qui est du Code, la limite d'âge est fixée par le législateur. Or, en ce qui concerne les dispositions de la LCDP, la Cour fédérale a estimé que les employés pouvaient difficilement savoir à partir de quel âge le départ à la retraite pouvait leur être imposé (*Kelly*, précité, au paragraphe 119) :

Pour connaître ses droits, il faudrait qu'un employé soumis à la réglementation fédérale sache quels emplois seraient semblables au « genre d'emploi » qu'il occupe. Cela l'obligerait à relever convenablement le groupe de comparaison

group. This is not an easy task, even for legally-trained individuals familiar with human right principles.

[30] With respect, the Federal Court has confused two issues: an individual's knowledge of the factual circumstances which may give rise to a claim that his or her rights have been violated, and the legal analysis required to determine if those rights have, in fact, been violated. Employees in particular occupations move from one employer to another, bringing with them their knowledge of employment practices, which they share with other employees who have knowledge of other workplace practices. Unions who negotiate for a particular occupational group make it their business to know what the norm is with respect to the terms and conditions of employment for that group so as to bargain collective agreements which are equal to or better than that industry's norms. It would be a rare case in which an employee in a given occupational group was unaware of either the normal retirement age for that group or the range of the variation on that issue as between employers.

[31] This is a different question from that of determining the appropriate comparator group for the purposes of establishing discrimination. In order to bring a complaint, employees do not have to engage in the legal analysis which a tribunal will employ in determining whether they have been victims of discrimination.

[32] The Federal Court also noted that because paragraph 15(1)(c) of the CHRA permits mandatory retirement at an age less than 65, its adverse effects will be greater on those whose labour force participation has been shorter or interrupted, primarily women and immigrants.

[33] No matter the age at which mandatory retirement becomes permissible, persons with shorter or interrupted labour force participation will be disadvantaged. Depending upon where the line is drawn, the

approprié. Il ne s'agit pas là d'une tâche aisée, même pour des personnes ayant suivi une formation juridique et bien au fait des principes relatifs aux droits de la personne.

[30] Je dois dire, en toute déférence, que la Cour fédérale a confondu deux questions : la possibilité, pour un individu, de savoir dans quelles circonstances il pourra invoquer une atteinte à ses droits, et l'analyse juridique à laquelle il convient de procéder pour décider s'il y a, effectivement, eu violation des droits en question. Les employés qui exercent tel ou tel métier peuvent passer d'un employeur à un autre, munis des connaissances qu'ils ont des pratiques en matière d'emploi, connaissances qu'ils peuvent échanger avec des collègues qui, eux, sont au courant des pratiques en vigueur chez d'autres employeurs. Les syndicats appelés à négocier pour le compte d'un groupe professionnel s'informent de la norme en vigueur en matière de modalités d'emploi pour le groupe professionnel en question afin de négocier une convention collective correspondant à cette norme, ou supérieure à elle. Il est rare qu'un employé appartenant à un groupe professionnel ne sache pas quel est, pour ce groupe, l'âge normal du départ à la retraite, ou les différences pouvant exister à cet égard entre un employeur et un autre.

[31] Ce n'est pas la même chose que de déterminer, aux fins de décider si éventuellement il y a bien eu discrimination, quel est le groupe de comparaison qu'il convient de retenir. Il n'est pas nécessaire, pour porter plainte, qu'un employé se livre à l'analyse juridique à laquelle un tribunal devra procéder pour décider si les intéressés ont effectivement fait l'objet de mesures discriminatoires.

[32] La Cour fédérale a également relevé que dans la mesure où il permet d'imposer le départ à la retraite à des personnes ayant moins de 65 ans, l'alinéa 15(1)c) de la LCDP entraîne des conséquences défavorables plus grandes pour ceux qui ont eu une vie active plus courte, ou interrompue, c'est-à-dire, essentiellement, les femmes et les immigrants.

[33] Quel que soit l'âge auquel il devient possible d'imposer le départ à la retraite, les personnes dont la vie active a été plus courte ou interrompue vont être désavantagées. Selon que la ligne est tracée ici, ou là, la

composition of the group that is adversely affected will vary, perhaps to the point of amounting to systemic discrimination. However, the presence of a group of persons who are differentially adversely affected is not a point of distinction between the different ages at which mandatory retirement becomes permissible, but rather is a point of distinction between mandatory retirement at any age and no mandatory retirement at all.

[34] In summary, it is my view that of all the factors identified by the Federal Court related to the difference in wording of the CHRA and the Code, only the difference in the manner of determining the age at which mandatory retirement becomes permissible is a possible point of distinction between this case and *McKinney*.

[35] The Federal Court also invoked three other grounds which, in its view, set this case apart from *McKinney*. First among these is the argument that the Supreme Court itself did not consider its decision in *McKinney* to be the last word on the subject of mandatory retirement. The Federal Court noted comments of the majority in *McKinney* highlighting the uncertain consequences of abolishing mandatory retirement on other aspects of workplace organization. Particular emphasis was placed on the following statement: “we do not really know what the ramifications of these new schemes will be and the evidence is that it will be some 15 or 20 years before a reliable analysis can be made” (emphasis in original); *Kelly*, cited above, at paragraph 137. The Federal Court was of the view that the issue had been left open to be revisited at a later point in time when reliable evidence became available with respect to the actual experience in those jurisdictions that had abolished mandatory retirement.

[36] The Federal Court also identified the differences in the evidentiary record as a reason for distinguishing the case at hand from *McKinney*. The principal difference in the evidentiary record was the presence of expert reports that addressed the effects of abolishing mandatory retirement in jurisdictions that had done so. In short,

composition du groupe qui en subira les conséquences varie, au point peut-être où cela devient une discrimination systémique. Qu’il y ait un groupe de personnes subissant à un degré plus poussé que d’autres les conséquences d’une telle mesure ne constitue cependant pas une marque de différenciation entre les diverses limites d’âge permettant la mise à la retraite obligatoire, mais, plutôt, une marque de différenciation entre la retraite obligatoire, quelle que soit la limite d’âge en vigueur, et le fait qu’il n’y ait pas de mise obligatoire à la retraite.

[34] J’estime, pour résumer, que de tous les facteurs que la Cour fédérale a relevés en ce qui concerne la différence de formulation entre la LCDP et le Code, la seule marque de différenciation que l’on puisse retenir entre la présente affaire et la situation qui se présentait dans l’affaire *McKinney* est la manière de déterminer à quel âge il devient possible d’imposer un départ à la retraite.

[35] La Cour fédérale a également avancé trois autres motifs permettant, selon elle, de faire une distinction entre la présente affaire et la situation en cause dans l’affaire *McKinney*. D’abord, l’argument voulant que la Cour suprême n’ait pas elle-même estimé que l’arrêt *McKinney* est, en matière de retraite obligatoire, le mot de la fin. La Cour fédérale relève, dans l’arrêt *McKinney*, certaines observations des juges majoritaires soulignant les conséquences incertaines que pourrait entraîner pour divers autres aspects du monde du travail l’abolition de la retraite obligatoire. La Cour fédérale a notamment insisté sur le passage suivant : « “nous ne connaissons pas vraiment les incidences de ces nouveaux régimes et la preuve indique qu’il faudra attendre 15 à 20 ans avant de pouvoir en faire une analyse sérieuse” » (souligné dans l’original) : *Kelly*, précité, au paragraphe 137. Selon la Cour fédérale, la question avait été laissée en suspens, ce qui devait permettre de la réexaminer ultérieurement lorsqu’on disposerait d’éléments d’appréciation fiables sur les résultats obtenus dans les ressorts où avait été aboli le départ obligatoire à la retraite.

[36] La Cour fédérale a également invoqué, pour distinguer la présente affaire de la situation visée par l’arrêt *McKinney*, des différences au niveau des preuves versées au dossier. Sur ce plan-là, la principale différence réside dans l’existence de rapports d’experts concernant les effets de l’abolition de la retraite obligatoire dans les

the Federal Court found that there were “new facts available which call into question the factual underpinning of the Supreme Court’s decision in *McKinney*”: *Kelly*, cited above, at paragraph 146.

[37] Finally, the Federal Court identified new developments in public policy as a further reason for not following *McKinney*. The Court observed that La Forest J. himself, in his capacity as Chair of the Canadian Human Rights Review Panel, had participated in the writing of *Promoting Equality: A New Vision* (Ottawa: Department of Justice, 2000). That report, while recognizing that the issue required further study, recommended that there should no longer be blanket exemptions for mandatory retirement in the CHRA. In the Federal Court’s view, this report reflected the change in societal attitudes to mandatory retirement since *McKinney* was decided.

[38] In addition, the Federal Court reviewed the jurisprudence of various courts on the subject of mandatory retirement, including many of the same cases referred to by the Tribunal, in order to show that judicial attitudes to mandatory retirement had also evolved over time.

[39] These, then, were the reasons given by the Federal Court for refusing to follow the Supreme Court’s decision in *McKinney*.

#### STANDARD OF REVIEW

[40] In an appeal of a judicial review, the role of this Court is to determine whether the reviewing court identified the proper standard of review and then applied it correctly. In practice, this means that the appellate court applies the normal rules of appellate review as articulated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; see *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43. The scope and application

ressorts où une telle mesure a été décrétée. Bref, la Cour fédérale a conclu à l’existence de « faits nouveaux qui mettent en doute le fondement factuel de la décision que la Cour suprême a rendue dans *McKinney* » : *Kelly*, précité, au paragraphe 146.

[37] Et enfin, la Cour fédérale a invoqué, comme raison supplémentaire de ne pas appliquer en l’occurrence la jurisprudence *McKinney*, l’évolution des politiques publiques. La Cour a relevé que le juge La Forest lui-même, en sa qualité de président du Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, avait participé à la rédaction du rapport intitulé *La promotion de l’égalité : Une nouvelle vision*, Ottawa : Ministère de la Justice, 2000. Ce rapport, alors même qu’il reconnaissait le besoin d’étudier davantage la question, recommandait que l’on supprime de la LCDP les exemptions générales en matière de retraite obligatoire. Selon la Cour fédérale, ce rapport reflète l’évolution des attitudes sociales à l’égard de la discrimination fondée sur l’âge depuis l’arrêt *McKinney*.

[38] La Cour fédérale s’est en outre livrée à un examen de la jurisprudence des diverses cours ayant eu à se prononcer sur la question de la retraite obligatoire, y compris bon nombre des décisions citées par le Tribunal, et cela, afin de démontrer que l’attitude des tribunaux judiciaires envers la retraite obligatoire avait, elle aussi, évolué.

[39] Voilà, donc, les motifs invoqués par la Cour fédérale pour refuser d’appliquer la jurisprudence *McKinney*.

#### LA NORME DE CONTRÔLE

[40] Lors d’un appel visant un jugement rendu dans le cadre d’un contrôle judiciaire, il appartient à la Cour de dire si la cour de révision a précisé quelle était la norme de contrôle applicable, puis si elle l’a correctement appliquée. Cela veut dire, en pratique, que la Cour d’appel a recours aux règles usuelles applicables au contrôle en appel, telles qu’énoncées dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 : voir *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British*

of the doctrine of *stare decisis* is a question of law for which the standard of review is correctness.

### Stare Decisis

[41] The Ontario Court of Appeal recently considered the application of *stare decisis* in a similar context. In *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1 (*Bedford*), the issue was whether the Supreme Court's decision in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (the *Prostitution Reference*), which found those provisions to be constitutional, was binding in a subsequent challenge to the constitutionality of those same provisions. The impugned *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provisions dealt with keeping a common bawdy-house and communicating for the purpose of prostitution. The Ontario Court of Appeal found that the trial Judge was free to entertain a section 7 challenge to the bawdy-house provisions of the *Criminal Code* because the Supreme Court's jurisprudence on the principles of fundamental justice had evolved since the *Prostitution Reference* was decided [see 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321]. As a result, the legal issues raised in *Bedford* with respect to whether the bawdy house provisions of the *Criminal Code* were an infringement of the accused's rights under section 7 of the Charter had not previously been considered by the Supreme Court.

[42] On the other hand, the Ontario Court of Appeal found that the section 2 Charter challenge to the *Criminal Code*'s provisions on "communicating ... for the purpose of prostitution" was caught by the Supreme Court's decision. The Ontario Court of Appeal found that the trial Judge erred in failing to follow the *Prostitution Reference*, "as there was no suggestion that it [the *Prostitution Reference*] had been expressly or by implication overruled by a subsequent decision of

*Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43. La portée et l'application de la règle du *stare decisis* est une question de droit qui appelle la norme de la décision correcte.

### Stare decisis

[41] La Cour d'appel de l'Ontario a récemment eu, dans un contexte analogue, à se pencher sur la question de l'application de la règle du *stare decisis*. Dans l'arrêt *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1 (*Bedford*), la Cour était appelée à dire si la décision rendue par la Cour suprême dans le cadre du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (*Renvoi sur la prostitution*), qui a conclu à la constitutionnalité des dispositions alors en cause, s'imposait lors d'une contestation ultérieure de la constitutionnalité de ces mêmes dispositions. La disposition attaquée du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, concerne l'interdiction de tenir des maisons de débauche ou de communiquer en public à des fins de prostitution. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, le juge du procès pouvait effectivement faire droit à une contestation des dispositions du *Code criminel* interdisant de tenir des maisons de débauche, fondée sur l'article 7 de la Charte, la jurisprudence de la Cour suprême concernant les principes de justice naturelle ayant évolué depuis le *Renvoi sur la prostitution* [voir 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321]. Les questions de droit soulevées dans l'affaire *Bedford* quant à la question de savoir si les dispositions du *Code criminel* interdisant les maisons de débauche portaient effectivement atteinte aux droits de l'accusé au regard de l'article 7 de la Charte n'auraient ainsi pas été tranchées par la Cour suprême.

[42] La Cour d'appel de l'Ontario a, par ailleurs, estimé que la mise en cause des dispositions du *Code criminel* interdisant de [TRADUCTION] « communiquer à des fins de prostitution » fondée sur l'article 2 de la Charte, devait se voir appliquer la décision de la Cour suprême. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que c'est à tort que le juge du procès n'avait pas appliqué la jurisprudence du *Renvoi sur la prostitution*, étant donné que [TRADUCTION] « rien ne permettait de dire que [le

the Supreme Court”: see *Bedford*, cited above, at paragraph 75.

[43] The Ontario Court of Appeal went on to find that the trial Judge was wrong in departing from the decision in the *Prostitution Reference* on the basis of a re-characterization of the issue. The Court of Appeal’s comments on this issue are apposite to the present case (*Bedford*, cited above, at paragraphs 82–84):

This change in perspective has not altered the *ratio decidendi* of that case, which was that the communicating provision is a reasonable limit on freedom of expression. In coming to this conclusion, the majority applied the *Oakes* test based on the best information available to them at the time. There may be good reasons for the Supreme Court to depart from this holding for all the reasons discussed in *Polowin Real Estate*, but that is a matter for the Supreme Court to decide for itself.

In our view, the need for a robust application of *stare decisis* is particularly important in the context of *Charter* litigation. Given the nature of the s. 1 test, especially in controversial matters, the evidence and the legislative facts will continue to evolve, as will values, attitudes and perspectives. But this evolution alone is not sufficient to trigger reconsideration in the lower courts.

If it were otherwise, every time a litigant came upon new evidence or a fresh perspective from which to view the problem, the lower courts would be forced to reconsider the case despite authoritative holdings from the Supreme Court on the very points at issue. This would undermine the legitimacy of *Charter* decisions and the rule of law generally.... Such an approach to constitutional interpretation yields not a vibrant living tree but a garden of annuals to be regularly uprooted and replaced.

[44] I adopt these views without reservation. They are dispositive of three of the four grounds given by the Federal Court for not following *McKinney*.

*Renvoi sur la prostitution*] avait été expressément ou implicitement contredit par une décision ultérieure de la Cour suprême » : voir *Bedford*, précité, au paragraphe 75.

[43] Pour la Cour d’appel de l’Ontario, c’est en outre à tort que le juge du procès s’était écarté de la décision rendue dans le cadre du *Renvoi sur la prostitution* en reformulant la question. Les observations de la Cour d’appel à cet égard s’appliquent en l’espèce (*Bedford*, précité, aux paragraphes 82 à 84) :

[TRADUCTION] Ce changement de perspective ne modifie en rien la *ratio decidendi* de l’affaire, à savoir que la disposition interdisant la communication à des fins de prostitution constituait une limite raisonnable à la liberté d’expression. Pour parvenir à cette conclusion, la majorité a appliqué le critère dégagé dans l’arrêt *Oakes* compte tenu des informations qu’elle avait à l’époque. La Cour suprême peut, pour les divers motifs exposés dans l’arrêt *Polowin Real Estate*, avoir de bonnes raisons de s’écarter d’une telle conclusion, mais c’est à la Cour suprême elle-même qu’il appartient d’en décider.

Nous estimons qu’une application stricte de la règle du *stare decisis* revêt une importance particulière dans le contexte d’une contestation fondée sur les dispositions de la Charte. Compte tenu du critère défini à l’article premier, et en particulier lorsqu’il s’agit de questions prêtant à controverse, les éléments d’appréciation et la législation sont en évolution constante, comme le sont les attitudes, les valeurs et les points de vue. Cette évolution ne permet cependant pas à elle seule aux tribunaux d’instance inférieure de revenir sur ce qui a été décidé.

Autrement, à chaque fois qu’un plaideur pourrait invoquer de nouveaux éléments d’appréciation, ou un point de vue permettant d’envisager le problème sous un angle nouveau, les tribunaux d’instance inférieure se verraient obligés de revenir sur la jurisprudence malgré les arrêts de la Cour suprême qui font autorité sur ces questions précises. Ce serait saper la légitimité des décisions rendues au regard des dispositions de la Charte et, de manière plus générale, les fondements de l’État de droit [...] Une telle approche de l’interprétation des dispositions constitutionnelles nous donnerait non pas un arbre en pleine croissance, mais un jardin de plantes annuelles qui devraient régulièrement être arrachées et remplacées.

[44] J’adopte sans hésitation ces points de vue. Ils sont déterminants en ce qui concerne trois des quatre motifs avancés par la Cour fédérale pour ne pas appliquer la jurisprudence *McKinney*.

[45] To recapitulate, the Federal Court gave four reasons for not following *McKinney*:

1. The significant differences between the legislative provisions in issue;
2. The clear indication in *McKinney* that the Supreme Court did not intend that the decision be the final word on the subject of mandatory retirement for all time;
3. The differences in the evidentiary records that were before the Supreme Court and the Tribunal; and
4. The developments in public policy that have occurred since *McKinney* was decided.

[46] The argument that the Supreme Court itself did not consider *McKinney* as the last word on mandatory retirement does not authorize a lower court to relitigate the issues decided in *McKinney*. We know from cases such as *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, that the Supreme Court can, and does, revisit its own decisions when the circumstances call for it to do so. To the extent that, in *McKinney*, the Supreme Court held the door open to revisit the issue of mandatory retirement at a later date, it was holding the door open for itself and not for others.

[47] The fact that there are differences in the evidentiary records in this case and in *McKinney* cannot justify departing from established jurisprudence. If it did, every case would be binding only on the parties to that case since, with rare exceptions, no two cases are decided on the same evidentiary record. Such a result, particularly in Charter litigation, is at odds with the values of certainty and finality which underlie the doctrine of *stare decisis*. Similarly, the evolution of social policy over time may justify the Supreme Court revisiting a particular issue but it cannot justify a lower court's failure to follow the Supreme Court's jurisprudence.

[45] Pour récapituler, la Cour fédérale a invoqué quatre raisons de ne pas appliquer la jurisprudence *McKinney* :

1. les différences marquantes entre les dispositions légales en litige;
2. l'indication claire, dans l'arrêt *McKinney*, que la Cour suprême n'envisageait pas que la décision tranche de manière définitive la question de la retraite obligatoire à tout jamais;
3. les différences dans les dossiers de preuve qui ont été soumis à la Cour suprême et au Tribunal;
4. l'évolution des politiques d'intérêt public qui a eu lieu depuis que l'affaire *McKinney* a été tranchée.

[46] L'argument voulant que la Cour suprême n'ait elle-même pas considéré que l'arrêt *McKinney* a tranché de manière définitive la question de la retraite obligatoire n'autorise pas un tribunal d'instance inférieure à revenir sur les questions réglées par l'arrêt *McKinney*. Des arrêts tels que *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, montrent que la Cour suprême peut revenir sur ses propres décisions lorsque les circonstances l'y portent, ce qu'elle fait effectivement. Dans la mesure où, la Cour suprême a, dans l'arrêt *McKinney*, fait qu'il est possible de réexaminer à une date ultérieure la question de la retraite obligatoire, c'est à elle-même que cette possibilité a été donnée, et non à d'autres.

[47] Le fait que l'on puisse relever entre la présente affaire et l'affaire *McKinney*, des différences au niveau des dossiers de preuve ne justifie pas que l'on s'écarte de la jurisprudence établie. Sinon, toute décision de justice ne s'imposerait qu'aux parties au litige car, à de rares exceptions près, le dossier de preuve varie d'une affaire à l'autre. Un tel résultat, et cela est particulièrement vrai de contestations fondées sur les dispositions de la Charte, serait contraire au souci de certitude et de règlement définitif qui est à l'origine de la règle du *stare decisis*. Dans un même ordre d'idées, si l'évolution des politiques sociales peut porter la Cour suprême à réexaminer une question, une telle évolution ne saurait justifier qu'un tribunal d'instance inférieure s'écarte de la jurisprudence de la Cour suprême.



[48] This is not to say that lower courts do not have a role to play in the evolution of the jurisprudence once the Supreme Court has spoken. Where a challenge to the existing jurisprudence is raised, the role of the lower court is to allow the parties to gather and present the evidence and to make the necessary findings of fact and of credibility, so as to establish the evidentiary record upon which the Supreme Court can decide whether to reconsider its earlier decision: see *Bedford*, cited above, at paragraph 76. The Federal Court's lucid, well-written decision in this case provides a basis upon which the Supreme Court can revisit *McKinney* if it is disposed to do so.

[49] That leaves for consideration the first argument raised by the Federal Court, that is, whether the difference in the manner of determining the age at which mandatory retirement becomes permissible is a possible point of distinction between this case and *McKinney*.

[50] The specific provisions in issue in *McKinney* were subsection 4(1) and paragraph 9(a) of the Code. Subsection 4(1) prohibits discrimination on the basis of age while paragraph 9(a) defines "age" as one that is 18 years or more, but less than 65. The combined effect of these provisions was to deny the protection of the Code to workers over the age of 65 in all aspects of employment, including mandatory retirement.

[51] The provision in issue in this case, paragraph 15(1)(c) of the CHRA, provides for a limited exception to age-based discrimination for individual who have reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to their own.

[52] For our purposes, the distinction between the two provisions is that in one case, the age at which mandatory retirement is permissible is set out in the statute whereas in the other, it is determined by the industry

[48] Cela ne veut pas dire que les tribunaux d'instance inférieure n'aient aucun rôle à jouer dans l'évolution de la jurisprudence à partir du moment où la Cour suprême s'est prononcée. En cas de remise en cause d'une décision de jurisprudence, il appartient à un tribunal d'instance inférieure de permettre aux parties de réunir et de présenter leurs éléments de preuve, de parvenir aux conclusions qui s'imposent au plan des faits et de la crédibilité, et d'établir le dossier de la preuve au vu duquel la Cour suprême pourra décider s'il y a lieu ou non de revenir sur sa décision antérieure : voir *Bedford*, précité, au paragraphe 76. La décision de la Cour fédérale dans cette affaire, lucide et judicieusement formulée, réunit les éléments permettant éventuellement à la Cour suprême de réexaminer, si elle y est disposée, la jurisprudence *McKinney*.

[49] Cela laisse le premier argument avancé par la Cour fédérale, c'est-à-dire la question de savoir si la différence quant à la manière de décider à partir de quel âge il est possible d'imposer le départ à la retraite permet d'opérer une distinction entre la présente affaire et la situation qui se présentait dans l'affaire *McKinney*.

[50] Les dispositions en cause dans l'affaire *McKinney* étaient le paragraphe 4(1) et l'alinéa 9a) du Code. Le paragraphe 4(1) interdit la discrimination fondée sur l'âge, et l'alinéa 9a) définit « âge », comme voulant dire 18 ans ou plus, mais moins de 65 ans. Prises dans leur ensemble, ces deux dispositions avaient pour effet d'exclure de la protection offerte par le Code les travailleurs âgés de plus de 65 ans, dans tous les aspects de leur emploi, y compris la retraite obligatoire.

[51] En l'espèce, la disposition en cause est l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, qui prévoit une exception restreinte à l'interdiction de toute discrimination en fonction de l'âge pour ce qui est des personnes ayant atteint la limite d'âge en vigueur pour leur genre d'emploi.

[52] En ce qui concerne l'affaire dont nous sommes saisis, la distinction entre les deux dispositions est que dans l'un des cas, l'âge à partir duquel on peut imposer le départ à la retraite est prévu dans la Loi, alors que

practice with respect to persons working in positions similar to that of the individual in question. The practical consequence of this distinction is that under the CHRA, mandatory retirement may be permissible at ages younger than age 65. It is this feature of paragraph 15(1)(c) which attracts constitutional scrutiny.

[53] In form, the issue in this appeal is whether the difference in the manner of determining the age at which mandatory retirement may be imposed takes the CHRA outside the Supreme Court's reasoning in *McKinney*. In substance, the issue is whether a legislative provision which permits mandatory retirement at an age less than 65 is saved by *McKinney*. In either case, it is important to understand how the Supreme Court's reasoning in *McKinney* could apply to the case at hand.

[54] The Ontario Court of Appeal was confronted with a similar problem in *Bedford* in which the issue was whether the *Prostitution Reference* was binding authority. The Ontario Court of Appeal began by defining *stare decisis* as the requirement that "courts render decisions that are consistent with the previous decisions of higher courts": see *Bedford*, cited above, at paragraph 56. The Court then quoted the following passage from *Halsbury's Laws of Canada, Civil Procedure I*, 1st ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008) (*Bedford*, cited above, at paragraph 57):

To employ the traditional terminology: *only the ratio decidendi of the prior court decision is binding on a subsequent court. The term ratio decidendi describes the process of judicial reasoning that was necessary in order for the court to reach a result on the issues that were presented to it for a decision.* All other comments contained within the reasons of the prior court are termed *obiter dicta*, and in essence such incidental remarks are treated as asides. They may have persuasive value, but they are not binding. [Emphasis added [in *Bedford*].]

dans l'autre cas, cet âge est fixé par la pratique en vigueur pour les personnes occupant un emploi analogue à celui de l'individu en cause. Cette distinction a pour conséquence pratique qu'aux termes de la LCDP, le départ à la retraite peut être imposé à des personnes n'ayant pas atteint l'âge de 65 ans. C'est cela qui porte à s'interroger sur la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c).

[53] Au niveau de la forme, la question est en l'espèce de savoir si la différence quant à la manière de fixer l'âge à partir duquel le départ à la retraite peut être imposé a pour effet de soustraire la LCDP au raisonnement appliqué par la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney*. La question est essentiellement de savoir si une disposition législative autorisant la retraite obligatoire pour des personnes n'ayant pas 65 ans se défend au regard de l'arrêt *McKinney*. Quoi qu'il en soit, il convient de bien comprendre comment le raisonnement adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney* pourrait s'appliquer en l'espèce.

[54] La Cour d'appel de l'Ontario s'est trouvée face à un problème analogue dans l'affaire *Bedford* où il lui fallait dire si la jurisprudence du *Renvoi sur la prostitution* s'imposait. La Cour d'appel de l'Ontario a d'abord précisé que, selon la règle du *stare decisis*, [TRADUCTION] « les jugements des tribunaux judiciaires se conforment à la jurisprudence des tribunaux d'instance supérieure » : voir *Bedford*, précité, au paragraphe 56. La Cour a ensuite cité le passage suivant de *Halsbury's Laws of Canada, Civil Procedure I*, 1<sup>re</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008 (*Bedford*, précité, au paragraphe 57) :

[TRADUCTION] Pour reprendre la terminologie traditionnelle : seule la ratio decidendi de l'arrêt de principe s'impose aux jugements intervenant par la suite. Le terme de ratio decidendi décrit le raisonnement juridique qui a permis à la Cour d'aboutir à une conclusion à l'égard des questions qu'elle était appelée à trancher. Les autres observations qui se trouvent dans les motifs du jugement antérieur sont considérées comme des remarques incidentes, comme quelque chose de dit en passant. De telles observations peuvent avoir une valeur de persuasion, mais elles ne s'imposent pas. [Non souligné dans l'original [c.-à-d. *Halsbury's*].]

[55] The Court went on to note that the distinction between *stare decisis* and *obiter dicta* had evolved in the Canadian context so that there is a spectrum of authoritativeness on which the statements of appellate courts may be placed. The Court then referred to its own decision in *R. v. Prokofiew*, 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, at paragraph 19 (*R. v. Prokofiew*, cited above, as quoted in *Bedford*, cited above, at paragraph 59):

The question then becomes the following: how does one distinguish between binding *obiter* in a Supreme Court of Canada judgment and non-binding *obiter*? In *Henry* [*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 309], at para. 53, Binnie J. explains that one must ask, “*What does the case actually decide?*” Some cases decide only a narrow point in a specific factual context. Other cases – including the vast majority of Supreme Court of Canada decisions – decide broader legal propositions and, in the course of doing so, *set out legal analyses that have application beyond the facts of the particular case*. [Emphasis added [in *Bedford*].]

[56] In this context, the question at hand becomes: what did *McKinney* decide? On what basis did the Supreme Court decide that the Code provisions permitting mandatory retirement at age 65 were saved by section 1 [of the Charter]? Does the Supreme Court’s reasoning apply to mandatory retirement at younger age?

[57] Let us therefore examine the reasoning in *McKinney* to see if it is limited to the case of retirement at age 65 or older.

[58] In undertaking this review, one must keep in mind the nature of the question before the Court in *McKinney*. At issue was the constitutionality of a provision that allowed for mandatory retirement beginning at age 65. As a result, it should come as no surprise that the Court’s reasons refer specifically to retirement at age 65. The question is whether those reasons apply only to the specific provisions before the Court in that case.

[55] Et puis, la Cour relève que la distinction entre la règle du *stare decisis* et la notion de remarque incidente a évolué dans le contexte canadien et que, maintenant, le degré auquel font autorité les énonciations des cours d’appel varie. La Cour a alors cité son propre arrêt *R. v. Prokofiew*, 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, au paragraphe 19 (*R. v. Prokofiew*, précité, tel que cité dans l’arrêt *Bedford*, précité, au paragraphe 59) :

[TRADUCTION] La question devient donc celle-ci : comment distinguer dans un arrêt de la Cour suprême du Canada, entre les remarques incidentes qui font jurisprudence, et celles qui ne s’imposent pas? Dans l’arrêt *Henry* [*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 309] au par. 53, le juge Binnie explique qu’il convient de demander « Quelle est la question effectivement tranchée en l’occurrence? » Certains arrêts ne se prononcent que sur un point très précis au regard de circonstances précises elles aussi. D’autres jugements — y compris la grande majorité des arrêts de la Cour suprême du Canada — règlent des points de droit plus généraux et, ce faisant, procèdent à une analyse juridique dont l’application ne se limite pas aux faits de l’espèce. [Non souligné dans l’original [c.-à-d. *Prokofiew*].]

[56] Cela étant, la question à trancher en l’espèce est la suivante : Quelle est la question qu’a effectivement tranchée l’arrêt *McKinney*? En fonction de quel raisonnement la Cour suprême a-t-elle décidé que les dispositions du Code autorisant la retraite obligatoire à l’âge de 65 ans se défendaient au regard de l’article premier de la Charte? Le raisonnement de la Cour suprême s’applique-t-il à la retraite obligatoire fixée à un âge plus bas?

[57] Examinons donc le raisonnement à la base de l’arrêt *McKinney* afin de voir s’il ne s’applique qu’à la retraite de personnes âgées d’au moins 65 ans.

[58] Il convient, lors de cet examen, de garder à l’esprit la nature de la question dont la Cour était saisie dans l’affaire *McKinney*. Il s’agissait de la constitutionnalité d’une disposition permettant d’imposer le départ à la retraite à partir de 65 ans. Il n’y a, par conséquent, rien de surprenant à ce que les motifs de la Cour aient spécifiquement visé la retraite à 65 ans. La question est de savoir si ces motifs ne s’appliquaient qu’aux dispositions précises sur lesquelles la Cour était appelée à se prononcer.

[59] Before beginning his analysis in *McKinney*, La Forest J. reviewed the history of mandatory retirement in Canada so as to place the Charter issue in its “proper linguistic, philosophic and historical contexts”: see *McKinney*, cited above, at page 292. La Forest J. noted that mandatory retirement at age 65 developed as a consequence of the development of public pension plans under which benefits were payable commencing at age 65. Private pension plans were designed so that their benefits dovetailed with those of the public plans. As a result, 65 became the generally accepted “normal” age of retirement. Mandatory retirement arose in the context of this integration of public and private pension plans.

[60] La Forest J. noted that “[a]bout one half of the Canadian work force occupy jobs subject to mandatory retirement and about two-thirds of collective agreements in Canada contain mandatory retirement provisions at the age of 65, which reflects that it is not a condition imposed on the workers but one which they themselves bargain for through their own organizations”: see *McKinney*, cited above, at page 294. In La Forest J.’s view, mandatory retirement had become part of “the very fabric of the organization of the labour market” in Canada: see *McKinney*, cited above, at page 295.

[61] In that regard, at page 294 of his reasons, La Forest J. quoted with approval from the decision of the Ontario Court of Appeal in *McKinney v. University of Guelph*, reported as 1987 CanLII 179, 63 O.R. (2d) 1:

One of the primary objectives of s. 9(a) was to arrive at a legislative compromise between protecting individuals from age-based employment discrimination and giving employers and employees the freedom to agree on a date for termination of the employment relationship. Freedom to agree on a termination date is of considerable benefit to both employers and employees.

[62] This passage highlights two elements that are important to the Supreme Court’s analysis. The first is that any law permitting mandatory retirement at any age

[59] Dans l’arrêt *McKinney*, avant d’entreprendre son analyse, le juge La Forest a fait l’historique de la retraite obligatoire au Canada, afin de situer la question constitutionnelle « dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : voir *McKinney*, précité, à la page 292. Le juge La Forest a relevé que la retraite obligatoire à 65 ans est née du développement de régimes de retraite publics aux termes desquels une pension de retraite était versée à partir de 65 ans. Les régimes de retraite privés ont été conçus de manière à ce que le versement des prestations se conforme aux régimes publics. C’est ainsi que 65 ans est devenu l’âge « normal » de la retraite. La retraite obligatoire est née dans ce contexte d’intégration des régimes de retraite publics et privés.

[60] Le juge La Forest a relevé que « [p]rès de la moitié de toute la main-d’œuvre canadienne occupe un emploi assujéti à la retraite obligatoire, et près des deux tiers des conventions collectives au Canada contiennent des dispositions sur la retraite obligatoire à l’âge de 65 ans, ce qui indique qu’il ne s’agit pas d’une condition imposée aux travailleurs, mais d’une condition qu’ils ont eux-mêmes négociée par l’entremise de leurs propres organisations » : voir *McKinney*, précité, à la page 294. Selon le juge La Forest, la retraite obligatoire fait maintenant partie « de l’organisation même du marché du travail dans notre pays » : voir *McKinney*, précité, à la page 295.

[61] À cet égard, à la page 294 de ses motifs, le juge La Forest cite, en l’approuvant, la décision rendue par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *McKinney v. University of Guelph*, dont la référence est 1987 CanLII 179, 63 O.R. (2d) 1 :

[TRADUCTION] L’un des principaux objectifs de l’al. 9a) était de parvenir à un compromis législatif pour protéger les individus contre la discrimination fondée sur l’âge en matière d’emploi et pour reconnaître aux employeurs et aux employés la liberté de fixer la date de la fin des rapports de travail. La liberté de convenir d’une date de cessation d’emploi représente un avantage considérable tant pour les employeurs que pour les employés.

[62] Ce passage fait ressortir deux éléments qui ont de l’importance pour ce qui est de l’analyse à laquelle s’est livrée la Cour suprême. Le premier est que toute

involves a compromise between competing interests, namely, freedom from age-based discrimination and the freedom of employers and employees to make mutually beneficial decisions. The second element is the prominent place given by La Forest J. to employer/employee self-determination in the elaboration of workplace policies.

[63] After these introductory comments, La Forest J. then turned to the section 1 analysis. He examined the objectives of the legislation. After referring to the legislative debates, he summarized the legislator's preoccupations in the following passage, which I quoted earlier in these reasons (*McKinney*, cited above, at page 302):

The Legislature's concerns were with the ramifications of changing what had for long been the rule on such important social issues as its effect on pension plans, youth employment, the desirability of those in the workplace to bargain for and organize their own terms of employment, the advantages flowing from expectations and ongoing arrangements about terms of employment, including not only retirement, but seniority and tenure and, indeed, almost every aspect of the employer-employee relationship. These issues are surely of "pressing and substantial [concern] in a free and democratic society".

[64] This passage reflects the fact that the legislature did not start with a blank slate when it enacted the Code. In the period preceding the legislation, employers and employees had entered into a variety of arrangements that reflected their expectations about workplace mobility and stability, based on the existence of mandatory retirement. The legislator was anxious to protect these mutually advantageous arrangements and was wary of interfering with them without understanding the ramifications of such changes.

[65] As La Forest J. noted in his introductory comments (see paragraphs 56 to 58 above), these arrangements usually involved mandatory retirement at age 65.

disposition législative autorisant la retraite obligatoire à quelque âge que ce soit est le fruit d'un compromis entre des intérêts divergents, en l'occurrence la protection contre les mesures discriminatoires fondées sur l'âge, d'une part, et d'autre part, la liberté qu'ont les employeurs et les employés de prendre des décisions avantageuses pour tout le monde. Le second élément est l'importance que le juge La Forest accorde à la possibilité pour les employeurs et les employés de définir eux-mêmes les politiques applicables en matière d'emploi.

[63] Après ces observations livrées à titre d'introduction, le juge La Forest aborde l'analyse de la question telle qu'elle se pose au regard de l'article premier. Il se penche d'abord sur les objectifs retenus par le législateur. Après avoir évoqué le débat à l'assemblée législative, il résume, dans le passage suivant, déjà cité plus haut, les préoccupations du législateur (*McKinney*, précité, à la page 302) :

Les préoccupations du législateur portaient sur les incidences qu'entraînerait la modification de ce qui a longtemps été la règle en matière de questions sociales importantes comme son effet sur les régimes de retraite, le travail chez les jeunes, l'utilité pour ceux qui sont sur le marché du travail de négocier et d'établir leurs propres conditions d'emploi, les avantages qui découlent des attentes et des arrangements en cours quant aux conditions d'emploi, y compris non seulement la retraite mais encore l'ancienneté et la permanence et, en réalité, presque tous les aspects des relations employeur-employé. Ces questions constituent certainement une «[préoccupation] urgente et réelle dans une société libre et démocratique».

[64] Ce passage montre que, lorsqu'elle a adopté le Code, la législature ne partait pas de rien. Au cours de la période précédant l'adoption du texte en question, les employeurs et les employés avaient conclu divers arrangements qui traduisaient leurs diverses attentes concernant la mobilité et la stabilité de la main-d'œuvre compte tenu de la retraite obligatoire. Le législateur avait le souci de protéger ces arrangements contenant des avantages réciproques, et hésitait à intervenir dans la mesure où on ne connaissait pas très bien les conséquences qu'entraîneraient les changements.

[65] Ainsi que le juge La Forest l'a noté dans ses observations introductives (voir les paragraphes 56 à 58 ci-dessus), les arrangements en question prévoyaient

However, there were other arrangements in place in different sectors of the workplace which reflected a different organization of the workplace. By way of example, the Air Canada pension plan has required mandatory retirement at age 60 since 1957. Air Canada and its employees have been bargaining collectively since 1945. Mandatory retirement at age 60 has been a term of the collective agreement since the early 1980's: see *Vilven*, cited above, at paragraph 8. Just as the Ontario legislature did not legislate in a vacuum, neither did Parliament.

[66] Moving to the next step in the section 1 analysis, La Forest J. addressed the issue of whether the means chosen by the legislature were rationally connected to its objectives. He was of the view that the legislation achieved its purpose of maintaining stability in pension arrangements and was therefore "rationally connected to that end": *McKinney*, cited above, at page 304. In his view, there was nothing irrational in a system "that permits those in the private sector to determine for themselves the age of retirement suitable to a particular area of activity": *McKinney*, cited above, at page 304.

[67] These words accurately describe the thrust of paragraph 15(1)(c) of the CHRA which leaves the determination of the age at which mandatory retirement is permissible to the prevailing practice in a particular industry. I find in them an indication that the majority of the Supreme Court was addressing its mind to the issue of mandatory retirement generally, and not specifically to the question of mandatory retirement at age 65.

[68] The next issue considered in La Forest J.'s analysis was minimal impairment. In analysing this issue, he reviewed some of the social science evidence contained in the record, noting the conflicting predictions as to the effects of abolishing mandatory retirement. In his view, it was not surprising that, in light of this conflicting evidence, the legislature should adopt a cautious approach to the issue.

généralement la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans. Il y avait, cependant, dans d'autres secteurs professionnels, des arrangements qui traduisaient une autre organisation du milieu de travail. C'est ainsi que le régime de pension d'Air Canada impose, depuis 1957, la retraite obligatoire à partir de 60 ans. Or, les négociations collectives entre Air Canada et ses employés remontent à 1945. La retraite obligatoire à 60 ans est une modalité de la convention collective depuis le début des années 1980 : voir *Vilven*, précité, au paragraphe 8. La législature de l'Ontario n'a donc pas légiféré à partir de rien, et cela est également vrai du Parlement.

[66] Dans l'étape suivante de son analyse de la question, au regard de l'article premier, le juge La Forest se penche sur la question de savoir si les moyens retenus par la législature entretenaient avec les objectifs visés un lien rationnel. Selon lui, la législation permettait effectivement d'atteindre l'objectif visé, c'est-à-dire le maintien de la stabilité en matière de régime de retraite, et elle entretient donc « un lien rationnel avec cette fin » : *McKinney*, précité, à la page 304. Selon lui, il n'y a rien d'irrationnel dans un système « qui permet aux individus du secteur privé de fixer eux-mêmes l'âge de la retraite qui convient dans un domaine particulier d'activité » : *McKinney*, précité, à la page 304.

[67] Ce propos décrit correctement l'objectif que cherche à atteindre l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, qui, pour décider de l'âge de la retraite obligatoire, s'en remet à la pratique en vigueur dans un secteur particulier de l'activité économique. Je vois, dans ce propos, une indication que la majorité de la Cour suprême entendait se prononcer sur la question de la retraite obligatoire en général, et pas uniquement sur la retraite obligatoire à partir de 65 ans.

[68] À l'étape suivante de son analyse, le juge La Forest se penche sur la question de l'atteinte minimale. Il examine certains des éléments du dossier issus de recherches en sciences sociales, relevant un certain nombre de contradictions concernant les effets que pourrait entraîner l'abolition de la retraite obligatoire. Cela étant, il n'est, selon lui, pas surprenant, compte tenu de ces éléments contradictoires, que la législature ait abordé la question avec prudence.

[69] La Forest J. put his discussion of minimal impairment in context when he wrote the following at page 312 of his reasons:

It must be remembered that what we are dealing with is not regulation of the government's employees; nor is it government policy favouring mandatory retirement. It simply reflects a permissive policy. It allows those in different parts of the private sector to determine their work conditions for themselves, either personally or through their representative organizations. It was not a condition imposed on employees. Rather it derives in substantial measure from arrangements which the union movement or individual employees have struggled to obtain.

[70] This passage underlines La Forest J.'s sensitivity to the permissive nature of the Code and to the choices made by labour market participants in relation to retirement, often through the vehicle of collective bargaining. In my view, La Forest J.'s reasoning is premised on respect for the choices made by labour market participants themselves.

[71] La Forest J. then noted that a court must ultimately consider whether, on the evidence, the legislature had a reasonable basis for concluding that the means it had chosen impaired constitutionally protected rights as little as possible: see *McKinney*, cited above, at page 314. He expressed his conclusion on this point in the following terms:

I do not intend here to take sides on the economic arguments, and it may well be that acceptable arrangements can be worked out over time to take more sensitive account of the disadvantages resulting to the aged from present arrangements. But I am not prepared to say that the course adopted by the Legislature, in the social and historical context through which we are now passing, is not one that reasonably balances the competing social demands which our society must address. The fact that other jurisdictions have taken a different view proves only that the Legislatures there adopted a different balance to a complex set of competing values.

[72] Finally, La Forest J. found that the issue of proportionality between the measures adopted and the impairment of the constitutional right must be

[69] Le juge La Forest situe dans un contexte plus général son examen de l'atteinte minimale, s'exprimant en ces termes à la page 312 de ses motifs :

Il faut se rappeler que nous n'avons pas affaire à un règlement applicable aux employés du gouvernement; il ne s'agit pas non plus d'une politique gouvernementale qui favorise la retraite obligatoire. Il s'agit simplement d'une politique facultative. Elle permet à ceux qui travaillent dans des divers domaines du secteur privé de fixer leurs conditions de travail, soit personnellement, soit par l'intermédiaire des organisations qui les représentent. Il ne s'agit pas d'une condition imposée aux employés. Elle résulte plutôt en bonne partie des ententes que le mouvement syndical ou des employés, pris individuellement, ont réussi à obtenir avec peine.

[70] Ce passage montre bien que le juge La Forest est sensible au caractère facultatif des dispositions du Code sur ce point, et aux choix des acteurs du marché de la main-d'œuvre en matière de retraite, choix souvent issus de négociations collectives. Le raisonnement du juge La Forest est fondé, selon moi, sur le respect des choix opérés par les acteurs du marché de la main-d'œuvre.

[71] Le juge La Forest note ensuite qu'en définitive un tribunal appelé à se prononcer en ce domaine doit décider si, compte tenu des preuves présentées, la législature pouvait raisonnablement conclure que les mesures qu'elle adoptait portaient le moins possible atteinte à des droits garantis par la Constitution : voir *McKinney*, précité, à la page 314. Voici en quels termes il a formulé sa conclusion sur ce point :

Je n'ai pas l'intention en l'espèce de me prononcer sur les arguments économiques et il se peut bien que l'on conclue à l'avenir des ententes acceptables qui tiendront mieux compte des désavantages que comportent les ententes actuelles pour les personnes âgées. Mais je ne suis pas prêt à dire que la ligne de conduite adoptée par le législateur, dans le contexte social et historique que nous connaissons actuellement, n'établit pas un équilibre raisonnable entre les revendications sociales concurrentes auxquelles doit s'attaquer notre société. Le fait que d'autres ressorts aient adopté un point de vue différent prouve seulement que leurs législatures ont adopté un processus d'évaluation différent à l'égard d'un ensemble de valeurs concurrentes complexes.

[72] Et enfin, le juge La Forest a estimé que la question de la proportionnalité des mesures adoptées par rapport à l'atteinte à un droit garanti par la Constitution

approached in a manner that respects the fact that certain types of Charter problems lend themselves to incremental solutions. In La Forest's view, "it is important to remember that a Legislature should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once": see *McKinney*, cited above, at page 317. This is particularly so in a case like this where protecting the rights of one group of people necessarily affects the rights of others.

[73] Justices Sopinka and Cory each wrote concurring reasons agreeing with La Forest J.'s reasons and conclusion: see *McKinney*, cited above, at pages 445 and 447. Each of them went on to add a further element to the analysis, an element which, in my view, reinforces the thrust of La Forest J.'s analysis.

[74] Sopinka J. summarized his thinking on the issue of mandatory retirement as follows (*McKinney*, cited above, at page 446):

The current state of affairs in the country, absent a ruling from this court that mandatory retirement is constitutionally impermissible, is the following. The federal government and several provinces have legislated against it. Others have declined to do so. These decisions have been made by means of the customary democratic process and no doubt this process will continue unless arrested by a decision of this Court. Furthermore, employers and employees through the collective bargaining process can determine for themselves whether there should be a mandatory retirement age and what it should be. They have done so in the past, and the position taken by organized labour on this issue indicates that they wish this process to continue. A ruling that mandatory retirement is constitutionally invalid would impose on the whole country a regime not forged through the democratic process but by the heavy hand of the law. Ironically, the *Charter* would be used to restrict the freedom of many in order to promote the interests of the few. While some limitation on the rights of others is inherent in recognizing the rights and freedoms of individuals the nature and extent of the limitation, in this case, would be quite unwarranted. I would therefore dispose of the appeal as proposed by La Forest J.

[75] Cory J. was more passionate in his defence of the collective bargaining process (*McKinney*, cited above, at pages 447–448):

doit être abordée d'une manière qui tienne compte du fait que certains types de problèmes en rapport avec les dispositions de la Charte se prêtent à des dispositions progressives. Selon le juge La Forest, « il est important de se rappeler qu'un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois » : voir *McKinney*, précité, à la page 317. Il en va particulièrement ainsi lorsque la protection des droits de certains, va nécessairement affecter les droits de certains autres.

[73] Les juges Sopinka et Cory ont chacun exposé des motifs concourants en harmonie avec les motifs et la conclusion du juge La Forest : voir *McKinney*, précité, aux pages 445 et 447. Chacun a ajouté à l'analyse un élément complémentaire qui, selon moi, renforce la portée de l'analyse effectuée par le juge La Forest.

[74] Voici, en quels termes, le juge Sopinka a résumé sa pensée sur la question de la retraite obligatoire (*McKinney*, précité, à la page 446) :

La situation qui prévaut au pays, en l'absence d'une décision de notre Cour que la retraite obligatoire est constitutionnellement inacceptable, est la suivante. Le gouvernement fédéral et plusieurs provinces ont légiféré contre celle-ci. D'autres ont refusé de le faire. Ces décisions ont été prises au moyen du processus démocratique habituel et, de toute évidence, ce processus va se poursuivre à moins qu'une décision de notre Cour n'y mette fin. Qui plus est, les employeurs et les employés peuvent, dans le cadre du processus de la négociation collective, déterminer eux-mêmes s'il y a lieu de fixer un âge de retraite obligatoire et quel devrait être cet âge. Ils l'ont fait dans le passé et la position adoptée par les syndicats à l'égard de cette question indique qu'ils veulent que ce processus se poursuive. Une décision portant que la retraite obligatoire est inconstitutionnelle imposerait à tout le pays un régime qui a été conçu non pas dans le cadre du processus démocratique mais par la puissance du droit. Ironiquement, la *Charte* serait utilisée pour limiter la liberté de bien des gens pour promouvoir les intérêts de quelques-uns. Bien que la reconnaissance des droits et libertés des particuliers comporte en soi une certaine restriction des droits d'autrui, la nature et l'étendue de la restriction en l'espèce serait tout à fait injustifiée. Par conséquent, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge La Forest.

[75] Le juge Cory va encore plus loin dans sa défense des négociations collectives (*McKinney*, précité, aux pages 447 et 448) :



Bargains struck whereby higher wages are paid at an earlier age in exchange for mandatory retirement at a fixed and certain age, may well confer a very real benefit upon the worker and not in any way affect his or her basic dignity or sense of worth. If such contracts should be found to be invalid, it would attack the very foundations of collective bargaining and might well put in jeopardy some of the hard won rights of labour.

The collective agreement reflects the decision of intelligent adults, based upon sound advice, that it is in the best interest of themselves and their families to accept a higher wage settlement for the present and near future in exchange for agreeing to a fixed and certain date for retirement. In those circumstances, it would be unseemly and unfortunate for a court to say to a union worker that, although this carefully made decision is in the best interest of you and your family, you are not going to be permitted to enter into this contract. It is a position that I would find unacceptable.

[76] Both of these passages emphasize La Forest J.'s belief in the wisdom of deferring to the legislature's choices with respect to the organization of the workplace by employers and employees.

[77] Given all of this, what does *McKinney* stand for?

[78] It is perhaps easier to state what *McKinney* did not decide. *McKinney* did not decide that the provisions of the Code permitting mandatory retirement as of age 65 were saved by section 1 of the Charter because 65 was seen as the normal age of retirement. La Forest J.'s observation that 65 had come to be regarded as the normal age of retirement does not figure at all in his subsequent application of the *Oakes* test. It is simply a demographic observation, the occurrence of which is explainable by reference to certain economic factors.

[79] Age 65, in and of itself, cannot justify a breach of section 15 of the Charter. The factors which justify mandatory retirement must logically apply independent of age since one cannot justify a breach of the right to

Les ententes conclues où l'on prévoit que des salaires plus élevés sont versés à un âge plus jeune en échange de la retraite obligatoire à un âge fixe et précis peuvent fort bien conférer un véritable avantage au travailleur et ne toucher d'aucune façon à sa dignité ou à sa valorisation personnelles. Si ces contrats étaient déclarés invalides, on porterait atteinte aux fondements mêmes de la négociation collective et on pourrait fort bien mettre en péril certains droits durement acquis en matière de travail.

La convention collective reflète la décision, fondée sur des conseils judicieux, de personnes adultes intelligentes qu'il est dans leur meilleur intérêt, ainsi que dans celui de leur famille, d'accepter pour l'immédiat et un avenir rapproché un salaire plus élevé en échange de l'établissement d'une date fixe précise pour la retraite. Dans ces circonstances, il serait inconvenant et malheureux qu'un tribunal dise à un travailleur syndiqué que, même si cette décision soigneusement prise est dans son meilleur intérêt et celui de sa famille, on ne lui permettra pas de conclure ce contrat. Il s'agit d'une position que j'estime inacceptable.

[76] Ces deux passages soulignent à quel degré le juge La Forest considère qu'il convient de s'en remettre aux choix de la législature pour ce qui est de l'organisation, par les employeurs et les employés, du marché du travail.

[77] Cela étant, quelle est, au juste, la portée de l'arrêt *McKinney*?

[78] Peut-être est-il plus aisé de dire quels sont les points sur lesquels l'arrêt *McKinney* ne s'est pas prononcé. L'arrêt *McKinney* n'a notamment pas dit que les dispositions du Code autorisant la retraite obligatoire à partir de 65 ans se défendaient au regard de l'article premier de la Charte parce que 65 ans est considéré comme l'âge de la retraite en vigueur. Le juge La Forest a bien dit que 65 ans était dorénavant considéré comme l'âge de la retraite en vigueur, mais il ne reprend pas cette observation plus loin, lors de son application du critère dégagé par l'arrêt *Oakes*. Il s'agit d'une simple observation de caractère démographique, qui s'explique au vu de certains facteurs économiques.

[79] L'âge de 65 ans ne saurait en soi justifier une atteinte à l'article 15 de la Charte. Les facteurs qui justifient la retraite obligatoire doivent logiquement s'appliquer indépendamment de l'âge car on ne saurait,

be free from age-based discrimination by reference to age itself. Such an argument would be tautological.

[80] In my view, what *McKinney* did decide was that mandatory retirement, as an exception to the prohibition against discrimination on the basis of age, could be justified under section 1 of the Charter when it is a mutually advantageous arrangement between employers and employees which permits the workplace to be organized in a manner that accommodates the needs of both parties. While these types of arrangements are not limited to unionized workplaces, La Forest J. was very conscious of the significant role that collective bargaining plays in achieving these types of accommodations: see *McKinney*, cited above, at pages 312–314.

[81] There is nothing in *McKinney* that would suggest that the analysis which resulted in the conclusion that paragraph 9(a) of the Code was saved under section 1 of the Charter does not apply to provisions permitting mandatory retirement prior to age 65.

[82] While retirement at age 65 is the norm in the general workforce, there are instances of particular occupational groups in which there are longstanding mandatory retirement arrangements at an age other than 65. This case is but one example of such an arrangement. There is nothing in *McKinney* which would force the conclusion that such arrangements were not justified under section 1 of the Charter simply because the agreed upon age of mandatory retirement was less than 65.

[83] Moreover, the trigger by which the age of mandatory retirement is fixed does not change the analysis insofar as the constitutional validity of a permissive mandatory retirement provision is concerned. The trigger in the case of paragraph 15(1)(c) of the CHRA, the normal age of retirement for a given occupation or position, simply allows for the fact that certain occupational groups may have negotiated arrangements based on a fixed and certain retirement date other than age 65.

sous peine de tautologie, invoquer l'âge de l'intéressé pour justifier une atteinte au droit d'échapper aux mesures discriminatoires fondées sur l'âge.

[80] Selon moi, ce que l'arrêt *McKinney* a dit, c'est que la retraite obligatoire, qui constitue une exception à l'interdiction de toute mesure discriminatoire fondée sur l'âge, peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte lorsqu'elle correspond à un arrangement qui est dans l'intérêt à la fois des employeurs et des employés, puisqu'il permet une organisation du travail correspondant aux besoins des deux parties. De tels arrangements ne se limitent pas aux emplois syndiqués, mais le juge La Forest était tout à fait conscient de l'importance des négociations collectives lorsqu'il s'agit de parvenir à ce type d'arrangement : voir *McKinney*, précité, aux pages 312 à 314.

[81] Il n'y a rien, dans l'arrêt *McKinney*, qui permette de dire que l'analyse ayant mené à conclure que l'alinéa 9a) du Code se défendait au regard de l'article premier de la Charte ne s'applique pas aux dispositions autorisant la retraite obligatoire avant l'âge de 65 ans.

[82] L'âge de 65 ans est certes l'âge normal de la retraite pour l'ensemble de la main-d'œuvre, mais il existe depuis longtemps, pour certains groupes professionnels, des dispositions prévoyant la retraite obligatoire à un âge autre que 65 ans. Le présent cas n'est qu'un exemple de ce genre d'arrangement. L'arrêt *McKinney* ne contient rien qui contraigne à conclure que de tels arrangements ne se justifient pas au regard de l'article premier de la Charte simplement parce qu'ils prévoient la retraite obligatoire à moins de 65 ans.

[83] Précisons par ailleurs que la manière dont est fixé l'âge de la retraite obligatoire ne change rien à l'analyse de la validité constitutionnelle d'une disposition autorisant la retraite obligatoire. Pour ce qui est de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, la retraite obligatoire devient possible dès l'âge de la retraite en vigueur pour un genre d'emploi donné, ce qui ne fait que reconnaître que certains groupes professionnels peuvent avoir négocié des arrangements prévoyant, comme date fixe et certaine du départ à la retraite, un âge autre que 65 ans.

[84] By way of example only, in the *Vilven* decision, the Federal Court noted the Tribunal's observations with respect to mandatory retirement for pilots at Air Canada (*Vilven*, cited above, at paragraph 217):

In this case, ACPA and Air Canada agreed to retirement at age 60 in exchange for a rich compensation package, including a pension plan that put Air Canada pilots in an elite group of pensioners. Based upon the testimony of an Air Canada witness, the Tribunal observed [at paragraph 100] that employees, including Air Canada pilots, are not faced with the indignity of retiring because they have been found to be incapable of performing the requirements of their position or because of failing health. Instead, "retirement at age 60 for pilots is the fully understood and anticipated conclusion of a prestigious and financially rewarding career."

[85] While the issue at hand is not the validity of Air Canada's mandatory retirement policy, this passage does make it clear that the same mechanisms which are at play in workplaces where mandatory retirement occurs at age 65 are also at play in workplaces where the parties have agreed upon mandatory retirement at a younger age.

[86] To recapitulate, I am of the view that *McKinney* decided that a provision which permits mandatory retirement is constitutionally permissible because the existence of a fixed and certain retirement date permits the negotiation of mutually beneficial arrangements which might not otherwise be possible. A provision such as paragraph 15(1)(c) of the CHRA permits such arrangements and would therefore come within the principles articulated in *McKinney*.

[87] That said, it may be that conditions have changed to the point where the Supreme Court is prepared to revisit this issue. If it is, then, obviously, nothing in this decision would prevent it from doing so.

[88] I therefore find that the Tribunal and the Federal Court were bound by *McKinney* and ought to have followed it.

[84] Simplement à titre d'exemple, la Cour fédérale a, dans son jugement *Vilven*, cité les observations du Tribunal concernant la retraite obligatoire des pilotes d'Air Canada (*Vilven*, précité, au paragraphe 217) :

En l'espèce, l'APAC et Air Canada ont convenu de fixer l'âge de la retraite à 60 ans en échange d'un généreux système de rémunération, qui comporte un régime de retraite qui situe les pilotes d'Air Canada dans un groupe privilégié de pensionnés. Se fondant sur la déposition d'un témoin d'Air Canada, le Tribunal a fait remarquer [au paragraphe 100] que les employés, dont les pilotes d'Air Canada, ne sont pas mis dans la situation embarrassante d'être obligés de prendre leur retraite parce qu'il a été conclu qu'ils sont incapables de satisfaire aux exigences de leur emploi ou que leur état de santé se dégrade. Au contraire, « la retraite à 60 ans pour les pilotes est la conclusion entièrement comprise et attendue d'une carrière prestigieuse et valorisante pécuniairement ».

[85] La question à trancher en l'espèce n'est pas celle de la validité de la politique d'Air Canada en matière de retraite obligatoire, mais ce passage précise bien que les mécanismes adoptés dans les entreprises où l'âge de la retraite obligatoire est fixé à 65 ans s'appliquent également aux cas où les parties ont convenu d'un départ obligatoire à la retraite à un âge moins avancé.

[86] Bref, j'estime que, selon l'arrêt *McKinney*, une disposition autorisant la retraite obligatoire se défend au regard de la Constitution, car l'existence, pour le départ à la retraite, d'un âge fixe et certain, permet la négociation, dans l'intérêt des diverses parties concernées, d'arrangements qui ne seraient peut-être pas possibles autrement. Une disposition qui, comme l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, permet de tels arrangements, est donc conforme aux principes dégagés par l'arrêt *McKinney*.

[87] Cela étant, il se peut que les conditions aient évolué au point où la Cour suprême serait disposée à réexaminer la question. Si c'est effectivement le cas, il est clair que la présente décision ne comporte rien qui l'empêcherait de le faire.

[88] Je considère, par conséquent, que la jurisprudence *McKinney* s'imposait au Tribunal et à la Cour fédérale et qu'il y avait lieu pour eux de l'appliquer.

## CONCLUSION

[89] The Federal Court decided in *Vilven* that the Tribunal's conclusion that age 60 was the normal age for pilots was reasonable, see *Vilven*, cited above, at paragraph 174. Since paragraph 15(1)(c) of the CHRA is constitutionally valid, and since the Pilot's complaints were caught by paragraph 15(1)(c), it follows that their complaints should be dismissed.

[90] I would therefore allow the appeal with costs in this Court and in the Federal Court. I would set aside the decision of the Federal Court, and return the matter to the Tribunal with the direction that the complaints of Mr. Kelly and Mr. Vilven should be dismissed on the ground that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is constitutionally valid, and that 60 is the normal retirement age for persons working in positions similar to theirs.

[91] I would also dismiss the cross-appeal with costs.

GAUTHIER J.A.: I agree.

## CONCLUSION

[89] Dans le jugement *Vilven*, la Cour fédérale estime qu'il était, de la part du Tribunal, raisonnable de conclure que 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour les pilotes : voir *Vilven*, précité, au paragraphe 174. Étant donné la validité constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, et puisque la plainte déposée par les Pilotes tombe sous le coup de l'alinéa 15(1)c), leur plainte doit être rejetée.

[90] J'accueillerais, par conséquent, l'appel, avec dépens tant devant notre Cour que devant la Cour fédérale. J'infirmes la décision de la Cour fédérale, renvoyant l'affaire au Tribunal pour qu'il rejette les plaintes déposées par MM. Kelly et Vilven, l'alinéa 15(1)c) de la LCDP étant constitutionnellement valide, et 60 ans étant l'âge normal de la retraite pour ce genre d'emploi.

[91] Je rejetterais, également avec dépens, l'appel incident.

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

A-449-10  
2011 FCA 187

A-449-10  
2011 CAF 187

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

v.

**Jigarkumar Patel** (*Respondent*)

**INDEXED AS: PATEL V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

Federal Court of Appeal, Sexton, Dawson and Stratas JJ.A.—Toronto, May 11; Ottawa, June 2, 2011.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Appeal from Federal Court decision allowing respondent’s judicial review of visa officer’s refusal of application for permanent residence — Respondent, applying in Canada as member of federal skilled worker class — Completed one-year program at one college, attended one semester in another institution — Respondent not awarded selection points for adaptability under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 83 since had not studied at post-secondary institution in Canada in minimum two-year program of full-time study — Federal Court finding visa officer erring in law in interpreting s. 83 — Question certified with respect to assessment of adaptability under s. 83 — Whether Federal Court erring in setting aside visa officer’s decision; whether visa officer’s decision reasonable — Meaning of “completed a program of full-time study of at least two years’ duration at a post-secondary institution in Canada” or in French “a complété avec succès un programme ... qui a nécessité au moins deux ans d’études à temps plein dans un établissement d’enseignement postsecondaire au Canada” in Regulations, s. 83(3) ascertained — Interpreting s. 83(3) to require study at post-secondary Canadian institution in one program for at least two years consistent with plain meaning of both English, French versions of text — Also consistent with statutory context, purpose of determining whether skilled worker capable of becoming economically established in Canada — Federal Court erring in stating no policy rationale supporting visa officer’s interpretation of s. 83(3), in finding visa officer incorrectly interpreting s. 83(3) — Visa officer not making reviewable error in appreciating evidence on record; decision thereof falling within range of possible acceptable outcomes — As for certified question, disparate programs of study should not be aggregated, no points should be awarded if total period of study amounting to or exceeding two years of full-time study at one or more post-secondary institutions — Appeal allowed.*

**Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration**  
(appellant)

c.

**Jigarkumar Patel** (*intimé*)

**RÉPERTORIÉ : PATEL C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Cour d’appel fédérale, juges Sexton, Dawson et Stratas, J.C.A.—Toronto, 11 mai; Ottawa, 2 juin 2011.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l’intimé à l’encontre de la décision de l’agent des visas de rejeter sa demande de résidence permanente — L’intimé a présenté sa demande de résidence permanente au Canada au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) — L’intimé a terminé avec succès un programme d’un an dans un collège, et a fréquenté une autre institution pendant un semestre — Aucun point d’appréciation pour sa capacité d’adaptation, visée par l’art. 83 du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés, n’a été attribué à l’intimé, étant donné qu’il n’avait pas étudié dans un établissement d’enseignement postsecondaire au Canada, dans le cadre d’un programme d’études à temps plein d’au moins deux ans — La Cour fédérale a conclu que l’agent des visas a commis une erreur dans son interprétation de l’art. 83 — Une question a été certifiée quant à l’évaluation de la capacité d’adaptation de l’intimé visée par l’art. 83 — La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en annulant la décision de l’agent des visas? La décision de l’agent des visas était-elle raisonnable? — Le sens des mots, à l’art. 83(3), « a complété avec succès un programme [...] qui a nécessité au moins deux ans d’études à temps plein dans un établissement d’enseignement postsecondaire au Canada » ou « completed a program of full-time study of at least two years’ duration at a post-secondary institution in Canada », dans la version anglaise du Règlement, a été établi — Interpréter l’art. 83(3) du Règlement comme exigeant de l’étranger qu’il étudie dans un établissement d’enseignement postsecondaire canadien dans le cadre d’un seul et même programme pendant au moins deux années s’accorde avec le sens manifeste des versions anglaise et française du texte — Une telle interprétation s’accorde également avec le contexte et l’objet de la législation en la matière qui est de déterminer si un travailleur qualifié peut réussir son établissement économique au Canada — La Cour fédérale a*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing the respondent's application for judicial review of a visa officer's refusal of the application for permanent residence the respondent submitted. The respondent, a citizen of India, applied in Canada as a member of the federal skilled worker class. He claimed, *inter alia*, five points for adaptability based upon his two years of Canadian post-secondary study. In Canada, the respondent completed a one year program at one college and attended one semester in another institution. No selection points were awarded for adaptability since it was determined that the respondent had not studied at a post-secondary institution in Canada in a program of full-time study of at least two years duration. The Federal Court found that the visa officer erred in law in interpreting section 83 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* so as to require full-time attendance for two years in a single academic program at a single accredited institution. It concluded that one's adaptability is not dependent upon academic achievement and that taking a succession of academic programs at one or more accredited institutions would not defeat the statutory purpose of recognizing a person's adaptability. It also certified the question as to whether, in assessing adaptability under section 83, disparate programs of study not each constituting two years of full-time study should be aggregated and points awarded if the total period of study amounts to or exceeds two years of full-time study at one or more post-secondary institutions in Canada.

The main issues were whether the Federal Court erred in setting aside the visa officer's decision and whether the visa officer's decision was reasonable.

*Held*, the appeal should be allowed.

*commis une erreur en déclarant qu'il n'existe pas de justification de la politique qui étaye l'interprétation de l'art. 83(3), et en concluant que l'agent des visas a mal interprété l'art. 83(3) du Règlement — L'agent des visas n'a pas commis d'erreur susceptible de révision dans son appréciation des faits portés à sa connaissance; sa décision appartenait aux issues possibles et acceptables — Quant à la question certifiée, il ne faut pas cumuler des programmes d'études disparates, ni attribuer de points si la durée totale des études est égale à, ou dépasse, deux années d'études à temps plein dans un ou plusieurs établissements d'enseignement postsecondaire — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé à l'encontre de la décision de l'agent des visas de rejeter sa demande de résidence permanente. L'intimé, citoyen de l'Inde, a présenté une demande de résidence permanente au Canada au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral). Il a prétendu, notamment, avoir droit à cinq points au titre de la capacité d'adaptation pour ses deux années d'études postsecondaires au Canada. Une fois au Canada, l'intimé a terminé un programme d'études d'un an dans un collège, et étudié pendant un semestre dans une autre institution. Aucun point d'appréciation pour la capacité d'adaptation de l'intimé n'a été attribué, étant donné qu'il a été déterminé que celui-ci n'avait pas étudié dans un établissement d'enseignement postsecondaire au Canada dans le cadre d'un programme d'études à temps plein d'au moins deux ans. La Cour fédérale a conclu que l'agent des visas a commis une erreur de droit dans son interprétation de l'article 83 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, celui-ci ayant estimé que l'article 83 exigeait la fréquentation à temps plein pendant deux années d'un seul et même établissement d'enseignement accrédité dans le cadre d'un seul et même programme d'études. Elle a conclu que la capacité d'adaptation d'un individu ne dépend pas de ses réalisations scolaires, et que suivre une succession de programmes d'études dans un ou plusieurs établissements accrédités ne ferait pas échec à l'objet de la loi consistant à reconnaître la capacité d'adaptation de la personne. La Cour a également certifié la question à savoir si, en évaluant la capacité d'adaptation de l'intéressé visée par l'article 83, il faut cumuler les programmes d'études lorsque chacun d'eux ne constitue pas deux ans d'études à temps plein, et attribuer des points si la durée totale des études est égale à, ou dépasse, deux années d'études à temps plein dans un ou plusieurs établissements d'enseignement postsecondaire au Canada.

Les questions principales étaient d'établir si la Cour fédérale a commis une erreur en annulant la décision de l'agent des visas et si la décision de l'agent des visas était raisonnable.

*Arrêt* : L'appel doit être accueilli.

The meaning and effect of the phrase “completed a program of full-time study of at least two years’ duration at a post-secondary institution in Canada” or in French “*a complété avec succès un programme ... qui a nécessité au moins deux ans d’études à temps plein dans un établissement d’enseignement postsecondaire au Canada*” found in subsection 83(3) of the Regulations had to be ascertained. Interpreting subsection 83(3) of the Regulations to require study at a post-secondary Canadian institution in one program for at least two years is consistent with the plain meaning of both the English and French versions of the text. Both versions speak of having “completed a program of full-time study of at least two years’ duration” or “*complété avec succès un programme ... qui a nécessité au moins deux ans d’études*”. Moreover, the French version is express that the program must be successfully completed. This evidences the legislative intent that one program should be completed as opposed to study in disparate programs for a total of two years. Such an interpretation of subsection 83(3) is also consistent with the statutory context and purpose, which is to determine whether a skilled worker will be able to become economically established in Canada. The Federal Court thus erred in stating that there is no policy rationale supporting the visa officer’s interpretation of subsection 83(3) of the Regulations. It also erred in law when finding that the visa officer incorrectly interpreted subsection 83(3) thereof.

While the reasons of the visa officer were brief, they provided a transparent and intelligible justification for his decision. No reviewable error was shown in the visa officer’s appreciation of the evidence before him. The respondent had not completed a single program of full-time study of at least two years’ duration. Based upon his correct interpretation of the Regulations and his application of subsection 83(3) to the facts before him, the visa officer’s decision fell within a range of possible acceptable outcomes which were defensible in respect of the facts and the law.

As for the certified question, disparate programs of study should not be aggregated and no points should be awarded if the total period of study amounts to or exceeds two years of full-time study at one or more post-secondary institutions.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

La Cour devait déterminer le sens et l’effet des mots, au paragraphe 83(3) du Règlement, « a complété avec succès un programme [...] qui a nécessité au moins deux ans d’études à temps plein dans un établissement d’enseignement postsecondaire au Canada » ou « *completed a program of full-time study of at least two years’ duration at a post-secondary institution in Canada* », dans la version anglaise du Règlement. Interpréter le paragraphe 83(3) du Règlement comme exigeant de l’étranger qu’il étudie dans un établissement d’enseignement postsecondaire canadien dans le cadre d’un seul et même programme pendant au moins deux années s’accorde avec le sens manifeste des versions anglaise et française du texte. Les deux versions prévoient l’obligation d’avoir « complété avec succès un programme [...] qui a nécessité au moins deux ans d’études » ou, en anglais, « *completed a program of full-time study of at least two years’ duration* ». De plus, la version française énonce expressément que le programme doit avoir été complété avec succès. Cela fait ressortir le fait que l’intention du législateur est qu’un seul et même programme soit complété, et non que l’intéressé ait étudié dans des programmes disparates pendant un total de deux ans. Une telle interprétation du paragraphe 83(3) s’accorde également avec le contexte et l’objet de la législation en la matière, qui est de déterminer si un travailleur qualifié peut réussir son établissement économique au Canada. La Cour fédérale a donc commis une erreur en déclarant qu’il n’existe pas de justification de la politique qui étaye l’interprétation du paragraphe 83(3) du Règlement faite par l’agent des visas. Elle a également commis une erreur de droit en concluant que l’agent des visas a mal interprété le paragraphe 83(3) du Règlement.

Quoique brefs, les motifs de l’agent des visas présentaient une justification transparente et intelligible de sa décision. De plus, rien n’indique que l’appréciation par l’agent des visas des faits portés à sa connaissance était erronée. L’intimé n’avait pas complété un seul et même programme d’études à temps plein d’au moins deux ans. Compte tenu du fait que l’agent des visas a correctement interprété le Règlement et qu’il a appliqué le paragraphe 83(3) aux faits dont il était saisi, sa décision appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

Quant à la question certifiée, il ne faut pas cumuler des programmes d’études disparates, ni attribuer de points si la durée totale des études est égale à, ou dépasse, deux années d’études à temps plein dans un ou plusieurs établissements d’enseignement postsecondaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(a)(ii) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 12, 14(1), (2)(a).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 70(2)(b) (as am. by SOR/2008-254, s. 1), 72(1)(d), 75(1), 76(1) (as am. by SOR/2004-167, s. 28(F)), (2), 78(2) (as am. by SOR/2010-195, s. 5(F)), 83, 117(9)(d) (as am. by SOR/2004-167, s. 41).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 12, 14(1), (2)a).

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 70(2)(b) (mod. par DORS/2008-254, art. 1), 72(1)d), 75(1), 76(1) (mod. par DORS/2004-167, art. 28(F)), (2), 78(2) (mod. par DORS/2010-195, art. 5(F)), 83, 117(9)d) (mod. par DORS/2004-167, art. 41).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, 327 D.L.R. (4th) 513, 14 Admin. L.R. (5th) 1; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Shahid*, 2011 FCA 40, 96 Imm. L.R. (3d) 186, 419 N.R. 259; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, 259 D.L.R. (4th) 244, 33 Admin. L.R. (4th) 1; *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 186, [2007] 1 F.C.R. 387, 270 D.L.R. (4th) 681, 53 Imm. L.R. (3d) 171; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215.

##### REFERRED TO:

*Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, 2009 D.T.C. 5046, 386 N.R. 212; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 1025, 375 F.T.R. 115; 2010 FC 1104, 92 Imm. L.R. (3d) 276) allowing the respondent's application for judicial review of a visa officer's refusal of the application for permanent residence the respondent submitted. Appeal allowed.

#### APPEARANCES

*Asha Gafar and Alex Kam* for appellant  
*Cathryn D. Sawicki* for respondent

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant  
*Green & Spiegel LLP*, Toronto, for respondent

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Shahid*, 2011 CAF 40; *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 186, [2007] 1 R.C.F. 387; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2010 CF 1025; 2010 CF 1104) accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé à l'encontre de la décision d'un agent des visas de rejeter sa demande de résidence permanente. Appel accueilli.

#### ONT COMPARU

*Asha Gafar et Alex Kam* pour l'appelant.  
*Cathryn D. Sawicki* pour l'intimé.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Green & Spiegel LLP*, Toronto, pour l'intimé.



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

[1] DAWSON J.A.: The respondent, Jigarkumar Patel, applied for permanent residence in Canada as a member of the federal skilled worker class. He claimed 74 selection points, including 5 points for adaptability based upon his two years of Canadian post-secondary study. A visa officer refused Mr. Patel's application for permanent residence on the basis that his application merited only 63 selection points—4 less than the required 67 points. The visa officer awarded no selection points for adaptability. Had the officer awarded the requested 5 points for adaptability, Mr. Patel would have had the required number of points to qualify as a member of the federal skilled worker class.

[2] Mr. Patel applied to the Federal Court for judicial review of the visa officer's decision. A Judge of the Federal Court, in reasons cited as 2010 FC 1025, 375 F.T.R. 115, allowed the application and remitted the matter to a different visa officer. The Judge certified the following serious question of general importance [supplementary reasons, 2010 FC 1104]:

In assessing adaptability under s. 83 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, should a visa officer aggregate programs of study that do not each constitute two years of full-time study of at least two years' duration at a post-secondary institution in Canada and award points if the total period of study amounts to or exceeds two years of full-time study at one or more post-secondary institutions?

[3] The Minister now appeals to this Court from the decision of the Federal Court. For the reasons that follow, I would allow the appeal, dismiss Mr. Patel's application for judicial review and answer the certified question in the negative.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : L'intimé, Jigarkumar Patel, a présenté une demande de résidence permanente au Canada au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral). Il a prétendu avoir droit à 74 points d'appréciation, dont 5 points au titre de la capacité d'adaptation pour ses deux années d'études postsecondaires au Canada. Un agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente de M. Patel pour le motif que sa demande ne méritait que 63 points d'appréciation, soit 4 de moins que les 67 points requis. L'agent des visas n'a attribué aucun point d'appréciation pour sa capacité d'adaptation. Si l'agent avait attribué les 5 points demandés à ce titre, M. Patel aurait eu le nombre de points nécessaires pour être admissible comme membre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral).

[2] M. Patel a présenté à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas. Dans des motifs publiés sous 2010 CF 1025, un juge de la Cour fédérale a accueilli la demande et renvoyé l'affaire à un autre agent des visas. Le juge a certifié la question grave de portée générale suivante [motifs supplémentaires 2010 CF 1104] :

[TRADUCTION] Lorsqu'il évalue la capacité d'adaptation de l'intéressé visée par l'art. 83 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, l'agent des visas doit-il cumuler les programmes d'études lorsque chacun d'eux ne constitue pas deux ans d'études à temps plein d'une durée de deux ans au moins dans un établissement d'enseignement postsecondaire au Canada et attribuer des points si la durée totale des études est égale à, ou dépasse, deux années d'études à temps plein dans un ou plusieurs établissements d'enseignement postsecondaire?

[3] Le ministre interjette maintenant appel auprès de notre Cour de la décision de la Cour fédérale. Pour les motifs exposés ci-dessous, j'accueillerais l'appel, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire de M. Patel et je répondrais négativement à la question certifiée.

## 1. Factual Background

[4] Mr. Patel is a citizen of India who holds a Bachelor of Science degree from a university in India. He came to Canada in 2004 on a study permit. From February 2005 to June 2006, he attended three semesters as a full-time student at the Canadian Career College. In June 2006, he was awarded a Diploma in International Business Management from that institution. During the summer of 2007, Mr. Patel attended the Xincon Technology College of Canada as a full-time student, studying computer systems technology for one semester. While he obtained several course credits, Mr. Patel did not complete the 118-week program of study.

## 2. Legislative Framework

[5] Before reviewing the decisions of the visa officer and the Federal Court, it is helpful to set out the legislation relevant to this appeal.

### a. *The Immigration and Refugee Protection Act*

[6] Section 12 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), found in Part 1, Division 1 of the Act, deals with the selection of permanent residents. Subsection 12(2) provides that a “foreign national may be selected as a member of the economic class on the basis of their ability to become economically established in Canada.”

[7] Subsection 14(1) goes on to provide that regulations may be enacted for any matter relating to Part 1, Division 1 of the Act. Of relevance to this appeal is paragraph 14(2)(a) of the Act which states:

14. ...

Regulations (2) The regulations may prescribe, and govern any matter relating to, classes of permanent residents or foreign nationals, including the classes

## 1. Les faits

[4] M. Patel est un citoyen de l’Inde titulaire d’un baccalauréat en sciences d’une université indienne. Il est entré au Canada en 2004 muni d’un permis de travail. De février 2005 à juin 2006, il a fréquenté pendant trois semestres le Canadian Career College en tant qu’étudiant à temps plein. En juin 2006, il a obtenu de cet établissement d’enseignement un diplôme en gestion du commerce international. Au cours de l’été de 2007, M. Patel a fréquenté à temps plein le Xincon Technology College of Canada et y a étudié, pendant un semestre, la technologie des systèmes informatiques. M. Patel a obtenu plusieurs crédits, mais il n’a pas complété le programme d’études de 118 semaines.

## 2. Le cadre législatif

[5] Avant de procéder à la révision des décisions de l’agent des visas et de la Cour fédérale, il sera utile d’énoncer la législation pertinente pour le présent appel.

### a. *La Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*

[6] L’article 12 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), que l’on trouve dans la section 1 de la partie 1 de la Loi, traite de la sélection des résidents permanents. Le paragraphe 12(2) prévoit que la « sélection des étrangers de la catégorie “immigration économique” se fait en fonction de leur capacité à réussir leur établissement économique au Canada ».

[7] Le paragraphe 14(1) prévoit en outre que des règlements peuvent être pris relativement à toute question ayant trait à la section 1 de la partie 1 de la Loi. L’alinéa 14(2)a) de la Loi, rédigé comme suit, est pertinent pour le présent appel :

14. [...]

(2) Ils établissent et régissent les catégories de résidents permanents ou d’étrangers, dont celles visées à l’article 12, et portent notamment sur :

Sélection et formalités

referred to in section 12, and may include provisions respecting

(a) selection criteria, the weight, if any, to be given to all or some of those criteria, the procedures to be followed in evaluating all or some of those criteria and the circumstances in which an officer may substitute for those criteria their evaluation of the likelihood of a foreign national's ability to become economically established in Canada; [Emphasis added.]

a) les critères applicables aux diverses catégories, et les méthodes ou, le cas échéant, les grilles d'appréciation et de pondération de tout ou partie de ces critères, ainsi que les cas où l'agent peut substituer aux critères son appréciation de la capacité de l'étranger à réussir son établissement économique au Canada; [Non souligné dans l'original.]

#### b. The Regulations

[8] Turning to the Regulations, paragraph 70(2)(b) [as am. by SOR/2008-254, s. 1] of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations) describes the economic class of immigrants to include the federal skilled worker class. This is the class in which Mr. Patel applied for permanent residence.

[9] Paragraph 72(1)(d) of the Regulations states that a foreign national in Canada becomes a permanent resident if, among other things, it is established that “they meet the selection criteria and other requirements applicable” to the class in which they apply for permanent residence.

[10] Dealing specifically with the federal skilled worker class, subsection 75(1) of the Regulations provides:

Class **75. (1)** For the purposes of subsection 12(2) of the Act, the federal skilled worker class is hereby prescribed as a class of persons who are skilled workers and who may become permanent residents on the basis of their ability to become economically established in Canada and who intend to reside in a province other than the Province of Quebec. [Emphasis added.]

[11] As subsection 12(2) of the Act and subsection 75(1) of the Regulations specify, central to membership in the economic class, including the federal skilled worker class, is the concept of “ability to become economically established in Canada.”

#### b. Le Règlement

[8] En ce qui concerne le Règlement, l'alinéa 70(2)b [mod. par DORS/2008-254, art. 1] du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement) précise que la catégorie de l'immigration économique comprend la catégorie des travailleurs qualifiés. Il s'agit de la catégorie au titre de laquelle M. Patel a présenté sa demande de résidence permanente.

[9] L'alinéa 72(1)d) du Règlement indique qu'un étranger au Canada devient résident permanent s'il est entre autres établi qu'« il satisfait aux critères de sélection et autres exigences applicables » à la catégorie au titre de laquelle il demande la résidence permanente.

[10] Le paragraphe 75(1) du Règlement, qui traite plus particulièrement de la catégorie des travailleurs qualifiés, est rédigé comme suit :

Catégorie **75. (1)** Pour l'application du paragraphe 12(2) de la Loi, la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) est une catégorie réglementaire de personnes qui peuvent devenir résidents permanents du fait de leur capacité à réussir leur établissement économique au Canada, qui sont des travailleurs qualifiés et qui cherchent à s'établir dans une province autre que le Québec. [Non souligné dans l'original.]

[11] Comme le paragraphe 12(2) de la Loi et le paragraphe 75(1) du Règlement le précisent, la « capacité à réussir [l']établissement économique au Canada » est un critère primordial de l'appartenance à la catégorie de l'immigration économique.

[12] Subsection 76(1) [as am. by SOR/2004-167, s. 28(F)] of the Regulations enumerates the criteria to be applied in order to assess whether a member of the federal skilled worker class will become economically established in Canada. It states:

Selection  
criteria

76. (1) For the purpose of determining whether a skilled worker, as a member of the federal skilled worker class, will be able to become economically established in Canada, they must be assessed on the basis of the following criteria:

(a) the skilled worker must be awarded not less than the minimum number of required points referred to in subsection (2) on the basis of the following factors, namely,

(i) education, in accordance with section 78,

(ii) proficiency in the official languages of Canada, in accordance with section 79,

(iii) experience, in accordance with section 80,

(iv) age, in accordance with section 81,

(v) arranged employment, in accordance with section 82, and

(vi) adaptability, in accordance with section 83; and

(b) the skilled worker must

(i) have in the form of transferable and available funds, unencumbered by debts or other obligations, an amount equal to half the minimum necessary income applicable in respect of the group of persons consisting of the skilled worker and their family members, or

(ii) be awarded the number of points referred to in subsection 82(2) for arranged employment in Canada within the meaning of subsection 82(1). [Emphasis added.]

[13] Subsection 76(2) of the Regulations requires the appellant Minister to fix the minimum number of points

[12] Le paragraphe 76(1) [mod. par DORS/2004-167, art. 28(F)] du Règlement énonce les critères applicables à la question de savoir si un membre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) peut réussir à établir son établissement économique au Canada. Il dispose :

Critères de  
sélection

76. (1) Les critères ci-après indiquent que le travailleur qualifié peut réussir son établissement économique au Canada à titre de membre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) :

a) le travailleur qualifié accumule le nombre minimum de points visé au paragraphe (2), au titre des facteurs suivants :

(i) les études, aux termes de l'article 78,

(ii) la compétence dans les langues officielles du Canada, aux termes de l'article 79,

(iii) l'expérience, aux termes de l'article 80,

(iv) l'âge, aux termes de l'article 81,

(v) l'exercice d'un emploi réservé, aux termes de l'article 82,

(vi) la capacité d'adaptation, aux termes de l'article 83;

b) le travailleur qualifié :

(i) soit dispose de fonds transférables — non grevés de dettes ou d'autres obligations financières — d'un montant égal à la moitié du revenu vital minimum qui lui permettrait de subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille,

(ii) soit s'est vu attribuer le nombre de points prévu au paragraphe 82(2) pour un emploi réservé au Canada au sens du paragraphe 82(1). [Non souligné dans l'original.]

[13] Aux termes du paragraphe 76(2) du Règlement, le ministre appelant doit établir le nombre minimal de

required of a skilled worker on the basis of three enumerated factors. It is agreed that Mr. Patel was required to obtain not less than 67 points.

[14] With respect to the selection criterion of adaptability, paragraph 83(1)(b) and subsection 83(3) of the Regulations are of central relevance to this appeal. They provide:

Adaptability  
(10 points)

**83. (1) A maximum of 10 points for adaptability shall be awarded to a skilled worker on the basis of any combination of the following elements:**

...

**(b) for any previous period of study in Canada by the skilled worker or the skilled worker's spouse or common-law partner, 5 points;**

...

Previous  
study in  
Canada

(3) For the purposes of paragraph (1)(b), a skilled worker shall be awarded 5 points if the skilled worker or their accompanying spouse or accompanying common-law partner, by the age of 17 or older, completed a program of full-time study of at least two years' duration at a post-secondary institution in Canada under a study permit, whether or not they obtained an educational credential for completing that program. [Emphasis added.]

### 3. The Decision of the Visa Officer

[15] As set out above, the visa officer awarded no points for adaptability based upon Mr. Patel's period of post-secondary study in Canada. The officer's rationale for this was expressed in the following way in the refusal letter:

No Adaptability points for your prior study in Canada have been assessed as you have not studied at a post-secondary institution in Canada in a program of full-time study of at least two years duration; you completed a one year program at Canada Career College and have presented evidence you attended one semester at Xincon College.

points que doit obtenir le travailleur qualifié en se fondant sur les trois facteurs énoncés. Nul ne conteste que M. Patel devait obtenir au moins 67 points.

[14] En ce qui concerne le critère de la sélection au titre de la capacité d'adaptation, l'alinéa 83(1)(b) et le paragraphe 83(3) du Règlement sont particulièrement pertinents pour le présent appel. Ils sont rédigés comme suit :

**83. (1) Un maximum de 10 points d'appréciation sont attribués au travailleur qualifié au titre de la capacité d'adaptation pour toute combinaison des éléments ci-après, selon le nombre indiqué :**

[...]

**b) pour des études antérieures faites par le travailleur qualifié ou son époux ou conjoint de fait au Canada, 5 points;**

[...]

Capacité  
d'adaptation  
(10 points)

(3) Pour l'application de l'alinéa (1)(b), le travailleur qualifié obtient 5 points si, à la date de son dix-septième anniversaire ou par la suite, lui ou, dans le cas où il l'accompagne, son époux ou conjoint de fait a complété avec succès un programme au titre d'un permis d'études — que ce programme ait été couronné ou non par un diplôme — qui a nécessité au moins deux ans d'études à temps plein dans un établissement d'enseignement postsecondaire au Canada. [Non souligné dans l'original.]

Études  
antérieures  
au Canada

### 3. La décision de l'agent des visas

[15] Comme nous l'avons vu, l'agent des visas n'a accordé aucun point au titre de la capacité d'adaptation pour la période des études postsecondaires de M. Patel au Canada. L'agent des visas a expliqué ainsi cette décision :

[TRADUCTION] Aucun point au titre de la capacité d'adaptation n'a été attribué pour vos études antérieures au Canada puisque vous n'avez pas fréquenté un établissement d'enseignement postsecondaire au Canada dans le cadre d'un programme d'études à temps plein d'une durée d'au moins deux ans; vous avez terminé avec succès un programme d'un an au Canada

[16] The visa officer's Computer Assisted Immigration Processing System notes contain the following expanded explanation for the officer's decision:

- PA has studied in Cda for the following

1) a one (1) yr Diploma program in International Business Mgmt at Canadian Career College (07/Feb/2005 to 23/Jun/2006); transcripts (which have been verified by the issuing school) and a copy of diploma on file

2) a Computer Systems Technology program at Xincon College in Scarborough; transcript on file shows PA attended for the Summer/07 semester; I note these transcripts are not/not dated, but were notarized on 09/Jan/2008 (by an Ontario based notary) : : no/no further evidence of study at, or graduation from, this school has been presented : :

To have 5 points assessed, PA must provide evidence he has studied at a (i.e. one) post-secondary Cdn institution in a program of full-time study of at least two yrs' duration; PA has completed a one yr program at one school and appears to have attended one semester at a different school : : furthermore, I note PA took two disparate, distinct programs and did not/not transfer from one institution to another into a similar program and with transfer credits : : PA has presented transcripts he had notarized in Jan/09 and I understand this to mean these transcripts show the extent of his studies at Xincon College as it would seem unreasonable to have notarized, and then submit, transcripts that do not show the complete scholastic history at a particular school : :

I am not/not satisfied, based on the evidence before me, to assess 5 points for prior study in Cda : : [Emphasis added.]

Career College et vous avez présenté des éléments de preuve montrant que vous aviez fréquenté le collège Xincon pendant un semestre.

[16] L'agent des visas a fourni des explications plus étoffées au soutien de sa décision dans les notes qu'il a consignées dans le Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration :

[TRADUCTION]

- Le demandeur principal a étudié au Canada dans :

1) un programme d'études d'un (1) an en vue de l'obtention d'un diplôme en gestion du commerce international au Canadian Career College (du 7 février 2005 au 23 juin 2006); des relevés de notes (qui ont été vérifiés par l'école qui les a émis) et une copie du diplôme sont au dossier;

2) un programme de technologie des systèmes informatiques au Xincon College à Scarborough; le relevé de notes au dossier révèle que le demandeur principal y a étudié au semestre de l'été 2007; je note que ces relevés de notes ne sont pas datés, mais qu'ils ont été authentifiés le 9 janvier 2008 (par un notaire de l'Ontario); aucune autre preuve d'études ou d'obtention d'un diplôme à cette école n'a été présentée.

Pour que cinq points soient attribués, le demandeur principal doit fournir des éléments de preuve démontrant qu'il a fréquenté un établissement (et non plusieurs) d'enseignement postsecondaire canadien dans le cadre d'un programme d'études à temps plein d'une durée d'au moins deux ans; or, le demandeur principal a terminé avec succès un programme d'un an dans un établissement et semble avoir fréquenté un établissement différent pendant un semestre; en outre, je note que le demandeur principal a suivi deux programmes distincts sans rapport entre eux et qu'il n'est pas passé d'un établissement à un autre pour y suivre un programme semblable en faisant reconnaître dans le second les crédits obtenus dans le premier; le demandeur principal a présenté des relevés de notes authentifiés en janvier 2009 et j'estime que cette authentification des relevés de notes permet d'inférer pendant combien de temps il a étudié au collège Xincon parce qu'il me semblerait déraisonnable de faire authentifier, puis de présenter, des relevés de notes qui ne rendraient pas compte de l'intégralité du parcours universitaire dans un établissement donné.

Les éléments de preuve dont je dispose ne me convainquent pas que je devrais attribuer cinq points au titre des études antérieures au Canada. [Non souligné dans l'original.]

## 4. The Decision of the Federal Court

[17] The Judge characterized the issues before him to be the standard of review and whether the visa officer erred in his interpretation of section 83 of the Regulations.

[18] The Judge rejected the Minister's argument that the appropriate standard of review to be applied to the officer's decision was reasonableness. The Judge viewed the primary basis of the visa officer's decision to be his interpretation of section 83 of the Regulations. This was, in the view of the Judge, a question of law which should be reviewed on the standard of correctness. The question of whether Mr. Patel completed two years of study as required by section 83 was, in the Judge's view, a question of mixed fact and law which attracted review on the standard of reasonableness.

[19] Turning to the visa officer's interpretation of section 83 of the Regulations, the Judge found the officer interpreted section 83 so as to require full-time attendance for two years in a single academic program at a single accredited institution. The Judge was satisfied that this interpretation was wrong in law.

[20] The Judge's reasons for this conclusion were as follows (at paragraphs 19–21):

The Minister argues that s 83 refers throughout to the singular (a program; a post-secondary institution; that program) and that its ordinary meaning must therefore be confined to a single two-year academic program at one institution. [Emphasis in original.]

Counsel for Mr. Patel points to ss 33(2) of the *Interpretation Act*, R.S., 1985, c. I-21 which dictates that "words in the singular include the plural and words in the plural include the singular". Accordingly, the references in s 83 to the singular must be taken to include "programs", "institutions", "study permits" and "those programs": see *Canada v Ward*, [1993] 2 SCR 689, 103 DLR (4th) 1 at para 90. It seems to me that this argument has considerable merit and is also in keeping with a purposive approach to the interpretation of s 83.

## 4. La décision de la Cour fédérale

[17] Le juge a indiqué que les questions à trancher étaient celles de savoir quelle était la norme de contrôle applicable et si l'agent des visas avait commis une erreur dans son interprétation de l'article 83 du Règlement.

[18] Le juge a rejeté l'argument du ministre selon lequel la norme de contrôle applicable à la décision de l'agent des visas était celle de la décision raisonnable. Il a estimé que la décision de l'agent des visas reposait principalement sur son interprétation de l'article 83 du Règlement. De l'avis du juge, cela constituait une question de droit susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. Selon le juge, la question de savoir si M. Patel avait terminé deux années d'études comme l'exige l'article 83 constituait une question mixte de fait et de droit susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable.

[19] En ce qui touche à l'interprétation de l'article 83 du Règlement par l'agent des visas, le juge a conclu que celui-ci avait estimé que l'article 83 exigeait la fréquentation à temps plein pendant deux années d'un seul et même établissement d'enseignement accrédité dans le cadre d'un seul et même programme d'études. Le juge était convaincu que cette interprétation était erronée en droit.

[20] Les motifs du juge à l'appui de cette conclusion étaient les suivants (aux paragraphes 19 à 21) :

Le ministre soutient que l'article 83 emploie partout le singulier (un programme; ce programme; un établissement d'enseignement postsecondaire) et que, suivant son sens ordinaire, il vise donc un seul et même programme d'études de deux ans suivi dans un seul et même établissement. [Souligné dans l'original.]

L'avocate de M. Patel invoque le paragraphe 33(2) de la *Loi d'interprétation du Canada*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui dispose que « [l]e pluriel ou le singulier s'appliquent, le cas échéant, à l'unité et à la pluralité ». Les termes au singulier à l'article 83 doivent donc s'interpréter comme comprenant le pluriel : « des programmes », « des établissements », « des permis d'études » et « ces programmes »; voir *Canada c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, 103 DLR (4th) 1, au paragraphe 90. Cet argument me paraît fort bien fondé et il s'accorde aussi avec une interprétation téléologique de l'article 83.

Consistent with the statutory language used, both parties agree that the acquisition of an academic credential is not a requirement for the award of adaptability points. This is in harmony with s 78 of the Regulations where points are awarded for academic credentials. Presumably one's adaptability is not dependent upon academic achievement but rather on the basis that one be enrolled in full-time studies at an accredited institution, or institutions for at least two years. I can identify no policy rationale for the narrow approach advanced by the Minister. Taking a succession of academic programs at one or more accredited institutions would not defeat or detract from the statutory purpose of recognizing a person's adaptability, provided that the other statutory pre-requisites are met. To entirely discount the value of Mr. Patel's pursuit of business and computer skills on such a basis seems perverse and not in keeping with the statutory object of recognizing a person's adaptability in Canada. [Emphasis added.]

Conformément au libellé de la disposition en cause, les deux parties conviennent que l'attribution de points au titre de la capacité d'adaptation ne dépend pas de l'obtention d'un diplôme. Cette interprétation s'accorde avec l'article 78 du RIPR, en vertu duquel des points sont attribués au titre des diplômes. La capacité d'adaptation d'un individu ne dépend probablement pas de ses accomplissements académiques, mais plutôt du fait qu'il a été inscrit à temps plein à un programme d'études dans un ou plusieurs établissements accrédités pendant au moins deux ans. Je ne vois aucune raison de principe d'adopter l'interprétation étroite que préconise le ministre. Suivre une succession de programmes d'études dans un ou plusieurs établissements accrédités ne ferait pas échec ni ne dérogerait à l'objet de la loi consistant à reconnaître la capacité d'adaptation de l'individu, pourvu qu'il soit satisfait aux autres conditions préalables prévues par la loi. Refuser pour un tel motif de reconnaître la moindre valeur à la démarche de M. Patel, à savoir l'acquisition de compétences dans les domaines des affaires et de l'informatique, me paraît inique et non conforme à l'objet de la loi consistant à reconnaître la capacité d'adaptation d'un individu au Canada. [Non souligné dans l'original.]

## 5. The Issues

[21] In my view, the issues to be determined on this appeal are:

- i. What is the applicable standard of review?
- ii. Did the Judge err in setting aside the decision of the visa officer?

## 6. Consideration of the Issues

- i. What is the applicable standard of review?

[22] I agree with the appellant's submission that, on an appeal from a decision of the Federal Court on an application for judicial review, the standard of appellate review is whether the Judge of the Federal Court selected the appropriate standard of review and then applied it correctly. See: *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, at paragraph 18.

## 5. Les questions en litige

[21] À mon avis, les questions à trancher dans le présent appel sont :

- i. Quelle est la norme de contrôle applicable?
- ii. Le juge a-t-il commis une erreur en annulant la décision de l'agent des visas?

## 6. Examen des questions en litige

- i. Quelle est la norme de contrôle applicable?

[22] Je suis d'accord avec l'observation de l'appellant selon laquelle, en appel d'une décision de la Cour fédérale rendue à l'égard d'une demande de contrôle judiciaire, la norme de contrôle en appel consiste à s'assurer que le juge de la Cour fédérale a choisi la bonne norme de contrôle judiciaire et qu'il l'a appliquée correctement : voir *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23, au paragraphe 18.



[23] As to the standard of review selected by the Judge, at paragraph 10 of his reasons the Judge wrote:

I do not agree with the Minister's assertion that the principal issue presented by this application must be assessed on the standard of reasonableness. The primary basis for the visa officer's decision involved the interpretation of s 83 of the IRPA Regulations. This raises an issue of law which must be reviewed on the standard of correctness: see *Sapru v Canada*, 2010 FC 240, 2010 CarswellNat 455 (WL) at paras 15 and 16; *Charalampis v Canada*, 2009 FC 1002, 353 FTR 24 at para 34; and *Angeles v Canada*, 2009 FC 744, 2009 CarswellNat 2506 (WL) at para 16. I accept that the issue of whether Mr. Patel completed two years of study as required by s 83 involves an issue of mixed fact and law attracting a standard of review of reasonableness.

[24] The Minister, relying upon *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 54 and 59; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 44, and *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 34, argues that the visa officer's interpretation of the Regulations should have been reviewed on the standard of reasonableness. The Minister distinguishes this Court's decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Shahid*, 2011 FCA 40, 96 Imm. L.R. (3d) 186, on the ground the case was heard prior to the release of the decision of the Supreme Court of Canada in *Celgene*. In *Shahid* this Court found that the interpretation of "full-time equivalent" as used in the Regulations was a pure question of statutory construction which should be decided on the standard of correctness.

[25] The respondent replies that the standard of review is correctness and that the Judge correctly found the officer's interpretation of the Regulations to be wrong.

[26] As explained by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir*, at paragraph 62, the first step in determining the appropriate standard of review is to ascertain whether the jurisprudence has already determined in a

[23] En ce qui a trait à la norme de contrôle judiciaire retenue par le juge, le juge écrit ceci au paragraphe 10 de ses motifs :

Je ne suis pas d'accord avec la prétention du ministre selon laquelle la norme de contrôle applicable à la principale question soulevée en l'espèce est la raisonabilité. La décision de l'agent des visas repose principalement sur une interprétation de l'article 83 du RIPR. Cela soulève une question de droit, laquelle doit être examinée en fonction de la norme de la décision correcte : voir *Sapru c. Canada*, 2010 CF 240, 2010 CarswellNat 455 (WL), aux paragraphes 15 et 16, *Charalampis c. Canada*, 2009 CF 1002, 353 FTR 24, au paragraphe 34, et *Angeles c. Canada*, 2009 CF 744, 2009 CarswellNat 2506 (WL), au paragraphe 16. J'admets que la question de savoir si M. Patel a terminé deux années d'études comme l'exige l'article 83 soulève une question mixte de fait et de droit qui commande l'application de la norme de la raisonabilité.

[24] S'appuyant sur les arrêts *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 54 et 59; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 44, et *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 34, le ministre soutient que l'interprétation du Règlement par l'agent des visas aurait dû être contrôlée selon la norme de la décision raisonnable. Le ministre établit une distinction avec la décision de notre Cour *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Shahid*, 2011 CAF 40, faisant valoir que cette affaire a été entendue avant que la Cour suprême du Canada ne rende sa décision dans l'arrêt *Celgene*. Dans l'arrêt *Shahid*, notre Cour a conclu que l'interprétation des mots « l'équivalent temps plein » utilisés dans le Règlement constituait une pure question d'interprétation législative qui devait être tranchée selon la norme de la décision correcte.

[25] L'intimé répond que la norme de contrôle est celle de la décision correcte et que le juge a estimé à bon droit que l'interprétation du Règlement par l'agent était erronée.

[26] Comme l'explique la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 62, la première étape pour déterminer la norme de contrôle qui s'applique est de vérifier si la jurisprudence établit déjà de

satisfactory manner the degree of deference to be accorded to a particular category of question.

[27] In my view, the jurisprudence has already determined that a visa officer's interpretation of the Act or the Regulations is reviewable on the standard of correctness. See, for example:

(i) *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration); De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, at paragraph 71 where the Supreme Court applied the correctness standard to the interpretation of subparagraph 19(1)(a)(ii) [as am. by S.C. 1992, c. 49, art. 11] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 by a visa officer. That provision rendered persons inadmissible if “their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services”;

(ii) *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 186, [2007] 1 F.C.R. 387, where this Court applied the correctness standard to the interpretation of paragraph 117(9)(d) [as am. by SOR/2004-167, s. 41] of the Regulations by a visa officer and later the Immigration Appeal Division. Paragraph 117(9)(d) rendered a foreign national ineligible to be considered a member of the family class by virtue of their relationship to a sponsor if “subject to subsection (10), the sponsor previously made an application for permanent residence and became a permanent resident and, at the time of that application, the foreign national was a non-accompanying family member of the sponsor and was not examined”; and

(iii) *Shahid*, as cited above, at paragraph 25 where this Court applied the correctness standard to the interpretation of the phrase “full-time equivalent” in subsection 78(2) [as am. by SOR/2010-195, s. 5(F)] of the Regulations by a visa officer. The interpretative question in *Shahid* concerned an applicant's academic history, and so, for the purposes of a standard of review analysis, presented considerations similar to those presented by the interpretive question in this case.

manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie particulière de questions.

[27] À mon avis, la jurisprudence a déjà établi que l'interprétation de la Loi ou du Règlement par l'agent des visas était susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. Voir, par exemple :

i) *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, au paragraphe 71, arrêt dans lequel la Cour suprême a appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation du sous-alinéa 19(1)a)(ii) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, par un agent des visas. Cette disposition prévoyait la non-admissibilité des personnes lorsque « leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé »;

ii) *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 186, [2007] 1 R.C.F. 387, arrêt dans lequel la Cour a appliqué la norme de la décision correcte aux interprétations de l'alinéa 117(9)d) [mod. par DORS/2004-167, art. 41] du Règlement par un agent des visas, puis par la Section d'appel de l'immigration. Selon l'alinéa 117(9)d), n'est pas considéré comme appartenant à la catégorie du regroupement familial du fait de sa relation avec le répondant « sous réserve du paragraphe (10), dans le cas où le répondant est devenu résident permanent à la suite d'une demande à cet effet, l'étranger qui, à l'époque où cette demande a été faite, était un membre de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier et n'a pas fait l'objet d'un contrôle »;

iii) *Shahid*, précité, au paragraphe 25, arrêt dans lequel notre Cour a appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation des mots « l'équivalent temps plein » au paragraphe 78(2) [mod. par DORS/2010-195, art. 5(F)] du Règlement par un agent des visas. La question d'interprétation dans l'arrêt *Shahid* concernait la scolarité du demandeur et donc, au regard d'une analyse visant à établir la norme de contrôle, comportait des éléments à considérer semblables à ceux que présente la question d'interprétation dans la présente affaire.

[28] It follows that the Judge did not err by reviewing the visa officer's interpretation of subsection 83(3) of the Regulations on the standard of correctness.

ii. Did the Judge err in setting aside the decision of the visa officer?

[29] The reasons of the visa officer are quoted above. The officer viewed subsection 83(3) of the Regulations to require study at a post-secondary Canadian institution in a single program of full-time study of at least two years' duration. The officer acknowledged the possibility of transfer from one institution to another in a similar program. He expressed concern, however, that Mr. Patel had completed a one-year program of study at one school and then completed one semester at a different school. The officer expressed further concern that the programs Mr. Patel enrolled in were two disparate, distinct programs.

[30] When applying the standard of correctness, a reviewing court shows no deference to the decision maker's reasoning process. In the context of a decision of a visa officer, after undertaking its own analysis of the question the Court will either agree or disagree with the conclusion of the visa officer. Where it disagrees, the Court will substitute its own view and provide the correct answer (*Dunsmuir*, at paragraph 50).

[31] Here, the Court must ascertain the meaning and effect of the phrase "completed a program of full-time study of at least two years' duration at a post-secondary institution in Canada" or "*a complété avec succès un programme ... qui a nécessité au moins deux ans d'  tudes    temps plein dans un établissement d'enseignement postsecondaire au Canada*" found in subsection 83(3) of the Regulations.

[32] It is well established that statutory interpretation requires consideration of the ordinary meaning of the words used as well as the statutory context and purpose.

[28] En conséquence, le juge n'a pas commis d'erreur en révisant l'interprétation du paragraphe 83(3) du Règlement par l'agent des visas selon la norme de la décision correcte.

ii. Le juge a-t-il commis une erreur en annulant la décision de l'agent des visas?

[29] Les motifs de l'agent des visas sont cités ci-dessus. L'agent estimait que le paragraphe 83(3) du Règlement énonçait l'exigence que l'étranger fréquente un établissement d'enseignement postsecondaire canadien, dans le cadre d'un seul et même programme d'études d'une durée d'au moins deux années. L'agent a reconnu la possibilité d'un transfert à un autre établissement dans un programme similaire. Cependant, il s'est inquiété du fait que M. Patel avait complété un programme d'études d'une durée d'un an dans une   cole et qu'il avait ensuite étudié pendant un semestre dans une autre   cole. L'agent s'est en outre montré préoccupé par le fait que les deux programmes auxquels M. Patel s'était inscrit étaient disparates et distincts.

[30] Lorsqu'elle applique la norme de la décision correcte, la cour de révision ne fait preuve d'aucune retenue à l'égard du raisonnement du décideur. Dans le contexte de la décision d'un agent des visas, après avoir procédé à sa propre analyse de la question, la Cour, soit est d'accord avec la conclusion de l'agent des visas, soit ne l'est pas. En cas de désaccord, la Cour substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose (*Dunsmuir*, au paragraphe 50).

[31] En l'espèce, la Cour doit déterminer le sens et l'effet des mots, au paragraphe 83(3) du Règlement, « a complété avec succès un programme [...] qui a nécessité au moins deux ans d'études à temps plein dans un établissement d'enseignement postsecondaire au Canada » ou « *completed a program of full-time study of at least two years' duration at a post-secondary institution in Canada* », dans la version anglaise du Règlement.

[32] Il est de jurisprudence constante que l'interprétation législative requiert de considérer le sens ordinaire des mots utilisés ainsi que le contexte et l'objet de la loi.

This was explained by the Supreme Court in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10 and reiterated in *Celgene*, as cited above, at paragraph 21. In that case the Supreme Court quoted from and commented on *Canada Trustco* as follows:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see 65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole. [Paragraph 10.]

The words, if clear, will dominate; if not, they yield to an interpretation that best meets the overriding purpose of the statute. [Emphasis added.]

[33] Interpreting subsection 83(3) of the Regulations to require study at a post-secondary Canadian institution in one program for at least two years is consistent with the plain meaning of both the English and French versions of the text. Both versions speak of having “completed a program of full-time study of at least two years’ duration” or “complété avec succès un programme ... qui a nécessité au moins deux ans d’études” (emphasis added). Moreover, the French version is express that the program must be successfully completed. In my view, this evidences the legislative intent that one program should be completed, as opposed to study in disparate programs for a total of two years.

C’est ce que la Cour suprême explique dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10, et réitère dans l’arrêt *Celgene*, précité, au paragraphe 21. Dans cette affaire, la Cour suprême cite l’arrêt *Trustco Canada* et le commente comme suit :

Il est depuis longtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’« il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : voir 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux. [Paragraphe 10.]

S’il est clair, le libellé prévaut; sinon, il cède le pas à l’interprétation qui convient le mieux à l’objet prédominant de la loi. [Non souligné dans l’original.]

[33] Interpréter le paragraphe 83(3) du Règlement comme exigeant de l’étranger qu’il étudie dans un établissement d’enseignement postsecondaire canadien dans le cadre d’un seul et même programme pendant au moins deux années s’accorde avec le sens manifeste des versions anglaise et française du texte. Les deux versions prévoient l’obligation d’avoir « complété avec succès un programme [...] qui a nécessité au moins deux ans d’études » ou, en anglais, « completed a program of full-time study of at least two years’ duration » (non souligné dans l’original). De plus, la version française énonce expressément que le programme doit avoir été complété avec succès. À mon avis, cela fait ressortir le fait que l’intention du législateur est qu’un seul et même programme soit complété, et non que l’intéressé ait étudié dans des programmes disparates pendant un total de deux ans.

[34] In my view, such an interpretation is also consistent with the statutory context and the purpose of the legislation. Subsection 83(3) is part of a legislative regime designed to determine whether a skilled worker will be able to become economically established in Canada. Disparate programs, that is fundamentally different or distinct programs, are less likely to teach skills that will lead to economic establishment when compared with completion of one two-year program. I therefore disagree with the Judge's statement that there is no policy rationale that supports the visa officer's interpretation of subsection 83(3) of the Regulations.

[35] Based upon the text of subsection 83(3) and its statutory context and purpose, I respectfully conclude that the Judge erred in law when he found the visa officer incorrectly interpreted subsection 83(3) of the Regulations.

[36] Having found that the visa officer correctly interpreted subsection 83(3) of the Regulations, it remains to consider whether the officer's application of the provision to the facts before him was reasonable.

[37] Review on the reasonableness standard requires an inquiry into the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. A reviewing court must also inquire whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law (*Dunsmuir*, at paragraph 47).

[38] While the reasons of the visa officer were brief, they provided a transparent and intelligible justification for the officer's decision. Further, no reviewable error has been shown in the visa officer's appreciation of the evidence before him. Mr. Patel had not completed a single program of full-time study of at least two years' duration.

[39] Based upon his correct interpretation of the Regulations and his application of subsection 83(3) to

[34] À mon avis, une telle interprétation s'accorde également avec le contexte et l'objet de la législation en la matière. Le paragraphe 83(3) fait partie d'un régime législatif conçu pour trancher la question de savoir si un travailleur qualifié peut réussir son établissement économique au Canada. Des programmes disparates, c'est-à-dire des programmes foncièrement différents ou distincts, sont comparativement moins susceptibles d'enseigner des habiletés favorables à un établissement économique qu'un seul et même programme d'une durée de deux ans. Par conséquent, je ne suis pas d'accord avec la déclaration du juge selon laquelle il n'existe pas de justification de la politique qui étaye l'interprétation du paragraphe 83(3) du Règlement faite par l'agent des visas.

[35] Me fondant sur le texte du paragraphe 83(3) ainsi que sur son contexte et son objet législatifs, j'estime en toute déférence que le juge a commis une erreur de droit en concluant que l'agent des visas avait mal interprété le paragraphe 83(3) du Règlement.

[36] Ayant conclu que l'agent des visas avait bien interprété le paragraphe 83(3) du Règlement, il reste à examiner la question de savoir si l'application par l'agent de la disposition aux faits portés à sa connaissance était raisonnable.

[37] La cour qui effectue une révision selon la norme de décision raisonnable doit se demander si la décision est justifiée et si le processus décisionnel est transparent et intelligible. Elle doit en outre examiner la question de savoir si la décision appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[38] Quoique brefs, les motifs de l'agent des visas présentent une justification transparente et intelligible de sa décision. De plus, rien n'indique que l'appréciation par l'agent des visas des faits portés à sa connaissance était erronée. M. Patel n'a pas complété un seul et même programme d'études à temps plein d'une durée d'au moins deux ans.

[39] Compte tenu du fait que l'agent des visas a correctement interprété le Règlement et qu'il a appliqué le

the facts before him, the visa officer's decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law.

#### 7. Conclusion

[40] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court and dismiss Mr. Patel's application for judicial review.

[41] I would answer the certified question as follows:

Q. In assessing adaptability under section 83 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, should a visa officer aggregate programs of study that do not each constitute two years of full-time study of at least two years' duration at a post-secondary institution in Canada and award points if the total period of study amounts to or exceeds two years of full-time study at one or more post-secondary institutions?

A. In assessing adaptability under section 83 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, a visa officer should not aggregate disparate programs of study and award points if the total period of study amounts to or exceeds two years of full-time study at one or more post-secondary institutions.

SEXTON J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

paragraphe 83(3) aux faits dont il était saisi, sa décision appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

#### 7. Conclusion

[40] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement de la Cour fédérale et je rejetterais la demande de contrôle judiciaire de M. Patel.

[41] Je répondrais comme suit à la question certifiée :

Q. Lorsqu'il évalue la capacité d'adaptation de l'intéressé visée par l'article 83 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, l'agent des visas doit-il cumuler les programmes d'études lorsque chacun d'eux ne constitue pas deux ans d'études à temps plein d'une durée de deux ans au moins dans un établissement d'enseignement postsecondaire au Canada et attribuer des points si la durée totale des études est égale à, ou dépasse, deux années d'études à temps plein dans un ou plusieurs établissements d'enseignement postsecondaire?

R. Lorsqu'il évalue la capacité d'adaptation de l'intéressé visée par l'article 83 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, l'agent des visas ne doit pas cumuler des programmes d'études disparates et attribuer des points si la durée totale des études est égale à, ou dépasse, deux années d'études à temps plein dans un ou plusieurs établissements d'enseignement postsecondaire.

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

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



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Immigration Inquiry Process*

Judicial review of Canada Border Services Agency (CBSA) decision convoking applicant to interview with Canadian Security Intelligence Service (CSIS) representative under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), s. 15(1)—Applicant among persons coming to Canada on *MV Sun Sea*—Issue herein whether CBSA exceeding its jurisdiction under IRPA in directing applicant to attend interview with CSIS—No evidence CBSA explained to applicant that when convoked to interview, compelled to appear but not compelled to submit to interview—Exercise of authority granted by statute carrying with it responsibility to ensure discretion employed fairly—Here, applicant would not have known that she was not required to participate in interview with CSIS had she been unrepresented—CBSA abusing its authority—While CBSA had power to compel attendance, it exceeded scope of its mandate when it used this power for a purpose not granted thereto by its home statute—Appropriate discretion to coordinate activity with security agencies not extending to compelling attendance at interviews in which person not obliged to participate—Question certified—Application allowed in part.

G.J. v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-8881-11, 2012 FC 1489, Mosley J., judgment dated December 18, 2012, 9 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Convention Refugees and Persons in Need of Protection*

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (Board), finding that applicant not Convention refugee or person in need of protection—Applicant, member of U.S. Army, seeking protection from peers, superiors in Army because of her sexual orientation—Alleging harassment, mental, physical abuse, threats during training, posting—Board rejecting applicant's claims on grounds of credibility, existence of state protection—Rejecting reports on discrimination, deficiencies in U.S. military as evidence of factors pushing claimant to flee—Whether Board making unreasonable credibility findings; erring in failing to apply *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], international human rights instruments; disregarding important expert evidence—Discrepancies in applicant's evidence sufficiently supporting conclusion of lack of credibility—Board not erring in declining to consider application of Charter to question of validity of U.S. military law under that country's Constitution—Nor was Board required to analyse U.S. law in light of international instruments—Obliged to apply *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 to facts of present case in manner consistent with Charter, international human rights instruments—Board within its discretion to reject some expert opinions or all of them—Board's brief recapitulation of material, explanation for discarding it not invalidating its choice—Finally, evidence supporting Board's



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

conclusion that remedies available to applicant within U.S. military justice system—Reasonable for Board to conclude that presumption of state protection not rebutted in present case—Application dismissed.

SMITH V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5699-10, 2012 FC 1283, Mosley J., judgment dated November 2, 2012, 26 pp.)

**ELECTIONS**

Motions by respondents seeking to strike applications brought under *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, s. 524(1)(b) contesting results of 2011 federal general election in seven ridings—Applications alleging that election results affected by fraudulent or corrupt or illegal activities, practices engaged in by person or persons unknown—Respondents submitting, *inter alia*, that applications frivolous, vexatious, fatally flawed, failing to plead sufficient material facts to sustain existence of campaign to suppress votes—Also submitting that applications null on grounds that each commenced beyond thirty day time limit within which application to be commenced under *Canada Elections Act* to contest election results—Not clear at this stage that applications will fail on those grounds—Applications raising serious issues about integrity of democratic process—Neither test to strike application under *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4 nor test to strike action under *Federal Courts Rules*, r. 221 applying to motions brought under *Canada Elections Act*—However, these tests do inform analysis as to when, on what basis to extinguish proceeding at early stage—R. 221(c) particularly helpful—Court having to determine on face of applications whether respondents can understand allegations being made, whether there is any complaint or allegation that if proven, could lead to remedy sought, or whether application clearly vexatious or frivolous, or not brought in good faith—Such test consistent with approach taken in other cases where statutes providing for early dismissal of applications on grounds that applications “scandalous, frivolous or vexatious”—Issue of whether applications commenced out of time, barred from proceeding cannot be determined on present summary motion to dismiss—Whether materials filed by applicants sufficient not issue on motion herein—Not for Court to assess or determine admissibility or sufficiency of evidence on motion to strike—In absence of clear authority on issue of correct test or approach to adopt in cases alleging voter suppression, cannot be concluded that applications “utterly devoid of merit” so as to warrant summary dismissal—Not certain that applications flawed in manner argued by respondents—Motions dismissed.

BIELLI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-616-12, T-619-12, T-620-12, T-621-12, T-633-12, T-634-12, T-635-12, 2012 FC 916, Milczynski P., order dated July 19, 2012, 22 pp.)

**INCOME TAX**

## INCOME CALCULATION

*Deductions*

Judicial review of decision by respondent verbally refusing request to issue notices of determination of amount of applicant’s refundable investment tax credits (RITC)—Applicant also seeking order requiring respondent to issue notices of determination—Applicant initially filing tax returns for relevant taxation years, claiming deductions therein for scientific research, experimental development expenditures, investment tax credits—Amounts claimed leading to issuance of notices of assessment—Applicant later filing amended tax returns claiming RITCs—Requesting respondent, pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152(1)(b), to determine amount of tax deemed to have been paid pursuant to Act, s. 127.1(1) on account of applicant’s payable taxes for relevant taxation year in order to enable respondent to refund any excess as authorized by Act, s. 164(1)(b)—Respondent refusing all RITC claims in letter, stating amended returns filed after statute-barred date applying for each year—Applicant later requesting Canada Revenue Agency (CRA) to either refund RITCs or issue notice of determination for each of relevant years—Respondent stating in telephone call to applicant that issuance of notices of determination statute barred—Applicant arguing, *inter alia*, that respondent never identified or told applicant that notice of determination included in notice of assessment; distinction between “assessment”, “determination”, “notice of assessment”, “notice of determination” recognized in *Perfect Fry Company Ltd. v. The Queen*, 2007 TCC 133—Whether notice of assessment or reassessment equivalent to notice of determination—Respondent not issuing requested notices of determination for RITC claims because of view that since applicant had received initial notices of assessment in respect of income tax returns for relevant taxation years, such notices equivalent to or deemed to be notices of determination notwithstanding fact that applicant never claiming nor calculating amount of tax as

**INCOME TAX—Concluded**

required by Act, s. 127.1(1)(c) nor filing prescribed information—View expressed by respondent contrary to statutory scheme premised on filing of prescribed information, calculation of RITCs—Erroneous view that initial notice of assessment equivalent to notice of determination leading to series of other faulty determinations—View also leading tax official to ignore teachings of *Perfect Fry*—Respondent’s decision quashed, matter remitted to respondent for issuance of requested notices of determination—Application allowed.

SIGNALGENE R&D INC. v. CANADA (NATIONAL REVENUE) (T-1949-10, 2012 FC 1375, Lemieux J, judgment dated November 27, 2012, 47 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2011 TCC 386) dismissing appellant’s appeal—At issue before T.C.C. whether appellant entitled to deduct certain losses—Appellant, manufacturer of manufactured homes, selling unwanted assets, including shares in two companies, shareholder loans—Proceeds of disposition below face value of loans—Deductibility of loss resulting from disposition at issue before T.C.C.—Appellant submitting before T.C.C. that proceeds of disposition resulting from loss not on account of capital, not arguing that amount in issue doubtful account—T.C.C. quoting extensively from closing argument of counsel for respondent, agreeing with reasoning outlined therein—T.C.C. erring in law by failing to provide adequate reasons—Not explaining why it chose to frame issues as defined by respondent in its pleading despite fact appellant providing competing theory—Impossible to review T.C.C.’s reasons when Court herein unable to discern how transaction characterized by T.C.C.—T.C.C. failing to reference *viva voce* evidence adduced through witnesses—T.C.C. not grappling with real issues, demonstrating lack of understanding in dealing with argument that amount in issue doubtful account—T.C.C. not dealing with evidence, submissions advanced with respect to appellant’s argument that loans made for income-producing purposes related to business—T.C.C. required to explain why it embraced respondent’s position so completely—Matter remitted to T.C.C. for redetermination by different judge—Appeal allowed.

SRI HOMES INC. v. CANADA (A-363-11, 2012 FCA 208, Dawson J.A., judgment dated July 18, 2012, 9 pp.)

**MARITIME LAW**

Federal Court jurisdiction—Motion pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 221(1)(a) seeking order that all claims against defendant be struck for want of jurisdiction—Plaintiff seeking to recover costs from defendant for cleaning up oil pollution leaking from sunk vessel—Maritime Heritage Society of Vancouver registered, beneficial owner of vessel until Society dissolved in 2006—Assets of Society, including vessel, alleged to have passed to defendant by operation of *Society Act of British Columbia*, R.S.B.C. 1996, c. 433, s. 73—Plaintiff compensating Her Majesty the Queen in right of Canada (Canada) for oil pollution remediation costs, claiming subrogation to rights of Canada pursuant to *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (MLA), s. 106(3)(c) to recover those costs—Defendant submitting that Court not having statutory grant of *in personam* jurisdiction over B.C. Crown—Arguing, *inter alia*, that “Crown” within *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(1) not including province; *Federal Courts Act*, s. 19 only conferring *in personam* jurisdiction on Federal Court if province passing legislation agreeing to such jurisdiction; *Federal Courts Act*, s. 22 not applying as defendant not “subject” of Canada—Whether plain, obvious that Court not having *in personam* jurisdiction over defendant on facts of case herein—Issue of provincial immunity from suit in Federal Court for matters arising from ownership or interest in vessel not settled—*Toney v. Canada*, 2012 FCA 167, wherein Federal Court of Appeal concluding not plain, obvious that Court not having personal jurisdiction over Alberta Crown, dispositive, binding—*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 three-part test applied herein to found jurisdiction—Provisions in MLA, coupled with *Federal Courts Act*, s. 22, appearing to confer onto Court personal jurisdiction over defendant on facts as alleged in statement of claim—At very least, not plain, obvious that Court not having personal jurisdiction over defendant—Finally, Court possessing subject-matter jurisdiction—Motion dismissed.

CANADA (ADMINISTRATOR OF THE SHIP-SOURCE OIL POLLUTION FUND) v. BRITISH COLUMBIA (FINANCE) (T-761-11, 2012 FC 725, Lafrenière P., order dated October 1, 2012, 15 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Processus d'enquête en matière d'immigration*

Contrôle judiciaire de la décision de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) de convoquer la demanderesse à une entrevue avec un représentant du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS), en vertu de l'art. 15(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—La demanderesse comptait parmi les personnes arrivées au Canada à bord du *MV Sun Sea*—Il s'agissait de savoir si, en ordonnant à la demanderesse de se présenter à une entrevue avec le SCRS, l'ASFC a outrepassé la compétence que lui confère la LIPR—Rien, dans la preuve, n'indique que lorsque la demanderesse a été convoquée, l'ASFC lui a expliqué qu'elle était tenue de comparaître, mais qu'elle n'était pas obligée de se prêter à l'entrevue—L'exercice d'un pouvoir conféré par une loi est assorti de la responsabilité de veiller à ce que le pouvoir discrétionnaire soit utilisé de façon équitable—En l'espèce, la demanderesse n'aurait pas su qu'elle n'était pas tenue de participer à l'entrevue avec l'agent du SCRS si elle n'avait pas été représentée par un conseil—L'AFSC a abusé de son pouvoir—Même si l'ASFC avait le pouvoir de contraindre la demanderesse à se présenter, elle a excédé la portée de son mandat lorsqu'elle a utilisé ce pouvoir à une fin que sa loi constitutive ne prévoit pas—L'exercice approprié d'un pouvoir discrétionnaire pour coordonner des activités avec des agences de sécurité ne va pas jusqu'à contraindre une personne à se présenter à une entrevue à laquelle elle n'est pas tenue de participer—Une question a été certifiée—Demande accueillie en partie.

G.J. C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (IMM-8881-11, 2012 CF 1489, juge Mosley, jugement en date du 18 décembre 2012, 9 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger*

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle la demanderesse n'a ni la qualité de réfugié au sens de la Convention, ni celle de personne à protéger—La demanderesse, membre de l'armée des États-Unis, recherchait la protection contre ses pairs et ses supérieurs dans l'armée, en raison de son orientation sexuelle—Elle prétendait avoir fait l'objet de harcèlement, de violences physiques et mentales et de menaces, durant son instruction et son affectation—La Commission a rejeté la demande d'asile pour deux motifs : la crédibilité et la protection de l'État—La Commission n'a donc pas reconnu que les rapports concernant la discrimination et les déficiences du système militaire américain prouvaient l'existence de facteurs ayant poussé la demandeuse d'asile à s'enfuir—Il s'agissait de déterminer si la Commission a tiré des conclusions déraisonnables au sujet de la crédibilité, si la Commission a eu tort de ne pas tenir compte de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], et des instruments internationaux en matière de droits de la personne, et si la Commission a écarté d'importants éléments de la preuve d'expert—Les incohérences relevées dans la preuve de la demanderesse ont suffi à confirmer qu'elle n'était pas crédible—La Commission

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

n'a pas commis d'erreur de droit en refusant d'envisager l'application de la Charte à la question de la validité de la législation militaire américaine au regard de la constitution de ce pays—Elle n'était pas plus tenue d'analyser le droit américain à la lumière des instruments internationaux—Il lui incombait d'appliquer la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 aux faits présents d'une manière qui soit conforme à la Charte et aux instruments internationaux en matière de droits de la personne—La Commission avait le pouvoir discrétionnaire de rejeter certains ou l'ensemble des avis d'expert—Le fait que la Commission ait sommairement récapitulé les documents et les raisons qui l'ont amenée à les écarter n'a pas suffi à invalider son choix—Enfin, la preuve documentaire dont disposait la Commission appuyait sa conclusion selon laquelle le système de justice militaire américain prévoyait des recours dont la demanderesse aurait pu se prévaloir—Il était raisonnable qu'elle conclue que la présomption touchant la protection de l'État n'avait pas été réfutée—Demande rejetée.

SMITH C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5699-10, 2012 CF 1283, juge Mosley, jugement en date du 2 novembre 2012, 26 p.)

## DROIT MARITIME

Compétence de la Cour fédérale—Requête présentée conformément à l'art. 221(1)a) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, sollicitant la délivrance d'une ordonnance annulant toutes les réclamations à l'égard de la défenderesse pour défaut de compétence—Le demandeur tente de recouvrer auprès de la défenderesse les frais pour le nettoyage de la pollution causée par les hydrocarbures déversés par un navire qui a coulé—Le propriétaire inscrit et bénéficiaire du navire était la Maritime Heritage Society of Vancouver, jusqu'à la dissolution de ladite Société, en 2006—Les biens de la Société, y compris le navire, seraient passés à la Couronne de la Colombie-Britannique en vertu de l'art. 73 de la *Society Act of British Columbia*, R.S.B.C. 1996, ch. 433—Le demandeur a indemnisé sa Majesté la Reine du chef du Canada (le Canada) pour les frais de restauration, soutenant être subrogé dans les droits du Canada en vertu de l'art. 106(3)c) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (LRMM), pour ce qui est du recouvrement de ces frais—La défenderesse soutient que la Cour fédérale n'a pas de compétence légale en matière personnelle à l'égard de la Couronne de la Colombie-Britannique—Elle allègue, entre autres, que, dans le cadre de l'art. 17(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, la « Couronne » n'englobe pas une province; l'art. 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale une compétence en matière personnelle à l'égard des « cas de litige entre le Canada et [une] province » seulement si cette province a adopté une loi reconnaissant la compétence de la Cour fédérale; l'art. 22 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne s'applique pas à la défenderesse, étant donné qu'elle n'est pas un « sujet » (ou un « administré », selon la formulation actuelle) du Canada—Il s'agissait de savoir s'il était clair et évident, à la lumière des faits de l'espèce, que la Cour fédérale n'a pas de compétence en matière personnelle à l'égard de la défenderesse—La question de l'immunité provinciale à l'égard des instances devant la Cour fédérale découlant de la propriété d'un navire (ou d'un droit y afférent) n'est pas réglée—Dans une décision récente, soit *Toney c. Canada*, 2012 CAF 167, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il n'était pas clair et évident que la Cour fédérale n'avait pas de compétence en matière personnelle à l'égard de la Couronne de l'Alberta dans cette affaire—Cet arrêt permettait de trancher le présent litige et liait la Cour—Le critère en trois volets de l'arrêt *International Terminal Operators Ltd c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752 s'applique en l'espèce pour conclure que la Cour a compétence—Les dispositions susmentionnées de la LRMM, jumelées à l'art. 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*, semblent conférer à la Cour fédérale une compétence en matière personnelle à l'égard de la défenderesse, pour ce qui est des faits exposés dans la déclaration—À tout le moins, il n'était pas clair et évident que la Cour n'a pas compétence en matière personnelle à l'égard de la défenderesse—Enfin, la Cour a compétence d'attribution—Requête rejetée.

CANADA (ADMINISTRATEUR DE LA CAISSE D'INDEMNISATION DES DOMMAGES DUS À LA POLLUTION PAR LES HYDROCARBURES CAUSÉE PAR LES NAVIRES) C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FINANCES) (T-761-11, 2012 CF 725, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 1<sup>er</sup> octobre 2012, 15 p.)

## ÉLECTIONS

Requêtes des défendeurs en radiation des demandes formées en vertu de l'art. 524(1)b) de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, contestant les résultats des élections générales fédérales de 2011 dans sept circonscriptions—Les demandes soutiennent que les résultats des élections ont été influencés par des fraudes, des manœuvres frauduleuses ou des actes illégaux commis par une ou plusieurs personnes inconnues—Les défendeurs soutenaient, entre autres, que les demandes sont frivoles, vexatoires et fondamentalement viciées, et qu'elles n'exposent pas de faits substantiels suffisants pour étayer la conclusion qu'on aurait effectivement mené une campagne de neutralisation de la participation électorale—Ils soutenaient également que

**ÉLECTIONS—Fin**

les demandes attaquées sont invalides au motif qu'elles ont toutes été introduites bien après l'expiration du délai de trente jours dans lequel la *Loi électorale du Canada* permet de déposer une demande en contestation d'élection—On ne pouvait conclure que le rejet de ces demandes à ces motifs soit à prévoir avec une certitude suffisante pour justifier leur radiation à la présente étape—Les demandes soulèvent de graves questions relatives à l'intégrité du processus démocratique canadien—Ni le critère de radiation d'une demande au titre de l'art. 18.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, ni le critère de radiation d'une action formulé à l'art. 221 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, ne s'appliquent en toute rigueur aux présentes requêtes formées sous le régime de la *Loi électorale du Canada*—Cependant, ils peuvent éclairer l'analyse sur la question de savoir quand et sur quels fondements ou à quels motifs il est permis d'éteindre une instance à une étape peu avancée—L'art. 221c) des Règles est particulièrement utile à cet égard—La Cour doit examiner les avis de demande et décider au vu de ces derniers si les défendeurs peuvent comprendre les allégations qui y sont formulées, s'il s'y trouve un quelconque grief ou une quelconque allégation qui, une fois prouvée, pourrait donner lieu à la réparation sollicitée, et si l'une ou l'autre des demandes est manifestement vexatoire, frivole ou de mauvaise foi—L'application de ce critère se révèle conforme à la démarche adoptée dans d'autres affaires où les dispositions applicables prévoient le rejet anticipé d'une demande au motif qu'elle est « scandaleuse, frivole ou vexatoire »—Il n'était pas possible de décider dans le cadre de la présente requête en rejet sommaire si les demandes attaquées ont été introduites hors délai de sorte qu'il serait maintenant interdit aux demandeurs de les poursuivre—Le point de savoir si les éléments présentés par les demandeurs sont suffisants n'était pas en litige dans la présente requête—La Cour ne peut se prononcer sur l'admissibilité ou le caractère suffisant ou non de la preuve dans le cadre d'une requête en radiation—Étant donné l'absence de jurisprudence claire sur les critères ou la démarche à retenir dans une affaire où l'on affirme qu'il a été fait obstacle à la participation électorale, on ne pouvait conclure que les demandes sont si « complètement dépourvues de bien-fondé » qu'il faille les rejeter sommairement—Il n'était pas certain que les demandes soient aussi défectueuses que les défendeurs le soutiennent—Demandes rejetées.

BIELLI C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-616-12, T-619-12, T-620-12, T-621-12, T-633-12, T-634-12, T-635-12, 2012 CF 916, notaire Milczynski, ordonnance en date du 19 juillet 2012, 22 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

*Déductions*

Contrôle judiciaire d'une décision de l'intimé qui a refusé verbalement d'émettre des avis de détermination du montant de crédit d'impôt à l'investissement remboursable (CIIR) au demandeur—Le demandeur présentait également une requête sollicitant une ordonnance exigeant que l'intimé émette des avis de détermination—Le demandeur a d'abord produit des déclarations de revenus pour les années d'imposition pertinentes, et a demandé des déductions pour dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental, ainsi que des crédits d'impôt à l'investissement—Les montants réclamés ont mené à l'émission d'avis de cotisation—Le demandeur a par la suite produit une déclaration de revenus modifiée, réclamant un CIIR—Il demandait que l'intimé, en application de l'art. 152(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, détermine le montant d'impôt réputé avoir été payé, en vertu de l'art. 127.1(1) de la Loi, au titre de l'impôt à payer par le demandeur pour l'année d'imposition pertinente afin de permettre à l'intimé de rembourser tout excédent, comme l'autorise l'alinéa 164(1)b) de la Loi—L'intimé a refusé par lettre toutes les réclamations au titre du CIIR, alléguant que les déclarations modifiées avaient été produites après l'expiration du délai de prescription applicable à chaque année—Le demandeur a par la suite demandé à l'Agence du revenu du Canada (ARC) soit de lui rembourser le montant du CIIR, soit d'émettre un avis de détermination pour chacune des années pertinentes—L'intimé a déclaré au demandeur, au cours d'un appel téléphonique, que l'émission d'avis de détermination était prescrite—Le demandeur a soutenu, entre autres, que l'intimé ne lui avait jamais dit ou précisé que l'avis de détermination était compris dans l'avis de cotisation; la distinction entre « cotisation », « détermination », « avis de cotisation » et « avis de détermination » a été établie dans *Perfect Fry Company Ltd. c. La Reine*, 2007 CCI 133—Il s'agissait de savoir si un avis de cotisation ou de nouvelle cotisation équivaut à un avis de détermination—L'intimé n'a pas émis les avis de détermination des montants de CIIR demandés, étant donné que le demandeur avait reçu les avis de cotisation initiaux au titre des déclarations de revenus pour les années d'imposition pertinentes, et que ces avis équivalaient à, ou étaient réputés être, des avis de détermination, même si le demandeur n'avait jamais fait de réclamation quant au montant d'impôt, ni n'en avait calculé le montant, comme l'exige l'alinéa 127.1(1)c) de la Loi, ni n'avait produit les renseignements prescrits—Le point de vue exprimé par l'intimé est contraire au texte de la Loi, fondé sur la production des renseignements prescrits et le calcul des CIIR—Le point de vue selon lequel l'avis de cotisation initial équivaut à un avis de détermination est erroné, ce qui mène à une série d'autres

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

déterminations erronées—Ce point de vue mène en outre l'agent du fisc à ne pas tenir compte de ce que *Perfect Fry* a établi—La décision de l'intimé a été annulée, et l'affaire a été renvoyée à l'intimé pour qu'il émette les avis de détermination demandés—Demande accueillie.

SIGNALGENE R&D INC. C. CANADA (REVENU NATIONAL) (T-1949-10, 2012 CF 1375, juge Lemieux, jugement en date du 27 novembre 2012, 47 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2011 CCI 386) rejetant l'appel de l'appelante—La question dont était saisie la CCI était de savoir si l'appelante avait le droit de déduire certaines pertes—L'appelante, fabricant de maisons préfabriquées, a vendu des actifs retirés, dont des actions dans deux sociétés liées, et des prêts d'actionnaires—Le produit de la disposition de la vente était inférieur à la valeur nominale des prêts—La déductibilité de la perte résultant de la disposition est la question en litige dont était saisie la C.C.I.—L'appelante a soutenu devant la C.C.I. que le produit de la disposition découlant de la perte n'était pas déduit du capital, et n'affirmait pas que le montant en litige était une créance irrécouvrable—La C.C.I. a cité de longs passages de l'exposé final de l'avocat de l'intimée, souscrivant au raisonnement qui y était présenté—La C.C.I. a commis une erreur de droit en ne motivant pas suffisamment sa décision—Elle n'a pas expliqué pourquoi elle avait choisi, pour formuler les questions en litige, de reprendre la formulation proposée par l'intimée dans ses actes de procédure, en dépit du fait que l'appelante défendait une thèse opposée—Il est impossible de contrôler utilement les motifs de la C.C.I. dès lors que la Cour est incapable de déterminer comment celle-ci a qualifié l'opération—La C.C.I. n'a fait aucune mention des témoignages de vive voix des témoins—La C.C.I. n'a pas démontré une bonne compréhension des questions véritables à trancher, en abordant l'argument selon lequel le montant en litige était une créance irrécouvrable—La C.C.I. n'a pas examiné les éléments de preuve et les arguments avancés par l'appelante, selon lesquels elle a consenti les prêts dans le but de produire un revenu en lien avec sa propre entreprise—La C.C.I. était tenue d'expliquer pourquoi elle adhérait aussi à ce point à la thèse de l'intimée—L'affaire a été renvoyée à la C.C.I. pour qu'un autre juge rende une nouvelle décision—Appel accueilli.

SRI HOMES INC. C. CANADA (A-363-11, 2012 CAF 208, juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 18 juillet 2012, 9 p.)