



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2014, Vol. 4, Part 2

2014, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [2014] 4 F.C.R., 371–707

Renvoi [2014] 4 R.C.F., 371–707

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.

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

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, 2015.

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

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case.

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.

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

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

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiſte 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, 2015.

N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales ſont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiſte 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.

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

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 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 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 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

Appeals noted	I
Erratum	III
Judgments	371–707

Alsayegh v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 529

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Judicial review of decision by citizenship officer terminating citizenship application on basis that removal order issued against applicant pursuant to *Citizenship Act*, s. 5(1)(f)—Applicant meeting residency obligations under Act—Leaving for internship outside Canada—On return, Canada Border Services Agency officer concluding applicant not meeting residency obligations, informing citizenship office of loss of residence—Whether citizenship officer erring in terminating citizenship application, under duty to make recommendation under Act, s. 5(4)—Unreasonable for officer to close applicant's file—Officer's decision based on Act, s. 5(1)(f), not s. 5(1)(c)—Here, Citizenship Judge already approving applicant's application—Terminating or closing files already approved equivalent to rendering decision on citizenship application—Such matter clearly outside jurisdiction of citizenship officers—Officer's decision to terminate application without giving consideration to recommendation for discretionary grant of citizenship pursuant to Act, s. 5(4) unreasonable—Citizenship Judge herein not needing to consider s. 5(4)—Not incumbent on applicant to raise issues relevant to s. 5(4)—Officer not inviting applicant to submit s. 5(4) application, preventing applicant to do so by closing file—Unreasonable for respondent to justify failure to comply with procedures by stating no duty existing to make recommendation analogous to that of Act, s. 15(1)—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Erratum	III
Jugements	371–707

Alsayegh c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 529

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent de la citoyenneté a mis fin à la demande de citoyenneté du demandeur au motif qu'une mesure de renvoi avait été prise contre lui conformément à l'art. 5(1)f) de la *Loi sur la citoyenneté*—Le demandeur se conformait à toutes les obligations en matière de résidence prévues par la Loi—Le demandeur a effectué un stage à l'extérieur du Canada—À son retour, un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada a conclu que le demandeur ne satisfaisait pas aux obligations de résidence et a informé le bureau de la citoyenneté de la perte de résidence—Il s'agissait de savoir si l'agent de la citoyenneté a mis fin, à tort, à la demande de citoyenneté et s'il était tenu de faire une recommandation aux fins de l'art. 5(4) de la Loi—Il était déraisonnable pour l'agent de clore le dossier du demandeur—La décision de l'agent était fondée sur l'art. 5(1)f) et non sur l'art. 5(1)c)—En l'espèce, une juge de la citoyenneté avait déjà approuvé la demande du demandeur—Fermer ou clore un dossier déjà approuvé équivaut au fait pour des agents de statuer sur des demandes de citoyenneté—Une telle décision outrepassait manifestement leur compétence—La décision de l'agent de mettre fin à la demande sans examiner s'il y avait lieu de recommander l'attribution discrétionnaire de la citoyenneté aux termes de l'art. 5(4) était déraisonnable—La juge de la citoyenneté n'avait pas à prendre en compte en l'espèce l'art. 5(4)—Il n'incombait pas au demandeur de soulever tout facteur utile à la mise en application éventuelle de l'art. 5(4)—L'agent n'a jamais invité le demandeur à présenter

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Attorney General) v. Cruden (F.C.) 612

Human Rights—Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision finding that Canadian International Development Agency (CIDA), Health Canada (HC) having discriminated against complainant on basis of disability contrary to *Canadian Human Rights Act*—Although Tribunal finding that complainant’s diabetes would have caused CIDA undue hardship to accommodate complainant in Afghanistan, upholding her complaints against HC (under Act, s. 7(b)), CIDA (under Act, ss. 7(b), 10(a)) based on finding of existence of procedural shortcomings in accommodation process—Tribunal also finding that application of medical assessment guidelines leading to or significantly contributing to HC’s negative assessment of complainant’s medical suitability to be posted to Afghanistan; creating discrimination—Applicant, working for CIDA, interested in postings abroad to conduct field work—During temporary duty assignment in Kandahar, complainant having hypoglycemic incident; returned to Canada—Given medical incident, new section written for HC’s Occupational Health Assessment Guide addressing postings to Afghanistan for temporary duty—HC conducting pre-deployment medical assessment of complainant; finding her unfit to be redeployed to Afghanistan; CIDA agreeing with HC’s recommendation—Complainant filing complaints with Human Rights Commission against CIDA, HC—Whether: Tribunal erring in finding existence of failure to accommodate under Act on procedural grounds in light of prior finding that substantive accommodation of complainant not possible without undue hardship; Tribunal’s finding that application of Afghanistan Guidelines to complainant by Health Canada discriminatory contradicted by own finding that complainant could not be accommodated without undue hardship; proper legal or evidentiary basis for remedies ordered existing herein—Tribunal’s decision unreasonable—No reasonable interpretation of Act permitting Tribunal to examine complaint, parties’ actions once finding that accommodation not possible without undue hardship—*British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU (Meiorin)* not supporting existence of separate, procedural duty in accommodation process which can be breached notwithstanding substantive finding of undue hardship—Only one duty existing: duty to accommodate employee to point of undue hardship—Regarding Afghanistan Guidelines,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

une demande en vertu de l’art. 5(4) et, en fermant le dossier, il l’a privé de présenter une telle demande—Il est déraisonnable pour le défendeur de justifier son défaut de se conformer à la procédure prévue en alléguant l’inexistence d’une obligation analogue à l’art. 15(1) de formuler une recommandation—Demande accueillie.

Canada (Procureur général) c. Cruden (C.F.) 612

Droits de la personne—Contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne qui a conclu que l’Agence canadienne de développement international (ACDI) et Santé Canada (SC) ont agi de façon discriminatoire envers la plaignante du fait de sa déficience, en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—Même si le Tribunal a estimé que le diabète de la plaignante aurait entraîné la prise de mesures d’accommodement lors de l’affectation éventuelle de cette dernière en Afghanistan et que ces mesures auraient constitué une contrainte excessive pour l’ACDI, il a maintenu la validité des plaintes contre SC (en vertu de l’art. 7b) de la Loi) et contre l’ACDI (en vertu des art. 7b) et 10a) de la Loi) par suite de sa conclusion selon laquelle l’ACDI ne s’était pas bien acquittée de son obligation procédurale quant à la prise de mesures d’accommodement—Le Tribunal a également conclu que l’application d’une série de directives concernant les évaluations médicales avait mené, ou grandement contribué, à l’évaluation négative par SC de l’aptitude, sur le plan médical, de la plaignante à une affectation en Afghanistan, donnant lieu à de la discrimination—La plaignante, qui travaille pour l’ACDI, était intéressée par des affectations à l’étranger pour effectuer du travail sur le terrain—Durant son affectation temporaire à Kandahar, la plaignante a été victime d’un incident hypoglycémique et a été renvoyée au Canada—Compte tenu de l’incident médical, une nouvelle section du Guide de l’évaluation de la santé au travail (GEST) de SC s’appliquant aux affectations temporaires en Afghanistan a été rédigée—SC a effectué une évaluation médicale avant affectation de la plaignante et a conclu que son état de santé ne lui permettait pas d’être réaffectée en Afghanistan; l’ACDI était d’accord avec la recommandation de SC—La plaignante a déposé devant la Commission canadienne des droits de la personne des plaintes contre l’ACDI et SC—Il s’agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant qu’il y avait eu défaut de prendre des mesures d’accommodement aux termes de la Loi pour des motifs à caractère procédural vu sa conclusion précédente selon laquelle il n’était pas possible de fournir à la plaignante, sans contrainte excessive, de véritables mesures d’accommodement; si la conclusion du Tribunal selon laquelle l’application des Directives sur l’Afghanistan par SC était discriminatoire envers la plaignante contredisait sa propre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Tribunal's finding of discrimination relating to process HC using, not result to which Guidelines pointing—Absent finding of discriminatory practice in result achieved when Guidelines applied to complainant, Tribunal having no jurisdiction to order remedies it did—Given finding of undue hardship in present case, no discriminatory practice existing; complaint having to be dismissed—Remedies ordered against CIDA, HC made without jurisdiction—Accordingly, Tribunal having no authority to award any remedy—Application allowed.

Construction and Specialized Workers' Union, Local 1611 v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 549

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Persons with Temporary Status—Temporary Foreign Worker Program—Labour market opinions—Judicial review of decision by Human Resources and Skills Development Canada officer made under Temporary Foreign Worker Program to issue positive labour market opinions (LMOs) to respondent HD Mining International Ltd. (HD Mining) pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 203—Officer finding that offers of employment likely to result in neutral or positive effect on labour market—Officer assessing LMOs by, *inter alia*, conducting labour market information research, identifying National Occupational Classification codes, assessing prevailing wage rates—Whether officer making reviewable error in issuing positive LMOs—Officer not fettering discretion—One's discretion not fettered simply because work monitored—Officer

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

conclusion selon laquelle on ne pouvait pas prendre des mesures d'accommodement à l'égard de la plaignante sans contrainte excessive; si les mesures de réparation ordonnées reposaient sur l'existence en l'espèce d'un fondement juridique ou d'éléments de preuve valables—La décision du tribunal était déraisonnable—Il n'existe aucune interprétation raisonnable de la Loi qui autorise le Tribunal à poursuivre l'examen d'une plainte et des actions des parties une fois qu'il a établi que la prise de mesures d'accommodement est impossible sans contrainte excessive—L'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin)* n'étaye pas l'argument selon lequel il existe une obligation procédurale distincte dans le processus d'accommodement qui peut être violée, malgré une conclusion de fond selon laquelle il existe une contrainte excessive—Il n'existe qu'une seule obligation : l'obligation de fournir des mesures d'accommodement à un employé sans subir de contrainte excessive—En ce qui concerne les Directives sur l'Afghanistan, la conclusion du Tribunal ayant trait à la discrimination visait le processus suivi par SC et non le résultat obtenu par l'application des directives—Vu la conclusion d'absence d'acte discriminatoire qui a été tirée en fonction de l'application des Directives à la plaignante, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'ordonner les mesures de réparation contenues dans sa décision—Compte tenu de la conclusion relative à la contrainte excessive en l'espèce, il n'existait pas d'acte discriminatoire et la plainte devait être rejetée—Par conséquent, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'accorder des mesures de réparation—Demande accueillie.

Construction and Specialized Workers' Union, section locale 1611 c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 549

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Personnes ayant un statut temporaire—Programme des travailleurs étrangers temporaires—Avis sur le marché du travail—Contrôle judiciaire d'une décision par un agent de Ressources humaines et Développement des compétences Canada en vertu du Programme des travailleurs étrangers temporaires de rendre des avis sur le marché du travail (les AMT) favorables à l'endroit du défendeur HD Mining International Ltd. (HD Mining) au titre de l'art. 203 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement)—L'agent a conclu que les offres d'emploi étaient susceptibles d'avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail—L'agent a évalué les demandes d'AMT, notamment en examinant l'information sur le marché du travail (IMT), en déterminant les codes de la Classification nationale des professions (CNP) et en évaluant les salaires courants pour les codes de la CNP

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

not making unreasonable assessment when considering factors set out in Regulations, s. 203(3)—Officer’s concerns in reasons meant to be tool for next officer to review LMO application—Officer may express concerns but nevertheless make positive determination—Officer’s assessment, approach not unreasonably supporting conclusion of labour shortage for positions sought—Job requirements for lower-skilled mining positions not excessive—Recruitment by HD Mining genuine—Application dismissed.

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Human Resources and Skills Development Canada officer issuing positive labour market opinions (LMOs) under Temporary Foreign Worker Program to respondent HD Mining International Ltd. (HD Mining) pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 203—Canadian Dehua International Mines Group Inc. (CDI) initially failing to obtain work permits—Affiliate HD Mining resubmitting request for foreign workers—Officer finding that offers of employment likely to result in neutral or positive effect on labour market—Whether decision maker providing proper record under *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules* (Immigration Rules), R. 17—LMO applications from CDI not in certified tribunal record (CTR)—Position that only documents considered, relied upon by officer in assessing LMO applications to be included in CTR too narrow—What decision maker reviewed, could have reviewed, determinative—Document must be “before” decision maker—CDI LMO file herein undoubtedly “before” officer—Ought to have been disclosed in full—However, no evidence that anything possibly missing from CTR was or could have been material to decision under review—Had there been such evidence, appropriate to weigh materiality of any omission against prejudice suffered by corporate respondents—Record not over-inclusive—Record need not be carbon copy of administrative file kept by decision maker.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

applicables—Il s’agissait de savoir si l’agent a commis une erreur susceptible de contrôle en décidant de rendre un AMT favorable—L’agent n’a pas restreint son pouvoir discrétionnaire—Il n’y a pas entrave à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du fait que le travail d’une personne fasse l’objet d’une surveillance—L’agent n’a tiré aucune conclusion déraisonnable lorsqu’il s’est penché sur les facteurs énoncés à l’art. 203(3) du Règlement—Les préoccupations de l’agent dans ses motifs avaient pour but d’être utiles à un autre agent qui examinerait une autre demande d’AMT—Un agent peut exprimer ses réserves tout en rendant une décision favorable—L’appréciation de l’agent et la démarche qu’il a adoptée n’étaient pas de manière déraisonnable la conclusion qu’il y avait pénurie de main-d’œuvre pour les emplois recherchés—Les exigences des emplois moins spécialisés n’étaient pas démesurées—Le processus de recrutement de HD Mining était authentique—Demande rejetée.

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Un agent de Ressources humaines et Développement des compétences Canada a rendu en vertu du Programme des travailleurs étrangers temporaires des avis sur le marché du travail (les AMT) favorables à l’endroit du défendeur HD Mining International Ltd. (HD Mining) au titre de l’art. 203 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement)—Canadian Dehua International Mines Group Inc. (CDI) n’a pas été initialement en mesure d’obtenir des permis de travail—Sa filiale, HD Mining, a présenté de nouveau les demandes pour des travailleurs étrangers—L’agent a conclu que les offres d’emploi étaient susceptibles d’avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail canadien—Il s’agissait de savoir si le décideur a produit un dossier conforme aux exigences prévues à la règle 17 des *Règles des Cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés* (Règles en matière d’immigration)—Les demandes d’AMT de CDI n’étaient pas comprises dans la copie certifiée du dossier du tribunal (la CCDT)—La thèse voulant que seuls les documents que l’agent a examinés et sur lesquels il s’est fondé dans l’appréciation des demandes d’AMT devaient être compris dans la CCDT est trop étroite—Ce qui est déterminant, c’est ce que le décideur a examiné ou ce qu’il pouvait examiner—Le décideur doit « disposer » du document—Dans le cas présent le décideur « disposait » du dossier d’AMT de CDI—Le dossier aurait dû être communiqué dans son intégralité—Cependant, rien ne prouve que des éléments qui pourraient être omis de la CCDT étaient déterminants à l’égard de la décision faisant l’objet du présent examen ou auraient pu l’être—Si de tels éléments de preuve avaient existé, il aurait été indiqué de soupeser le caractère déterminant ou vraisemblablement

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Douglas v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . 494

Judges and Courts—Motion pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 303(3) by respondent seeking to be removed as sole respondent in application for judicial review involving Canadian Judicial Council (CJC) decision—Complainant filing sexual harassment, discrimination complaint with CJC against applicant (superior court associate chief justice), applicant's husband—CJC starting complaints process—Inquiry Committee established pursuant to *Judges Act* to conduct public inquiry under s. 63(3)—Inquiry Committee requesting that Committee counsel appointed thereby cross-examine certain witnesses on Inquiry Committee's behalf—Applicant's counsel subsequently moving for recusal of Inquiry Committee on basis of apprehension of bias but Inquiry Committee refusing recusal—Inquiry Committee's decision becoming subject of judicial review application herein—Whether respondent's motion should be granted—Rules, r. 303(3) explicitly providing that Court's discretion to order Attorney General's substitution to be exercised on motion therefrom where Court satisfied Attorney General unable or unwilling to act—As no persons directly affected by order sought, required to be named as respondents pursuant to r. 303(1), respondent properly named pursuant to Rules, r. 303(2)—Respondent constituting default respondent in judicial review proceedings, defender of public interest—Nothing in framework of CJC's discipline process under Act or in applicable constitutional principles supporting inference Parliament intending extraordinary measure of non-involvement, that non-involvement necessary to respect separation of powers or principles of judicial independence—Despite respondent's theory, Parliament not intending to keep Minister of Justice, respondent detached, uninvolved in disciplinary process since Parliament conferring on Minister considerable powers of intervention in initiating inquiry process—Determination of application requiring consideration of issues of law going to structure, functioning of Inquiry Committee—Therefore, respondent not establishing unable to act as such in present matter—Motion dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

déterminant de l'omission par rapport au préjudice que les sociétés défenderesses subiraient—Le dossier ne contient pas d'éléments superflus—Il n'est pas nécessaire que le dossier du tribunal soit une copie carbone du dossier administratif tenu par le décideur.

Douglas c. Canada (Procureur général) (C.F.) 494

Juges et Tribunaux—Requête du défendeur en application de la règle 303(3) des *Règles des Cours fédérales* qui voulait être remplacé comme défendeur désigné dans la demande de contrôle judiciaire portant sur une décision du Conseil canadien de la magistrature (CCM)—Le plaignant a déposé une plainte de harcèlement sexuel et de discrimination auprès du CCM à l'encontre de la demanderesse (juge en chef adjointe de la Cour du Banc de la Reine) et de l'époux de cette dernière—Le CCM a entamé les procédures relatives aux plaintes—Un comité d'enquête a été formé conformément à la *Loi sur les juges* et chargé de tenir une enquête publique en vertu de l'art. 63(3)—Le comité d'enquête a demandé à l'avocat qu'il a nommé de contre-interroger certains témoins au nom du comité d'enquête—L'avocate de la demanderesse a par la suite demandé aux membres du comité d'enquête de se récuser pour crainte raisonnable de partialité, mais les membres du comité d'enquête ont refusé de se récuser—La décision du comité d'enquête a fait l'objet du contrôle judiciaire en l'espèce—Il s'agissait de savoir si la requête du défendeur devrait être accordée—La règle 303(3) des Règles confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire, sur requête, de désigner par ordonnance un défendeur pour remplacer le procureur général si la Cour est convaincue que celui-ci est incapable d'agir à titre de défendeur—Comme aucune personne n'était directement touchée par l'ordonnance recherchée ou ne devait être désignée à titre de défendeur en application de la règle 303(1), le procureur général a été désigné défendeur à bon droit, en application de la règle 303(2) des Règles—Le défendeur constitue le défendeur par défaut à la demande de contrôle judiciaire, car il est le protecteur de l'intérêt public—Ni le cadre établi par la Loi pour le processus disciplinaire du CCM ni les principes constitutionnels applicables ne permettent de conclure que le législateur voulait que la non-participation du procureur général atteigne un degré aussi extraordinaire, ou que cela soit nécessaire pour respecter la séparation des pouvoirs ou le principe de l'indépendance judiciaire—Malgré la thèse du défendeur, le législateur ne voulait pas que le ministre de la Justice, soit le défendeur, reste à l'écart du processus disciplinaire et n'y participe pas puisque le législateur a conféré au ministre des pouvoirs considérables d'intervention quant au déclenchement d'enquêtes—Pour trancher la demande, la Cour devait se pencher sur des questions de droit qui avaient trait à la structure et au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice—Parties—Motion pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 303(1) by complainant seeking to be named necessary respondent to application for judicial review involving Canadian Judicial Council (CJC) decision—During hearings, Inquiry Committee requesting that Committee counsel cross-examine certain witnesses but applicant moving for recusal of Inquiry Committee on grounds of apprehension of bias—Inquiry Committee refusing recusal—Inquiry Committee’s decision becoming subject of judicial review application herein—Whether complainant’s motion should be granted—Complainant not “party” to hearings before Inquiry Committee as argued—Only granted limited rights of participation in the investigation—In any event, even person granted standing as full participant still required to show directly affected by order sought in application as provided by *Federal Courts Rules*, r. 303(1)—Also, complainant not in fact granted standing as party in proceedings before Inquiry Committee—Court would not make any findings potentially affecting complainant’s credibility, character, reputation—Investigation process contemplated under *Judges Act*, s. 63(3) concerned with broader public interest in protecting public confidence in administration of justice; complainant not having individual legal right to have complaint determined or in outcome of inquiry process—Judicial review application not seeking order affecting any of complainant’s procedural rights before Inquiry Committee—Therefore, complainant not person directly affected by any order sought in application—Motion dismissed.

El Werfalli v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) 673

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of Immigration and Refugee Board decision finding applicant inadmissible to Canada because person described in *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(1)(f), namely for “being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in terrorism”—Applicant, Libyan medical doctor—Fleeing Libya, working in Bosnia for Bosnian branch of Al-Haramain, Saudi charitable foundation—Eventually coming to Canada where making successful refugee claim, becoming permanent resident—Applying for

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

fonctionnement du comité d’enquête—Par conséquent, le défendeur n’a pas établi qu’il était incapable d’agir à ce titre en l’espèce—Requête rejetée.

Pratique—Parties—Requête intentée par le plaignant en vertu de la règle 303(1) des *Règles des Cours fédérales* qui veut être désigné comme défendeur nécessaire pour la demande de contrôle judiciaire portant sur une décision du Conseil canadien de la magistrature (CCM)—Durant les audiences, le comité d’enquête a demandé à son avocat de contre-interroger certains témoins, mais la demanderesse a demandé aux membres du comité d’enquête de se récuser pour crainte de partialité—Les membres du comité d’enquête ont refusé de se récuser—La décision du comité d’enquête a fait l’objet du contrôle judiciaire en l’espèce—Il s’agissait de savoir si la requête du défendeur devrait être accordée—Le plaignant n’est pas une « partie » à l’audience devant le comité d’enquête comme il a été soutenu—On lui a accordé un statut limité de participant à l’enquête—Quoi qu’il en soit, la personne à qui un organisme d’enquête a reconnu la qualité pour agir doit quand même démontrer qu’elle est directement touchée par l’ordonnance recherchée, comme le prévoit la règle 303(1) des Règles—De plus, dans les faits, le comité d’enquête n’a pas accordé au plaignant le statut de partie dans son instance—La Cour n’a tiré aucune conclusion au sujet de la crédibilité ou de la moralité du plaignant, ou qui pourrait entacher sa réputation—Le processus d’enquête prévu à l’art. 63(3) de la *Loi sur les juges* vise un objectif large : le maintien de la confiance du public dans l’administration de la justice; la loi ne donne pas au plaignant le droit, en sa qualité personnelle, de voir sa plainte tranchée ou d’obtenir un résultat donné—La demande de contrôle judiciaire ne recherchait pas une ordonnance touchant les droits procéduraux dont le plaignant jouissait devant le comité d’enquête—Par conséquent, le plaignant n’était pas une personne directement touchée par les ordonnances recherchées dans la demande—Requête rejetée.

El Werfalli c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) 673

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, qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada, étant une personne décrite à l’art. 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* comme un « membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre, s’est livrée ou se livrera au terrorisme »—Le demandeur est un médecin libyen—Il a fui la Libye et a travaillé en Bosnie pour la branche bosniaque de la fondation caritative saoudienne Al-Haramain—Il est finalement venu au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian citizenship—United Nations later placing Bosnian branch of Al-Haramain on list of Al Qaeda associates—Board finding applicant member of Al-Haramain office in Bosnia, reasonable grounds to believe organization engaging in terrorism—Board denying applicant’s motion to stay proceeding—Board disagreeing with applicant’s argument that because terrorist activity of Al-Haramain branch in Bosnia occurring after applicant leaving Bosnia, applicant could not be found to be member of that organization as envisioned in Act, s. 34(1)(f)—Whether Board erring in denying motion for stay of proceedings; in finding that applicant person described in Act, s. 34(1)(f)—Board not erring in denying motion for stay of proceedings—Balancing impact of delay in raising inadmissibility issues against prejudice suffered by applicant; finding that applicant could still mount meaningful defence—Board not properly interpreting Act, s. 34(1)(f); erring in treating Act, s. 34(1)(f) as creating two separate independent determinations—Act, s. 34(1)(f) requiring only one determination, i.e. membership in organization—Text of Act, s. 34(1)(f) examined, in particular tenses of word “engage”, “engaged”, “will engage” found therein—Context of Act, s. 34(1)(f) public safety, national security—If organization or persons in organization becoming associated with terrorism in future, no connection with individuals previously leaving organization—In case of organizations where reasonable grounds to believe organization will engage in terrorism in future, point of reference must be during time of membership—In conclusion, Board erring in applying interpretation of s. 34(1)(f) that no temporal connection needed between applicant’s membership, organization’s involvement in terrorist activities after applicant leaving—Board’s interpretation, as applied to facts of present case, not reasonable having regard to text, context, purpose of Act, s. 34(1)(f)—Application allowed.

Huang v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 436

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Appeal from decision by Citizenship Judge denying application for citizenship—Applicant applying for citizenship

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada et y a présenté une demande d’asile qui a été accueillie et est devenu résident permanent—Il a fait une demande de citoyenneté canadienne—La branche bosniaque d’Al-Haramain a été par la suite inscrite sur la liste des groupes affiliés à Al-Qaïda par l’Organisation des Nations Unies—La Commission a conclu que le demandeur faisait partie du bureau d’Al-Haramain en Bosnie et qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que cette organisation s’est livrée au terrorisme—La Commission a rejeté la requête en suspension—La Commission n’a pas retenu l’argument du demandeur selon lequel, étant donné que les activités terroristes du bureau d’Al-Haramain en Bosnie avaient eu lieu après son départ de la Bosnie, il ne pouvait être considéré comme membre de cette organisation au sens de l’art. 34(1)f—Il s’agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en rejetant la requête en suspension des procédures et en concluant que le demandeur était une personne visée à l’art. 34(1)f—La Commission n’a pas commis d’erreur en rejetant la requête en suspension—La Commission a mis en balance les conséquences du délai pour soulever les questions d’interdiction de territoire et le préjudice subi par le demandeur et a jugé que ce dernier pouvait encore présenter une défense valable—La Commission n’a pas interprété correctement l’art. 34(1)f de la Loi et a commis une erreur en considérant que l’art. 34(1)f supposait l’existence de deux conclusions distinctes et indépendantes—L’art. 34(1)f n’exige qu’une seule décision, à savoir si le demandeur est membre d’une organisation—Le libellé de l’art. 34(1)f de la Loi a été examiné, plus particulièrement, les temps de l’expression « qu’elle est, a été ou sera l’auteur » qui y figure—Le contexte de l’art. 34(1)f de la Loi est la sécurité publique et la sécurité nationale—Si l’organisation ou des personnes en faisant partie se livrent par la suite à des activités terroristes, aucun lien avec un membre ayant quitté l’organisation avant ne peut être établi—Les motifs raisonnables de croire qu’une organisation se livrera à des actes de terrorisme s’apprécient par rapport à la période où l’intéressé est membre—En conclusion, la Commission a commis une erreur en considérant que l’art. 34(1)f ne nécessitait pas de rapport temporel entre l’appartenance du demandeur à une organisation et l’activité terroriste à laquelle celle-ci a été associée après le départ de ce dernier—Compte tenu du texte, du contexte et de l’objet de l’art. 34(1)f, l’interprétation que la Commission en a appliquée aux faits de l’espèce était déraisonnable—Demande accueillie.

Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 436

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Appel d’une décision par une juge de la citoyenneté qui a refusé une demande de citoyenneté—La demanderesse a fait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

after several trips between Canada, China—Citizenship Judge applying test in *Koo (Re)*, concluding, *inter alia*, applicant's home in China, applicant falling short of required days specified in *Citizenship Act*, s. 5(1)(c)—Whether Citizenship Judge entitled to apply *Koo* test—Citizenship Judge not erring in applying *Koo* test—Citizenship judges able to apply any of three citizenship tests—Approach requiring blending of two or more tests inconsistent with case law—Open to citizenship judges to terminate assessment under s. 5(1)(c) upon concluding that applicants not meeting “physical presence” test—Here, Citizenship Judge deciding to apply *Koo* test—At liberty to do so—Citizenship Judge's conclusion that applicant not satisfying *Koo* test reasonable—Not unreasonable to fail to infer that applicant in Canada during disputed period simply because applicant not in China—Exit stamp from China in passport not reliable proof of travels in, out of Canada—Citizenship Judge also reasonably concluding applicant's documentation not establishing presence in Canada—Appeal dismissed.

J.P. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) 371

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Appeals from Federal Court decisions allowing judicial reviews of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (Board) decisions respondents inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 37(1)(b) for engaging in people smuggling—Board defining scope of “people smuggling” under s. 37(1)(b) with reference to IRPA, s. 117(1)—Finding respondents aiding, abetting smugglers—Federal Court finding it improper for Board to interpret IRPA, s. 37(1)(b) by strict reliance on factual elements of offence set out in s. 117(1); concluding *mens rea* not established herein since participation motivated by desire to secure food, not to assist in people smuggling; notion of “people smuggling” under s. 37(1)(b) including profit element—Main issue whether aiding, abetting in people smuggling requiring *mens rea*—International conventions at issue herein not prohibiting signatories from enacting

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

une demande de citoyenneté après avoir fait la navette plusieurs fois entre le Canada et la Chine—La juge de la citoyenneté a appliqué le critère énoncé dans le jugement *Koo (Re)* et en est arrivée à la conclusion, entre autres, que le pays de la demanderesse est la Chine et qu'il lui manquait des jours pour satisfaire à l'exigence prévue à l'art. 5(1)(c) de la *Loi sur la citoyenneté*—Il s'agissait de savoir si la juge de la citoyenneté avait le droit d'appliquer le critère énoncé dans le jugement *Koo*—La juge de la citoyenneté n'a pas commis d'erreur de droit en appliquant le critère énoncé dans le jugement *Koo*—Les juges de la citoyenneté peuvent appliquer l'un des trois critères de la citoyenneté—La démarche qui exige un mélange d'au moins deux des trois critères susmentionnés est incompatible avec la jurisprudence—Il est loisible au juge de la citoyenneté de mettre fin à l'analyse prévue à l'art. 5(1)(c) dès lors qu'il estime que le demandeur ne satisfait pas au critère de la « présence effective »—En l'espèce, la juge de la citoyenneté a décidé d'appliquer le critère du jugement *Koo*—Il lui était loisible de le faire—La conclusion de la juge de la citoyenneté selon laquelle la demanderesse ne satisfait pas au critère énoncé dans le jugement était raisonnable—Il n'était pas déraisonnable de ne pas en inférer que la demanderesse se trouvait au Canada au cours de la période contestée tout simplement parce qu'elle n'était pas en Chine—Le timbre de sortie de la Chine qui se trouve dans son passeport ne constitue pas une preuve fiable des voyages à destination ou en partance du Canada—De plus, la juge de la citoyenneté a raisonnablement conclu que les documents sur lesquels la demanderesse se fondait ne démontrent pas sa présence au Canada—Appel rejeté.

J.P. c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.) 371

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Appels interjetés à l'encontre de décisions de la Cour fédérale d'accueillir les demandes de contrôle judiciaire des décisions de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par lesquelles les intimés ont été déclarés interdits de territoire conformément à l'art. 37(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) pour s'être livrés au passage de clandestins—La Commission a défini la portée de l'expression « passage de clandestins » à l'art. 37(1)(b) en se fondant sur l'art. 117(1) de la LIPR—La Commission a conclu que les intimés avaient aidé et encouragé des passeurs—La Cour fédérale a conclu que c'est à tort que la Commission a interprété l'art. 37(1)(b) de la LIPR en se fondant uniquement sur les éléments factuels de l'infraction énoncés à l'art. 117; que la *mens rea* n'a pas été établie en l'espèce parce que la participation était motivée par le souhait d'obtenir de la nourriture et

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

legislation rendering inadmissible those contributing to, but not profiting from, people smuggling—Attaching financial component to concept of people smuggling leading to unacceptable results, contrary to Parliament’s intent—Reasonable for Board to interpret s. 37(1)(b) with reference to s. 117(1), to base inadmissibility on elements in *R. v. Alzehrani*—Federal Court confusing notion of intent with motive—*Mens rea* established in cases herein by Board—Appeals allowed.

Karolinska Institutet Innovations AB v. Canada (Attorney General) (F.C.) 459

Patents—Practice—Judicial review of decisions by Commissioner of Patents rejecting applicants’ patent applications filed with Canadian Intellectual Property Office (CIPO) under provisions of *Patent Cooperation Treaty* (PCT)—Applicants asking Canadian law firm to file their applications in Canada under provisions of PCT—Canadian firm proceeding to do so but omitting to include fee for late payment—CIPO refusing applications for failure to submit appropriate fees—Whether appropriate standard of review correctness or reasonableness—Whether CIPO’s decision reasonable—Critical issue herein not interpretation of *Patent Rules*, ss. 3.1(1),(2) but whether or not CIPO giving proper meaning, effect to words “clear but unsuccessful attempt ... to pay the fee” therein—Standard of review thus reasonableness—CIPO’s refusal letters containing numerous errors rendering decisions lacking in justification, transparency, intelligibility—Commissioner’s decision also unreasonable because misapplying s. 3.1 to circumstances at hand—S. 3.1 remedial provision to be given fair, large, liberal interpretation—Reference to “the fee” liberally construed as to include basic filing fee, additional late filing fee—Applications allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

non pour aider au passage de clandestins et que la notion de « passage de clandestins » à l’art. 37(1)(b) comporte un élément de profit—Il s’agissait principalement de savoir si le fait d’aider et d’encourager le passage de clandestins est une infraction qui exige une intention coupable—Les conventions internationales en litige dans la présente cause n’interdisent pas aux signataires de promulguer des lois qui frappent d’interdiction de territoire ceux qui contribuent au passage de clandestins, mais qui n’en tirent pas profit—Rattacher une composante financière au concept de passage de clandestins entraînerait des résultats inacceptables, contraires à l’intention du législateur—Il était raisonnable pour la Commission d’interpréter l’art. 37(1)(b) en fonction de l’art. 117(1) et de fonder l’interdiction de territoire sur les éléments établis dans *R. c. Alzehrani*—La Cour fédérale a confondu la notion d’intention avec celle de motif—La *mens rea* a été établie par la Commission dans les présentes causes—Appels accueillis.

Karolinska Institutet Innovations AB c. Canada (Procureur général) (C.F.) 459

Brevets—Pratique—Contrôle judiciaire de décisions selon lesquelles le commissaire aux brevets a rejeté les demandes de brevets des demandeurs déposées auprès de l’Office de la propriété intellectuelle du Canada (l’OPIC) en vertu des dispositions du *Traité de coopération en matière de brevets* (PCT)—Les demandeurs ont demandé à un cabinet d’avocats canadien de déposer leurs demandes au Canada en vertu des dispositions du PCT—Le cabinet d’avocats canadien a entrepris de préparer les demandes mais a omis d’inclure la surtaxe pour paiement en souffrance—L’OPIC a refusé les demandes pour omission d’avoir versé les taxes appropriées—Il s’agissait de savoir si la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte ou la norme de la raisonabilité—Il s’agissait également de savoir si la décision de l’OPIC était raisonnable—La question fondamentale en l’espèce ne portait pas sur l’interprétation des art. 3.1(1),(2) des *Règles sur les brevets*, mais consistait à savoir si l’OPIC a donné ou non un sens et un effet appropriés à l’expression « tentative manifeste mais infructueuse pour verser une taxe »—La norme de contrôle était donc celle de la raisonabilité—Les lettres de refus de l’OPIC étaient problématiques à un certain nombre d’égards qui ont fait que les décisions étaient dépourvues de justification, de transparence et d’intelligibilité—La décision du commissaire était également déraisonnable parce qu’il a mal appliqué l’art. 3.1 des Règles aux circonstances de l’espèce—L’art. 3.1 est une disposition de nature réparatrice et il convient de l’interpréter de manière équitable, large et libérale—Le renvoi à « la taxe » peut être interprété de manière libérale de façon à inclure non seulement une taxe de dépôt de base, mais aussi une surtaxe—Demandes accueillis.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Kurija v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 657

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (Board) decision refusing to reopen applicant’s claim for refugee protection—Applicant 15 when arriving in Canada—However, claiming to be 18 as per passport—At refugee hearing, counsel for applicant informing Board of applicant’s real age, fact applicant having difficulty understanding English—Board finding applicant speaking adequate English, applicant of age based on passport, other evidence—Designated representative thus ordered to leave proceedings—Board rejecting applicant’s claim—Application to have claim reopened on basis hearing procedurally unfair, applicant should have been assigned designated representative pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 167(2) also rejected—Whether decision not to reopen claim reasonable—Board misdirecting itself by failing to consider mandatory nature of IRPA, s. 167(2), requirement to determine on basis of new evidence whether applicant under 18 at time of first hearing—Parliament enacting “bright line” fundamental fairness provision relating to widely recognized concern about capacity of minors to interact with legal system tasked with determining their rights—IRPA, s. 167(2) based upon recognition that minor in extraordinary circumstances of participating in proceedings regarding his or her own refugee claim lacking sufficient capacity to participate fully without special assistance, guidance from designated representative—Application allowed.

Majoros v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 482

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board finding applicants neither Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97(1)—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Kurija c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 657

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié refusant la réouverture de la demande d’asile du demandeur—Le demandeur était âgé de 15 ans lorsqu’il est arrivé au Canada—Cependant, il a prétendu avoir 18 ans selon son passeport—Lors de l’audience, le conseil du demandeur a informé la Commission de l’âge réel du demandeur et du fait que le demandeur éprouvait de la difficulté à comprendre l’anglais—La Commission a conclu que le demandeur parlait un anglais adéquat et qu’il était majeur d’après ses documents de voyage et d’autres éléments de preuve—La Commission a ordonné à la représentante désignée de quitter l’audience—La Commission a rejeté la demande du demandeur—La demande de réouverture de sa demande d’asile, au motif que, durant l’audience, les principes d’équité procédurale n’avaient pas été respectés et qu’il aurait dû bénéficier d’un représentant commis d’office conformément à l’art. 167(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), a été également rejetée—Il s’agissait de savoir si la décision de ne pas rouvrir la demande était raisonnable—La Commission a commis une erreur en ne tenant pas compte du caractère impératif de l’art. 167(2) de la LIPR lorsqu’elle a été appelée à déterminer, sur la foi des nouveaux éléments de preuve qui lui étaient présentés, si le demandeur avait 18 ans ou non au moment de la première audience—Le législateur a édicté une disposition non équivoque relative aux exigences d’équité fondamentale, qui découle d’une préoccupation largement reconnue concernant la capacité des personnes mineures de participer à part entière dans un système judiciaire dont le rôle est de déterminer leurs droits—L’art. 167(2) se fonde sur le fait qu’on reconnaît qu’une personne mineure se trouvant dans une situation exceptionnelle en étant appelée à participer à une instance relative à sa propre demande d’asile ne possède pas la capacité suffisante de participer pleinement à l’instance sans l’aide et les conseils spéciaux d’un représentant désigné—Demande accueillie.

Majoros c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 482

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs n’étaient ni des réfugiés au sens de la Convention, ni des personnes à protéger aux

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

At hearing, applicants, Roma family, testifying suffering harassment, violence by skinheads in Hungary—Board finding that applicants failing to rebut presumption of state protection—Whether Board’s decision, in particular, state protection analysis, reasonable—Board’s analysis faulty, conclusion unreasonable—Whether claimant diligently seeking state’s protection not constituting legal requirement for refugee protection pursuant to Act, s. 96—Legal requirement is that claimant be unable or unwilling (because of fear) to avail themselves of state protection—Persecution suffered by applicants originating from right-wing movement; violence, harassment perpetrated indiscriminately—In cases such as these, documentary evidence, rather than individual attempts to seek protection, more relevant to state protection analysis—Board treating what considering to be applicants’ inadequate efforts in relation to police as disqualifier for refugee protection—This legal error, i.e. placing legal burden of seeking state protection on refugee claimant, unreasonable, sufficient to warrant granting application—Application allowed.

SOMMAIRE (Fin)

termes des art. 96 et 97(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Lors de l’audience, les demandeurs, une famille rom, ont témoigné avoir subi du harcèlement et de la violence de la part de skinheads en Hongrie—La Commission a conclu que les demandeurs n’ont pas réfuté la présomption de protection de l’État—Il s’agissait de savoir si la décision de la Commission, et plus particulièrement son analyse de la protection de l’État, était raisonnable—La Commission a effectué une analyse fautive et sa conclusion était déraisonnable—Il s’agissait également de savoir si le demandeur d’asile n’est pas tenu par le critère juridique prévu à l’art. 96 de la Loi de diligemment chercher à obtenir la protection de l’État pour que l’asile lui soit accordé—Selon ce critère juridique, le demandeur d’asile ne peut ou ne veut (en raison de sa crainte) se réclamer de la protection de l’État—Les demandeurs étaient persécutés par les membres d’un mouvement de droite, qui perpétraient aveuglément des actes de violence et de harcèlement—En pareil cas, la preuve documentaire est plus pertinente dans le cadre de l’analyse de la protection de l’État que les tentatives individuelles faites pour obtenir une telle protection—La Commission s’est fondée sur les efforts déployés par les demandeurs en vue d’obtenir l’aide de la police pour conclure que les demandes d’asile ne pouvaient être accueillies—Cette erreur de droit, c’est-à-dire conférer au demandeur d’asile la charge ultime d’établir qu’il a tenté d’obtenir la protection de l’État, était déraisonnable et suffisante en soi pour que la demande soit accueillie—Demande accueillie.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Burg Properties Ltd. v. Canada, A-313-13, 2014 FCA 154, Dawson J.A., judgment dated June 10, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused December 18, 2014.

Edig v. Canada, A-177-14, *Hollinrake v. Canada*, A-182-14, *Conners v. Canada*, A-186-14, 2014 FCA 151, Sharlow J.A., judgment dated June 6, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused November 27, 2014.

Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration), A-272-13, 2014 FCA 113, Stratas J.A., judgment dated May 2, 2014, leave to appeal to S.C.C. granted December 4, 2014.

Klundert v. Canada, A-83-13, 2014 FCA 156, Dawson J.A., judgment dated June 16, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused December 4, 2014.

Klundert v. Canada, A-237-13, 2014 FCA 155, Dawson J.A., judgment dated June 11, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused December 4, 2014.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Burg Properties Ltd. c. Canada, A-313-13, 2014 CAF 154, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 10 juin 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 décembre 2014.

Edig c. Canada, A-177-14, *Hollinrake c. Canada*, A-182-14, *Conners c. Canada*, A-186-14, 2014 CAF 151, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 6 juin 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 27 novembre, 2014.

Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-272-13, 2014 CAF 113, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 2 mai 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 4 décembre 2014.

Klundert c. Canada, A-83-13, 2014 CAF 156, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 16 juin 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 décembre 2014.

Klundert c. Canada, A-237-13, 2014 CAF 155, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 11 juin 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 décembre 2014.

ERRATUM

In *Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, [2008] 4 F.C.R. 230, the judgment date was inadvertently left out. Under the indexed as, please change “Ottawa, April 24, 27; June 14, 2007” to “Ottawa, April 24, 27 and June 14; October 22, 2007.”

ERRATUM

Dans *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, [2008] 4 R.C.F. 230, la date du jugement a été omise par mégarde. Sous le répertoire, veuillez remplacer « Ottawa, 24 et 27 avril; 14 juin 2007 » par « Ottawa, 24 et 27 avril et 14 juin; 22 octobre 2007. »

**Federal Courts
Reports**

2014, Vol. 4, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2014, Vol. 4, 2^e fascicule

2013 FCA 262
A-29-13

2013 CAF 262
A-29-13

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Appellant*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*appelant*)

v.

c.

J.P. and G.J. (*Respondents*)

J.P. et G.J. (*intimés*)

A-498-12

A-498-12

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Appellant*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*appelant*)

v.

c.

B306 (*Respondent*)

B306 (*intimé*)

A-563-12

A-563-12

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Appellant*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*appelant*)

v.

c.

Jesus Rodriguez Hernandez (*Respondent*)

Jesus Rodriguez Hernandez (*intimé*)

INDEXED AS: J.P. v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ : J.P. c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court of Appeal, Sharlow, Mainville and Near J.J.A.—Toronto, October 2; Ottawa, November 12, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Mainville et Near, J.C.A.—Toronto, 2 octobre; Ottawa, 12 novembre 2013.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Appeals from Federal Court decisions allowing judicial reviews of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (Board) decisions respondents inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 37(1)(b) for engaging in people smuggling — Board defining scope of “people smuggling” under s. 37(1)(b) with reference to IRPA, s. 117(1) — Finding respondents aiding, abetting smugglers — Federal Court finding it improper for Board to interpret IRPA, s. 37(1)(b) by strict reliance on factual elements of offence set out in s. 117(1); concluding mens rea not established herein since participation motivated by desire to secure food, not to assist in people smuggling; notion of “people smuggling” under s. 37(1)(b) including profit

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Appels interjetés à l'encontre de décisions de la Cour fédérale d'accueillir les demandes de contrôle judiciaire des décisions de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par lesquelles les intimés ont été déclarés interdits de territoire conformément à l'art. 37(1)b de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) pour s'être livrés au passage de clandestins — La Commission a défini la portée de l'expression « passage de clandestins » à l'art. 37(1)b en se fondant sur l'art. 117(1) de la LIPR — La Commission a conclu que les intimés avaient aidé et encouragé des passeurs — La Cour fédérale a conclu que c'est à tort que la Commission a interprété l'art. 37(1)b de la LIPR en

element — Main issue whether aiding, abetting in people smuggling requiring mens rea — International conventions at issue herein not prohibiting signatories from enacting legislation rendering inadmissible those contributing to, but not profiting from, people smuggling — Attaching financial component to concept of people smuggling leading to unacceptable results, contrary to Parliament's intent — Reasonable for Board to interpret s. 37(1)(b) with reference to s. 117(1), to base inadmissibility on elements in R. v. Alzehrani — Federal Court confusing notion of intent with motive — Mens rea established in cases herein by Board — Appeals allowed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeals from Federal Court decisions allowing judicial reviews of Immigration and Refugee Board, Immigration Division decisions excluding respondents under Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(b) for people smuggling — Whether s. 37(1)(b) engaging Charter, s. 7 by precluding refugee determination hearing for inadmissible foreign national — Inadmissibility finding under s. 37(1)(b) not in itself engaging Charter, s. 7 — Only at later stage, i.e. assessment of risks, that Charter, s. 7 may be engaged.

Practice — Notice of constitutional question — Appeals from Federal Court decisions allowing judicial reviews of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (Board) decisions excluding respondents under Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(b) for people smuggling — Failure to complete notice of constitutional question before Board not fatal herein — Appellant failing to identify which facts missing from records that would prejudice him with respect to constitutional arguments raised by respondents.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Appeals from Federal Court decisions allowing

se fondant uniquement sur les éléments factuels de l'infraction énoncés à l'art. 117; que la mens rea n'a pas été établie en l'espèce parce que la participation était motivée par le souhait d'obtenir de la nourriture et non pour aider au passage de clandestins et que la notion de « passage de clandestins » à l'art. 37(1)b comporte un élément de profit — Il s'agissait principalement de savoir si le fait d'aider et d'encourager le passage de clandestins est une infraction qui exige une intention coupable — Les conventions internationales en litige dans la présente cause n'interdisent pas aux signataires de promulguer des lois qui frappent d'interdiction de territoire ceux qui contribuent au passage de clandestins, mais qui n'en tirent pas profit — Rattacher une composante financière au concept de passage de clandestins entraînerait des résultats inacceptables, contraires à l'intention du législateur — Il était raisonnable pour la Commission d'interpréter l'art. 37(1)b en fonction de l'art. 117(1) et de fonder l'interdiction de territoire sur les éléments établis dans R. c. Alzehrani — La Cour fédérale a confondu la notion d'intention avec celle de motif — La mens rea a été établie par la Commission dans les présentes causes — Appels accueillis.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appels interjetés à l'encontre de décisions de la Cour fédérale d'accueillir les demandes de contrôle judiciaire des décisions de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par lesquelles les intimés ont été déclarés interdits de territoire conformément à l'art. 37(1)b de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) pour s'être livrés au passage de clandestins — Il s'agissait de savoir si l'art. 37(1)b donne lieu à l'application de l'art. 7 de la Charte en empêchant la tenue de l'audience relative à la reconnaissance du statut de réfugié pour les étrangers qui sont interdits de territoire — La conclusion d'interdiction de territoire en vertu de l'art. 37(1)b ne donne pas lieu en soi à l'application de l'art. 7 de la Charte — L'art. 7 de la Charte peut être appliqué seulement à une étape ultérieure, c'est-à-dire lors de l'examen des risques.

Pratique — Avis de question constitutionnelle — Appels interjetés à l'encontre de décisions de la Cour fédérale d'accueillir les demandes de contrôle judiciaire des décisions de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par lesquelles les intimés ont été déclarés interdits de territoire conformément à l'art. 37(1)b de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) pour s'être livrés au passage de clandestins — Le défaut de déposer un avis de question constitutionnelle devant la Commission ne porte pas un coup fatal à la présente cause — L'appellant n'a pas déterminé quels faits absents du dossier lui seraient préjudiciables à l'égard des arguments constitutionnels soulevés par les intimés.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de révision — Appels interjetés à l'encontre de décisions de la Cour

judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (Board) decisions excluding respondents under Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(b) for people smuggling — B010 v. Canada (Citizenship and Immigration), 2013 FCA 87 followed — Interpretation of s. 37(1)(b) by Board reviewable on standard of reasonableness — Deference now rule rather than exception.

These were appeals from decisions of the Federal Court allowing applications for judicial review of decisions by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (Board) determining that the respondents were inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) for engaging in people smuggling.

The respondents in A-29-13 and A-498-12 were aboard the MV *Sun Sea* and submitted refugee claims when they arrived in Canada. Both respondents had assisted the crew in operating the ship or by acting as lookouts.

In A-29-13, the Board found as a matter of law that people smuggling pursuant to paragraph 37(1)(b) of the IRPA does not require the element of “financial or other material benefit” referred to in the Smuggling of Migrants Protocol. The Board rather based its finding with respect to the scope of people smuggling under paragraph 37(1)(b) with reference to subsection 117(1) of the IRPA as it then read. On judicial review, the Federal Court concluded, *inter alia*, that Canada’s international commitments to both penalize smugglers and to protect those who are being smuggled may be blurred by an overly expansive interpretation of paragraph 37(1)(b) that encompasses those who did not plan to carry out the scheme and have no prospect of a reward other than a modest improvement in their living conditions enroute. Consequently, it was improper for the Board to interpret paragraph 37(1)(b) by strict reliance on the factual elements of the offence set out in subsection 117(1) as it then read.

In A-498-12, the Board also defined the scope of “people smuggling” under paragraph 37(1)(b) with reference to subsection 117(1) of the IRPA as it then read and found that the respondents had aided and abetted the coming into Canada of foreign nationals. The Federal Court criticized the Board’s findings of fact as “not informed by the context of complete

fédérale d’accueillir les demandes de contrôle judiciaire des décisions de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié par lesquelles les intimés ont été interdits de territoire conformément à l’art. 37(1)(b) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) pour s’être livrés au passage de clandestins — L’arrêt B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2013 CAF 87 a été suivi — L’interprétation de l’art. 37(1)(b) par la Commission est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable — La retenue est maintenant la règle et non l’exception.

Il s’agissait d’appels interjetés à l’encontre de décisions de la Cour fédérale d’accueillir les demandes de contrôle judiciaire des décisions de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (Commission) par lesquelles les intimés ont été déclarés interdits de territoire pour s’être livrés au passage de clandestins conformément à l’alinéa 37(1)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR).

Les intimés dans les dossiers A-29-13 et A-498-12 étaient à bord du navire à moteur *Sun Sea* et ont demandé l’asile après être arrivés au Canada. Les deux intimés ont aidé les membres de l’équipage en exploitant le navire ou en agissant comme vigies.

Dans le dossier A-29-13, la Commission a conclu qu’en droit, que le passage de clandestins conformément à l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR n’exige pas la présence des éléments « avantage financier ou autre avantage matériel » prévus dans le Protocole contre le trafic illicite de migrants. La Commission a plutôt fondé sa conclusion quant à la portée de l’infraction que constitue le passage de clandestins à l’alinéa 37(1)(b) sur le paragraphe 117(1) de la LIPR dans sa version à cette date. Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu notamment que les engagements internationaux du Canada de pénaliser ceux qui se livrent au passage de clandestins et de protéger ceux qui en sont victimes établissent une ligne de démarcation qui risque d’être difficile à tracer si l’on retient une interprétation trop large de l’alinéa 37(1)(b) qui englobe des personnes qui n’ont pas planifié d’exécuter le plan ou qui n’espèrent obtenir comme récompense rien de plus qu’une modeste amélioration de leurs conditions de vie. Par conséquent, c’est à tort que la Commission a interprété l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR en se fondant uniquement sur les éléments factuels de l’infraction prévus au paragraphe 117(1) dans sa version d’alors.

Dans le dossier A-498-12, la Commission a également défini la portée de l’expression « passage de clandestins » à l’alinéa 37(1)(b) en renvoyant au paragraphe 117(1) de la LIPR dans sa version d’alors et a conclu que les défendeurs avaient aidé et encouragé la venue au Canada de ressortissants étrangers. La Cour fédérale a critiqué les conclusions de fait

dependency, vulnerability and power imbalance in which the applicant found himself during the three-month journey to Canada.” In allowing the judicial review, the Court reasoned that the required *mens rea* had not been established since the respondent’s participation was motivated by a desire to secure food, not to assist in people smuggling, and that there was a distinction between the offence of people smuggling contemplated in section 117 of the IRPA and the offence of conspiring with, being accomplice to, or being an accessory after the fact of the smugglers as contemplated in section 131 of the IRPA.

The respondent in A-563-12 was convicted of alien smuggling in the U.S. before claiming refugee status in Canada. The Board concluded, *inter alia*, that the respondent was inadmissible under paragraph 37(1)(b) even though there was no evidence that he had engaged in people smuggling for financial gain or material benefit. The Federal Court found that properly construed, the notion of “people smuggling” under paragraph 37(1)(b) includes a profit element.

In the present appeal, the respondents submitted, *inter alia*, that “people smuggling” requires that the perpetrator carry out the smuggling for a financial or other material benefit in order to be captured by the inadmissibility provision set out in paragraph 37(1)(b); that the effect of paragraph 37(1)(b) is to deny a determination of their *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Convention) refugee claims by the Board, and that such a denial violates their rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). The respondents asked that the decision in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 87 (*B010* appeal decision), not be followed. The *B010* appeal decision found that it was reasonable for the Board to define people smuggling under paragraph 37(1)(b) of the IRPA by relying upon subsection 117(1). The respondents submitted that the use of the reasonableness standard in the *B010* appeal decision was wrong. They added that by applying a correctness standard of review to the Board’s interpretation of paragraph 37(1)(b), the notion of “people smuggling” set out therein would have to conform to the *Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime* (Smuggling of Migrants Protocol) rather than subsection 117(1). As a result, a financial or other material benefit would be required in order to be found inadmissible on the ground of people smuggling.

que la Commission a tirées en déclarant qu’elles « ne tena[ient] pas compte du contexte de dépendance et de vulnérabilité complètes et d’inégalité des forces dans lequel se trouvait le demandeur au cours du voyage de trois mois jusqu’au Canada ». En accueillant la demande de contrôle judiciaire, la Cour a estimé que la *mens rea* requise n’avait pas été établie puisque la participation de l’intimée avait été motivée par le désir d’obtenir de la nourriture, et non pas pour aider au passage de clandestins, et qu’il y avait lieu d’opérer une distinction entre l’infraction de passage de clandestins visée à l’article 117 de la LIPR et l’infraction de complot, de complicité ou de complicité après le fait avec les passeurs visée à l’article 131 de la LIPR.

L’intimé dans le dossier A-563-12 a été déclaré coupable de trafic d’étrangers aux États-Unis avant de demander le statut de réfugié au Canada. La Commission a conclu, entre autres, que l’intimé était interdit de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)(b) même s’il n’y avait aucune preuve qu’il s’était livré au passage de clandestins pour obtenir un avantage financier ou matériel. La Cour fédérale a conclu que la notion de « passage de clandestins » prévue à l’alinéa 37(1)(b), interprétée correctement, comprend un élément de profit.

Dans le présent appel, les intimés ont fait valoir, entre autres, que le « passage de clandestins » exige que l’auteur se livre à l’infraction en retour d’un avantage financier ou matériel afin d’être visé par l’interdiction de territoire prévue à l’alinéa 37(1)(b); que l’effet de l’alinéa 37(1)(b) est de refuser l’examen de leurs demandes de statut de réfugiés en vertu de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la Convention) par la Commission, et qu’un tel refus viole les droits qui leur sont garantis par l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Les intimés ont demandé que la décision rendue dans *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 87 (décision d’appel *B010*), ne soit pas suivie. Dans la décision d’appel *B010*, la Cour a conclu qu’il était raisonnable pour la Commission de définir l’expression « passage de clandestins » à l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR sur le fondement de l’article 117(1). Les intimés ont soutenu que l’utilisation de la norme de la décision raisonnable dans la décision d’appel *B010* était incorrecte. Ils ont ajouté que si on appliquait la norme de contrôle de la décision correcte à l’interprétation de l’alinéa 37(1)(b) faite par la Commission, la notion de « passage de clandestins » qui y est énoncée devrait être conforme au *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* (le Protocole sur le trafic de migrants) plutôt qu’au paragraphe 117(1). Par conséquent, un avantage financier ou un autre avantage matériel doit être présent pour qu’il y ait interdiction de territoire pour passage de clandestins.

The appellant submitted, *inter alia*, that the respondents should have completed notices of constitutional question when they were before the Board, and that he is prejudiced as a result of that failure since he could have submitted evidence respecting the constitutional issues raised by the respondents.

The main issues were whether the interpretation of paragraph 37(1)(b) requires that the foreign national have the *mens rea* to aid and abet in people smuggling in order to be captured by the inadmissibility provision; whether the definition of people smuggling under paragraph 37(1)(b) is constitutionally overbroad if it is to be determined with reference to subsection 117(1); and whether paragraph 37(1)(b) engages section 7 of the Charter by precluding a refugee determination hearing for the foreign national captured by this inadmissibility provision.

Held, the appeals should be allowed.

There were no compelling reasons not to follow the *B010* appeal decision on any of the fundamental issues resolved by that decision. The interpretation of paragraph 37(1)(b) by the Board was reviewable on a standard of reasonableness. Deference is now the rule rather than the exception where administrative tribunals are concerned. Nothing in the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* or in the Smuggling of Migrants Protocol prohibits signatories from enacting legislation that makes inadmissible to Canada those who contribute to, but do not profit from, people smuggling. A finding of inadmissibility under the IRPA is not the equivalent of a removal under the IRPA or *refoulement* under the Convention. To attach a financial component to the concept of people smuggling would lead to unacceptable results and would be contrary to Parliament's intent in adopting paragraph 37(1)(b). The Board's decision to interpret paragraph 37(1)(b) with reference to subsection 117(1), as it then read, rather than relying on a definition contained in an international instrument was reasonable and was the correct interpretation of that provision. It was also reasonable for the Board to find that the essential elements required to conclude that a foreign national is inadmissible on the ground of having been involved in people smuggling are those set out in *R. v. Alzehrani*.

The reasoning of the Federal Court regarding the respondent's *mens rea* in A-498-12 confused the notion of intent with that of motive and was plainly unsustainable. Unless Parliament has specifically included motive as part of the elements of an offence, the required *mens rea* of aiding any

L'appelant a soutenu, entre autres, que les intimés auraient dû déposer des avis de question constitutionnelle lorsqu'ils se sont présentés devant la Commission, et qu'il a subi un préjudice en raison de ce défaut, car il aurait pu présenter des éléments de preuve concernant les questions constitutionnelles qu'ils ont soulevées.

Il s'agissait principalement de savoir si l'interprétation de l'alinéa 37(1)(b) exige que les ressortissants étrangers aient la *mens rea* requise pour aider et encourager le passage de clandestins afin d'être visés par la disposition relative à l'interdiction de territoire; si le fait d'examiner la définition de passage de clandestins à l'alinéa 37(1)(b) en fonction du paragraphe 117(1) lui confère une portée trop large sur le plan constitutionnel, et si l'alinéa 37(1)(b) donne lieu à l'application de l'article 7 de la Charte, en empêchant la tenue de l'audience relative à la reconnaissance du statut de réfugié pour les étrangers visés par cette disposition relative à l'interdiction de territoire.

Arrêt : les appels doivent être accueillis.

Il n'y a aucun motif impérieux de ne pas suivre la décision d'appel *B010* pour l'une ou l'autre des questions fondamentales résolues par cette décision. L'interprétation de l'alinéa 37(1)(b) par la Commission était susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. La retenue est maintenant la règle plutôt que l'exception lorsque les tribunaux administratifs sont concernés. Il n'y a rien dans la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* ou dans le Protocole sur le trafic de migrants qui interdit aux signataires de promulguer des lois qui frappent d'interdiction de territoire au Canada ceux qui contribuent au passage de clandestins, mais qui n'en tirent pas profit. Une décision d'interdiction de territoire en vertu de la LIPR n'équivaut pas à un renvoi en vertu de cette même loi ou à un refoulement en vertu de la Convention. Rattacher une composante financière au concept de passage de clandestins entraînerait des résultats inacceptables et serait contraire à l'intention du législateur lorsqu'il a adopté l'alinéa 37(1)(b). La décision de la Commission d'interpréter l'alinéa 37(1)(b) en fonction du paragraphe 117(1), dans sa version d'alors, plutôt que sur la base de la définition contenue dans un instrument international était raisonnable et constituait l'interprétation correcte de cette disposition. Il était également raisonnable pour la Commission de trouver que les éléments essentiels requis pour conclure qu'un ressortissant étranger est interdit de territoire pour s'être livré au passage de clandestins sont ceux énoncés dans la décision *R. c. Alzehrani*.

Le raisonnement de la Cour fédérale en ce qui concerne la *mens rea* de l'intimé dans le dossier A-498-12 a confondu la notion d'intention avec celle de motif et était manifestement intenable. À moins que le législateur ait expressément inclus le motif en tant qu'élément d'une infraction, la *mens rea*

person to commit an offense concerns the intent to assist in the commission of the offence, and that intent has little or nothing to do with the motive for providing the assistance. For the purposes of paragraph 37(1)(b), the required *mens rea* was established in the cases herein when the Board had reasonable grounds to believe that the respondents in each of these appeals knew that the smuggled persons did not have the required documents but nevertheless agreed to organize, induce, aid or abet those persons entry into Canada or into a concerned foreign jurisdiction. The motive for doing so, whether ideological, financial, or material, has no bearing in this analysis. The findings of the Federal Court were sufficient in each case to establish the *mens rea* requirement of paragraph 37(1)(b) irrespective of the motive for which each respondent acted.

The failure to complete a notice of constitutional question before the Board was not fatal in the circumstances of these appeals. It is a general principle that this Court will not entertain Charter arguments that are not supported by a proper evidentiary foundation. However, the purpose of this principle is to avoid prejudice to the opposing party who could have adduced evidence concerning the arguments. Where no prejudice can be established, there is no reason why the constitutional arguments cannot be dealt with. In the present case, the appellant failed to identify which facts were missing from the records of these appeals that would prejudice him with respect to the constitutional arguments raised by the respondents.

The inadmissibility provision of paragraph 37(1)(b) of the IRPA must be interpreted with regard to its legislative purpose. That purpose is to refuse admissibility to Canada for foreign nationals who engage in people smuggling within the context of a transnational crime. Paragraph 37(1)(b) cannot contemplate close family members who can avail themselves of the Convention and who mutually assist themselves to enter Canada without proper documentation. It was not the intention of Parliament to capture such family members under paragraph 37(1)(b). As a result, the constitutional arguments raised by the respondents were not considered with respect to that issue.

An inadmissibility finding under paragraph 37(1)(b) does not in itself engage section 7 of the Charter, though that provision could eventually be engaged should the appellant Minister exercise his discretion in a manner that leads to the deportation to torture of the concerned foreign national. It is only at a stage in the process subsequent to the inadmissibility finding, i.e. the assessment of risks, that section 7 of the Charter may be engaged.

requis pour aider quelqu'un à commettre une infraction concerne l'intention de contribuer à la perpétration de l'infraction, et cette intention n'a rien ou à peu près rien à voir avec le motif pour lequel l'aide en question est fournie. Aux fins de l'alinéa 37(1)b), la *mens rea* requise a été établie dans les présentes causes lorsque la Commission avait des motifs raisonnables de croire que les intimés dans chacun de ces appels savaient que les clandestins n'étaient pas munis des documents requis, mais ont néanmoins accepté d'organiser l'entrée de ces personnes au Canada ou dans un territoire étranger visé ou de les inciter, les aider ou les encourager à y entrer. Le motif, qu'il soit idéologique, financier ou matériel, n'a aucune incidence dans la présente analyse. Les conclusions de la Cour fédérale étaient suffisantes dans chaque cas pour établir la *mens rea* requise en vertu de l'alinéa 37(1)b), quel que soit le motif pour lequel chaque intimé a agi.

Le défaut de déposer un avis de question constitutionnelle devant la Commission ne porte pas de coup fatal compte tenu des circonstances de ces appels. Selon un principe général, la Cour refusera d'examiner des arguments fondés sur la Charte qui ne sont pas étayés par une preuve appropriée. Toutefois, le but de ce principe est d'éviter de porter préjudice à la partie adverse qui aurait présenté des éléments de preuve concernant de tels arguments. Lorsqu'aucun préjudice ne peut être établi, il n'y a aucune raison pour que la Cour refuse de statuer sur les arguments d'ordre constitutionnel. En l'espèce, l'appelant n'a pas précisé quels faits absents de ces dossiers d'appels lui seraient préjudiciables à l'égard des arguments constitutionnels soulevés par les intimés.

L'alinéa 37(1)b) de la LIPR portant sur l'interdiction de territoire doit être interprété à la lumière de son objectif législatif. L'objectif en question est de refuser l'entrée au Canada de ressortissants étrangers qui se livrent au passage de clandestins dans le cadre d'une criminalité transnationale. L'alinéa 37(1)b) ne peut s'appliquer aux membres d'une même famille qui peuvent se prévaloir de la Convention et qui s'aident mutuellement pour entrer au Canada sans être munis des documents appropriés. L'intention du législateur n'était pas de viser de telles personnes à l'alinéa 37(1)b). Par conséquent, les arguments d'ordre constitutionnel soulevés par les intimés n'ont pas été examinés dans le cadre de cette question.

Une conclusion d'interdiction de territoire en vertu de l'alinéa 37(1)b) ne donne pas lieu en soi à l'application de l'article 7 de la Charte, bien que cette disposition puisse être éventuellement appliquée si le ministre appelant exerce son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui entraîne l'expulsion du ressortissant étranger concerné vers un pays où il risque la torture. C'est seulement à une étape ultérieure du processus suivant la conclusion d'interdiction de territoire, c'est-à-dire lors de l'examen des risques, que l'article 7 de la Charte peut s'appliquer.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Aliens and Nationality, 8 U.S.C. § 1324(a)(2)(A).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 6, 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1, 57.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(f),(2)(b),(3), 11(1), 25(1), 25.1(1), 25.2(1), 33, 34, 35, 36, 37(1),(2), 38, 39, 40, 41, 42, 42.1, 44(1), (2), 45(d), 74(d), 97(1), 99(1), 100(2)(a),(b), 101(1)(f), 103(1)(a), 112(1),(3)(a), 113(d), 114(1)(b), 115(1),(2),(3), 117, 133.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 229(1)(e).
Immigration Division Rules, SOR/2002-229, r. 47.
Protecting Canada's Immigration System Act, S.C. 2012, c. 17, s. 41(1).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 November 2000, 2241 U.N.T.S. 507, Arts. 1, 2, 3, 5, 6.
United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 November 2000, 2225 U.N.T.S. 209, Arts. 3, 34.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Arts. 31, 33.

CASES CITED

FOLLOWED:

B010 v. Canada (Citizenship and Immigration), 2013 FCA 87, 359 D.L.R. (4th) 730, leave to appeal to S.C.C. refused, [2013] 3 S.C.R. vi.

APPLIED:

Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 1 F.C. 266 (T.D.), affd 2000 CanLII 16485, 266 N.R. 355 (F.C.A.).

CONSIDERED:

B072 v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 899, 13 Imm. L.R. (4th) 281; *R. v. Appulonappa*, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666, revd 2014 BCCA 163, 25 Imm. L.R. (4th) 1; *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Aliens and Nationality, 8 U.S.C. § 1324(a)(2)(A).
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. 6, 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1, 57.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(f),(2)(b),(3), 11(1), 25(1), 25.1(1), 25.2(1), 33, 34, 35, 36, 37(1),(2), 38, 39, 40, 41, 42, 42.1, 44(1),(2), 45d, 74d, 97(1), 99(1), 100(2)(a),(b), 101(1)(f), 103(1)(a), 112(1),(3)(a), 113d, 114(1), 115(1),(2),(3), 117, 133.
Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada, L.C. 2012, ch. 17, art. 41(1).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 229(1)(e).
Règles de la Section de l'immigration, DORS/2002-229, règle 47.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209, art. 3, 34.
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 31, 33.
Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000, 2241 R.T.N.U. 507, art. 1, 2, 3, 5, 6.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2013 CAF 87, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2013] 3 R.C.S. vi.

DÉCISION APPLIQUÉE :

Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 1 C.F. 266 (1^{re} inst.), conf. par 2000 CanLII 16485 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

B072 c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 899; *R. v. Appulonappa*, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666, inf. par 2014 BCCA 163, 25 Imm. L.R. (4th) 1; *R. c. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471

237 C.C.C. (3d) 471 (Ont. S.C.J.); *Little Red River Cree Nation #447 v. Laboucan*, 2010 FCA 253; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Berrahma v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [1991] 3 S.C.R. vi; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125; *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248.

REFERRED TO:

B010 v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 569; *S. C. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 FC 491; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, 90 D.L.R. (4th) 289; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274 (C.A.); *Apotex Inc. v. Janssen Pharmaceutica Inc.*, 1997 CanLII 4846, 72 C.P.R. (3d) 179 (F.C.A.); *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73; *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186, [2004] 3 C.T.C. 183; *Somodi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 268, 393 N.R. 395; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, (1996), 140 D.L.R. (4th) 235; *Reference re Marine Transportation Security Regulations (CA)*, 2009 FCA 234, 202 C.R.R. (2d) 156; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Rudolph v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 653 (C.A.); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.); *Sandhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 15526, 258 N.R. 100 (F.C.A.); *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 482; *Erdos v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 419, 345 N.R. 11; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460.

(C.S.J. Ont.); *Little Red River Cree Nation #447 v. Laboucan*, 2010 FCA 253; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Berrahma c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1991] A.C.F. n° 180 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1991] 3 R.C.S. vi; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125; *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248.

DÉCISIONS CITÉES :

B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 569; *S. C. c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CF 491; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.); *Apotex Inc. c. Janssen Pharmaceutica Inc.*, 1997 CanLII 4846 (C.A.F.); *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73; *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186; *Somodi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CAF 268; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Renvoi relatif au Règlement sur la sûreté du transport maritime (CA)*, 2009 CAF 234; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Rudolph c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 653 (C.A.); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.); *Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15526 (C.A.F.); *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 482; *Erdos c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 419; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460.

AUTHORS CITED

Goodwin-Gill, Guy S. “Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention, and Protection” in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, online: <<http://www.unhcr.org/419b79970.pdf>>.

Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Mewett, Alan W. and M. Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

APPEALS from decisions of the Federal Court (2012 FC 1282, [2014] 2 F.C.R. 128; 2012 FC 1417, 45 Admin. L.R. (5th) 267; 2012 FC 1466, [2014] 2 F.C.R. 146) allowing applications for judicial review of decisions by the Immigration and Refugee Board, Immigration Division (*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. X*, 2012 CanLII 93972; *Hernandez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 CanLII 67452) determining that the respondents were inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* for engaging in people smuggling. Appeals allowed.

APPEARANCES

David Cranton for appellant in A-29-13.

Gregory G. George and *Norah Dorcine* for appellant in A-498-12.

Kareena R. Wilding for appellant in A-563-12.

Krassina Kostadinov for respondents in A-29-13.

Raoul Boulakia for respondent in A-498-12.

Ronald Poulton for respondent in A-563-12.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

DOCTRINE CITÉE

Goodwin-Gill, Guy S. « Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention, and Protection » dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson (dir.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*. Cambridge : Cambridge University Press, 2003, en ligne : <<http://www.unhcr.org/419b79970.pdf>>.

Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005.

Mewett, Alan W. et M. Manning. *Criminal Law*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1985.

APPELS des décisions de la Cour fédérale (2012 CF 1282, [2014] 2 R.C.F. 128; 2012 CF 1417, 45 Admin. L.R. (5th) 267; 2012 CF 1466, [2014] 2 R.C.F. 146) d’accueillir les demandes de contrôle judiciaire des décisions de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. X*, 2012 CanLII 93972; *Hernandez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CanLII 67452) par lesquelles les intimés ont été déclarés interdits de territoire conformément à l’alinéa 37(1)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* pour s’être livrés au passage de clandestins. Appels accueillis.

ONT COMPARU

David Cranton pour l’appelant dans le dossier A-29-13.

Gregory G. George et *Norah Dorcine* pour l’appelant dans le dossier A-498-12.

Kareena R. Wilding pour l’appelant dans le dossier A-563-12.

Krassina Kostadinov pour les intimés dans le dossier A-29-13.

Raoul Boulakia pour l’intimé dans le dossier A-498-12.

Ronald Poulton pour l’intimé dans le dossier A-563-12.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l’appelant.

Waldman & Associates, Toronto, for respondents in A-29-13.

Raoul Boulakia, Toronto, for respondent in A-498-12.

Poulton Law Office, Toronto, for respondent in A-563-12.

Waldman & Associates, Toronto, pour les intimés dans le dossier A-29-13.

Raoul Boulakia, Toronto, pour l'intimé dans le dossier A-498-12.

Poulton Law Office, Toronto, pour l'intimé dans le dossier A-563-12.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] MAINVILLE J.A.: These are three appeals by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness which were heard concurrently. These reasons apply to all three appeals, and a copy thereof shall be filed in each appeal docket [*B306 v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1282, [2014] 2 F.C.R. 128; *Hernandez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1417, 45 Admin. L.R. (5th) 267; *J.P. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1466, [2014] 2 F.C.R. 146].

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : La Cour est saisie de trois appels, interjetés par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, qui ont été instruits conjointement. Les présents motifs s'appliquent aux trois appels et une copie en sera versée dans chaque dossier [*B306 c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1282, [2014] 2 R.C.F. 128; *Hernandez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1417; *J.P. c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1466, [2014] 2 R.C.F. 146].

[2] All three appeals raise substantially the same issues relating to findings of inadmissibility pursuant to paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). Under that paragraph, a foreign national is inadmissible to Canada for “engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling”.

[2] Les trois appels soulèvent essentiellement les mêmes questions, qui ont trait à des conclusions d'interdiction de territoire tirées en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). En vertu de cet alinéa, emporte interdiction de territoire au Canada le fait de « se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins ».

[3] The Minister, relying for this purpose on subsection 117(1) of the IRPA, submits that paragraph 37(1)(b) does not require that the foreign national be engaged in people smuggling for a financial or other material benefit in order to be declared inadmissible to Canada.

[3] Le ministre, s'appuyant à cet égard sur le paragraphe 117(1) de la LIPR, soutient qu'en vertu de l'alinéa 37(1)b), il n'est pas nécessaire que l'étranger se livre au passage de clandestins en vue d'en tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel pour être déclaré interdit de territoire au Canada.

[4] At the time periods pertinent to all three appeals, subsection 117(1) provided that “[n]o person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.” It is useful to note that subsection 117(1) has since been amended and replaced through subsection 41(1) of *Protecting Canada's Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17. It now sets out that “[n]o person shall

[4] Aux époques visées par les trois appels, le paragraphe 117(1) était libellé ainsi : « Comment une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada. » Il est utile de signaler que le paragraphe 117(1) a depuis lors été modifié et remplacé par le paragraphe 41(1) de la *Loi visant à protéger le système d'immigration*

organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons knowing that, or being reckless as to whether, their coming into Canada is or would be in contravention of this Act.” These reasons address the subsection as it read prior to that amendment.

[5] The respondents in all three appeals, relying on paragraph 3(1)(f) of the IRPA, on subparagraph (a) of article 3 of the *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air* [supplementing the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 November 2000, 2241 U.N.T.S. 507] (Smuggling of Migrants Protocol), and on Article 31 of the 1951 *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (Refugee Convention), submit that “people smuggling” requires that the perpetrator carry out the smuggling for a financial or other material benefit in order to be captured by the inadmissibility provision set out in paragraph 37(1)(b) of the IRPA.

[6] The respondents add that if they are wrong in their interpretation of the scope of “people smuggling” under paragraph 37(1)(b), then the effect of that paragraph is to deny a determination of their Refugee Convention refugee claims by the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board of Canada. The respondents submit that such a denial violates their rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter).

[7] The Immigration and Refugee Board of Canada—Immigration Division (Board) has relied on subsection 117(1) of the IRPA to interpret paragraph 37(1)(b). It has consequently consistently found that a foreign national may be excluded under paragraph 37(1)(b) of the IRPA even if he or she did not expect or receive a financial or other material benefit when engaging in people smuggling. However, in various judicial review proceedings, the Federal Court has been sharply divided on the issue,

du Canada, L.C. 2012, ch. 17. Il se lit maintenant comme suit : « Il est interdit à quiconque d’organiser l’entrée au Canada d’une ou de plusieurs personnes ou de les inciter, aider ou encourager à y entrer en sachant que leur entrée est ou serait en contravention avec la présente loi ou en ne se souciant pas de ce fait. » Les présents motifs concernent le libellé du paragraphe avant la modification.

[5] Dans les trois appels, les intimés, s’appuyant sur l’alinéa 3(1)f) de la LIPR, sur l’alinéa a) de l’article 3 du *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer* [additionnel à la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2241 R.T.N.U. 507] (le Protocole sur le trafic de migrants) et sur l’article 31 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* de 1951 [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention sur les réfugiés), soutiennent que la personne qui se livre au « passage de clandestins » doit agir dans le but d’en tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel pour tomber sous le coup de la disposition d’interdiction de territoire qui figure à l’alinéa 37(1)b) de la LIPR.

[6] Les intimés ajoutent que si leur interprétation de la portée du terme « passage de clandestins » à l’alinéa 37(1)b) était erronée, cette disposition aurait pour effet de bloquer l’examen par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada de leur demande d’asile aux termes de la Convention sur les réfugiés. Selon les intimés, ce refus entraîne une violation des droits garantis par l’article 7 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).

[7] La Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission) s’est fondée sur le paragraphe 117(1) de la LIPR pour interpréter l’alinéa 37(1)b). Elle a par conséquent toujours conclu qu’un étranger pouvait être interdit de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR même s’il ne prévoyait pas recevoir ou ne recevait pas un avantage financier ou un autre avantage matériel en se livrant au passage de clandestins. Cependant, dans

with the judges of that Court expressing different and irreconcilable views on a number of related matters, such as the applicable standard of review: see notably *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 569; *B072 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 899, 13 Imm. L.R. (4th) 281; *B306 v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1282, [2014] 2 F.C.R. 128; *Hernandez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1417, 45 Admin. L.R. (5th) 267; *J.P. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1466, [2014] 2 F.C.R. 146; *S. C. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 FC 491.

[8] A panel of our Court has recently dealt with this controversy in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 87, 359 D.L.R. (4th) 730 (*B010* appeal decision). The panel in the *B010* appeal decision found that it was reasonable for the Board to define people smuggling under paragraph 37(1)(b) of the IRPA by relying upon subsection 117(1). The Supreme Court of Canada dismissed the leave to appeal in the *B010* appeal decision on October 3, 2013: [2013] 3 S.C.R. vi.

[9] The *B010* appeal decision did not address the constitutional issues raised by the respondents in all three appeals which are before this Court, including the effect of the recent Supreme Court of British Columbia decision in *R. v. Appulonappa*, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666 (*Appulonappa*), which declared section 117 of the IRPA inconsistent with the provisions of the Constitution and therefore of no force or effect. That decision is currently under appeal before the British Columbia Court of Appeal*. The declaration of constitutional inapplicability made in *Appulonappa* has been suspended pending the outcome of that appeal: unreported order of the Supreme Court of British Columbia dated June 10, 2013 in SCBC file No. 25796.

* Editor's Note: The Supreme Court of British Columbia decision has since been reversed on appeal (2014 BCCA 163 (CanLII), 25 Imm. L.R. (4th) 1)

diverses instances en contrôle judiciaire, la Cour fédérale s'est montrée très divisée sur la question, et ses juges ont exprimé des points de vue différents et irréciliables sur un certain nombre de questions connexes, comme la norme de contrôle applicable; voir notamment *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 569; *B072 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 899; *B306 c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1282, [2014] 2 R.C.F. 128; *Hernandez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1417; *J.P. c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1466, [2014] 2 R.C.F. 146; *S. C. c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CF 491.

[8] Une formation de la Cour s'est récemment penchée sur cette controverse dans l'arrêt *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 87 (l'arrêt *B010*). La formation qui a rendu l'arrêt *B010* a jugé qu'il était raisonnable que la Commission définisse le sens de l'expression « passage de clandestins » qui figure à l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR en s'appuyant sur le paragraphe 117(1). Le 3 octobre 2013, la Cour suprême du Canada a refusé la demande de pourvoi de l'arrêt *B010* ([2013] 3 R.C.S. vi).

[9] Dans l'arrêt *B010*, la Cour n'a pas examiné les questions constitutionnelles soulevées par les intimés dans les trois appels dont la Cour est saisie, notamment les répercussions de la décision récente *R. v. Appulonappa*, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666 (*Appulonappa*), dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a déclaré l'article 117 de la LIPR incompatible avec les dispositions de la Constitution et, par conséquent, nul et sans effet. Cette décision est actuellement en appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique*. La déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions visées dans la décision *Appulonappa* a été suspendue en attendant l'issue de cet appel : ordonnance non publiée de la Cour suprême de la Colombie-Britannique du 10 juin 2013 dans le dossier CSCB n° 25796.

* Note de l'arrêstiste : La décision de la Cour d'appel de la Colombie Britannique a depuis été infirmée (2014 BCCA 163 (CanLII))

[10] In two of the appeals before us, the respondents urge this panel not to follow the *B010* appeal decision. The respondents in all appeals add that even if this panel finds that it is bound by that decision, numerous questions nevertheless remain unanswered and should be dealt with in the appeals before us. These questions may be formulated as follows:

(a) Does the interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA require that the foreign national have the *mens rea* to aid and abet in people smuggling in order to be captured by the inadmissibility provision? And if so, what is that *mens rea* requirement?

(b) If the definition of “people smuggling” under paragraph 37(1)(b) of the IRPA is to be determined with reference to subsection 117(1), is that definition constitutionally overbroad?

(c) Does paragraph 37(1)(b) of the IRPA engage section 7 of the Charter by precluding a refugee determination hearing for the foreign national captured by this inadmissibility provision?

(d) In the case of the respondent B306, did the Board err (i) by refusing to consider that his assistance to the people smuggling operation was the result of necessity or duress, or (ii) by failing to consider the findings of another Board member reached with respect to his release from detention?

THE LEGISLATIVE FRAMEWORK

[11] Pertinent provisions of the IRPA, of the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* [15 November 2000, 2225 U.N.T.S. 209] (Transnational Organized Crime Convention), of the Smuggling of Migrants Protocol and of the Refugee Convention are reproduced in a schedule to these reasons.

[10] Dans deux des appels dont nous sommes saisis, les intimés exhortent la Cour à ne pas suivre l’arrêt *B010*. Dans tous les appels, les intimés ajoutent que même si la Cour estime qu’elle est liée par cette décision, de nombreuses questions demeurent néanmoins sans réponse et devraient être examinées lors des présents appels. Ces questions peuvent être formulées comme suit :

a) L’interprétation de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR exige-t-elle que l’étranger ait l’intention (la *mens rea*) d’aider et d’encourager le passage de clandestins pour qu’il soit visé par la disposition d’interdiction de territoire? Dans l’affirmative, en quoi exactement consiste cette exigence relative à la *mens rea*?

b) S’il faut définir le terme « passage de clandestins » à l’alinéa 37(1)b) de la LIPR en tenant compte du paragraphe 117(1), cette définition a-t-elle une portée trop large sur le plan constitutionnel?

c) L’alinéa 37(1)b) de la LIPR, en empêchant la tenue d’une audience sur une demande d’asile de l’étranger tombant sous le coup de cette disposition d’interdiction de territoire, déclenche-t-il l’application de l’article 7 de la Charte?

d) Dans le cas de l’intimé B306, la Commission a-t-elle commis une erreur i) en refusant d’examiner la possibilité que son aide à l’opération de passage de clandestins puisse résulter de la nécessité ou de la contrainte, ii) en omettant de tenir compte des conclusions d’un autre commissaire en ce qui concerne sa mise en liberté?

LE CADRE LÉGAL

[11] Les dispositions pertinentes de la LIPR, de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* [15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209] (la Convention sur la criminalité transnationale organisée), du Protocole sur le trafic de migrants et de la Convention sur les réfugiés sont reproduites en annexe des présents motifs.

[12] The general framework of these instruments, as they pertain to the issues raised in these appeals, may be briefly set out as follows.

[13] The most fundamental principle of immigration law is that foreign nationals have no unqualified right to enter into or to remain in Canada: *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 733; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 46.

[14] Parliament may thus regulate and control the entry of foreigners into Canada, and has done so principally through the IRPA. A foreign national seeking to enter and remain in Canada is therefore required to apply from abroad to a Canadian officer for a visa or for any other document required by the regulations to ascertain whether he is not inadmissible and meets the requirements of the legislation: IRPA, subsection 11(1).

[15] Certain individuals are inadmissible to Canada under the terms of the IRPA. These include, but are not limited to, those individuals for which there are serious grounds to believe that they:

- (i) are a threat to security: IRPA, section 34;
- (ii) have committed crimes against humanity, war crimes or other international rights violations: IRPA, section 35;
- (iii) have committed a serious crime in Canada or abroad: IRPA, section 36;
- (iv) have engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert: IRPA, paragraph 37(1)(a);
- (v) have engaged, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling,

[12] Le cadre général de ces instruments, en ce qui touche aux questions soulevées dans les présents appels, peut être brièvement résumé comme suit.

[13] Le principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au Canada ou d'y demeurer : *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 733; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 46.

[14] Le législateur peut donc encadrer et restreindre l'entrée d'étrangers au Canada et il l'a fait principalement au moyen de la LIPR. L'étranger qui cherche à entrer au Canada et à y demeurer est donc tenu de s'adresser à un fonctionnaire canadien dans un autre pays pour obtenir un visa ou tout autre document exigé par les règlements pour qu'on puisse vérifier s'il n'est pas interdit de territoire et s'il se conforme à la loi : LIPR, paragraphe 11(1).

[15] En vertu des dispositions de la LIPR, certaines personnes sont interdites de territoire au Canada. Il s'agit notamment de personnes à l'égard desquelles il existe des motifs raisonnables de croire qu'elles sont visées par l'une des situations suivantes :

- i) elles constituent un danger pour la sécurité du Canada : LIPR, article 34;
- ii) elles ont commis des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre ou d'autres violations des droits internationaux : LIPR, article 35;
- iii) elles ont commis un crime grave au Canada ou à l'étranger : LIPR, article 36;
- iv) elles se sont livrées à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert : LIPR, alinéa 37(1)a);
- v) elles se sont livrées, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de

trafficking in persons or money laundering: IRPA paragraph 37(1)(b);

(vi) have a health condition that is likely to be a danger to public health or safety, or which might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services: IRPA, section 38;

(vii) are unable or unwilling to support themselves or their dependents and for which no adequate arrangements for care and support have been made: IRPA, section 39;

(viii) have misrepresented or withheld material facts or failed to comply with the IRPA: IRPA, section 40 and section 41; or

(ix) are accompanying a family member that is inadmissible: IRPA, section 42.

[16] Notwithstanding these provisions, the responsible Minister may, in certain circumstances, waive the inadmissibility and grant permanent resident status to a foreign national if he is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations or by public policy considerations: IRPA, subsections 25(1), 25.1(1) and 25.2(1).

[17] Canada is also a signatory to the Refugee Convention. That instrument was developed as a response by the international community to the horrors of the Second World War and the atrocities committed during that conflict. Articles 31 and 33 of the Refugee Convention are relevant for the purposes of these appeals:

(a) Article 31 provides that no penalties are to be imposed on refugees who “coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of Article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.”

clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité : LIPR, alinéa 37(1)b);

vi) elles ont un état de santé constituant vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité publiques ou risquant d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé : LIPR, article 38;

vii) elles ne peuvent pas ou ne veulent pas subvenir à leurs propres besoins et à ceux des personnes à leur charge, et aucune disposition n’a été prise pour couvrir leurs besoins et ceux de leurs personnes à charge : LIPR, article 39;

viii) elles ont fait une présentation erronée sur un fait important, ou ont fait preuve de réticence sur ce fait, ou n’ont pas respecté les dispositions de la LIPR : LIPR, articles 40 et 41;

ix) elles accompagnent un membre de la famille qui est interdit de territoire : LIPR, article 42.

[16] Malgré ces dispositions, le ministre responsable peut, dans certaines circonstances, lever l’interdiction de territoire et accorder le statut de résident permanent à l’étranger s’il estime que cette mesure serait justifiée pour des considérations d’ordre humanitaire ou d’intérêt public : LIPR, paragraphes 25(1), 25.1(1) et 25.2(1).

[17] Le Canada est aussi signataire de la Convention sur les réfugiés. Cet instrument a été adopté par la communauté internationale en réaction aux horreurs de la Seconde Guerre mondiale et aux atrocités commises pendant ce conflit. Les articles 31 et 33 de la Convention sur les réfugiés sont pertinents pour les présents appels :

a) L’article 31 prévoit qu’aucune sanction pénale ne doit être imposée « aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l’article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu’ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières ».

(b) Article 33 sets out the principle of *non-refoulement*. It specifies that a refugee is not to be expelled or returned “to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.” However, the benefit of *non-refoulement* may not be claimed “by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.”

[18] Parliament has implemented Article 31 through the provisions of the IRPA. As a result, a distinction has been made between foreign nationals who seek to enter and remain in Canada in the normal course of the application of the IRPA and those foreign nationals claiming Refugee Convention protection in Canada. While a foreign national who wishes to enter and remain in Canada must normally apply from abroad for the appropriate documents, in the case of a foreign national claiming Refugee Convention protection, the protection claim may be made in Canada: IRPA, subsection 99(1). In the event the foreign national entered Canada without proper documents or with forged documents, he may not be charged with related offences while his Refugee Convention refugee claim is still pending or if refugee protection is eventually conferred to him: IRPA, section 133.

[19] Parliament has also implemented Article 33, and added additional protections for refugees, through subsection 115(1) of the IRPA. That subsection provides that a Refugee Convention refugee may not be removed from Canada to a country where he or she would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual punishment.

b) L'article 33 énonce le principe du non-refoulement. Il dispose ce qui suit : « Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. » Cependant, le bénéfice du principe du non-refoulement ne pourra pas être invoqué par « un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ».

[18] Le législateur a mis en œuvre l'article 31 au moyen de la LIPR. Par conséquent, une distinction a été établie entre, d'une part, les étrangers qui cherchent à entrer au Canada et à y demeurer en vertu de l'application normale de la LIPR et, d'autre part, les étrangers qui demandent l'asile au Canada en vertu de la Convention sur les réfugiés. Alors que l'étranger qui souhaite entrer au Canada et y demeurer doit habituellement demander les documents pertinents à partir d'un autre pays, dans le cas de l'étranger qui demande l'asile en vertu de la Convention sur les réfugiés, la procédure peut se faire au Canada : LIPR, paragraphe 99(1). L'étranger qui est entré au Canada sans les documents pertinents ou muni de documents contrefaits ne peut être accusé d'infractions connexes tant qu'il n'est pas statué sur sa demande d'asile fondée sur la Convention sur les réfugiés ou une fois que l'asile lui est conféré : LIPR, article 133.

[19] Le Parlement a aussi mis en œuvre l'article 33 de même que des mesures de protection supplémentaires s'appliquant aux réfugiés en adoptant le paragraphe 115(1) de la LIPR. Selon cette dernière disposition, un réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés ne peut être renvoyé dans un pays où il risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture, ou des traitements ou peines cruels et inusités.

[20] That being said, the Refugee Convention provisions of the IRPA do not extend to certain categories of foreign nationals who assert a refugee claim in Canada and who are contemplated by certain (but not all) of the inadmissibility provisions described above. Specifically, the determination of a foreign national's refugee claim is suspended where the foreign national is deemed to be inadmissible to Canada on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality, or organized criminality (which includes engaging in people smuggling in the context of transnational crime): IRPA, paragraphs 100(2)(a) and 103(1)(a). If the inadmissibility of the foreign national is determined by the Immigration Division of the Board on one or another of these grounds, then the foreign national is ineligible to have his Refugee Convention refugee claim determined by the Refugee Division of the Board: IRPA, paragraph 101(1)(f).

[21] Save exception, the inadmissibility determination does not necessarily entail that the concerned foreign national will be removed from Canada to a jurisdiction where he would personally be subject to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture or to a risk to his life or of cruel and unusual treatment or punishment, which I shall refer herein as "deportation to torture". Indeed, in circumstances of a potential deportation to torture, the inadmissible foreign national may still seek the protection of Canada not as a Convention Refugee, but rather as a person in need of protection: IRPA, subsection 97(1), paragraphs 112(3)(a) and 114(1)(b). However, the mechanisms set out under the IRPA to extend such protection to inadmissible foreign nationals are somewhat discretionary and vary in accordance with the grounds under which the inadmissibility was determined.

[22] In the case of a foreign national found inadmissible to Canada on grounds of organized criminality which, as already noted, includes engaging in people smuggling in the context of transnational crime, the responsible Minister may waive the inadmissibility if he is satisfied that this would not be contrary to the national interest: IRPA, section 42.1 (formerly paragraph 37(2)(a)).

[20] Par contre, les dispositions de la LIPR liées à la Convention sur les réfugiés n'englobent pas certaines catégories d'étrangers qui demandent l'asile au Canada et qui sont visés par certaines (mais pas l'ensemble) des dispositions sur l'interdiction de territoire décrites précédemment. Plus précisément, le traitement de la demande d'asile d'un réfugié est suspendu lorsque l'étranger est réputé interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée (qui comprend le passage de clandestins dans le contexte du crime transnational) : LIPR, alinéas 100(2)a) et 103(1)a). Si la Section de l'immigration de la Commission déclare l'interdiction de territoire pour l'un ou l'autre de ces motifs, la demande d'asile de l'étranger fondée sur la Convention sur les réfugiés devant la Section de la protection des réfugiés de la Commission est irrecevable : LIPR, alinéa 101(1)f).

[21] Sauf exception, il ne découle pas nécessairement de la décision d'interdiction de territoire que l'étranger visé sera renvoyé du Canada vers un pays où il serait personnellement exposé à un danger et à l'égard duquel il existe des motifs sérieux de croire qu'il serait exposé au risque d'être soumis à la torture, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités; je désignerai ce genre de situation par l'expression « expulsion vers la torture ». En fait, dans un cas d'expulsion possible vers la torture, l'étranger interdit de territoire peut quand même demander la protection du Canada non pas en tant que réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés, mais plutôt en tant que personne à protéger : LIPR, paragraphe 97(1), alinéa 112(3)a) et paragraphe 114(1). Cependant, les mécanismes définis dans la LIPR relativement à l'octroi de cette protection aux étrangers interdits de territoire ont un caractère plutôt discrétionnaire et varient selon les motifs de l'interdiction de territoire.

[22] En ce qui concerne l'étranger interdit de territoire au Canada pour criminalité organisée, ce qui, comme il a été déjà mentionné, comprend le passage de clandestins dans le contexte de la criminalité transnationale, le ministre responsable peut annuler l'interdiction de territoire s'il est convaincu que cela ne serait pas contraire à l'intérêt national : LIPR, article 42.1 (autrefois l'alinéa 37(2)a)).

[23] A foreign national found inadmissible on such grounds may also apply for a pre-removal risk assessment: IRPA, paragraph 112(1). However, in such circumstances the risk assessment will be restricted to consideration of the risk of deportation to torture, and it shall also include consideration of whether the application should be refused because of the nature and severity of the acts committed by the foreign national or because of the danger he poses to the security of Canada: IRPA, subparagraph 113(d)(ii). If protection is extended, it does not confer refugee protection, but simply stays the removal order with respect to the country or place in respect of which the concerned foreign national was determined to be in need of protection: IRPA, paragraphs 112(3)(a) and 114(1)(b). In any event, protection may be denied if, in the opinion of the Minister, the foreign national should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of the acts committed or of the danger to the security of Canada: IRPA, paragraph 115(2)(b).

[24] The Smuggling of Migrants Protocol supplements the Transnational Organized Crime Convention which defines a transnational offence, and it must be interpreted together with that Convention. The purpose of the Smuggling of Migrants Protocol, as set out in article 2, is to “prevent and combat the smuggling of migrants, as well as to promote cooperation among States Parties to that end, while protecting the rights of smuggled migrants.” It requires under article 6 that each State Party adopt legislative and other measures to establish as a criminal offence the smuggling of migrants, which is described as an act “committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit”. Article 5 however provides an exemption from prosecution for the migrants who have been the object of the smuggling operations.

[25] Paragraph 4 to article 6 of the Smuggling of Migrants Protocol however states that nothing in that Protocol “shall prevent a State Party from taking measures against a person whose conduct constitutes an offence under its domestic law.” Paragraph 3 to article 34 of the Transnational Organized Crime Convention also provides that “[e]ach State Party may adopt more

[23] L'étranger interdit de territoire pour ces motifs peut aussi demander une évaluation des risques avant renvoi : LIPR, paragraphe 112(1). Cependant, dans ce genre de situation, l'évaluation des risques sera limitée à l'examen du risque d'expulsion vers la torture et prendra aussi en compte la question de savoir si la demande doit être refusée à cause de la nature et de la gravité des actes commis par l'étranger ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada : LIPR, sous-alinéa 113d)(ii). Si la protection est accordée, l'asile n'est pas pour autant octroyé; cette protection suspend simplement l'ordonnance de renvoi vers le pays ou le lieu à l'égard duquel il a été établi que l'étranger avait besoin de protection : LIPR, alinéa 112(3)a) et paragraphe 114(1). Quoi qu'il en soit, la protection peut être refusée si, de l'avis du ministre, l'étranger ne devrait pas être autorisé à demeurer au Canada en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada : LIPR, alinéa 115(2)b).

[24] Le Protocole sur le trafic de migrants complète la Convention sur la criminalité transnationale organisée, qui définit le terme « infraction de nature transnationale », et il doit être interprété conjointement avec la Convention. L'objet du Protocole sur le trafic de migrants, énoncé à son article 2, est de « prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objet d'un tel trafic ». Selon son article 6 : « Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale » au trafic illicite de migrants, qui est décrit comme un acte commis afin d'en tirer, « directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ». Cependant, aux termes de l'article 5, ne sont pas passibles de poursuites pénales les migrants qui ont été l'objet du trafic illicite.

[25] Le paragraphe 4 de l'article 6 du Protocole sur le trafic de migrants précise cependant qu'aucune disposition du Protocole « n'empêche un État Partie de prendre des mesures contre une personne dont les actes constituent, dans son droit interne, une infraction ». Le paragraphe 3 de l'article 34 de la Convention sur la criminalité transnationale organisée prévoit ce qui suit :

strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating transnational organized crime.”

THE DECISIONS BELOW

The cases of J.P. and G.J.

[26] In a blatant people smuggling operation, the MV *Sun Sea* arrived in Canadian waters after a long and secretive voyage from Thailand, carrying aboard 492 Sri Lankan foreign nationals seeking to enter Canada to make refugee protection claims. Among them were J.P. and G.J.

[27] After interviews and investigation, Canada Border Services Agency officials concluded that J.P. had acted as one of the crew members of the MV *Sun Sea* and was thus engaging in people smuggling. As noted above, foreign nationals engaging in people smuggling are inadmissible to Canada pursuant to paragraph 37(1)(b) of the IRPA. Border Services officials also concluded that J.P.’s spouse, G.J., was inadmissible pursuant to section 42 of the IRPA as an accompanying family member of an inadmissible person. A report was consequently prepared pursuant to subsection 44(1) of the IRPA, thus suspending the determination of the refugee claims made by J.P. and G.J. The Minister was of the opinion that the report was well founded, and therefore referred the matter to the Board for an admissibility hearing pursuant to subsection 44(2) of the IRPA.

[28] After holding a hearing and weighing the evidence, the Board concluded that J.P. had knowingly aided the coming into Canada of persons who were not in possession of a visa, passport or other document required by the IRPA, and thus engaged, in the context of a transnational crime, in people smuggling [*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. X*, 2012 CanLII 93972 (I.R.B.)]. The Board thus found J.P. inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(b). It consequently also found G.J. inadmissible as an accompanying family member of an inadmissible person. The Board issued a

« Chaque État Partie peut adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée. »

LES DÉCISIONS DE LA COUR FÉDÉRALE

L’affaire J.P. et G.J.

[26] Dans une opération de passage de clandestins flagrante, le MS *Sun Sea* est arrivé dans les eaux canadiennes après un long et discret voyage à partir de la Thaïlande, avec à son bord 492 citoyens du Sri Lanka qui cherchaient à entrer au Canada pour y déposer des demandes d’asile. Parmi ces personnes se trouvaient J.P. et G.J.

[27] Après avoir mené des entrevues et effectué des enquêtes, les fonctionnaires de l’Agence des services frontaliers du Canada ont conclu que J.P. avait été un des membres de l’équipage du MS *Sun Sea* et que, par conséquent, il s’était livré au passage de clandestins. Comme il a été mentionné précédemment, les étrangers qui se livrent au passage de clandestins sont interdits de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR. Les fonctionnaires de l’Agence ont aussi conclu que l’épouse de J.P., G.J., était interdite de territoire en vertu de l’article 42 de la LIPR en tant que membre de la famille accompagnant une personne interdite de territoire. Un rapport circonstancié a donc été établi en application du paragraphe 44(1) de la LIPR, ce qui a entraîné la suspension du processus d’examen des demandes d’asile déposées par J.P. et G.J. Le ministre était d’avis que le rapport était bien fondé et a donc déféré l’affaire à la Commission pour enquête conformément au paragraphe 44(2) de la LIPR.

[28] Après avoir tenu une audience et évalué la preuve, la Commission a conclu que J.P. avait sciemment aidé des personnes à entrer au Canada alors que celles-ci, contrairement aux exigences de la LIPR, n’étaient pas munies d’un visa, d’un passeport ou d’un autre document et qu’il s’était par conséquent livré au passage de clandestins dans le contexte de la criminalité transnationale [*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. X*, 2012 CanLII 93972 (C.I.S.R.)]. La Commission a donc jugé J.P. interdit de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)b). Elle a par conséquent aussi estimé que G.J. était interdite

deportation order against both of them pursuant to paragraph 45(d) of the IRPA and paragraph 229(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227.

[29] The Board found as a matter of fact that J.P. and his spouse G.J. first left Sri Lanka for Thailand using their personal passports. They spent some time in Thailand until they received word that they could board the ship which would bring them to Canada. They paid \$30 000 each for the voyage to Canada. They did not board the ship at the public docks, but were tendered to somewhere in the ocean where they could not be seen, and they boarded separately one or two days apart.

[30] Some time after they boarded, the MV *Sun Sea's* Thai crew left the ship. This was when J.P. was recruited to help operate the vessel. He originally declined, but shortly thereafter agreed to help. The Board found that his duties included chart plotting, reading GPS [global positioning system] and radar and controlling the ship's wheel. It also found that J.P. was an assistant navigator throughout most of the voyage.

[31] J.P. and G.J. submitted to the Board three grounds under which they should not be found inadmissible to Canada:

-First, because all the individuals aboard the MV *Sun Sea* had made refugee claims at a port of entry in Canada, there was no connection with people smuggling since no clandestine behaviour was at issue.

-Second, the concept of people smuggling set out in paragraph 37(1)(b) of the IRPA must be consistent with the international instruments to which Canada is a party, including the Smuggling of Migrants Protocol which defines the “[s]muggling of migrants” [article 3] with reference to a “financial or other material benefit”.

de territoire en tant que membre de la famille accompagnant une personne interdite de territoire. La Commission a pris une mesure de renvoi contre les deux personnes en application de l’alinéa 45d) de la LIPR et de l’alinéa 229(1)e) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227.

[29] La Commission a tiré les conclusions de fait suivantes : J.P. et sa conjointe G.J. avaient d’abord quitté le Sri Lanka en direction de la Thaïlande munis de leurs propres passeports. Ils ont passé un certain temps en Thaïlande jusqu’à ce qu’ils apprennent qu’ils pourraient monter à bord du navire qui les emmènerait au Canada. Ils ont versé chacun 30 000 \$ pour payer le voyage. Ils ne sont pas montés sur le navire au port, mais en mer, là où ils ne risquaient pas d’être vus, et ils sont montés à bord séparément, à un ou deux jours d’intervalle.

[30] Quelques jours après leur embarquement, l’équipage thaïlandais du MS *Sun Sea* a quitté le navire. C’est à ce moment que J.P. a été recruté pour aider à faire fonctionner le navire. Il a d’abord refusé puis, peu de temps après, il a accepté de le faire. La Commission a estimé que ses tâches comprenaient la navigation, la lecture de données GPS [système mondial de localisation] et radar et la manœuvre du gouvernail. Elle a aussi conclu que J.P. avait été aide-navigateur pendant la plus grande partie du voyage.

[31] J.P. et G.J. ont présenté à la Commission trois raisons pour lesquelles ils ne devaient pas être interdits de territoire au Canada :

- Premièrement, comme toutes les personnes à bord du MS *Sun Sea* ont déposé des demandes d’asile au point d’entrée au Canada, il ne s’agissait pas de passage de clandestins, étant donné qu’aucun comportement à caractère clandestin n’était en cause.

- Deuxièmement, le concept de passage de clandestins exposé à l’alinéa 37(1)b) de la LIPR doit être conforme aux instruments internationaux dont le Canada est partie, y compris le Protocole sur le trafic de migrants, qui définit le « trafic illicite de migrants » [article 3] en renvoyant à « un avantage financier ou autre avantage matériel ».

-Third, paragraph 37(1)(b) is constitutionally overbroad and it violates the principles of fundamental justice and in the process restricts life, liberty or security of the person more than is necessary to accomplish its purpose.

[32] On the first submission, the Board concluded that secret or clandestine behaviour was not necessary to find that someone had engaged in people smuggling. Moreover, the Board did indeed find that even if clandestine activities were required, such activities occurred, in this case, taking into account all of the circumstances, including the stealthy manner in which the MV *Sun Sea* navigated and the secrecy surrounding the voyage. The Board concluded that “although the plan may have been to present themselves to the Canadian authorities, they [the passengers of the MV *Sun Sea*] were circumventing the border requirements and more than likely chose this route because they would not have made it to the Canadian border if they tried to board an airplane where there would be some pre-boarding screening of documents (and in these cases – missing documents)”: Board’s decision, at paragraph 36.

[33] With respect to the second submission, the Board found as a matter of law that people smuggling pursuant to paragraph 37(1)(b) of the IRPA does not require the element of “financial or other material benefit” referred to in the Smuggling of Migrants Protocol. The Board rather based its finding with respect to the scope of people smuggling under paragraph 37(1)(b) with reference to subsection 117(1) of the IRPA as it then read, which defined the offence of human smuggling more broadly than the Smuggling of Migrants Protocol and without any reference to a financial or material benefit. The Board consequently adopted the elements identified by the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471 (*Alzehrani*) with respect to human smuggling under subsection 117(1), as it then read, to identify people smuggling under paragraph 37(1)(b).

- Troisièmement, l’alinéa 37(1)(b) a une portée trop large pour être valide sur le plan constitutionnel et viole les principes de la justice fondamentale; de plus, pour réaliser son objet, il restreint plus qu’il ne le faut le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

[32] En ce qui concerne la première allégation, la Commission a conclu que le secret ou le comportement clandestin n’étaient pas nécessaires pour conclure qu’il y avait passage de clandestins. La Commission a par ailleurs conclu que même si la preuve de l’existence d’activités clandestines avait été nécessaire, il y avait bel et bien eu des activités de cette nature en l’espèce, eu égard à l’ensemble des circonstances, y compris la façon furtive dont le MS *Sun Sea* a navigué et le secret qui a entouré le voyage. La Commission a conclu ceci : « Ainsi, bien que les passagers aient eu l’intention de se présenter devant les autorités canadiennes, ils contournaient les exigences à la frontière. Ils ont probablement choisi ce moyen de transport parce qu’ils ne se seraient jamais rendus à la frontière canadienne s’ils avaient essayé de monter à bord d’un avion, car ils auraient été soumis à une forme quelconque d’examen des documents avant l’embarquement (et, en l’espèce, la plupart des passagers n’avaient pas de documents) » : décision de la Commission, au paragraphe 36.

[33] En ce qui a trait à la deuxième allégation, la Commission a tiré la conclusion de droit qu’il n’est pas nécessaire de démontrer, en ce qui concerne les personnes qui se livrent au passage de clandestins au sens de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR, l’existence d’un « avantage financier ou autre avantage matériel » visé au Protocole sur le trafic de migrants. La Commission a plutôt fondé sa conclusion relative au passage de clandestins visé à l’alinéa 37(1)(b) sur le paragraphe 117(1) de la LIPR, tel qu’il était alors libellé, qui définissait cette infraction de façon plus large que le Protocole sur le trafic de migrants et ne mentionnait pas d’avantage financier ou matériel. La Commission a donc adopté les éléments définis par la Cour supérieure de justice de l’Ontario dans la décision *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471 (*Alzehrani*), en ce qui concerne l’entrée illégale au Canada visée au paragraphe 117(1), tel qu’il était alors libellé, pour cerner le sens du terme « passage de clandestins » à l’alinéa 37(1)(b).

[34] The Board refused to consider the third submission raising constitutional arguments on the ground that the formalities of rule 47 of the *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229, with respect to a notice of constitutional question had not been properly followed.

[35] J.P. and G.J. were granted leave to submit an application for judicial review of the Board's decision, and in a judgment dated December 12, 2012 cited as 2012 FC 1466, [2012] 2 F.C.R. 146 [cited above] Mosley J. allowed their application.

[36] Two issues were raised in the judicial review: (1) Did the Board err in law by declining to consider the third submission on the ground that proper notice had not been given? And (2) did it err in law by failing to interpret "people smuggling" in a manner consistent with the Smuggling of Migrants Protocol?

[37] Mosley J. applied a standard of reasonableness to the first issue. He found that in their submissions before the Board, J.P. and G.J. were not seeking to strike down paragraph 37(1)(b) of the IRPA on constitutional grounds, but rather seeking that this provision be interpreted in a manner consistent with the Constitution and international instruments. He thus concluded that the Board misinterpreted the thrust of the submissions and erred in declining to consider the Charter arguments notwithstanding the lack of notice. He found that this was an unreasonable decision in the sense that it was not justified and was outside the range of appropriate outcomes.

[38] With respect to the second issue, Mosley J. recognized that a controversy existed within the Federal Court as to the applicable standard to review the Board's interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, and that a question had been previously certified on this issue by another judge of the Federal Court. He nevertheless weighed into the controversy by opining

[34] La Commission a refusé d'examiner la troisième allégation qui soulevait des arguments constitutionnels pour le motif que les exigences prévues à la règle 47 des *Règles de la Section de l'immigration*, DORS/2002-229, relatives à un avis de question constitutionnelle n'avaient pas été correctement suivies.

[35] J.P. et G.J. ont obtenu l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission et, dans un jugement rendu le 12 décembre 2012, dont la référence est 2012 CF 1466, [2012] 2 R.C.F. 146 [précitée], le juge Mosley a accueilli leur demande.

[36] Deux questions ont été soulevées lors de ce contrôle judiciaire : 1) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en refusant d'examiner la troisième allégation au motif que les demandeurs avaient omis de déposer l'avis nécessaire? 2) A-t-elle commis une erreur de droit en n'interprétant pas l'expression « passage de clandestins » conformément au Protocole sur le trafic de migrants?

[37] Le juge Mosley a appliqué la norme de la décision raisonnable à la première question. Il a estimé qu'il ressortait des observations de J.P. et G.J. devant la Commission qu'ils ne cherchaient pas à faire annuler l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR pour des motifs constitutionnels, mais qu'ils souhaitaient plutôt que cette disposition soit interprétée conformément à la Constitution et aux instruments internationaux. Il a donc conclu que la Commission avait mal compris le fondement de leurs observations et qu'elle avait commis une erreur en refusant d'examiner les arguments fondés sur la Charte, malgré l'absence d'avis. Il a estimé qu'il s'agissait d'une décision déraisonnable dans le sens qu'elle n'était pas justifiée et qu'elle ne faisait pas partie des issues possibles acceptables.

[38] En ce qui concerne la seconde question, le juge Mosley a reconnu l'existence d'une controverse au sein de la Cour fédérale en ce qui concerne la norme de contrôle qui doit s'appliquer à l'interprétation par la Commission de l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR et qu'un autre juge de la Cour fédérale avait déjà certifié une question sur ce point. Il s'est néanmoins prononcé (au

(at paragraph 13 of his reasons) that the interpretation of paragraph 37(1)(b) was “a question of law which is beyond the adjudicator’s expertise and a matter of central importance to the legal system requiring the correctness standard.”

[39] He then reviewed the party’s submissions and the contradictory Federal Court decisions respecting the interpretation of paragraph 37(1)(b). He concluded (at paragraph 42 of his reasons) that Canada’s international commitments to both penalize smugglers and to protect those who are being smuggled “may be blurred by an overly expansive interpretation of paragraph 37(1)(b) which encompasses those who did not plan or agree to carry out the scheme and have no prospect of a reward other than a modest improvement in their living conditions enroute.” He added that it was consequently improper for the Board to interpret paragraph 37(1)(b) by strict reliance on the factual elements of the offence set out in subsection 117(1) as it then read.

[40] He then certified the following two questions pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA:

(a) For the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA is it appropriate to define the term “people smuggling” by relying on section 117 of the same statute rather than a definition contained in an international instrument to which Canada is [a] signatory?

(b) Is the interpretation of paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, and in particular of the phrase “people smuggling” therein, reviewable on the standard of correctness or reasonableness?

The case of B306

[41] B306 was also aboard the MV *Sun Sea* and he also submitted a refugee claim when that ship arrived in Canada. A report pursuant to subsection 44(1) of the

paragraphe 13 de ses motifs) en disant qu’à son avis l’interprétation de l’alinéa 37(1)(b) était « une question de droit qui déborde le cadre de l’expertise du décideur et qui revêt une importance capitale pour le système juridique, ce qui commande l’application de la norme de la décision correcte ».

[39] Il a ensuite passé en revue les observations des parties et les décisions contradictoires de la Cour fédérale quant à l’interprétation de l’alinéa 37(1)(b). Il a conclu (au paragraphe 42 de ses motifs) que la ligne de démarcation entre les engagements de pénaliser ceux qui se livrent à la traite de personnes et de prendre des mesures pour protéger ceux qui en sont victimes « risque d’être difficile à tracer si l’on retient une interprétation trop large de l’alinéa 37(1)(b) qui englobe des personnes qui n’ont pas planifié ou accepté d’exécuter le plan ou qui n’espèrent obtenir comme récompense rien de plus qu’une modeste amélioration dans leurs conditions de vie ». Il ajoutait qu’il ne convenait donc pas que la Commission interprète l’alinéa 37(1)(b) en s’appuyant rigoureusement sur les éléments factuels de l’infraction énoncée au paragraphe 117(1), tel qu’il était alors libellé.

[40] Il a donc certifié les deux questions suivantes en vertu de l’alinéa 74(d) de la LIPR :

a) Aux fins de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR, est-il approprié de définir l’expression « passage de clandestins » sur la base de l’article 117 de ladite loi plutôt que sur la base de la définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire?

b) L’interprétation de l’alinéa 37(1)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et, en particulier, de l’expression « passage de clandestins » est-elle susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte ou selon la norme de la décision raisonnable?

L’affaire B306

[41] B306 se trouvait aussi à bord du MS *Sun Sea* et il a aussi déposé une demande d’asile à l’arrivée de ce navire au Canada. Un rapport circonstancié a également

IRPA was also prepared in his case, thus suspending the determination of his refugee claim. The Minister was of the opinion that the report was well founded, and referred the matter to the Board for an admissibility hearing pursuant to subsection 44(2) of the IRPA.

[42] The Board found that B306 had acted as a cook for the crew of the MV *Sun Sea* and also as a lookout to avoid the ship being detected. It notably found that B306's watch-keeping duties helped to prevent the potential interception of the ship as it proceeded to Canada, and that his work aboard the ship meaningfully supported the people smuggling operation.

[43] As was done in the case of J.P., the Board defined the scope of "people smuggling" under paragraph 37(1)(b) of the IRPA with reference to paragraph 117(1) as it then read. As a result, the Board found that B306 had aided and abetted the coming into Canada of the foreign nationals aboard the MV *Sun Sea*.

[44] The Board also rejected B306's submissions raising necessity and duress on its findings that he did not face any sort of impending peril nor was he subject to coercion.

[45] B306 had also served a notice of constitutional question on the Board alleging that it was contrary to section 7 of the Charter for a refugee claimant to be barred from having a refugee protection hearing based on an inadmissibility finding under paragraph 37(1)(b) of the IRPA. The Board rejected that submission on the ground that although B306 will likely be found ineligible to make a refugee claim, this did not mean that he would be returned to Sri Lanka since (a) he "has a statutory right to apply for the Pre-Removal Risk Assessment and he cannot be removed from Canada until that process is completed" and (b) he "may also make an application to the Minister under 37(2)(a) [now s. 42.1] of the Act so that an inadmissibility finding under 37(1)(b) would not apply to him": Board's decision, at paragraph 41.

été établi dans son cas conformément au paragraphe 44(1) de la LIPR, ce qui a suspendu l'examen de sa demande d'asile. Le ministre, qui était d'avis que le rapport était bien fondé, a déferé l'affaire à la Commission pour enquête en application du paragraphe 44(2) de la LIPR.

[42] La Commission a conclu que B306 avait été cuisinier pour l'équipage du MS *Sun Sea* et qu'il avait aussi exercé des fonctions de vigie de façon à éviter que la présence du navire soit décelée. Elle a notamment estimé que les tâches de vigie de B306 avaient aidé à prévenir l'interception éventuelle du navire au fur et à mesure qu'il s'approchait du Canada et que cette tâche à bord du navire avait joué un rôle important dans l'opération de passage de clandestins.

[43] Comme elle l'avait fait dans le cas de J.P., la Commission a défini la portée du terme « passage de clandestins » figurant à l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR en tenant compte du paragraphe 117(1), tel qu'il était alors libellé. Par conséquent, la Commission a conclu que B306 avait aidé et encouragé l'entrée au Canada des étrangers qui se trouvaient à bord du MS *Sun Sea*.

[44] La Commission a aussi rejeté les observations de B306 fondées sur la nécessité et la contrainte et a conclu qu'il n'avait pas été exposé à un risque imminent et qu'il n'avait pas fait l'objet d'une contrainte.

[45] B306 avait aussi signifié un avis de question constitutionnelle à la Commission dans lequel il alléguait qu'il était contraire à l'article 7 de la Charte d'empêcher un demandeur d'asile d'obtenir une audience par suite d'une conclusion d'interdiction de territoire en vertu de l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR. La Commission a rejeté cet argument au motif que, quoique la demande d'asile de B306 serait probablement jugée irrecevable, cela ne signifiait pas qu'il serait renvoyé au Sri Lanka étant donné qu'il a « a le droit, prévu par la loi, de demander un examen des risques avant renvoi, et [qu']il ne peut être renvoyé du Canada jusqu'à ce que ce processus soit terminé » et b) qu'il « peut également présenter une demande au ministre au titre de l'alinéa 37(2)(a) [maintenant l'article 42.1] de la LIPR, de sorte que la conclusion d'interdiction de territoire au titre de l'alinéa 37(1)(b) ne s'appliquerait pas à lui » : décision de la Commission, au paragraphe 41.

[46] The Board consequently found B306 inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(b) of the IRPA and issued a deportation order against him.

[47] B306 was also granted leave to submit an application for judicial review of the Board's decision, and in a judgment dated November 9, 2012 cited as 2012 FC 1282, [2014] 2 F.C.R. 128 [cited above] Gagné J. allowed his application.

[48] With respect to the applicable standard of review, Gagné J. found that she was bound by the prior decision of Noël J. in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 569 [cited above] who had applied a reasonableness standard in reviewing the Board's interpretation of paragraph 37(1)(b). Applying that standard to the case of B306, she found that the Board had reached an unreasonable conclusion.

[49] Gagné J. criticized the Board's findings of fact as "not informed by the context of complete dependency, vulnerability and power imbalance in which the applicant found himself during the three-month journey to Canada": reasons, at paragraph 34. She then substituted her own assessment of the evidence to that of the Board. This allowed her to conclude as follows, at paragraph 37 of her reasons:

However, in order to establish *mens rea* the [Board] had to turn its mind to the reasons for which the applicant sought to help the smugglers and it erred in law by failing to do so. In other words, the applicant aided the smugglers in exchange for food; he did not aid the coming into Canada of "one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by [the] Act." Nor did he induce or abet such actions. A distinction should be made between the offence of people smuggling contemplated in section 117 of the IRPA and the offence of conspiring with, being accomplice to, or being an accessory after the fact of the smugglers as contemplated in section 131 of the IRPA (reference is made to its French version). Paragraph 37(1)(b) refers to people smuggling, it does not refer to complicity or conspiracy.

[46] La Commission a donc jugé que B306 était interdit de territoire en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR et a pris une mesure de renvoi contre lui.

[47] B306 a aussi obtenu le droit de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission et, dans un jugement rendu le 9 novembre 2012, référence 2012 CF 1282, [2014] 2 R.C.F. 128 [précité], la juge Gagné a accueilli sa demande.

[48] En ce qui concerne la norme de contrôle applicable, la juge Gagné a estimé qu'elle était liée par la décision antérieure du juge Noël dans *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 569 [précitée], qui avait appliqué la norme de la décision raisonnable pour contrôler l'interprétation faite par la Commission de l'alinéa 37(1)b). Appliquant cette norme à la situation de B306, elle a conclu que la Commission avait tiré une conclusion déraisonnable.

[49] La juge Gagné a estimé que l'analyse des faits par la Commission « ne tenait pas compte du contexte de dépendance et de vulnérabilité complètes et d'inégalité des forces en présence dans lequel se trouvait le demandeur au cours du voyage de trois mois jusqu'au Canada » (au paragraphe 34). Elle a ensuite substitué sa propre évaluation de la preuve à celle de la Commission, ce qui l'a amenée à conclure ce qui suit, au paragraphe 37 de ses motifs :

Cependant, le tribunal a inféré la *mens rea* de passage de clandestins chez le demandeur du seul fait qu'« [i] a choisi d'aider les passeurs de clandestins alors qu'il savait que ceux-ci transportaient des gens illégalement vers le Canada. » Cependant, afin d'établir la *mens rea*, le tribunal devait s'interroger quant à savoir pour quels motifs le demandeur avait cherché à aider les passeurs, et il a commis une erreur de droit en omettant de le faire. Autrement dit, le demandeur a aidé les passeurs en échange de nourriture; il n'a pas aidé la venue au Canada « d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la [Loi] ». Il n'a pas non plus incité ou encouragé de tels actes. Il y a lieu d'opérer une distinction entre l'infraction de passage de clandestins visée à l'article 117 de la LIPR et l'infraction de complot, de complicité ou de complicité après le fait avec les passeurs visée à l'article 131 de la LIPR (voir version française). L'alinéa 37(1)b) parle de passage de clandestins, mais non de complicité ou de complot.

[50] She then proceeded to certify the following two questions:

(a) For the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, is it appropriate to define the term “people smuggling” by relying on section 117 of the same statute rather than on a definition contained in an international instrument to which Canada is a signatory?

(b) For the application of paragraph 37(1)(b) and section 117 of the IRPA, is there a distinction to be made between aiding and abetting the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by the IRPA, as opposed to aiding and abetting the smugglers while within a vessel and in the course of being smuggled? In other words, in what circumstances would the definition of people smuggling in paragraph 37(1)(b) of the IRPA extend to the offences referred to in section 131 of the IRPA?

The case of Mr. Hernandez

[51] Mr. Hernandez is a Cuban national who had left Cuba for the United States of America (U.S.). While in the U.S., he and two other individuals purchased a 34-foot boat and left Florida for Cuba purportedly to pick up family members. When they arrived in Cuba, the family members of his two friends were present, as well as some of his cousins; however, none of his close family members were there.

[52] In all, 48 Cuban nationals boarded the small vessel and made their way to the U.S. They were apprehended by the U.S. Coast Guard approximately 80 to 100 km from the U.S. coast. Though Mr. Hernandez was a principal organizer of the smuggling operation, he did not participate in it for financial gain.

[53] As a result of these smuggling activities, Mr. Hernandez was convicted in the U.S. of alien smuggling pursuant to [Aliens and Nationality] Title 8 U.S.C. § 1324(a)(2)(A). Because of this conviction, he was subject to deportation from the U.S. He came to Canada, where he made a refugee claim.

[50] Elle a ensuite certifié les deux questions suivantes :

a) Pour l'application de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR, est-il approprié de définir l'expression « passage de clandestins » en s'appuyant sur l'article 117 de la même loi plutôt que sur une définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire?

b) Pour l'application de l'alinéa 37(1)b) et de l'article 117 de la LIPR, y a-t-il une distinction à faire entre aider et encourager l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes qui ne sont pas munies d'un visa, passeport ou autre document exigé par la Loi, par opposition à aider et encourager les passeurs à bord d'un navire en cours de passage clandestin? Autrement dit, dans quelles circonstances la définition de passage de clandestins à l'alinéa 37(1)b) de la LIPR s'étendrait-elle aux infractions visées à l'article 131 de la LIPR?

L'affaire Hernandez

[51] M. Hernandez est un citoyen de Cuba qui avait quitté ce pays pour s'installer aux États-Unis. Pendant qu'il se trouvait aux États-Unis, M. Hernandez et deux personnes ont acheté une embarcation de 34 pieds et ont quitté la Floride en direction de Cuba dans le but déclaré d'aller y chercher des membres de leurs familles. Lorsqu'ils sont arrivés à Cuba, les membres des familles des deux amis se trouvaient sur les lieux de même que certains cousins de M. Hernandez; cependant, aucun des proches parents de ce dernier n'était là.

[52] En tout, 48 citoyens cubains sont montés dans la petite embarcation et ont navigué en direction des États-Unis. Ils ont été arrêtés par la garde côtière des États-Unis à quelque 80 à 100 kilomètres des côtes américaines. Même si M. Hernandez était le principal organisateur de l'opération de passage de clandestins, il n'y avait pas participé dans le but d'obtenir un avantage financier.

[53] Par suite de ces activités de passage de clandestins, M. Hernandez a été déclaré coupable aux États-Unis de trafic illicite d'étrangers en vertu du sous-alinéa 1324(a)(2)(A) du titre 8 du U.S.C. [Aliens and Nationality, 8 U.S.C. § 1324(a)(2)(A)]. En raison de cette déclaration de culpabilité, il risquait l'expulsion des États-Unis. Il est donc venu au Canada, où il a déposé une demande d'asile.

[54] Two reports were prepared under subsection 44(1) of the IRPA. In the first report, Mr. Hernandez was said to be inadmissible to Canada on grounds of serious criminality under paragraph 36(1)(b) of the IRPA for 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. The officer who prepared the report equated Mr. Hernandez's alien smuggling conviction in the United States to the offence of human smuggling under section 117 of the IRPA as it then read.

[55] The second report under subsection 44(1) concluded that Mr. Hernandez was inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(b) of the IRPA for engaging in people smuggling given the facts for which he had been convicted in the United States for alien smuggling.

[56] Both reports were referred by the Minister to the Board.

[57] With respect to the inadmissibility under paragraph 36(1)(b), the Board found, based on the evidence before it, "that the offence of alien smuggling pursuant to Title 8 of the United States Code section 1324(a)(2)(A) is equal in its elements to the Canadian offence of organizing entry into Canada pursuant to subsection 117(1) of IRPA and would constitute an indictable offence punishable under paragraph 117(2)(a)(i) of IRPA to a maximum term of not more than 10 years which is inclusive of the 10 years that are required for a finding under paragraph 36(1)(b)": Board's decision [*Hernandez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 CanLII 67452 (I.R.B.)], at paragraph 25.

[58] The Board accordingly found that there were reasonable grounds to believe that Mr. Hernandez was subject to paragraph 36(1)(b) of the IRPA and

[54] Deux rapports circonstanciés ont été établis à son sujet en application du paragraphe 44(1) de la LIPR. Dans le premier rapport, il était précisé que M. Hernandez était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité au sens de l'alinéa 36(1)b) de la LIPR parce qu'il avait été déclaré coupable à l'extérieur du Canada d'une infraction qui, si elle avait été commise au Canada, aurait constitué une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans. L'agent qui a établi le rapport a assimilé la déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction de trafic illicite d'étrangers prononcée aux États-Unis contre M. Hernandez à une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction d'entrée illégale visée à l'article 117 de la LIPR, tel qu'il était alors libellé.

[55] Le second rapport circonstancié établi en application du paragraphe 44(1) concluait que M. Hernandez était interdit de territoire en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR parce qu'il s'était livré au passage de clandestins eu égard aux faits qui avaient entraîné sa déclaration de culpabilité aux États-Unis à l'égard de l'infraction de trafic illicite d'étrangers.

[56] La ministre a déféré les deux rapports à la Commission.

[57] En ce qui a trait à l'interdiction de territoire en vertu de l'alinéa 36(1)b), la Commission a estimé, sur le fondement de la preuve à sa disposition, que « l'infraction américaine de passage de clandestins aux termes du sous-alinéa 1324(a)(2)(A) du titre 8 du code des États-Unis est équivalente à tous les égards à l'infraction canadienne d'organisation d'entrée illégale au Canada aux termes du paragraphe 117(1) de la LIPR. En outre, elle constituerait une infraction punissable, suivant le sous-alinéa 117(2)a)(i) de la LIPR, d'un emprisonnement maximal de 10 ans, ce qui inclut la peine maximale de 10 ans nécessaire pour conclure qu'une infraction a été perpétrée suivant l'alinéa 36(1)b) » : décision de la Commission [*Hernandez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CanLII 67452 (C.I.S.R.)], au paragraphe 25.

[58] La Commission a donc estimé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que M. Hernandez tombait sous le coup de l'alinéa 36(1)b) de la LIPR et que, par

consequently inadmissible on grounds of serious criminality. It therefore made a deportation order against him on those grounds.

[59] With respect to inadmissibility under paragraph 37(1)(b), the Board followed its unvarying jurisprudence to the effect that section 117 of the IRPA, as it then read, provided an appropriate interpretative guide for defining people smuggling and therefore “does not require the element of ‘financial or other material benefit’ which is found in the Protocol’s definition of smuggling of migrants”: Board’s decision, at paragraph 39.

[60] It also found, based on the definition provided in subsection 117(1), as it then read, that “people smuggling” for the purposes of paragraph 37(1)(b) includes the elements of knowingly organizing, inducing, aiding or abetting the coming into a country of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by that country. It finally noted that the elements which must be proved to sustain a claim of “people smuggling” are the same as those set out in *Alzehrani* for the offence of “human smuggling” under subsection 117(1) as it then read, albeit on a different standard of proof: Board’s decision, at paragraphs 40–42.

[61] Reviewing the facts in light of these findings of law, the Board concluded that there were reasonable grounds to believe Mr. Hernandez was inadmissible under paragraph 37(1)(b) even though there was no evidence that he had engaged in people smuggling for financial gain or material benefit. Consequently, it also made a deportation order against him on that second ground.

[62] Mr. Hernandez was granted leave to submit an application for judicial review of the Board’s decision, and in a judgment dated December 12, 2012 cited as 2012 FC 1417 [cited above], Zinn J. allowed his application.

conséquent, il était interdit de territoire pour grande criminalité. Elle a donc pris une mesure de renvoi contre lui sur ce fondement.

[59] En ce qui concerne l’interdiction de territoire prévue à l’alinéa 37(1)b), la Commission est demeurée fidèle à sa jurisprudence selon laquelle l’article 117 de la LIPR, tel qu’il était alors libellé, fournissait un cadre d’interprétation approprié à la définition du terme « passage de clandestins » et que, par conséquent, « le passage de clandestins n’a pas à être fait “dans le but d’obtenir un avantage financier ou matériel”, comme l’indique la définition dans le Protocole » : décision de la Commission, au paragraphe 39.

[60] Elle a aussi conclu que, selon la définition fournie au paragraphe 117(1), tel qu’il était alors libellé, l’infraction de « passage de clandestins » aux fins de l’application de l’alinéa 37(1)b) comprenait le fait d’organiser sciemment l’entrée dans un pays d’une ou de plusieurs personnes qui n’étaient pas munies du passeport, visa, ou autre document exigé par ce pays, ou de les inciter, aider ou encourager à y entrer. Elle soulignait finalement que les éléments dont il faut démontrer l’existence pour étayer une accusation de « passage de clandestins » sont les mêmes que ceux qui sont exposés dans la décision *Alzehrani* pour l’infraction d’« organisation d’entrée illégale » au sens du paragraphe 117(1), tel qu’il était alors libellé, mais selon une autre norme de preuve : décision de la Commission, aux paragraphes 40 à 42.

[61] Examinant les faits en tenant compte de ces conclusions de droit, la Commission a conclu qu’il existait des motifs raisonnables de croire que M. Hernandez était interdit de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)b), même si rien ne démontrait qu’il s’était livré au passage de clandestins pour obtenir un avantage financier ou autre avantage matériel. Par conséquent, elle a aussi pris une mesure de renvoi contre lui sur ce second fondement.

[62] M. Hernandez a obtenu le droit de déposer une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission et, dans un jugement rendu le 12 décembre 2012, dont la référence est 2012 CF 1417 [précité], le juge Zinn a accueilli sa demande.

[63] Mr. Hernandez did not challenge the Board's inadmissibility finding under paragraph 36(1)(b) of the IRPA in judicial review. His application therefore only concerned the Board's finding of inadmissibility under paragraph 37(1)(b) relating to people smuggling.

[64] Zinn J. recognized that there were conflicting findings within the Federal Court with respect to the applicable standard of review of a Board's decision dealing with paragraph 37(1)(b) of the IRPA. He decided to carry out a full standard of review analysis. That analysis led him to conclude that the correctness standard applied since, in his view, the interpretation of paragraph 37(1)(b) involved matters of criminal law and of international law: reasons, at paragraph 28. He also opined that the question of who is or is not admissible to Canada was a question of central importance to the legal system: reasons, at paragraph 31.

[65] Zinn J. recognized that the crime of human smuggling set out in subsection 117(1) of the IRPA did not require a profit motive. However, applying a correctness standard of review to the interpretation of paragraph 37(1)(b), he found that the paragraph should not be interpreted in light of subsection 117(1), as it then read. In his view, "Canada's international commitments to criminalize the smuggling of migrants ... has no bearing on when it must permit persons to seek Refugee Convention protection or when exceptions to the principle of non-refoulement will be met": reasons, at paragraph 49.

[66] He found that, properly construed, the notion of "people smuggling" under paragraph 37(1)(b) includes a profit element. He reached that conclusion on three grounds: (1) "Parliament used different terms in paragraph 37(1)(b) and section 117—people smuggling versus human smuggling": reasons, at paragraph 59; (2) under the associated words rule of statutory interpretation (*noscitur a sociis*) people smuggling in paragraph 37(1)(a) should be interpreted with the terms

[63] Dans sa demande de contrôle judiciaire, M. Hernandez n'a pas contesté la conclusion d'interdiction de territoire de la Commission fondée sur l'alinéa 36(1)(b) de la LIPR. Sa demande concernait donc uniquement la conclusion d'interdiction de territoire fondée sur l'alinéa 37(1)(b), relativement au passage de clandestins.

[64] Le juge Zinn a reconnu que la Cour fédérale avait tiré des conclusions opposées en ce qui concerne la norme de contrôle applicable à une décision de la Commission fondée sur l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR. Il a donc décidé d'effectuer une analyse complète de la norme de contrôle. Cette analyse l'a amené à conclure que c'est la norme de la décision correcte qui devait s'appliquer étant donné qu'à son avis, l'interprétation de l'alinéa 37(1)(b) touchait à la fois le droit pénal et le droit international : au paragraphe 28 des motifs. Dans ses motifs, il a aussi exprimé l'avis que la question de savoir qui est admissible ou interdit de territoire au Canada est une question d'une importance capitale pour le système juridique : au paragraphe 31 des motifs.

[65] Le juge Zinn a reconnu que le crime de passage de clandestins au sens du paragraphe 117(1) de la LIPR n'exigeait pas la recherche d'un profit. Cependant, appliquant la norme de contrôle de la décision correcte à l'interprétation de l'alinéa 37(1)(b), il a conclu que cet alinéa ne devait pas être interprété à la lumière du paragraphe 117(1), tel qu'il était alors libellé. En effet, à son avis, « [l']engagement international qu'a pris le Canada de criminaliser le trafic illicite de migrants [...] n'a aucune incidence sur la question de savoir quand le Canada doit permettre à des personnes de demander le statut de réfugié au sens de la Convention ou quand les exceptions au principe de non-refoulement sont satisfaites » : au paragraphe 49 des motifs.

[66] Il a conclu que, bien interprétée, la notion de « passage de clandestins » au sens de l'alinéa 37(1)(b) comprend un élément de profit. Sa conclusion reposait sur trois motifs : 1) « le législateur a utilisé des termes différents à l'alinéa 37(1)(b) et à l'article 117 — passage de clandestins et organisation d'entrée illégale au Canada » (au paragraphe 59 des motifs); 2) il faudrait appliquer la règle d'interprétation selon le contexte (*noscitur a sociis*) pour interpréter les expressions

“trafficking in persons” and “money laundering” set out in that paragraph, both of which include a profit motive: reasons, at paragraphs 70 and 71; and (3) the reference to “in the context of transnational crime” in paragraph 37(1)(b) should be understood as a reference to international instruments: reasons, at paragraph 72.

[67] Zinn J. then certified the following two questions:

- a. Is the interpretation of paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, SC 2001, c 27, and in particular the phrase “people smuggling” therein, by the Immigration and Refugee Protection Board, Immigration Division, reviewable on the standard of correctness or reasonableness?
- b. Does the phrase “people smuggling” in paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, SC 2001, c 27, require that it be done by the smuggler in order to obtain, “directly or indirectly, a financial or other material benefit” as is required in the *Protocol Against Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*?

ANALYSIS

The B010 appeal decision

[68] The *B010* appeal decision, released on March 22, 2013, dealt with many of the issues raised by these appeals.

[69] B010 and B072 were also aboard the *MV Sun Sea*, and both submitted refugee claims upon their arrival in Canada. After the Thai crew of the *MV Sun Sea* left, B010 became a crew member responsible for checking engine temperature, water and oil levels. B072 signed the incorporating documents for the corporation that bought the *MV Sun Sea*, cashed checks for the smuggling operation, and assisted in loading food and equipment on the ship. The Board found both B010 and B072 inadmissible to Canada pursuant to paragraph

« passage de clandestins », « trafic de personnes » et « recyclage des produits de la criminalité » qui figurent dans cet alinéa, activités qui comprennent un élément de profit (aux paragraphes 70 et 71 des motifs); 3) l’expression « dans le cadre de la criminalité transnationale » à l’alinéa 37(1)(b) doit être comprise comme un renvoi aux instruments internationaux : au paragraphe 72 des motifs.

[67] Le juge Zinn a ensuite certifié les deux questions suivantes :

- a. L’interprétation de l’alinéa 37(1)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, et plus particulièrement de l’expression « passage de clandestins » figurant dans ledit alinéa, faite par la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié est-elle susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte ou selon la norme de la décision raisonnable?
- b. L’expression « passage de clandestins » figurant à l’alinéa 37(1)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, doit-elle nécessairement être exécutée par le passeur en vue d’en tirer, « directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel », aux termes du *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*?

ANALYSE

L’arrêt B010

[68] L’arrêt *B010*, rendu le 22 mars 2013, a traité bon nombre des questions soulevées dans les présents appels.

[69] B010 et B072 se trouvaient aussi à bord du *MS Sun Sea* et ont tous deux déposé une demande d’asile à leur arrivée au Canada. Après que l’équipage thaïlandais du *MS Sun Sea* eut quitté le navire, B010 s’est joint à l’équipage. Il était chargé de surveiller la température, l’eau et le niveau d’huile des machines. Quant à B072, c’est lui qui avait signé les documents constituant en personne morale la société qui avait acheté le *MS Sun Sea*, il a encaissé des chèques pour l’activité de passage de clandestins et a participé au

37(1)(b) of the IRPA. In the respective judicial review proceedings challenging these findings, Noël J. [2012 FC 569, cited above] and Hughes J. [2012 FC 899, cited above] of the Federal Court both refused to set aside these decisions of the Board. Both certified the following question:

For the purposes of para 37(1)(b) of the IRPA, is it appropriate to define the term “people smuggling” by relying on section 117 of the same statute rather than a definition contained in an international instrument to which Canada is a signatory?

[70] In thoughtful and well-articulated reasons, Dawson J.A. dismissed both appeals concerning B010 and B072 respectively [2013 FCA 87, cited above]. She applied a standard of reasonableness to the Board’s interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA. She also answered the certified question as follows:

Answer: Yes, it is reasonable to define inadmissibility under paragraph 37(1)(b) by relying upon subsection 117(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, which makes it an offence to knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by the Act. To do so is not inconsistent with Canada’s international legal obligations.

It should be noted that the reference to subsection 117(1) in that answer is to the text of the provision as it read prior to the replacement of that subsection brought about by subsection 41(1) of *Protecting Canada’s Immigration System Act*.

[71] The respondents in this case submit that the *B010* appeal decision rests essentially on the standard used to review the Board’s interpretation of paragraph 37(1)(b). The respondents consequently ask that this Court not follow the *B010* appeal decision with respect to the standard of review on the ground that the use of the reasonableness standard is manifestly wrong. They add that by applying a correctness standard of review to the

chargement d’aliments et d’autres équipements sur le navire. La Commission a établi que B010 et B072 étaient interdits de territoire au Canada en vertu de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR. Lors des demandes de contrôle judiciaire dans lesquelles B010 et B072 contestaient ces conclusions, les juges Noël [2012 CF 569, précitée] et Hughes [2012 CF 899, précitée] de la Cour fédérale ont tous deux refusé d’annuler les décisions de la Commission. Les deux juges ont certifié la question suivante :

Pour l’application de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR, est-il approprié de définir l’expression « passage de clandestins » sur le fondement de l’article 117 de ladite loi plutôt que sur la base de la définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire?

[70] Dans des motifs méticuleux et bien structurés, la juge Dawson a rejeté les appels de B010 et de B072 [2013 CAF 87, précité]. Elle a appliqué la norme de la décision raisonnable à l’interprétation qu’avait effectuée la Commission de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR. Elle a aussi répondu de la façon suivante à la question certifiée :

Réponse : Oui, il est raisonnable de définir l’interdiction de territoire prévue à l’alinéa 37(1)(b) en se fondant sur le paragraphe 117(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, selon lequel commet une infraction quiconque sciemment organise l’entrée au Canada d’une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la Loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada. Agir ainsi n’est pas incompatible avec les obligations légales internationales du Canada.

Il convient de souligner que le renvoi au paragraphe 117(1) dans cette réponse porte sur le libellé de cette disposition avant son remplacement par le paragraphe 41(1) de la *Loi visant à protéger le système d’immigration du Canada*.

[71] Les intimés en l’espèce soutiennent que l’arrêt *B010* repose essentiellement sur la norme utilisée pour effectuer le contrôle de l’interprétation qu’avait faite la Commission de l’alinéa 37(1)(b). Les intimés demandent donc à la Cour de ne pas suivre l’arrêt *B010* en ce qui a trait à la norme de contrôle pour le motif que l’utilisation de la norme de la décision raisonnable est manifestement erronée. Ils ajoutent qu’en appliquant la

Board's interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, we would be bound to conclude that the notion of "people smuggling" set out therein must conform to the Smuggling of Migrants Protocol rather than subsection 117(1). As a result, we would also be bound to conclude that a financial or other material benefit is required in order to be found inadmissible to Canada on the ground of people smuggling.

[72] This Court is normally bound by its own previous decisions: *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, at paragraphs 8–10; *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274 (C.A.), at pages 278–282. This principle does not however entail that this Court may never overrule its own decisions; the principle only stands for the proposition that this Court must rarely do so and only for important and valid reasons. This Court may overturn a prior decision in the following circumstances:

(a) when the prior decision is found to be manifestly wrong because it failed to consider a relevant provision of a statute or regulation or it failed to follow a binding precedent from the Supreme Court of Canada: *Apotex Inc. v. Janssen Pharmaceutica Inc.*, 1997 CanLII 4846, 72 C.P.R. (3d) 179 (F.C.A.), at paragraph 2;

(b) when the prior decision has been overtaken by legislative changes or by subsequent decisions of the Supreme Court of Canada such as to justify not following it; or

(c) when there are other serious and compelling reasons to overturn the prior decision, but in this latter case the Court must then engage in a balancing exercise between the two important values of correctness and certainty and ask itself whether it is preferable to adhere to an incorrect precedent to maintain certainty, or to correct the error: *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paragraphs 25–27.

norme de la décision correcte à l'interprétation de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR par la Commission, nous serions tenus de conclure que la notion de « passage de clandestins » qui y est utilisée doit être conforme au Protocole sur le trafic de migrants plutôt qu'au paragraphe 117(1). Par conséquent, nous n'aurions non plus d'autre choix que de conclure qu'un avantage financier ou autre avantage matériel doit être présent pour qu'une personne qui s'est livrée au passage de clandestins soit interdite de territoire au Canada.

[72] La Cour est habituellement liée par ses propres décisions : *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370, aux paragraphes 8 à 10; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.), aux pages 278 à 282. Cependant, il ne découle pas de ce principe que la Cour ne peut jamais rompre avec une de ses propres décisions; aux termes de ce principe, la Cour ne devrait que rarement s'écarter de ses propres décisions et, si elle le fait, uniquement pour des motifs importants et valables. La Cour peut écarter une décision antérieure dans les circonstances suivantes :

a) lorsque la décision antérieure est jugée manifestement erronée parce qu'il n'a pas été tenu compte d'une disposition pertinente d'une loi ou d'un règlement, ou qu'un précédent de la Cour suprême du Canada qui fait autorité n'a pas été respecté : *Apotex Inc. c. Janssen Pharmaceutica Inc.*, 1997 CanLII 4846 (C.A.F.), au paragraphe 2;

b) lorsqu'une décision antérieure est devenue dépassée par suite de modifications légales ou de décisions ultérieures de la Cour suprême du Canada, de sorte qu'il est acceptable de ne pas y donner suite;

c) lorsqu'il existe d'autres raisons graves et impérieuses d'écarter une décision antérieure; cependant, dans ce dernier cas, la Cour doit chercher à trouver un équilibre entre les deux valeurs importantes de la justesse et de la certitude et se demander s'il faut privilégier la certitude et maintenir un précédent erroné ou s'il faut rectifier l'erreur : *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, aux paragraphes 25 à 27.

[73] In this case, I find no compelling reason not to follow the *B010* appeal decision on any of the fundamental issues resolved by that decision.

[74] I recognize that the standard of review of decisions of the Board interpreting subsection 37(1) of the IRPA has been found in past jurisprudence of this Court to be that of correctness: *Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198, at paragraph 15. However, as aptly noted in the *B010* appeal decision, at paragraphs 61–70, the position of the Supreme Court of Canada with respect to the standard of review applicable to decisions of administrative tribunals interpreting their own statutes or statutes closely related to their functions has considerably evolved since *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. Deference is now the rule rather than the exception where administrative tribunals are concerned.

[75] I subscribe to the comments of Dawson J.A. at paragraph 72 of the *B010* appeal decision where she notes that as “aptly illustrated by the Supreme Court’s textual, contextual and purposive analysis in *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, even when the question at issue is the interpretation of a tribunal’s home statute, the range of possible, acceptable outcomes can be narrow.” In many circumstances, there is not much of a practical distinction between applying a standard of review based on reasonableness or on correctness.

[76] I am comforted in this approach by the fact that even if I were to apply a standard of correctness to the Board’s interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, I would reach the same conclusion on the meaning of that provision.

[77] Indeed, I subscribe to this Court’s reasoning in the *B010* appeal decision, at paragraphs 76–80 that nothing in the Transnational Organized Crime Convention or in the Smuggling of Migrants Protocol prohibits

[73] En l’espèce, je ne trouve aucune raison impérieuse de m’écarter de l’arrêt *B010* relativement à l’une quelconque des questions fondamentales tranchées dans cette décision.

[74] Je reconnais que notre Cour a déjà conclu que la norme de contrôle de la décision correcte est celle qui doit être appliquée aux décisions de la Commission qui interprètent le paragraphe 37(1) de la LIPR : *Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198, au paragraphe 15. Cependant, comme il est souligné à bon droit aux paragraphes 61 à 70 de l’arrêt *B010*, la position de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne la norme de contrôle applicable aux décisions de tribunaux administratifs interprétant leurs propres lois constitutives ou des lois liées de près à leur mandat a considérablement évolué depuis l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. La déférence est maintenant la règle plutôt que l’exception lorsqu’il est question des tribunaux administratifs.

[75] Je fais miens les commentaires de la juge Dawson au paragraphe 72 de ses motifs dans l’arrêt *B010*, soit : « Comme l’analyse textuelle, contextuelle et téléologique à laquelle la Cour suprême du Canada s’est livrée dans l’affaire *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, l’illustre fort bien, même lorsque la question en litige porte sur l’interprétation qu’un tribunal administratif fait de sa loi constitutive, les issues possibles acceptables pouvant se justifier peuvent être limitées. » Dans bien des cas, il n’existe pas beaucoup de différences concrètes entre l’application de la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte.

[76] Mon choix relativement à cette approche trouve appui dans le fait que même si j’appliquais la norme de la décision correcte à l’interprétation qu’a effectuée la Commission de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR, je tirerais la même conclusion quant au sens de cette disposition.

[77] En fait, j’adopte le raisonnement de notre Cour aux paragraphes 76 à 80 de l’arrêt *B010* selon lequel aucune disposition de la Convention sur la criminalité transnationale organisée ou du Protocole sur le trafic de

signatories from enacting legislation which makes inadmissible to Canada those who contribute to, but do not profit from, people smuggling. Moreover, I also subscribe to the reasoning set out at paragraphs 81–91 of that decision that although the Refugee Convention places limits on the ability of a signatory State to expel a refugee lawfully in its territory, a finding of inadmissibility under the IRPA is not the equivalent of a removal under the IRPA or *refoulement* under the Refugee Convention.

[78] I also note that to attach a financial component to the concept of people smuggling would lead to unacceptable results. Individuals could engage in people smuggling of dangerous persons such as potential terrorists, but would not as a result be subject to an inadmissibility finding under the IRPA on the ground that they carried out the smuggling activities for ideological reasons rather than for a financial gain. This, in my view, would be clearly contrary to Parliament's intent in adopting paragraph 37(1)(b).

[79] The Board's decision to interpret paragraph 37(1)(b) of the IRPA with reference to subsection 117(1) thereof, as it then read, is not only reasonable, but in my view also the correct interpretation of that provision.

[80] First, that interpretation is entirely consistent with the modern rule of statutory interpretation requiring that a statutory provision be read as a whole with the act of which it is part of, which in this case includes the closely related subsection 117(1), as it then read: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 27.

[81] Second, the Smuggling of Migrants Protocol does not restrict Canada's ability to take measures against persons whose conduct constitutes an offence under its own laws. As a result, the reference to "a financial or other material benefit" in that Protocol does not restrict Canada's ability to adopt a wider definition of people

migrants n'empêche les signataires d'adopter des lois qui interdisent de territoire au Canada les personnes qui favorisent le passage de clandestins sans nécessairement en tirer un profit. De plus, j'appuie aussi le raisonnement suivi aux paragraphes 81 à 91 de cette décision selon lequel même si la Convention sur les réfugiés restreint la capacité d'un État signataire d'expulser un réfugié se trouvant légalement dans son territoire, une conclusion d'interdiction de territoire en vertu de la LIPR n'équivaut pas à un renvoi en vertu de la LIPR ou à un refoulement au sens de la Convention sur les réfugiés.

[78] Je souligne aussi que l'ajout d'une composante financière à la définition du passage de clandestins déboucherait sur des résultats inacceptables. Des personnes pourraient se livrer au passage de personnes dangereuses, comme des terroristes possibles, mais échapper à une conclusion d'interdiction de territoire en vertu de la LIPR parce qu'ils auraient effectué ces activités de passage de clandestins pour des motifs idéologiques plutôt que pour en tirer un avantage financier. Ce genre de situation serait, à mon avis, tout à fait contraire à l'intention du législateur lorsqu'il a adopté l'alinéa 37(1)b).

[79] La décision de la Commission d'interpréter l'alinéa 37(1)b) de la LIPR en lien avec le paragraphe 117(1) de la Loi, tel qu'il était alors libellé, n'est pas seulement raisonnable, mais aussi, à mon avis, correcte.

[80] Premièrement, cette interprétation est tout à fait conforme à la règle moderne d'interprétation légale qui exige qu'une disposition soit interprétée en tenant compte de l'ensemble de la loi dont elle fait partie, ce qui en l'espèce comprend le paragraphe 117(1), tel qu'il était alors libellé, en raison du lien étroit entre les deux dispositions : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 27.

[81] Deuxièmement, le Protocole sur le trafic de migrants ne restreint pas le droit du Canada de prendre des mesures contre les personnes dont les actes constituent une infraction selon ses propres lois. Par conséquent, la mention dans le Protocole d'« un avantage financier ou autre avantage matériel » n'empêche pas le Canada

smuggling which does not refer to a financial or material benefit.

[82] As a final argument, the respondents also allege that Dawson J.A. did not discuss in the *B010* appeal decision a paper dealing with the scope and interpretation of Article 31 of the Refugee Convention, and had she considered that paper, she would have reached a different conclusion. There is no merit to this submission. First, there is no evidence that Dawson J.A. did not consider the material placed before her, and I must assume that she did. Second, I have carefully considered the paper in question, by Guy S. Goodwin-Gill, “Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention, and Protection”, in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson [editors], *Refugee Protection in International Law : UNHCR’s Global Consultations on International Protection* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003); that article does not address in any depth the issue of migrant smuggling, and I have found it to be of marginal pertinence to the issues which were before the Court in the *B010* appeal decision.

[83] In any event, Dawson J.A. properly relied (at paragraph 85 of the *B010* appeal decision) on the work of James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), at pages 412–413, to conclude that Article 31 of the Refugee Convention does not prevent Canada from expelling refugees who illegally enter its territory.

[84] I therefore conclude that this Court is bound by the *B010* appeal decision with respect to the following issues:

(a) That the standard of review of decisions of the Board with respect to the interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA is that of reasonableness;

(b) That the Board acted reasonably by referring to subsection 117(1) of the IRPA, as it then read, to define the concept of “people smuggling” in paragraph 37(1)(b)

d’adopter une définition plus large du transfert de clandestins qui ne renvoie pas à un avantage financier ou matériel.

[82] Enfin, les intimés allèguent aussi que la juge Dawson n’a pas fait mention dans l’arrêt *B010* d’un texte qui traite de la portée et de l’interprétation de l’article 31 de la Convention sur les réfugiés et que, si elle avait tenu compte de ce document, elle aurait tiré une conclusion différente. Cet argument n’est pas fondé. Premièrement, rien ne démontre que la juge Dawson n’ait pas tenu compte des documents qui lui avaient été soumis et je dois supposer qu’elle l’a fait. Deuxièmement, j’ai lu attentivement le document en question, rédigé par Guy S. Goodwin-Gill et intitulé « Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection », dans l’ouvrage d’Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson [directeurs], *Refugee Protection in International Law : UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge : Cambridge University Press, 2003; cet article ne traite pas en profondeur de la question du trafic illicite de migrants et j’estime qu’il était très peu pertinent à l’égard des questions dont la Cour était saisie dans l’arrêt *B010*.

[83] Quoi qu’il en soit, la juge Dawson s’est appuyée à bon droit (au paragraphe 85 de l’arrêt *B010*) sur l’ouvrage de James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2005, aux pages 412 et 413, pour conclure que l’article 31 de la Convention sur les réfugiés n’empêche pas le Canada d’expulser des réfugiés qui entrent illégalement sur son territoire.

[84] Je conclus donc que la Cour est liée par l’arrêt *B010* en ce qui concerne les questions suivantes :

a) la norme de contrôle des décisions de la Commission relatives à l’interprétation de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR est celle de la décision raisonnable;

b) la Commission a agi de façon raisonnable en s’appuyant sur le paragraphe 117(1) de la LIPR, tel qu’il était alors libellé, pour définir le concept de « passage

without the requirement of a financial or material gain or advantage; and

(c) That the Board's interpretation of paragraph 37(1)(b) is not inconsistent with Canada's international obligations under the Refugee Convention, the Transnational Organized Crime Convention or the Smuggling of Migrants Protocol.

The mens rea requirement

[85] The Board found that the essential elements required to conclude that a foreign national is inadmissible on the ground of having been involved in people smuggling are those set out in *Alzehrani*, at paragraph 10. This, again, is a reasonable finding. Indeed, it is the only possible finding once the Board had concluded that paragraph 37(1)(b) must be interpreted with regard to subsection 117(1), as it then read.

[86] As a result, relying on subsection 117(1) as it then read, in order to make an inadmissibility determination with respect to a foreign national pursuant to paragraph 37(1)(b) of the IRPA, the Board had to find that "there are reasonable grounds to believe" (IRPA, section 33) that (i) the smuggled person did not have the required documents to enter Canada or another concerned foreign jurisdiction; (ii) the smuggled person was coming to Canada or to the concerned foreign jurisdiction; (iii) the foreign national was organizing, inducing, aiding or abetting the smuggled person to enter Canada or the concerned foreign jurisdiction; and (iv) the foreign national had knowledge of the lack of required documents.

[87] In this context, evidence of the proper *mens rea* must be established. The Board must have reasonable grounds to believe that the foreign national knew that the smuggled person was entering Canada or a concerned foreign jurisdiction without the required documents, but nevertheless organized, induced, aided or abetted the entry of the person into Canada or the foreign jurisdiction. Thus, the *mens rea* attached to paragraph 37(1)(b) includes both the specific knowledge of the lack of required documents and the more general

de clandestins » à l'alinéa 37(1)b) sans l'exigence d'un gain ou d'un avantage financier ou matériel;

c) l'interprétation qu'a faite la Commission de l'alinéa 37(1)b) n'est pas incompatible avec les obligations internationales du Canada en vertu de la Convention sur les réfugiés, de la Convention sur la criminalité transnationale organisée et du Protocole sur le trafic de migrants.

L'exigence relative à la mens rea

[85] La Commission a estimé que les éléments essentiels requis pour conclure qu'un étranger est interdit de territoire pour avoir participé au passage de clandestins sont ceux qui figurent au paragraphe 10 de la décision *Alzehrani*. Encore une fois, il s'agit d'une conclusion raisonnable. En fait, c'est la seule conclusion possible à partir du moment où la Commission estimait que l'alinéa 37(1)b) devait être interprété en lien avec le paragraphe 117(1), tel qu'il était alors libellé.

[86] Par conséquent, s'appuyant sur le paragraphe 117(1), tel qu'il était alors libellé, afin de conclure à l'interdiction de territoire d'un étranger en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR, la Commission devait estimer qu'il existait des « motifs raisonnables de croire » (LIPR, article 33) que i) le migrant clandestin n'était pas muni des documents requis pour entrer au Canada ou dans un autre pays visé; ii) le migrant clandestin entraît au Canada ou allait au pays visé; iii) l'étranger incitait, aidait ou encourageait le migrant clandestin à entrer au Canada ou dans le pays visé, ou organisait son entrée; iv) l'étranger savait que le migrant clandestin n'était pas muni des documents requis.

[87] Dans ce contexte, il faut démontrer l'existence de la *mens rea*. La Commission doit avoir des motifs raisonnables de croire que l'étranger savait que le migrant clandestin entraît au Canada ou dans le pays visé sans être muni des documents requis et qu'il avait néanmoins incité, aidé ou encouragé cette personne à entrer au Canada ou dans le pays visé ou qu'il avait organisé son entrée. Donc, la *mens rea* rattachée à l'alinéa 37(1)b) inclut à la fois la conscience de l'absence des documents requis et la *mens rea* plus générale, soit que l'étranger

mens rea that the foreign national intended to organize, induce, aid or abet the entry of the smuggled person.

[88] As noted above, in the case of B306, Gagné J. reasoned that the required *mens rea* had not been established since B306's participation in the operation was motivated by a desire to secure food, not to assist in people smuggling. J.P. and G.J. rely on this reasoning to argue that J.P.'s involvement in assisting in the operation of the ship was motivated by a modest improvement in his living conditions aboard the MV *Sun Sea*, and that consequently he did not have the required *mens rea* of assisting in the people smuggling operation. With respect, this line of reasoning confuses the notion of intent with that of motive. It is plainly unsustainable.

[89] In determining liability, subsection 21(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 specifically provides that everyone is a party to an offence who (a) actually commits it; (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or (c) abets any person in committing it.

[90] The *actus reus* of "aiding" is doing (or in certain circumstances omitting to do) something that assists or encourages a perpetrator to commit an offence. However, the *actus reus* is not sufficient alone; the individual must have rendered assistance for "the purpose of aiding any person to commit" a crime (*Criminal Code*, paragraph 21(1)(b)). That *mens rea* requirement in the word "purpose" has two components, intent and knowledge: *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at paragraph 16.

[91] Unless Parliament has specifically included motive as part of the elements of an offence, the required *mens rea* of aiding any person to commit an offense concerns the intent to assist in the commission of the offence, and that intent has very little or nothing to do with the motive for providing the assistance: see the discussion in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973,

avait l'intention d'inciter, d'aider ou d'encourager le migrant clandestin à entrer au Canada ou d'organiser son entrée.

[88] Comme il a été souligné précédemment, en ce qui concerne B306, la juge Gagné a estimé que la présence de la *mens rea* requise n'avait pas été démontrée étant donné que la participation de B306 à l'activité en question était motivée par le désir d'obtenir de la nourriture et non de participer à une activité de passage de clandestins. J.P. et G.J. s'appuient sur ce raisonnement pour soutenir que J.P. avait participé à la bonne marche du navire simplement pour obtenir une amélioration modeste de ses conditions de vie à bord du MS *Sun Sea* et que, par conséquent, l'intention d'aider le passage de clandestins était absente. J'estime, avec égards, que ce raisonnement entraîne une confusion entre la notion d'intention et celle de motivation. Ce raisonnement est clairement indéfendable.

[89] Dans le but d'établir une responsabilité criminelle, le paragraphe 21(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit explicitement que participe à une infraction quiconque a) la commet réellement; b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre; c) encourage quelqu'un à la commettre.

[90] L'*actus reus* d'« aider » consiste à faire (ou dans certaines circonstances à omettre de faire) quelque chose qui aide ou encourage une personne à commettre une infraction. Cependant, l'*actus reus* à lui seul ne suffit pas; il faut que l'action ou l'omission soit « en vue d'aider quelqu'un à [...] commettre » une infraction (*Code criminel*, alinéa 21(1)b)). L'exigence de la *mens rea* qui ressort de l'expression « en vue de » a deux composantes, soit l'intention et la connaissance : *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, au paragraphe 16.

[91] Sauf si le législateur a expressément incorporé la motivation aux éléments d'une infraction, l'exigence de la *mens rea* en ce qui concerne l'aide apportée à une personne qui commet une infraction concerne l'intention d'aider dans la perpétration de l'infraction et cette intention a très peu ou même rien à voir avec la motivation à l'origine de l'aide qui est fournie : voir la discussion à

at paragraphs 23–39. The perverse consequences of confusing motive with intent are well illustrated by the following hypothetical situation described by A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985), at page 112 and referred to by the Supreme Court of Canada in both *R. v. Hibbert*, above, at paragraph 32 and in *R. v. Briscoe*, above, at paragraph 16:

If a man is approached by a friend who tells him that he is going to rob a bank and would like to use his car as the getaway vehicle for which he will pay him \$100, when that person is ... charged under s. 21 for doing something for the purpose of aiding his friend to commit the offence, can he say “My purpose was not to aid the robbery but to make \$100?” His argument would be that while he knew that he was helping the robbery, his desire was to obtain \$100 and he did not care one way or the other whether the robbery was successful or not.

[92] For the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, the required *mens rea* was established in these cases when the Board had reasonable grounds to believe that the respondents in each of these appeals knew that the smuggled persons did not have the required documents but nevertheless agreed to organize, induce, aid or abet those persons entry into Canada or into a concerned foreign jurisdiction. The motive for doing so, whether ideological, financial, or material, has no bearing in this analysis.

[93] In the case of B306, the Board found, as a matter of fact, that “[h]e chose to help the people smugglers, who he knew were illegally transporting people to Canada”: Board’s reasons, at paragraph 26. In the case of J.P., the Board found that he knowingly aided the coming into Canada of persons who were not in possession of a visa, passport or other documents required by IRPA. In the case of Mr. Hernandez, it is not disputed that he knew that the persons he was aiding to enter the U.S. did not have proper documents. These findings were sufficient in each of these cases to establish the *mens rea* requirement of paragraph 37(1)(b) irrespective of the motive for which each respondent acted.

ce sujet dans *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, aux paragraphes 23 à 39. Les conséquences indésirables de la confusion quant à la motivation et l’intention sont bien illustrées par la situation hypothétique suivante décrite par A. W. Mewett et M. Manning, à la page 112 de l’ouvrage *Criminal Law*, 2^e éd., Toronto : Butterworths, 1985, et citée par la Cour suprême du Canada à la fois dans l’arrêt *R. c. Hibbert*, précité, au paragraphe 32; et dans l’arrêt *R. c. Briscoe*, précité, au paragraphe 16 :

[TRADUCTION] Un homme se fait dire par un ami qu’il va dévaliser une banque, qu’il aimerait utiliser sa voiture pour s’enfuir et qu’il lui versera 100 \$ en échange de ce service. Lorsqu’il est [...] accusé, en vertu de l’art. 21, d’avoir accompli quelque chose en vue d’aider son ami à commettre l’infraction, cet homme peut-il dire « Mon but était non pas d’aider à commettre le vol, mais de gagner 100 \$ »? Il soutiendrait que, même s’il savait qu’il aidait à commettre le vol, son désir était d’obtenir les 100 \$ et il lui était parfaitement égal que le vol réussisse ou non.

[92] Aux fins de l’application de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR, l’exigence relative à la *mens rea* a été établie dans ces affaires lorsque la Commission avait des motifs raisonnables de croire que les intimés dans chacun de ces appels savaient que les migrants clandestins ne disposaient pas des documents requis, mais qu’ils avaient néanmoins accepté d’inciter, d’aider ou d’encourager ces personnes à entrer au Canada ou dans le pays visé ou d’organiser leur entrée. La motivation derrière ces actions, qu’elle soit idéologique, financière ou matérielle, n’a aucune place dans cette analyse.

[93] Dans le cas de B306, la Commission a tiré la conclusion de fait qu’il « a choisi d’aider les passeurs de clandestins alors qu’il savait que ceux-ci transportaient des gens illégalement vers le Canada » : paragraphe 26 des motifs de la Commission. En ce qui concerne J.P., la Commission a conclu qu’il avait sciemment aidé l’entrée au Canada de personnes qui ne possédaient pas les documents requis par la LIPR, notamment un visa ou un passeport. Enfin, en ce qui a trait à M. Hernandez, les parties reconnaissent que les personnes qu’il aidait à entrer aux États-Unis n’étaient pas munies des documents nécessaires. Ces conclusions ont été suffisantes dans chacune de ces affaires pour satisfaire à l’exigence relative à la *mens rea* de l’alinéa 37(1)b), peu importe les motivations de chacun des intimés.

The Minister's objection to the constitutional issues being dealt with by this Court

[94] In the *B010* appeal decision, Dawson J.A. did not consider the issue of whether the interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA retained by the Board and based on paragraph 117(1), as it then read, was consistent with section 7 of the Charter. Nor did she consider the impact of the *Appulonappa* decision which declared section 117 of IRPA, as it then read, constitutionally overbroad and consequently of no force or effect.

[95] The respondents submit that section 7 of the Charter guarantees them a hearing by the Refugee Division of the Board to determine their Refugee Convention refugee claims, and that paragraph 37(1)(b) breaches that Charter provision in that its effect is to deny them such a hearing if they are found to be inadmissible to Canada: IRPA, paragraph 101(1)(f). The respondents also submit that in light of *Appulonappa*, the Board's interpretation of paragraph 37(1)(b) is constitutionally overbroad. Consequently, the respondents ask that this Court strike down paragraph 37(1)(b) on constitutional grounds which were not considered in the *B010* appeal decision.

[96] A litigant who seeks to challenge the constitutional validity, applicability or operability of a legislative provision before a federal board, the Federal Court or this Court must complete a notice of constitutional question for the provision to be judged invalid, inapplicable or inoperative: *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, section 57.

[97] In these appeals, the respondents completed such notices in this Court prior to the appeal hearings, and all of these notices allege both that paragraph 37(1)(b) is constitutionally overbroad and that its effect is contrary to section 7 of the Charter. However, the appellant Minister submits that the respondents should have also completed notices of constitutional question when they were before the Board, and that he is prejudiced as a

L'opposition du ministre à l'examen des questions constitutionnelles par notre Cour

[94] Dans l'arrêt *B010*, la juge Dawson n'a pas examiné la question de savoir si l'interprétation de l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR retenue par la Commission et fondée sur le paragraphe 117(1), tel qu'il était alors libellé, était conforme à l'article 7 de la Charte. Elle n'a pas non plus tenu compte de la décision *Appulonappa*, dans laquelle il a été déclaré que l'article 117 de la LIPR, tel qu'il était alors libellé, était trop large pour être valide sur le plan constitutionnel et qu'il était, par conséquent, nul et sans effet.

[95] Les intimés soutiennent que l'article 7 de la Charte garantit le droit à une audience devant la Section de la protection des réfugiés de la Commission afin que soient examinées leurs demandes d'asile en vertu de la Convention sur les réfugiés et que l'alinéa 37(1)(b) viole cette disposition de la Charte parce qu'il a pour effet de leur refuser une telle audience s'ils sont jugés interdits de territoire au Canada : LIPR, alinéa 101(1)(f). Les intimés allèguent aussi qu'eu égard à la décision *Appulonappa*, l'interprétation qu'a faite la Commission de l'alinéa 37(1)(b) était trop large pour être valide sur le plan constitutionnel. Par conséquent, les intimés demandent à la Cour d'invalider l'alinéa 37(1)(b) pour des motifs constitutionnels, motifs qui n'ont pas été pris en compte dans l'arrêt *B010*.

[96] Une partie à un litige qui souhaite contester la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une disposition légale devant un office fédéral, la Cour fédérale ou notre Cour doit d'abord présenter un avis de question constitutionnelle pour que la disposition puisse par la suite être jugée invalide, inapplicable ou sans effet : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, article 57.

[97] Dans les présents appels, les intimés ont présenté ces avis à notre Cour avant l'audition des appels et, dans tous ces avis, il est allégué, d'une part, que l'alinéa 37(1)(b) est trop large pour être valide sur le plan constitutionnel et, d'autre part, que ses effets sont contraires aux dispositions de l'article 7 de la Charte. Cependant, le ministre appelant soutient que les intimés auraient aussi dû présenter des avis de question constitutionnelle lorsqu'ils

result of that failure since he could have submitted evidence respecting the constitutional issues now being raised before us.

[98] While it is true that no notice of constitutional question was completed before the Board (except in the case of B306 who provided a notice limited to the section 7 Charter arguments), in the circumstances of these appeals I do not believe this failure to be fatal.

[99] First, the issue of whether paragraph 37(1)(b) is constitutionally overbroad largely crystallized with the release of the *Appulonappa* decision by the Supreme Court of British Columbia on January 11, 2013. This was well after the Board held its hearings and made its decisions in the cases before us. I do not believe that this Court can simply ignore *Appulonappa*, particularly where proper notices of constitutional questions have been laid before this Court as a result of that decision.

[100] Second, where the factual foundation is sufficient to determine the constitutional issues, or where the only missing elements are “legislative” evidence (non-adjudicative evidence such as Hansard extracts or public reports) which can be easily added to the record, this Court may well be in a position to address the issues, particularly where, such as here, there appears to have been a change in the law brought about as a result of the *Appulonappa* decision: *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73, at paragraphs 5, 6, 14 and 15.

[101] This Court has held that, as a general principle, it will not entertain Charter arguments that are not supported by a proper evidentiary foundation: *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186, [2004] 3 C.T.C. 183; *Somodi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 268, 393 N.R. 395. However, as I noted in *Little Red River Cree Nation #447 v. Laboucan*, 2010 FCA 253, at paragraph 10, the principal purpose of this principle is to avoid prejudice to the opposing party who could have

se trouvaient devant la Commission et qu’il subit un préjudice du fait de cette omission étant donné qu’il aurait pu présenter des éléments de preuve relatifs aux questions constitutionnelles qui sont maintenant soulevées devant notre Cour.

[98] Même s’il est vrai qu’aucun avis de question constitutionnelle n’a été présenté à la Commission (sauf dans le cas de B306, qui a remis un avis contenant uniquement des arguments relatifs à l’article 7 de la Charte), dans les présents appels, je ne pense pas que cette omission porte un coup fatal au moyen d’inconstitutionnalité.

[99] Premièrement, la question de savoir si la portée de l’alinéa 37(1)(b) est trop large pour être valide sur le plan constitutionnel s’est posée principalement par suite de la décision *Appulonappa* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique du 11 janvier 2013. C’était donc bien après que la Commission eut tenu ses audiences et rendu ses décisions dans les affaires dont nous sommes saisis. Je ne pense pas que notre Cour puisse faire abstraction de la décision *Appulonappa*, compte tenu particulièrement du fait que les avis appropriés de question constitutionnelle ont été présentés à notre Cour dans la foulée de cette décision.

[100] Deuxièmement, lorsque le fondement factuel est suffisant pour trancher des questions constitutionnelles ou lorsque les seuls éléments manquants ont un caractère « législatif » (preuve non liée au litige comme des extraits du Hansard ou des rapports publics) et qu’il est facile de les incorporer au dossier, la Cour peut très bien être en mesure d’examiner les questions en jeu, particulièrement dans les cas où, comme en l’espèce, un changement légal semble avoir été effectué par suite de la décision *Appulonappa* : *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73, aux paragraphes 5, 6, 14 et 15.

[101] Notre Cour a décidé qu’elle n’entendrait pas, en règle générale, des arguments fondés sur la Charte qui ne sont pas étayés par une preuve suffisante : *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186; *Somodi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CAF 268. Cependant, comme je l’ai souligné dans l’arrêt *Little Red River Cree Nation #447 v. Laboucan*, 2010 FCA 253, au paragraphe 10, ce principe a principalement pour objet d’éviter le préjudice que pourrait subir la partie adverse qui aurait pu

adduced evidence concerning the arguments. Where no prejudice can be established, I see no reason why the constitutional arguments cannot be dealt with: see by analogy *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paragraphs 51–52.

[102] In this case, the Minister has failed to identify exactly which facts are missing from the records of these appeals that would prejudice him with respect to the constitutional arguments raised by the respondents. The Minister, through counsel, referred to certain reports, almost all of which were already included in the various appeal books prepared for these appeals. The only “facts” identified by counsel which would not be in the records before us concern the legislative history of paragraph 37(1)(b) and of section 117 of the IRPA. These are not “facts” in the normal sense of the term, but rather references to past legislation which this Court can appraise *proprio motu*. As a result, I see no grounds for not addressing the constitutional issues set out in the respondents’ respective notices of constitutional questions, particularly where all such notices have been duly served and filed.

Are the Board’s findings with respect to the meaning of “people smuggling” under paragraph 37(1)(b) constitutionally overbroad?

[103] The respondents essentially rely on the reasoning set out in *Appulonappa*, which they say applies to paragraph 37(1)(b) of the IRPA insofar as that paragraph is interpreted with reference to subsection 117(1), as it then read.

[104] The accused in *Appulonappa* were charged with the offence of human smuggling under subsection 117(1) of the IRPA, as it then read, as a result of their alleged involvement with the MV *Ocean Lady* carrying 76 Sri Lankan Tamils, without proper documentation, into Canadian waters, in the autumn of 2009. The Judge in *Appulonappa* found that the Charter was engaged by

présenter des éléments de preuve relatifs aux arguments formulés. Lorsque l’existence d’un préjudice ne peut pas être établie, je ne vois pas pour quel motif des arguments constitutionnels ne pourraient pas être examinés : voir par analogie *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, aux paragraphes 51 et 52.

[102] En l’espèce, le ministre n’a pas précisé quels sont les faits manquants dans les dossiers des présents appels et dont l’absence aurait entraîné pour lui un préjudice relativement aux arguments constitutionnels soulevés par les intimés. Le ministre, par l’intermédiaire de son avocat, a mentionné certains rapports, qui avaient presque tous été incorporés aux divers dossiers d’appel présentés pour les présents appels. Les seuls « faits » invoqués par l’avocat qui ne figureraient pas dans les dossiers dont nous sommes saisis ont trait à l’historique législatif de l’alinéa 37(1)b) et de l’article 117 de la LIPR. Il ne s’agit pas de « faits » dans le sens habituel du terme, mais plutôt de renvois à des dispositions légales antérieures que la Cour peut examiner de sa propre initiative. Par conséquent, je ne vois pas de motifs qui m’empêcheraient d’aborder les questions constitutionnelles énoncées dans les avis de question constitutionnelle des intimés, compte tenu particulièrement du fait que tous ces avis ont été dûment signifiés et déposés.

L’interprétation de l’expression « passage de clandestins » par la Commission confère-t-elle une portée excessive sur le plan constitutionnel à l’alinéa 37(1)b)?

[103] Les intimés s’appuient essentiellement sur le raisonnement énoncé dans la décision *Appulonappa* qui, à leur avis, s’applique à l’alinéa 37(1)b) de la LIPR si cette disposition est interprétée en tenant compte du paragraphe 117(1), tel qu’il était alors libellé.

[104] Dans l’affaire *Appulonappa*, les intéressés étaient accusés d’avoir organisé l’entrée au Canada de personnes non munies des documents requis, soit l’infraction visée au paragraphe 117(1) de la LIPR, tel qu’il était alors libellé, parce que, à l’automne 2009, ils auraient participé à l’expédition du MS *Ocean Lady* qui avait amené 76 Tamouls du Sri Lanka, non munis des

section 117 of the IRPA in light of the potential terms of imprisonment contemplated by that provision.

[105] The Judge in *Appulonappa* noted (at paragraph 72 of the reasons) that Canada, Australia, the United Kingdom and the U.S., while all signatories to the Smuggling of Migrants Protocol, have all enacted legislation concerning human smuggling which is broader than the definition of migrant smuggling set out in that Protocol. In particular, in each of those countries, financial or material benefit is not an element of the offence of human smuggling. In the case of Canada, he found that this approach did not, in itself, breach the Constitution.

[106] However, the Judge in *Appulonappa* also noted (at paragraphs 83 and 84 of the reasons) that, in light of its international commitments, Canada takes the view that persons who provide support to migrants for humanitarian reasons and those who provide to them support on the basis of close family ties, though technically contemplated by the offence of human smuggling set out in subsection 117(1) of the IRPA, are not intended to be prosecuted for that offence. It is on that basis that the Judge concluded that the subsection was constitutionally overbroad.

[107] The following extracts from the reasons in *Appulonappa* clearly show that the Judge in that case based the constitutional conclusions primarily on the ground that section 117 of the IRPA could technically allow humanitarian workers and close family members to be subject to criminal prosecution for the offence at issue (at paragraphs 142, 147–151 and 153):

The international instruments acknowledge that there is no intention to criminalize the activities of genuine humanitarian aid workers and/or family members who are assisting refugees, but s. 117 is so broad that its wording does in fact capture those persons committing criminal activity.

documents requis, dans les eaux canadiennes. Dans la décision *Appulonappa*, le juge a estimé que les dispositions de l'article 117 de la LIPR déclenchaient l'application de la Charte en raison des peines d'emprisonnement envisagées par cet article.

[105] Dans l'arrêt *Appulonappa*, le juge a souligné (au paragraphe 72 de ses motifs) que le Canada, l'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis, même s'ils sont tous signataires du Protocole sur le trafic de migrants, avaient adopté des lois concernant l'organisation d'entrée illégale qui ont une portée plus grande que la définition du trafic illicite de migrants qui figure dans le Protocole. Plus précisément, dans chacun de ces pays, l'avantage financier ou matériel n'est pas un élément constitutif de l'infraction de trafic illicite de migrants. Le juge a conclu que pour ce qui est du Canada, cette approche, en soi, ne violait pas la Constitution.

[106] Cependant, il a aussi souligné (aux paragraphes 83 et 84 de ses motifs) que, dans le contexte de ses engagements internationaux, le Canada estime que les personnes qui apportent un soutien aux migrants pour des motifs d'ordre humanitaire et celles qui les aident à cause de liens familiaux étroits, même si elles sont techniquement visées par l'infraction d'organisation d'entrée illégale au sens du paragraphe 117(1) de la LIPR, ne devraient pas faire l'objet de poursuites pour cette infraction. C'est sur ce fondement que le juge a conclu que le paragraphe avait une portée excessive eu égard à la Constitution.

[107] Les extraits qui suivent des motifs du juge dans la décision *Appulonappa* montrent clairement que ce dernier avait fondé ses conclusions à caractère constitutionnel essentiellement sur le motif que l'article 117 de la LIPR pouvait techniquement faire en sorte que des travailleurs humanitaires et des proches parents soient soumis à des poursuites au criminel pour l'infraction en cause (aux paragraphes 142, 147 à 151 et 153) :

[TRADUCTION] Les instruments internationaux reconnaissent l'absence d'intention de criminaliser les activités de véritables travailleurs humanitaires ou de proches parents qui aident des réfugiés, mais l'article 117 a une portée tellement large que son libellé fait en sorte que ces personnes sont réputées commettre une activité criminelle.

...

As noted earlier, the position of the Crown is that the provisions of s. 117 comply with the “requirement of the Protocol” which notes that family members and humanitarian workers are not considered to be migrant smugglers.

The Crown’s position that the proposed hypotheticals are not reasonable, simply because there is no possibility that anyone could ever be charged under the section, is not tenable. The determination of whether or not a hypothetical is reasonable must be based upon the activity complained of, not upon the possibility of whether or not persons would ever be charged. When simply the activities are concerned, the hypotheticals are eminently reasonable. The hypothetical with respect to family members occurs frequently. The hypothetical with respect to humanitarian aid workers happens often, and in fact resulted in a charge (although ultimately stayed) against Ms. Hinshaw-Thomas.

The two hypotheticals are technically within the scope of “human smuggling” under s. 117, but they are not within the objectives that Canada is trying to achieve through s. 117. To the contrary, it is the clear intention of the government not to prosecute such people.

The Crown points to no valid objective for the section to be so wide that it captures such persons referred to in the hypotheticals.

A proper consideration of those hypotheticals supports the defence argument that s. 117 is unnecessarily broad, and goes beyond what is necessary to accomplish the government’s objective, and infringes s. 7 of the *Charter*.

...

The overbreadth of the section makes it impossible for persons to know if certain activities (those of humanitarian aid workers and close family members) will result in charges under s. 117, despite Canada’s intention to the contrary. One of the reasons for the rule against overbroad sections is that persons are entitled to prior notice as to what are the limits of proper behaviour, and what is criminal behaviour. [Emphasis added.]

[108] The Judge in *Appulonappa* (at paragraph 175), however refused to read down subsection 117(1) so as to exclude from its ambit humanitarian aid workers and

[...]

Comme il a été mentionné précédemment, la position de la Couronne consiste à dire que les dispositions de l’article 117 sont conformes aux « exigences du Protocole », selon lequel les proches parents et les travailleurs humanitaires ne sont pas considérés comme des passeurs de migrants.

La position de la Couronne, selon laquelle les situations hypothétiques proposées ne sont pas raisonnables, simplement parce qu’il est impossible qu’une personne soit accusée un jour en vertu de cet article, est indéfendable. Pour savoir si une situation hypothétique est raisonnable ou non, il faut tenir compte de l’activité reprochée et non de la possibilité que des personnes soient un jour accusées. Lorsque seules les activités sont visées, les situations hypothétiques sont éminemment raisonnables. La situation hypothétique relative aux proches parents est fréquente. Quant à la situation hypothétique relative aux travailleurs humanitaires, on la voit souvent; en fait, elle a entraîné le dépôt d’une accusation (quoiqu’elle ait finalement été retirée) contre M^{me} Hinshaw-Thomas.

Les deux situations hypothétiques tombent techniquement sous le coup de la définition d’« organisation d’entrée illégale » visée à l’article 117, mais elles ne font pas partie des objectifs que le Canada essaie d’atteindre au moyen de cet article. Au contraire, l’État n’a aucunement l’intention de poursuivre ces personnes.

La Couronne ne mentionne aucun objectif valable justifiant le fait que le champ d’application de l’article soit tellement vaste qu’il englobe les personnes visées dans les situations hypothétiques décrites précédemment.

L’examen approprié de ces situations hypothétiques étaye la thèse de la défense selon laquelle l’article 117 a un champ d’application inutilement large, dépasse les moyens nécessaires pour atteindre l’objectif de l’État et empiète sur l’article 7 de la Charte.

[...]

Vu la portée excessive de l’article, il est impossible de savoir si certaines activités (celles des travailleurs humanitaires et des proches parents) entraîneront le dépôt d’accusations en vertu de l’article 117, malgré les intentions contraires du Canada. La règle qui s’oppose aux dispositions ayant une portée excessive a notamment pour but de faire en sorte que les gens puissent connaître au préalable les limites d’un comportement acceptable et d’un comportement criminel. [Non souligné dans l’original.]

[108] Dans l’arrêt *Appulonappa* (au paragraphe 175), le juge a toutefois refusé d’interpréter de façon plus restrictive le paragraphe 117(1) afin d’exclure de son

close family members. He consequently declared section 117 of the IRPA of no force or effect. In so doing, he did not consider whether it would have been advisable to suspend that declaration for the time required by Parliament to address the issue.

[109] The *Appulonappa* decision is now before the British Columbia Court of Appeal [see 2014 BCCA 163 (CanLII), 25 Imm. L.R. (4th) 1], and this Court should consequently make no comment as to whether, within a criminal law context, section 117 of the IRPA is constitutionally overbroad, and if so, what is the proper constitutional remedy which applies. Our task is limited to considering the constitutional validity of paragraph 37(1)(b) of the IRPA providing for the inadmissibility to Canada of those who engage in people smuggling.

[110] I first note that by its very nature, paragraph 37(1)(b) of the IRPA does not apply to humanitarian aid workers who are Canadian citizens assisting individuals who enter Canada without proper documentation, nor does it apply to any other Canadian citizens. Indeed, the ambit of that paragraph is limited to permanent residents and foreign nationals, and no finding of inadmissibility to Canada could extend to a Canadian citizen, nor could any such finding be made under the IRPA in light of section 6 of the Charter. Consequently, whether or not subsection 117(1) captures Canadian citizens, be they humanitarian workers or not (an issue which is before the B.C. Court of Appeal), has no bearing on paragraph 37(1)(b).

[111] As for foreigners who are humanitarian aid workers, I recognize that there is a very remote possibility that they could be potentially found inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(b). However, such a situation is much too remote to place into question the constitutional validity of the paragraph. A constitutional analysis based on over breadth should not be allowed to stray into remote or extreme hypothetical situations, but must be restricted to reasonable hypothetical situations: *Reference re Marine Transportation*

champ d'application les travailleurs humanitaires et les proches parents. Il a donc déclaré nul et sans effet l'article 117 de la LIPR. Ce faisant, il n'a pas examiné l'opportunité de suspendre cette déclaration le temps que le législateur se penche sur la question.

[109] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique est maintenant saisie de la décision *Appulonappa* [voir 2014 BCCA 163 (CanLII)]; pour cette raison, notre Cour ne formulera pas de commentaires sur la question de savoir si, dans le contexte du droit criminel, l'article 117 de la LIPR a une portée trop large pour être valide sur le plan constitutionnel et, le cas échéant, quelle réparation constitutionnelle il convient d'accorder. Notre tâche se limite à évaluer la validité constitutionnelle de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR, qui prévoit l'interdiction de territoire pour les personnes qui se livrent au passage de clandestins.

[110] Je souligne d'abord que, par sa nature même, l'alinéa 37(1)b) de la LIPR ne s'applique pas aux travailleurs humanitaires qui sont citoyens canadiens et qui aident des personnes qui entrent au Canada sans être munies des documents requis, non plus qu'à tout autre citoyen canadien. En fait, cet alinéa s'applique uniquement aux résidents permanents et aux étrangers et aucune conclusion d'interdiction de territoire au Canada ne pourrait être tirée contre un citoyen canadien et aucune conclusion de cette nature ne pourrait être tirée en vertu de la LIPR vu l'article 6 de la Charte. Par conséquent, la question de savoir si le paragraphe 117(1) vise les citoyens canadiens, travailleurs humanitaires ou non (une question dont est saisie actuellement la Cour d'appel de la Colombie-Britannique), n'a aucune incidence sur l'alinéa 37(1)b).

[111] En ce qui concerne les étrangers qui sont des travailleurs humanitaires, j'admets qu'il existe une très faible possibilité qu'ils puissent être interdits de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 37(1)b). Cependant, cette possibilité est tellement éloignée qu'elle ne remet pas en cause la validité constitutionnelle de l'alinéa. Une analyse constitutionnelle de la portée excessive d'une disposition légale ne doit pas s'égarer dans des situations hypothétiques éloignées ou extrêmes, mais se limiter à des situations hypothétiques raisonnables :

Security Regulations (CA), 2009 FCA 234, 202 C.R.R. (2d) 156, at paragraphs 42–43; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at paragraphs 76–81. If by some extraordinary circumstance the inadmissibility to Canada of a foreign humanitarian worker should arise on the basis of paragraph 37(1)(b), the Board will need to consider, based on the evidence placed before it, whether there are constitutional grounds which would preclude it from making an inadmissibility finding in that specific case.

[112] The matter of close family members cannot be so easily dealt with. I agree that paragraph 37(1)(b) is not intended to render inadmissible to Canada close family members who can avail themselves of the Refugee Convention and who mutually assist themselves in concert to enter Canada without proper documentation.

[113] In this matter, paragraph 3(2)(b) of the IRPA sets out that one of the principal objectives of that legislation is to “fulfill Canada’s international legal obligations with respect to refugees”. These obligations included adherence by Canada to article 5 of the Smuggling of Migrants Protocol which specifically provides that migrants “shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol [smuggling of migrants].” This undertaking is reflected in domestic legislation through subsection 37(2) of the IRPA.

[114] The inadmissibility provision of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, like any other statutory provision, must be interpreted with regard to its legislative purpose. That purpose is refusing admissibility to Canada for foreign nationals who engage in people smuggling within the context of a transnational crime. By any rational analysis, close family members who can avail themselves of the Refugee Convention and who mutually assist themselves in concert to enter Canada without proper documentation are not participating in a transnational crime. On the contrary, the international instruments to which Canada adheres seeks to protect them, notably the Smuggling of Migrants Protocol itself as well as the Refugee Convention.

Renvoi relatif au Règlement sur la sûreté du transport maritime (CA), 2009 CAF 234, aux paragraphes 42 et 43; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, aux paragraphes 76 à 81. Si, dans des circonstances extraordinaires, l’interdiction de territoire au Canada d’un travailleur humanitaire étranger était prononcée en vertu de l’alinéa 37(1)(b), la Commission devrait chercher à savoir, selon la preuve dont elle dispose, s’il existe des motifs constitutionnels qui l’empêcheraient de tirer une conclusion d’interdiction de territoire dans ce cas bien précis.

[112] La question des proches parents est plus difficile à trancher. Je reconnais que l’alinéa 37(1)(b) n’a pas pour objet de rendre interdits de territoire des proches parents qui peuvent invoquer les dispositions de la Convention sur les réfugiés et qui peuvent s’entraider pour entrer au Canada sans être munis des documents requis.

[113] À cet égard, l’alinéa 3(2)(b) de la LIPR dispose que l’un des principaux objectifs de cette loi est « de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés ». Ces obligations comprennent le respect par le Canada des dispositions de l’article 5 du Protocole sur le trafic de migrants qui prévoit expressément que les migrants « ne deviennent pas passibles de poursuites pénales en vertu du présent Protocole du fait qu’ils ont été l’objet des actes énoncés à son article 6 [trafic illécite de migrants] ». Cet engagement est intégré à la législation canadienne par le paragraphe 37(2) de la LIPR.

[114] La disposition d’interdiction de territoire qui figure à l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR, comme toute autre disposition légale, doit être interprétée en fonction de l’objet de la loi dont elle fait partie. Cet objet consiste à refuser l’entrée au Canada aux étrangers qui se livrent au passage de clandestins dans le contexte de la criminalité transnationale. Toute analyse rationnelle ne peut que déboucher sur la conclusion que des proches parents qui peuvent se prévaloir des dispositions de la Convention sur les réfugiés et qui s’entraident dans le but d’entrer au Canada sans être munis des documents requis ne commettent pas un crime transnational. Au contraire, les instruments internationaux auxquels le Canada est partie, notamment le Protocole sur le trafic de migrants de

[115] Consequently, using a textual, contextual and purposeful interpretation of the IRPA read as whole and with proper regard to Canada's international obligations, I find that paragraph 37(1)(b) of the IRPA cannot and does not contemplate close family members who can avail themselves of the Refugee Convention and who mutually assist themselves to enter Canada without proper documentation. It was not the intention of Parliament to capture such family members under paragraph 37(1)(b). As a result, I need not consider the constitutional arguments raised by the respondents with respect to that issue.

[116] In any event, and as further discussed below, even if I had considered these constitutional arguments, I would have dismissed them on the ground that section 7 of the Charter is simply not engaged by paragraph 37(1)(b) of the IRPA. Whether section 7 of the Charter is engaged by section 117 of the IRPA in criminal matters is another question which I need not address in these appeals.

Does paragraph 37(1)(b) of IRPA engage section 7 of the Charter by precluding a refugee determination hearing?

[117] The respondents further submit that section 7 of the Charter guarantees them a hearing to determine whether they are Refugee Convention refugees, and that paragraph 37(1)(b) is as a result constitutionally inapplicable in that its effect is to deny them such a hearing.

[118] The respondents note that a finding of inadmissibility under paragraph 37(1)(b) could lead to the removal of the affected foreign national to a jurisdiction where there may well be a well-grounded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion. They however recognize that such an inadmissibility finding will not normally lead to removal to a jurisdiction where

même que la Convention sur les réfugiés, cherchent à protéger ces personnes.

[115] Par conséquent, recourant à une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la LIPR considérée dans son ensemble et compte tenu de façon appropriée des obligations internationales du Canada, je conclus que l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR ne peut pas englober, et n'englobe pas, les proches parents qui peuvent se prévaloir des dispositions de la Convention sur les réfugiés et qui s'entraident pour entrer au Canada sans être munis des documents requis. Le législateur n'avait pas l'intention de viser ces proches parents en adoptant l'alinéa 37(1)(b). Par conséquent, je n'ai pas à examiner les arguments constitutionnels soulevés par les intimés à l'égard de cette question.

[116] Quoi qu'il en soit, comme je l'examinerai plus en détail plus loin, même si j'avais pris en compte ces arguments constitutionnels, je les aurais rejetés du fait que l'application de l'article 7 de la Charte n'est tout simplement pas déclenchée par l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR. Je n'ai pas à chercher à savoir, dans les présents appels, si l'application des dispositions de l'article 7 de la Charte est déclenchée par l'article 117 de la LIPR en matière criminelle.

L'alinéa 37(1)(b) de la LIPR déclenche-t-il l'application de l'article 7 de la Charte en empêchant la tenue d'une audience sur une demande d'asile?

[117] Les intimés ajoutent que l'article 7 de la Charte garantit le droit à une audience pour qu'on puisse décider s'ils sont des réfugiés au sens de la Convention sur les réfugiés et que l'alinéa 37(1)(b) est par conséquent inapplicable sur le plan constitutionnel parce qu'il a pour effet de leur refuser le droit à une telle audience.

[118] Les intimés soulignent qu'une conclusion d'interdiction de territoire tirée en vertu de l'alinéa 37(1)(b) pourrait déboucher sur le renvoi de l'étranger visé vers un pays où il pourrait très bien craindre avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques. Ils reconnaissent toutefois qu'une telle conclusion d'interdiction de territoire ne

the foreign national would be subject personally to a danger of torture or to a risk to life or of cruel and unusual punishment; however, they add that the protection against deportation to torture offered by the IRPA is itself subject to ministerial discretion. They therefore submit that the combined effect of potential removal to persecution and of the risk of removal to torture at the discretion of the Minister violates section 7 of the Charter.

[119] To support their section 7 Charter submissions, the respondents largely rely on *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui*) where the Supreme Court of Canada found (at paragraph 17) that “[w]hile the deportation of a non-citizen in the immigration context may not *in itself* engage s. 7 of the *Charter*, some features associated with deportation, such as detention in the course of the certificate process or the prospect of deportation to torture, may do so” [emphasis in original].

[120] I do not agree with the respondents’ Charter submissions. For the reasons more fully set out below, although I recognize that deportation to torture may well engage section 7 of the Charter, the issue of deportation to torture is not before us. An inadmissibility finding under paragraph 37(1)(b) does not in itself engage section 7 of the Charter, though I do not exclude that this Charter provision could eventually be engaged should the Minister exercise his discretion in a manner that leads to the deportation to torture of the concerned foreign national.

[121] *Charkaoui* concerned the provisions of the IRPA respecting certificates of inadmissibility leading to the detention of a permanent resident or a foreign national deemed to be a threat to national security. In that case, the Supreme Court of Canada concluded that some of those provisions violated section 7 of the Charter “by allowing the issuance of a certificate of inadmissibility based on secret material without providing for

déboucherait habituellement pas sur le renvoi vers un pays où l’étranger serait personnellement exposé au risque d’être soumis à la torture, à une menace à sa vie ou à des traitements ou peines cruels et inusités; cependant, ils ajoutent que la protection offerte par la LIPR contre l’expulsion vers la torture relève elle-même du pouvoir discrétionnaire du ministre. Ils allèguent donc que l’effet combiné du renvoi possible vers la persécution et le risque d’expulsion vers la torture à la discrétion du ministre viole l’article 7 de la Charte.

[119] Pour étayer leurs arguments fondés sur l’article 7 de la Charte, les intimés s’appuient en grande partie sur l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui*), dans lequel la Cour suprême du Canada a conclu (au paragraphe 17) : « Si l’expulsion d’un non-citoyen dans le contexte de l’immigration n’enclenche peut-être pas *en soi* l’application de l’art. 7 de la *Charte*, certains éléments rattachés à l’expulsion, telles la détention au cours du processus de délivrance et d’examen d’un certificat ou l’éventualité d’un renvoi vers un pays où il existe un risque de torture, pourraient entraîner l’application » [souligné dans l’original].

[120] Je ne suis pas d’accord avec les observations des intimés relatives à la Charte. Pour les motifs exposés de façon plus complète ci-après, même si je reconnais que l’expulsion vers la torture peut très bien déclencher l’application de l’article 7 de la Charte, nous ne sommes pas saisis en l’espèce de la question de l’expulsion vers la torture. Une conclusion d’interdiction de territoire tirée en vertu de l’alinéa 37(1)b) n’entraîne pas en soi l’application de l’article 7 de la Charte, même si je n’exclus pas la possibilité que l’application de cette disposition de la Charte puisse être déclenchée si le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire de façon à entraîner l’expulsion vers la torture de l’étranger visé.

[121] L’arrêt *Charkaoui* portait sur les dispositions de la LIPR relatives à des certificats d’interdiction de territoire débouchant sur la détention d’un résident permanent ou d’un étranger pour raison de sécurité nationale. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a conclu que certaines des dispositions enfreignaient l’article 7 de la Charte « en autorisant la délivrance d’un certificat d’interdiction de territoire sur la foi de

an independent agent at the stage of judicial review to better protect the named person's interests": *Charkaoui*, at paragraph 3.

[122] Although, as noted above, the Supreme Court of Canada found in *Charkaoui* that the prospect of deportation to torture may engage section 7 of the Charter, it also found that "[t]he issue of deportation to torture is consequently not before us here" since any claim that the concerned individuals would be at risk of torture if deported to their countries of origin "remains to be proven as part of an application for protection under Part 2 of the *IRPA*": *Charkaoui*, at paragraph 15.

[123] More than two decades ago, this Court determined in *Berrahma v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (F.C.A.) (leave to appeal to the S.C.C. dismissed: [1991] 3 S.C.R. vi) that an inadmissibility finding under the *IRPA* does not engage section 7 of the Charter since such a finding is not the equivalent of removal or *refoulement*. This principle has been consistently reiterated by this Court: *Rudolph v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 653 (C.A.); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.); *Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 266 (T.D.), aff'd 2000 CanLII 16485, 266 N.R. 355 (F.C.A.); *Sandhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 15526, 258 N.R. 100 (F.C.A.); *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487.

[124] The state of the law on this issue was aptly set out by Evans J. (as he then was) in *Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, above, at paragraphs 31–33, and I can do no better than he in describing the applicable principles:

However, before the content of the principles of fundamental justice is considered in this context, the administrative action under review must deprive the applicant of the right to

documents secrets, sans prévoir la participation d'un représentant indépendant à l'étape du contrôle judiciaire pour garantir le plus grand respect des intérêts de la personne désignée » : *Charkaoui*, au paragraphe 3.

[122] Même si, comme il a été mentionné ci-dessus, la Cour suprême a estimé dans l'arrêt *Charkaoui* que la possibilité d'une expulsion vers la torture peut déclencher l'application de l'article 7 de la Charte, elle a aussi jugé qu'elle n'était « pas saisi[e] en l'espèce de la question de l'expulsion comportant un risque de torture » étant donné que toute allégation selon laquelle les personnes visées risqueraient d'être torturées si elles étaient expulsées vers leur pays d'origine « rest[ait] à démontrer dans le cadre d'une demande de protection aux termes de la partie 2 de la *LIPR* » : *Charkaoui*, au paragraphe 15.

[123] Il y a plus de deux décennies, notre Cour a jugé, dans l'arrêt *Berrahma c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1991] A.C.F. n° 180 (C.A.) (QL) (demande d'autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée : [1991] 3 R.C.S. vi), qu'une conclusion d'interdiction de territoire tirée en vertu de la *LIPR* n'entraîne pas l'application de l'article 7 de la Charte étant donné que cette conclusion n'équivaut pas à un renvoi ou à un *refoulement*. Notre Cour a constamment confirmé ce principe : *Rudolph c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 653 (C.A.); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.); *Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 1 C.F. 266 (1^{re} inst.), conf. par 2000 CanLII 16485 (C.A.F.); *Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15526 (C.A.F.); *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487.

[124] L'état du droit sur cette question a été très bien exposé par le juge Evans, alors juge de la Cour fédérale, dans la décision *Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précitée, aux paragraphes 31 à 33, et je ne peux pas décrire mieux que lui les principes applicables :

Il se trouve cependant que dans ce contexte, les principes de justice fondamentale n'entrent en jeu que si l'action administrative porte atteinte au droit de la demanderesse à la vie, à la

life, liberty and security of the person. The question is, therefore, whether a decision under paragraph 46.01(1)(a) has this effect. In my opinion it does not. First, while it is true that a finding of ineligibility deprives the claimant of access to an important right, namely the right to have a claim determined by the Refugee Division, this right is not included in “the right to life, liberty and security of the person”: *Berrahma v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (F.C.A.), at page 213; *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.).

Second, it may well be a breach of the rights protected by section 7 for the government to return a non-citizen to a country where she fears that she is likely to be subjected to physical violence or imprisoned. However, a determination that a refugee claimant is not eligible to have access to the Refugee Division is merely one step in the administrative process that may lead eventually to removal from Canada. The procedure followed at the risk assessment to which the applicant will be entitled under section 53 before she is removed can be subject to constitutional scrutiny to ensure that it complies with the principles of fundamental justice, even though the procedure is not prescribed in the Act or regulations: *Kaberuka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 252 (T.D.), at page 271. Moreover, while holding that it was not inconsistent with section 7 for the *Immigration Act* to limit access to the Refugee Division, Marceau J.A. also said in *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.), at pages 708-709:

It would be my opinion, however, that the Minister would act in direct violation of the Charter if he purported to execute a deportation order by forcing the individual concerned back to a country where, on the evidence, torture and possibly death will be inflicted. It would be, it seems to me ... at the very least, an outrage to public standards of decency, in violation of the principles of fundamental justice under section 7 of the Charter.

In summary, section 7 rights are not engaged at the eligibility determination and exclusion order stages of the process. However, the applicant cannot be lawfully removed from Canada without an assessment of the risks that she may face if returned to Sierra Leone. And the manner in which that assessment is conducted must comply with the principles of fundamental justice.

[125] As a result, paragraph 37(1)(b) does not engage section 7 of the Charter. The issue of whether or not any of the respondents in these cases will be deported to a jurisdiction which could subject them personally to a danger of torture or to a risk to their life or to a risk of

liberté et à la sécurité de sa personne. Il s’agit donc de savoir si une décision rendue en application de l’alinéa 46.01(1)a) a cet effet. Je ne le pense pas. En premier lieu, s’il est vrai qu’un verdict d’irrecevabilité dénie à la demanderesse l’exercice d’un droit important, ce droit n’est pas compris dans «le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne»; *Berrahma c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (C.A.F.), à la page 213; *Nguyen c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.).

En second lieu, il peut y avoir atteinte aux droits protégés par l’article 7 si le gouvernement renvoie une non-citoyenne dans un pays où elle craint d’être probablement violente ou emprisonnée. Cependant, la conclusion que la revendication n’est pas recevable n’est qu’une étape dans le processus administratif qui pourrait aboutir au renvoi hors du Canada. L’étape suivante, c’est-à-dire la procédure d’appréciation du risque, à laquelle la demanderesse aura droit en application de l’article 53 avant qu’elle ne soit renvoyée, se prête au contrôle au regard des garanties constitutionnelles afin de garantir l’observation des principes de justice fondamentale, bien que cette procédure ne soit prévue ni dans la Loi ni dans les règlements pris pour son application : *Kaberuka c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] 3 C.F. 252 (1^{re} inst.), à la page 271. De surcroît, tout en jugeant que la *Loi sur l’immigration* n’allait pas à l’encontre de l’article 7 en limitant la recevabilité, le juge Marceau, J.C.A., a encore fait observer ce qui suit dans *Nguyen c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.), aux pages 708 et 709 :

Je serais toutefois d’avis que le ministre violerait carrément la Charte s’il prétendait exécuter une mesure d’expulsion en forçant l’intéressé à retourner dans un pays où, selon la preuve, il sera torturé et peut être mis à mort. Il me semble que ce serait [...] à tout le moins, commettre un outrage aux normes publiques de la décence en violation des principes de justice fondamentale visés à l’article 7 de la Charte.

Pour récapituler, les droits garantis par l’article 7 n’entrent pas en jeu à l’étape de la décision sur la recevabilité et de la mesure d’exclusion. Cependant, la demanderesse ne peut être légalement renvoyée hors du Canada sans une appréciation des risques auxquels elle peut s’exposer une fois de retour en Sierra Leone. Et les modalités de cette appréciation doivent être conformes aux principes de justice fondamentale.

[125] Par conséquent, l’alinéa 37(1)b) ne déclenche pas l’application de l’article 7 de la Charte. La question de savoir si l’un des intimés dans les présentes affaires sera expulsé vers un pays où il pourrait être personnellement exposé au risque d’être soumis à la torture, à une

cruel and unusual punishment will, if necessary, be determined at a stage in the process under the IRPA which is subsequent to the inadmissibility finding. It is only at this subsequent stage that section 7 of the Charter may be engaged.

Did the Board fail to consider necessity or duress and the reasons of another of its members in the case of B306?

[126] The respondent B306 further submits that this Court should dismiss the appeal in his case on two further grounds: (a) that he acted out of necessity or duress, and (b) that the Board member who found him inadmissible to Canada failed to consider the statements to the contrary made by another Board member deciding his release from custody. I will consider each submission in turn.

[127] Dealing first with the justification of necessity, it is well established that it is of limited application: *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3 (*Latimer*), at paragraph 27. Three elements must be present for the justification to succeed:

(a) First, there must be an urgent situation of clear and imminent peril, i.e. disaster must be imminent, or harm unavoidable and near: *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at page 678; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232 (*Perka*), at page 251; *Latimer*, at paragraph 29.

(b) Second, there must be no reasonable legal alternative to disobeying the law, i.e. could the person realistically have acted to avoid the peril or to prevent the harm: *Perka*, at pages 251–252; *Latimer*, at paragraph 30.

(c) Third, there must be proportionality between the harm inflicted and the harm avoided: *Latimer*, at paragraph 31.

[128] The first two elements are evaluated in accordance with a modified objective test which involves an objective evaluation, but one that takes into account the situation and characteristics of the concerned individual: *Latimer*, at paragraphs 32–33, i.e. the individual “must, at

menace à sa vie ou à des traitements ou peines cruels et inusités sera, si nécessaire, tranchée à un stade du processus établi par la LIPR qui sera postérieur à la conclusion d’interdiction de territoire. C’est uniquement à ce stade ultérieur que l’application de l’article 7 de la Charte peut être déclenchée.

La Commission a-t-elle omis de tenir compte de la nécessité ou de la contrainte et des motifs d’un autre de ses commissaires dans l’affaire B306?

[126] L’intimé B306 ajoute que notre Cour devrait rejeter l’appel en ce qui le concerne pour deux autres motifs : a) il a agi par nécessité ou par contrainte; b) le commissaire qui l’avait jugé interdit de territoire au Canada n’a pas tenu compte des déclarations à l’effet contraire faites par un autre commissaire qui avait décidé qu’il devait être mis en liberté. Je vais examiner chacun de ces arguments à tour de rôle.

[127] En ce qui concerne d’abord la nécessité, il est bien établi que son application est limitée : *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3 (*Latimer*), au paragraphe 27. Trois éléments doivent être présents pour que cette justification soit jugée valide :

a) Premièrement, il doit y avoir une situation urgente de « danger imminent et évident », c.-à-d. qu’un désastre doit être imminent ou qu’un mal doit être inévitable et proche : *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la page 678; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232 (*Perka*), à la page 251; *Latimer*, au paragraphe 29.

b) Deuxièmement, il ne doit y avoir aucune autre solution raisonnable et légale, c.-à-d. que la personne ne peut vraiment agir de façon à éviter le danger ou à prévenir le mal sans contrevenir à la loi : *Perka*, aux pages 251 et 252; *Latimer*, au paragraphe 30.

c) Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre le mal infligé et le mal évité : *Latimer*, au paragraphe 31.

[128] Les deux premiers éléments sont évalués suivant un critère objectif modifié qui comporte une évaluation objective tenant cependant compte de la situation et des caractéristiques de la personne visée : *Latimer*, aux paragraphes 32 et 33; « l’accusé doit croire sincèrement et

the time of the act, honestly believe, on reasonable grounds, that he faces a situation of imminent peril that leaves no reasonable legal alternative open.” On the other hand, the third element dealing with proportionality is measured on a purely objective standard: *Latimer*, at paragraph 34.

[129] In the case of B306, the Board found as a matter of fact that he was not facing an urgent situation of clear and imminent peril.

[130] The Board rightfully dismissed his submission that necessity flowed from his fear of returning to his country. Indeed, the record plainly shows that B306 traveled first to Thailand before boarding the MV *Sun Sea* where he could have made a refugee claim. Clearly his voyage to Canada was motivated by more than the fear of being returned to his country.

[131] The Board also found as a matter of fact that there was no evidence of an urgent situation of clear and imminent peril aboard the MV *Sun Sea* as a result of the level of B306’s food rations or of his health condition: Board’s decision, at paragraph 34.

[132] In summary, B306 was in Thailand, not Sri Lanka, when he boarded the MV *Sun Sea*, and was facing no clear and imminent danger when aboard the MV *Sun Sea*. These factual conclusions of the Board based on the evidence placed before it, and to which this Court must defer, are incompatible with a claim of necessity.

[133] B306 also submits that he acted under duress as a result of his fear of the Captain of the MV *Sun Sea*. Yet the Board dismissed these allegations by finding that B306 had, in fact, voluntarily chosen to work and that there was no evidence whatsoever of coercion: Board’s decision, at paragraph 34. These are also reasonable findings which should not be lightly discarded.

[134] Finally, B306 submits that at a prior detention review hearing, another member of the Board had stated the following: “[B306] did provide some assistance to

pour des motifs raisonnables qu’il fait face à un danger imminent et qu’il ne dispose alors d’aucune solution raisonnable et légale ». Par contre, le troisième élément, qui concerne la proportionnalité, est évalué selon une norme purement objective : *Latimer*, au paragraphe 34.

[129] En ce qui a trait à B306, la Commission a conclu qu’il ne se trouvait pas devant une situation urgente de danger imminent et évident.

[130] La Commission a rejeté à bon droit son allégation selon laquelle la nécessité découlait de sa crainte de retourner dans son pays. En fait, le dossier révèle sans aucune ambiguïté que B306 s’était d’abord rendu en Thaïlande avant de monter à bord du MS *Sun Sea* et que, par conséquent, il aurait pu déposer une demande d’asile dans ce pays. Il est évident que son voyage au Canada était motivé par bien autre chose que sa crainte d’être renvoyé dans son pays.

[131] La Commission a aussi conclu que rien ne démontrait l’existence d’une situation urgente de danger imminent et évident à bord du MS *Sun Sea* à cause de la nourriture offerte à B306 ou de son état de santé : décision de la Commission, au paragraphe 34.

[132] En résumé, B306 se trouvait en Thaïlande, et non au Sri Lanka, lorsqu’il est monté à bord du MS *Sun Sea* et il n’était exposé à aucun danger imminent et évident lorsqu’il se trouvait à bord de ce navire. Ces conclusions factuelles de la Commission, fondées sur la preuve dont elle disposait et à l’égard desquelles la Cour doit faire preuve de déférence, sont incompatibles avec l’argument fondé sur la nécessité.

[133] B306 allègue aussi qu’il a agi sous la contrainte parce qu’il craignait le capitaine du MS *Sun Sea*. Cependant, la Commission a rejeté ces allégations en concluant que B306 avait, dans les faits, choisi volontairement de travailler et que rien ne démontrait l’existence d’une coercition : décision de la Commission, au paragraphe 34. Ce sont aussi des conclusions raisonnables qui ne peuvent être écartées sans motif.

[134] Enfin, B306 soutient que lors d’une audience précédente de contrôle de la détention, un autre commissaire avait fait la déclaration suivante : [TRADUCTION]

the crew in preparing their food for them and in keeping watch for other ships but I am not willing to find that on the basis of that [B306] engaged in people smuggling or trafficking in persons”: transcript of detention review hearing of January 31, 2011, reproduced in appeal book for A-498-12, at page 80. That other Board member however also noted that “I am in no way meaning to prejudice what will happen at the admissibility hearing”: appeal book, above.

[135] B306 submits that (a) under the principles of either *res judicata* (also referred to as cause of action estoppel) or issue estoppel, the statement of that other Board member was binding with respect to the admissibility proceedings; and (b) that the failure to specifically address that statement in the Board member’s reasons respecting his admissibility breached the rules of administrative fairness. Both of these submissions are unfounded.

[136] First, *res judicata* cannot apply here since the proceedings with respect to detention and release under the IRPA are unrelated to the inadmissibility proceedings under that statute. Both proceedings do not address the same cause of action, and as a result, the precondition for a finding of *res judicata* is absent: *Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 482, at paragraphs 9–11; *Erdos v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 419, 345 N.R. 11, at paragraphs 15–16.

[137] Second, issue estoppel also has no application here. The doctrine of issue estoppel holds that a party may not relitigate an issue that was finally decided in prior judicial proceedings between the same parties or those who stand in their place: *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125 (*Penner*), at paragraph 29; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraphs 24–25. As noted by Dickson

« [B306] a fourni une certaine aide à l’équipage en préparant leurs repas et en surveillant l’arrivée d’autres navires, mais je ne suis pas prêt à conclure, pour ce motif, que [B306] s’est livré à l’organisation d’entrée illégale de personnes » : transcription de l’audience de contrôle de la détention du 31 janvier 2011, reproduite dans le dossier d’appel de la décision A-498-12, à la page 80. Cependant, cet autre commissaire avait aussi formulé le commentaire suivant : [TRADUCTION] « Je ne tente d’aucune façon de me prononcer sur ce qui sera décidé au terme de l’audience relative à l’interdiction de territoire » : dossier d’appel, précité.

[135] B306 soutient que a) en vertu des principes de la chose jugée (aussi appelée préclusion fondée sur la cause d’action) ou de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, la déclaration de cet autre commissaire avait force obligatoire lors de la procédure d’examen de l’interdiction de territoire, b) le défaut de tenir expressément compte de cette déclaration dans les motifs du commissaire relatifs à son interdiction de territoire avait violé les règles de l’équité administrative. Ces deux arguments ne sont pas fondés.

[136] Premièrement, le principe de la chose jugée ne peut s’appliquer en l’espèce étant donné que la procédure relative à la détention et à la mise en liberté en vertu de la LIPR n’a aucun lien avec la procédure relative à l’interdiction de territoire prévue par la même loi. Les deux procédures ne portent pas sur la même cause d’action et, par conséquent, la condition préalable d’application du principe de la chose jugée n’existe pas : *Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 482, aux paragraphes 9 à 11; *Erdos c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 419, aux paragraphes 15 et 16.

[137] Deuxièmement, la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne s’applique pas en l’espèce. Selon ce principe, une partie ne peut soumettre de nouveau devant les tribunaux une question qui a été tranchée de façon définitive dans des instances judiciaires antérieures entre les mêmes parties ou celles qui les remplacent : *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125 (*Penner*), au paragraphe 29; *Danyluk c. Ainsworth*

J. [as he then was] in *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, at page 255, issue estoppel does not apply if the question at issue arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment. As further noted in *Penner*, at paragraph 24, the question out of which the estoppel is said to arise must have been fundamental to the decision arrived at in the earlier proceeding, it must concern material facts and conclusions of law or mixed fact and law that were necessarily determined in the earlier proceedings.

[138] In this case, it is abundantly clear that the Board member dealing with detention and release did not finally determine the issue of whether B306 was engaged or not in people smuggling. On the contrary, that Board member specifically noted that he was in no way meaning to prejudice the admissibility hearing. His comments with respect to B306's involvement were clearly not meant to be a final determination of the issue, nor were they in any way fundamental to the detention or release decision. The elements of issue estoppel are therefore absent.

[139] Moreover, there is no breach of procedural fairness in this case since the issue of B306's involvement in people smuggling was not finally decided by the detention or release decision, and there was consequently no need for the Board member dealing with B306's admissibility hearing to address that decision.

Conclusions

[140] For the reasons set out above, I would allow each appeal, set aside the three judgments of the Federal Court, and giving the judgments that should have been given, I would dismiss all three judicial review applications.

Technologies Inc., 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, aux paragraphes 24 et 25. Comme l'a précisé le juge Dickson [alors juge puîné] dans l'arrêt *Angle c. M.N.R.*, [1975] 2 R.C.S. 248, à la page 255, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'applique pas si la question a été soulevée de façon accessoire ou incidente dans l'affaire antérieure ou si elle doit être inférée du jugement par raisonnement. Comme la Cour suprême l'a souligné dans l'arrêt *Penner*, au paragraphe 24, la question qui est censée donner naissance à la préclusion doit avoir été fondamentale à l'égard de la décision à laquelle on est arrivé dans l'affaire antérieure. Elle doit viser les faits pertinents, les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit à l'égard desquels on a nécessairement statué lors de l'instance antérieure.

[138] En l'espèce, il est tout à fait évident que le commissaire qui a tranché les questions relatives à la détention et à la mise en liberté n'a pas tranché de façon définitive la question de savoir si B306 s'était livré ou non au passage de clandestins. Au contraire, le commissaire en question a bien souligné qu'il n'avait nullement l'intention d'influencer l'issue de l'audience relative à l'interdiction de territoire. Ses commentaires relatifs à la participation de B306 ne se voulaient évidemment pas une décision définitive sur la question et n'avaient aucun caractère fondamental à l'égard de la décision touchant la détention ou la mise en liberté. Les éléments constitutifs de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont donc absents.

[139] De plus, il n'y a eu aucune violation de l'équité procédurale en l'espèce étant donné que la question de la participation de B306 au passage de clandestins n'a pas fait l'objet d'une décision définitive lors de l'audience sur la détention ou la mise en liberté et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire que le commissaire qui présidait l'audience sur l'interdiction de territoire de B306 examine cette décision.

Conclusions

[140] Pour les motifs susmentionnés, j'accueillerais chaque appel, j'annulerais les trois jugements de la Cour fédérale et, rendant les jugements qui auraient dû être rendus, je rejetterais les trois demandes de contrôle judiciaire.

[141] I would answer as follows the questions certified by Mosley J. in the case concerning J.P. and G.J.:

Question 1: “For the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA is it appropriate to define the term ‘people smuggling’ by relying on section 117 of the same statute rather than a definition contained in an international instrument to which Canada is a signatory?”

Answer 1: Yes, for the reasons set out in the *B010* appeal decision.

Question 2: “Is the interpretation of paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, and in particular of the phrase ‘people smuggling’ therein, reviewable on the standard of correctness or reasonableness?”

Answer 2: The interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA by the Board is reviewable on a standard of reasonableness.

[142] I would answer as follows the first question certified by Gagné J. in the case concerning B306:

Question 1: “For the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, is it appropriate to define the term ‘people smuggling’ by relying on section 117 of the same statute rather than on a definition contained in an international instrument to which Canada is a signatory?”

Answer 1: Yes, for the reasons set out in the *B010* appeal decision.

[143] The second question certified by Gagné J. is as follows:

Question 2: “For the application of paragraph 37(1)(b) and section 117 of the IRPA, is there a distinction to be made between aiding and abetting the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by the IRPA, as opposed to aiding and abetting the

[141] Je répondrais comme suit aux questions certifiées par le juge Mosley dans l’affaire concernant J.P. et G.J. :

Question 1 : « Aux fins de l’alinéa 37(1)*b* de la LIPR, est-il approprié de définir l’expression “passage de clandestins” sur la base de l’article 117 de ladite loi plutôt que sur la base de la définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire? »

Réponse 1 : Oui, pour les motifs exposés dans l’arrêt *B010*.

Question 2 : « L’interprétation de l’alinéa 37(1)*b* de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et, en particulier, de l’expression “passage de clandestins” est-elle susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte ou selon la norme de la décision raisonnable? »

Réponse 2 : L’interprétation de l’alinéa 37(1)*b* de la LIPR par la Commission est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[142] Je répondrais comme suit à la première question certifiée par la juge Gagné dans l’affaire concernant B306 :

Question 1 : « Pour l’application de l’alinéa 37(1)*b* de la LIPR, est-il approprié de définir l’expression “passage de clandestins” en s’appuyant sur l’article 117 de la même loi plutôt que sur une définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire? »

Réponse 1 : Oui, pour les motifs exposés dans l’arrêt *B010*.

[143] Voici la seconde question certifiée par la juge Gagné :

Question 2 : « Pour l’application de l’alinéa 37(1)*b* et de l’article 117 de la LIPR, y a-t-il une distinction à faire entre aider et encourager l’entrée au Canada d’une ou plusieurs personnes qui ne sont pas munies d’un visa, passeport ou autre document exigé par la Loi, par opposition à aider et encourager les passeurs

smugglers while within a vessel and in the course of being smuggled? In other words, in what circumstances would the definition of people smuggling in paragraph 37(1)(b) of the IRPA extend to the offences referred to in section 131 of the IRPA?”

The appellant deemed the question to be too broad and refused to make submissions on it, while none of the respondents addressed the question in either their written or oral submissions. It is consequently not appropriate for this Court to answer this question.

[144] Finally, I would answer the questions certified by Zinn J. as follows in the case concerning Mr. Hernandez:

Question 1: “Is the interpretation of paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, SC 2001, c 27, and in particular the phrase ‘people smuggling’ therein, by the Immigration and Refugee Board, Immigration Division, reviewable on the standard of correctness or reasonableness?”

Answer 1: The interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA by the Board is reviewable on a standard of reasonableness.

Question 2: “Does the phrase ‘people smuggling’ in paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, SC 2001, c 27, require that it be done by the smuggler in order to obtain, ‘directly or indirectly, a financial or other material benefit’ as is required in the *Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*?”

Answer 2: No.

SHARLOW J.A.: I agree.

NEAR J.A.: I agree.

à bord d’un navire en cours de passage clandestin? Autrement dit, dans quelles circonstances la définition de passage de clandestins à l’alinéa 37(1)b) de la LIPR s’étendrait-elle aux infractions visées à l’article 131 de la LIPR? »

L’appelant a jugé que la question avait une portée trop vaste et il a refusé de formuler des observations à son sujet; de plus, aucun des intimés ne l’a abordée dans ses observations écrites ou orales. Il ne convient donc pas que la Cour réponde à cette question.

[144] Enfin, je répondrais comme suit aux questions certifiées par le juge Zinn dans l’affaire relative à M. Hernandez :

Question 1 : « L’interprétation de l’alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, et plus particulièrement de l’expression “passage de clandestins” figurant dans ledit alinéa, faite par la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié est-elle susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte ou selon la norme de la décision raisonnable? »

Réponse 1 : L’interprétation de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR par la Commission est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

Question 2 : « L’expression “passage de clandestins” figurant à l’alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l’immigration et a protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, doit-elle nécessairement être exécutée par le passeur en vue d’en tirer, “directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel”, aux termes du *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*? »

Réponse 2 : Non.

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

LE JUGE Near, J.C.A. : Je suis d’accord.

SCHEDULE

ANNEXE

Extracts from the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27:

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

	3. ...		3. [...]	
Application	(3) This Act is to be construed and applied in a manner that		(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :	Interprétation et mise en œuvre
	...		[...]	
	(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.		f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.	
	...		[...]	
Application before entering 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.		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.	Visa et documents
	...		[...]	
Rules of interpretation	33. The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.		33. Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.	Interprétation
	...		[...]	
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
	...		[...]	
	(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;	
	...		[...]	

Organized criminality	<p>37. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for</p> <p>(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or</p> <p>(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.</p>	<p>37. (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :</p> <p>a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;</p> <p>b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.</p>	Activités de criminalité organisée
Application	<p>(2) Paragraph (1)(a) does not lead to a determination of inadmissibility by reason only of the fact that the permanent resident or foreign national entered Canada with the assistance of a person who is involved in organized criminal activity.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>(2) Les faits visés à l'alinéa (1)a) n'emportent pas interdiction de territoire pour la seule raison que le résident permanent ou l'étranger est entré au Canada en ayant recours à une personne qui se livre aux activités qui y sont visées.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Application
Exception — Application to Minister	<p>42.1 (1) The Minister may, on application by a foreign national, declare that the matters referred to in section 34, paragraphs 35(1)(b) and (c) and subsection 37(1) do not constitute inadmissibility in respect of the foreign national if they satisfy the Minister that it is not contrary to the national interest.</p>	<p>42.1 (1) Le ministre peut, sur demande d'un étranger, déclarer que les faits visés à l'article 34, aux alinéas 35(1)b) ou c) ou au paragraphe 37(1) n'emportent pas interdiction de territoire à l'égard de l'étranger si celui-ci le convainc que cela ne serait pas contraire à l'intérêt national.</p>	Exception — demande au ministre
Exception — Minister's own initiative	<p>(2) The Minister may, on the Minister's own initiative, declare that the matters referred to in section 34, paragraphs 35(1)(b) and (c) and subsection 37(1) do not constitute inadmissibility in respect of a foreign national if the Minister is satisfied that it is not contrary to the national interest.</p>	<p>(2) Le ministre peut, de sa propre initiative, déclarer que les faits visés à l'article 34, aux alinéas 35(1)b) ou c) ou au paragraphe 37(1) n'emportent pas interdiction de territoire à l'égard de tout étranger s'il est convaincu que cela ne serait pas contraire à l'intérêt national.</p>	Exception — à l'initiative du ministre

Considerations	<p>(3) In determining whether to make a declaration, the Minister may only take into account national security and public safety considerations, but, in his or her analysis, is not limited to considering the danger that the foreign national presents to the public or the security of Canada.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>(3) Pour décider s'il fait la déclaration, le ministre ne tient compte que de considérations relatives à la sécurité nationale et à la sécurité publique sans toutefois limiter son analyse au fait que l'étranger constitue ou non un danger pour le public ou la sécurité du Canada.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Considérations
Preparation of report	<p>44. (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.</p>	<p>44. (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.</p>	Rapport d'interdiction de territoire
Referral or removal order	<p>(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Suivi
Decision	<p>45. The Immigration Division, at the conclusion of an admissibility hearing, shall make one of the following decisions:</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(d) make the applicable removal order against a foreign national who has not been authorized to enter Canada, if it is not satisfied that the foreign national is not inadmissible, or against a foreign national who has been authorized to enter Canada or a permanent resident, if it is satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>45. Après avoir procédé à une enquête, la Section de l'immigration rend telle des décisions suivantes :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>d) prendre la mesure de renvoi applicable contre l'étranger non autorisé à entrer au Canada et dont il n'est pas prouvé qu'il n'est pas interdit de territoire, ou contre l'étranger autorisé à y entrer ou le résident permanent sur preuve qu'il est interdit de territoire.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Décision
Person in need of protection	<p>97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally</p>	<p>97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :</p>	Personne à protéger

	(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or	<i>a)</i> soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;	
	(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if	<i>b)</i> soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :	
	(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,	(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,	
	(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,	(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,	
	(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and	(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,	
	(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.	(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.	
	...	[...]	
Claim	99. (1) A claim for refugee protection may be made in or outside Canada.	99. (1) La demande d'asile peut être faite à l'étranger ou au Canada.	Demande
	...	[...]	
	100. ...	100. [...]	
Decision	(2) The officer shall suspend consideration of the eligibility of the person's claim if	(2) L'agent sursoit à l'étude de la recevabilité dans les cas suivants :	Sursis pour décision
	(a) a report has been referred for a determination, at an admissibility hearing, of whether the person is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality; or	<i>a)</i> le cas a déjà été déféré à la Section de l'immigration pour constat d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée;	
	(b) the officer considers it necessary to wait for a decision of a court with respect to a claimant who is charged with an offence under an Act of Parliament that is punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.	<i>b)</i> il l'estime nécessaire, afin qu'il soit statué sur une accusation pour infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.	
	...	[...]	

Ineligibility	<p>101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p><i>f)</i> the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>101. (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p><i>f)</i> prononcé d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux — exception faite des personnes interdites de territoire au seul titre de l'alinéa 35(1)c) —, grande criminalité ou criminalité organisée.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Irrecevabilité
Suspension	<p>103. (1) Proceedings of the Refugee Protection Division in respect of a claim for refugee protection are suspended on notice by an officer that</p> <p><i>a)</i> the matter has been referred to the Immigration Division to determine whether the claimant is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality; or</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>103. (1) La Section de la protection des réfugiés sursoit à l'étude de la demande d'asile sur avis de l'agent portant que :</p> <p><i>a)</i> le cas a été déféré à la Section de l'immigration pour constat d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée;</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Sursis
Application for protection	<p>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).</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>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).</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Demande de protection
Restriction	<p>(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person</p> <p><i>a)</i> is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :</p> <p><i>a)</i> il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Restriction
Consideration of application	<p>113. Consideration of an application for protection shall be as follows:</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>113. Il est disposé de la demande comme il suit :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Examen de la demande

	<p>(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3) — other than one described in subparagraph (e)(i) or (ii) — consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and</p> <p>(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</p> <p>(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;</p> <p>...</p>	<p>d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3) — sauf celui visé au sous-alinéa e)(i) ou (ii) —, sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :</p> <p>(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,</p> <p>(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;</p> <p>[...]</p>	
Effect of decision	<p>114. (1) A decision to allow the application for protection has</p> <p>...</p>	<p>114. (1) La décision accordant la demande de protection 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.</p>	Effet de la décision
	<p>(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.</p> <p>...</p>	<p>[...]</p>	
Protection	<p>115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.</p>	<p>115. (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.</p>	Principe
Exceptions	<p>(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person</p> <p>(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or</p>	<p>(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :</p> <p>a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;</p>	Exclusion

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

Removal of
refugee

(3) A person, after a determination under paragraph 101(1)(e) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

(3) Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)e), être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

Renvoi de
réfugié

...

[...]

Organizing
entry into
Canada

117. (1) No person shall organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons knowing that, or being reckless as to whether, their coming into Canada is or would be in contravention of this Act.

117. (1) Il est interdit à quiconque d'organiser l'entrée au Canada d'une ou de plusieurs personnes ou de les inciter, aider ou encourager à y entrer en sachant que leur entrée est ou serait en contravention avec la présente loi ou en ne se souciant pas de ce fait.

Entrée
illégalé

NOTE: THE PRIOR VERSION OF THE SUBSECTION READ AS FOLLOWS:

NOTE : LA VERSION ANTÉRIEURE ÉTAIT RÉDIGÉE COMME SUIT :

Organizing
entry into
Canada

117. (1) No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

117. (1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

Entrée
illégalé

...

[...]

Deferral

133. A person who has claimed refugee protection, and who came to Canada directly or indirectly from the country in respect of which the claim is made, may not be charged with an offence under section 122, paragraph 124(1)(a) or section 127 of this Act or under section 57, paragraph 340(c) or section 354, 366, 368, 374 or 403 of the *Criminal Code*, in relation to the coming into Canada of the person, pending disposition of their claim for refugee protection or if refugee protection is conferred.

133. L'auteur d'une demande d'asile ne peut, tant qu'il n'est statué sur sa demande, ni une fois que l'asile lui est conféré, être accusé d'une infraction visée à l'article 122, à l'alinéa 124(1)a) ou à l'article 127 de la présente loi et à l'article 57, à l'alinéa 340c) ou aux articles 354, 366, 368, 374 ou 403 du *Code criminel*, dès lors qu'il est arrivé directement ou indirectement au Canada du pays duquel il cherche à être protégé et à la condition que l'infraction ait été commise à l'égard de son arrivée au Canada.

Immunité

Extracts from the *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*:

Article 1. Relation with the United Nations Convention against Transnational Organized Crime

1. This Protocol supplements the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. It shall be interpreted together with the Convention.

...

Article 2. Statement of purpose

The purpose of this Protocol is to prevent and combat the smuggling of migrants, as well as to promote cooperation among States Parties to that end, while protecting the rights of smuggled migrants.

Article 3. Use of terms

For the purposes of this Protocol:

(a) “Smuggling of migrants” shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident;

(b) “Illegal entry” shall mean crossing borders without complying with the necessary requirements for legal entry into the receiving State;

...

Article 5. Criminal liability of migrants

Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol.

Article 6. Criminalization

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit:

(a) The smuggling of migrants;

...

Extraits du *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* :

Article premier. Relation avec la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

1. Le présent Protocole complète la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Il est interprété conjointement avec la Convention.

[...]

Article 2. Objet

Le présent Protocole a pour objet de prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objet d'un tel trafic.

Article 3. Terminologie

Aux fins du présent Protocole:

a) L'expression « trafic illicite de migrants » désigne le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État;

b) L'expression « entrée illégale » désigne le franchissement de frontières alors que les conditions nécessaires à l'entrée légale dans l'État d'accueil ne sont pas satisfaites;

[...]

Article 5. Responsabilité pénale des migrants

Les migrants ne deviennent pas passibles de poursuites pénales en vertu du présent Protocole du fait qu'ils ont été l'objet des actes énoncés à son article 6.

Article 6. Incrimination

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement et pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel:

a) Au trafic illicite de migrants;

[...]

4. Nothing in this Protocol shall prevent a State Party from taking measures against a person whose conduct constitutes an offence under its domestic law.

4. Aucune disposition du présent Protocole n'empêche un État Partie de prendre des mesures contre une personne dont les actes constituent, dans son droit interne, une infraction.

Extracts from the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*:

Extraits de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* :

Article 3. Scope of application

Article 3. Champ d'application

...

[...]

2. For the purpose of paragraph 1 of this article, an offence is transnational in nature if:

2. Aux fins du paragraphe 1 du présent article, une infraction est de nature transnationale si :

(a) It is committed in more than one State;

a) Elle est commise dans plus d'un État;

(b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State;

b) Elle est commise dans un État mais qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État;

(c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or

c) Elle est commise dans un État mais implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État; ou

(d) It is committed in one State but has substantial effects in another State.

d) Elle est commise dans un État mais a des effets substantiels dans un autre État.

...

[...]

Article 34. Implementation of the Convention

Article 34. Application de la Convention

...

[...]

3. Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating transnational organized crime.

3. Chaque État Partie peut adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée.

Extracts from the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*:

Extraits de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* :

Article 31

Article 31

Refugees Unlawfully in the Country of Refugee

Réfugiés en Situation Irrégulière dans le Pays d'Accueil

1. The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of Article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present

1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous

themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.

2. The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall only be applied until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country. The Contracting States shall allow such refugees a reasonable period and all the necessary facilities to obtain admission into another country.

...

Article 33

Prohibition of Expulsion or Return ("Refoulement")

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières.

2. Les États Contractants n'appliqueront aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires; ces restrictions seront appliquées seulement en attendant que le statut de ces réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays. En vue de cette dernière admission les États Contractants accorderont à ces réfugiés un délai raisonnable ainsi que toutes facilités nécessaires.

[...]

Article 33

Défense d'Expulsion et de Refoulement

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

T-253-12
2013 FC 576

T-253-12
2013 CF 576

Hong Ying Huang (*Applicant*)

Hong Ying Huang (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: HUANG v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : HUANG c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Crampton C.J.—Vancouver, February 18; Ottawa, May 29, 2013.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Vancouver, 18 février; Ottawa, 29 mai 2013.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from decision by Citizenship Judge denying application for citizenship — Applicant applying for citizenship after several trips between Canada, China — Citizenship Judge applying test in Koo (Re), concluding, inter alia, applicant's home in China, applicant falling short of required days specified in Citizenship Act, s. 5(1)(c) — Whether Citizenship Judge entitled to apply Koo test — Citizenship Judge not erring in applying Koo test — Citizenship judges able to apply any of three citizenship tests — Approach requiring blending of two or more tests inconsistent with case law — Open to citizenship judges to terminate assessment under s. 5(1)(c) upon concluding that applicants not meeting "physical presence" test — Here, Citizenship Judge deciding to apply Koo test — At liberty to do so — Citizenship Judge's conclusion that applicant not satisfying Koo test reasonable — Not unreasonable to fail to infer that applicant in Canada during disputed period simply because applicant not in China — Exit stamp from China in passport not reliable proof of travels in, out of Canada — Citizenship Judge also reasonably concluding applicant's documentation not establishing presence in Canada — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel d'une décision par une juge de la citoyenneté qui a refusé une demande de citoyenneté — La demanderesse a fait une demande de citoyenneté après avoir fait la navette plusieurs fois entre le Canada et la Chine — La juge de la citoyenneté a appliqué le critère énoncé dans le jugement Koo (Re) et en est arrivée à la conclusion, entre autres, que le pays de la demanderesse est la Chine et qu'il lui manquait des jours pour satisfaire à l'exigence prévue à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté — Il s'agissait de savoir si la juge de la citoyenneté avait le droit d'appliquer le critère énoncé dans le jugement Koo — La juge de la citoyenneté n'a pas commis d'erreur de droit en appliquant le critère énoncé dans le jugement Koo — Les juges de la citoyenneté peuvent appliquer l'un des trois critères de la citoyenneté — La démarche qui exige un mélange d'au moins deux des trois critères susmentionnés est incompatible avec la jurisprudence — Il est loisible au juge de la citoyenneté de mettre fin à l'analyse prévue à l'art. 5(1)c) dès lors qu'il estime que le demandeur ne satisfait pas au critère de la « présence effective » — En l'espèce, la juge de la citoyenneté a décidé d'appliquer le critère du jugement Koo — Il lui était loisible de le faire — La conclusion de la juge de la citoyenneté selon laquelle la demanderesse ne satisfait pas au critère énoncé dans le jugement était raisonnable — Il n'était pas déraisonnable de ne pas en inférer que la demanderesse se trouvait au Canada au cours de la période contestée tout simplement parce qu'elle n'était pas en Chine — Le timbre de sortie de la Chine qui se trouve dans son passeport ne constitue pas une preuve fiable des voyages à destination ou en partance du Canada — De plus, la juge de la citoyenneté a raisonnablement conclu que les documents sur lesquels la demanderesse se fondait ne démontrent pas sa présence au Canada — Appel rejeté.

This was an appeal from a decision by a citizenship judge denying the applicant's application for citizenship.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision d'une juge de la citoyenneté qui a refusé la demande de citoyenneté de la demanderesse.

The applicant, a citizen of China, arrived in Canada on an investor class visa. She applied for Canadian citizenship after several trips back and forth between Canada and China. The Citizenship Judge, in applying the test established by the Court in *Koo (Re)*, concluded, *inter alia*, that the applicant's travel history reflected that her home is in China; that she visited Canada for the purpose of giving birth to two of her children here; and that she fell 54 days short of the 1 095 days specified in paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act*.

The applicant submitted, *inter alia*, that the Citizenship Judge erred by applying the *Koo* test rather than the "physical presence" test; misapprehended the evidentiary record, and thus unreasonably concluded that she had not satisfied the test for citizenship.

The main issue was whether the Citizenship Judge was entitled to apply the test articulated in *Koo (Re)*.

Held, the appeal should be dismissed.

The Citizenship Judge did not err by applying the *Koo* test. The three established tests for citizenship are the "centralized mode of living" test, the *Koo* test (which focuses upon where the applicant "regularly, normally or customarily lives") and the "physical presence" test. A reasonable interpretation of this Court's case law is that the law as articulated in *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* has not changed with respect to a citizenship judge's ability to apply any one of those tests. An approach that would require a blending of two or more of the aforementioned tests is not supported by the case law. If a citizenship judge decides to apply the "physical presence" test and concludes that the applicant did not meet it, it would be inconsistent with a fair reading of the main branches of the Court's case law for the citizenship judge to be required to then apply the *Koo* test or the "centralized mode of living" test. This would effectively require a citizenship judge to give the applicant "two kicks at the can". In the present state of the Court's case law, it would be reasonably open to citizenship judges to terminate the assessment under paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act* upon concluding that applicants had not met the "physical presence" test. In the present case, the Citizenship Judge decided to not apply the physical presence test after concluding that she was not satisfied that the information provided by the applicant accurately reflected the number of days that she was, in fact, physically present in Canada. She therefore decided to apply the *Koo* test. Under the longstanding case law of the Court, she was at liberty to do so.

La demanderesse, une citoyenne de la Chine, est arrivée au Canada munie d'un visa délivré dans la catégorie des investisseurs. Après avoir fait la navette plusieurs fois entre le Canada et la Chine, la demanderesse a demandé la citoyenneté canadienne. En décidant d'appliquer le critère du jugement *Koo (Re)*, la juge de la citoyenneté a conclu, entre autres, que l'historique des voyages effectués par la demanderesse démontre que son pays est la Chine et qu'elle était en visite au Canada pour donner naissance à deux de ses enfants; en outre, il lui manquait 54 jours pour satisfaire à l'exigence des 1 095 jours prévus à l'alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*.

La demanderesse a fait valoir, entre autres, que la juge de la citoyenneté a commis une erreur en appliquant le critère énoncé dans le jugement *Koo*, plutôt que celui de la « présence effective »; qu'elle s'est méprise sur plusieurs aspects du dossier de la preuve, et qu'elle a par conséquent conclu que la demanderesse n'avait pas satisfait aux critères de la citoyenneté.

Il s'agissait principalement de savoir si la juge de la citoyenneté avait le droit d'appliquer le critère énoncé dans le jugement *Koo (Re)*.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La juge de la citoyenneté n'a pas commis d'erreur dans la façon dont elle a appliqué le critère énoncé dans le jugement *Koo*. Les trois critères établis en matière de citoyenneté sont le critère du « mode d'existence centralisé », le critère du jugement *Koo* (qui est axé sur la question de savoir où l'intéressé « vit régulièrement, normalement ou habituellement ») et le critère de la « présence effective ». On peut raisonnablement interpréter la jurisprudence de la Cour en tenant pour acquis que l'état du droit tel qu'exposé dans le jugement *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* n'a pas changé en ce qui concerne la capacité des juges de la citoyenneté d'appliquer l'un des trois critères de la citoyenneté susmentionnés. La jurisprudence n'appuie pas une démarche qui exigerait effectivement un mélange d'au moins deux des trois critères susmentionnés. Si un juge de la citoyenneté décide d'appliquer le critère de la « présence effective » et conclut que le demandeur en question ne satisfait pas à ce critère, il serait contraire à l'interprétation logique des principaux courants jurisprudentiels de la Cour qu'un juge de la citoyenneté soit obligé d'appliquer ensuite le critère du jugement *Koo* ou encore le « critère du mode de vie centralisé ». Agir ainsi obligerait en fait un juge de la citoyenneté de permettre au demandeur de tenter sa chance deux fois. Suivant l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, il serait raisonnablement loisible au juge de la citoyenneté de mettre fin à l'analyse prévue à l'alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté* dès lors qu'il estime que le demandeur ne satisfait pas au critère de la « présence effective ». En l'espèce, la juge

The Citizenship Judge's conclusion that the applicant did not satisfy the *Koo* test for citizenship was well within the range of possible, acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and law. It was not unreasonable for the Citizenship Judge to fail to infer that the applicant was in Canada during the disputed period, simply because the applicant was not in China. The burden was on the applicant to establish, on a balance of probabilities, the number of days that she was in Canada. The exit stamp from China in her passport was not reliable proof of her travels in and out of Canada. The Citizenship Judge also reasonably concluded that the principal documentation that the applicant relied upon to establish her presence in Canada did not establish such presence.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Citizenship Act, R.S.C., 1985 c. C-29, ss. 5, 14(6), 20.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.3(1), 27(1)(d).

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.); *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 7776, 164 F.T.R. 177 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Martinez-Caro v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 640, 391 F.T.R. 138; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Takla*, 2009 FC 1120, 359 F.T.R. 248; *Papadogiorgakis (In re) and in re Citizenship Act*, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.); *Pourghasemi (Re)* (1993), 62 F.T.R. 122 (F.C.T.D.).

de la citoyenneté a décidé de ne pas appliquer le critère de la présence effective après avoir estimé qu'elle n'était pas convaincue que les renseignements fournis par la demanderesse correspondaient avec exactitude au nombre de jours où elle avait effectivement été présente au Canada. Elle a par conséquent décidé d'appliquer le critère du jugement *Koo*. Suivant la jurisprudence constante de la Cour, il lui était parfaitement loisible de le faire.

La conclusion de la juge de la citoyenneté selon laquelle la demanderesse ne satisfaisait pas au critère de citoyenneté du jugement *Koo* appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Il n'était pas déraisonnable de la part de la juge de la citoyenneté de ne pas en inférer que la demanderesse se trouvait au Canada au cours de la période contestée tout simplement parce qu'elle n'était pas en Chine. Il incombait à la demanderesse de démontrer, suivant la prépondérance de la preuve, le nombre de jours qu'elle se trouvait au Canada. Le timbre de sortie de la Chine ne constituait pas une preuve fiable de ses voyages en partance et à destination du Canada. La juge de la citoyenneté a raisonnablement conclu que les principaux documents sur lesquels la demanderesse se fondait pour démontrer sa présence au Canada n'établissaient pas cette présence.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5, 14(6), 20.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.3(1), 27(1)d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1^{re} inst.); *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 7776 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Martinez-Caro c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 640; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Takla*, 2009 CF 1120; *Papadogiorgakis (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1978] 2 C.F. 208 (1^{re} inst.); *Pourghasemi (Re)*, [1993] A.C.F. n° 232 (1^{re} inst.) (QL).

REFERRED TO:

Harry (Re), 1998 CanLII 7442, 144 F.T.R. 141 (F.C.T.D.); *Imran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 756, 413 F.T.R. 138; *Hao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 46, 383 F.T.R. 125; *Ghaedi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 85, 332 D.L.R. (4th) 169; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *El-Khader v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 328, 386 F.T.R. 142; *Dachan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 538; *Sarvarian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1117; *Shubeilat v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1260, 381 F.T.R. 63; *Cardin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 29, 382 F.T.R. 164; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Saad*, 2011 FC 1508, 404 F.T.R. 9; *Murphy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 482, 98 Imm. L.R. (3d) 243; *Alinaghizadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 332, 386 F.T.R. 150; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Abdallah*, 2012 FC 985, 417 F.T.R. 13; *Zhou v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 19, 425 F.T.R. 73; *Al Khoury v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 536; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Dabbous*, 2012 FC 1359, 421 F.T.R. 262; *Ghosh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 282, 429 F.T.R. 150; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Elzubair*, 2010 FC 298; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Salim*, 2010 FC 975, 92 Imm. L.R. (3d) 196; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Nandre*, 2003 FCT 650, 234 F.T.R. 245; *Mizani v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 698; *Eltom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1555, 284 F.T.R. 139; *Hernando Paez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 204; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Carmolinga-Posch*, 2009 FC 613, 347 F.T.R. 37; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Zhang*, 2011 FC 844, 393 F.T.R. 252; *McIlroy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 685.

APPEAL from a decision by a citizenship judge denying the applicant's application for citizenship. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Lawrence Wong for applicant.
Hilla Aharon for respondent.

DÉCISIONS CITÉES :

Harry (Re), 1998 CanLII 7442 (C.F. 1^{re} inst.); *Imran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 756; *Hao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 46; *Ghaedi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 85; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *El-Khader c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 328; *Dachan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 538; *Sarvarian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1117; *Shubeilat c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1260; *Cardin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 29; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Saad*, 2011 CF 1508; *Murphy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 482; *Alinaghizadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 332; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Abdallah*, 2012 CF 985; *Zhou c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 19; *Al Khoury c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 536; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Dabbous*, 2012 CF 1359; *Ghosh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 282; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Elzubair*, 2010 CF 298; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Salim*, 2010 CF 975; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Nandre*, 2003 CFPI 650; *Mizani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 698; *Eltom c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)*, 2005 CF 1555; *Hernando Paez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 204; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Carmolinga-Posch*, 2009 CF 613; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Zhang*, 2011 CF 844; *McIlroy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 685.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de la citoyenneté qui a refusé la demande de citoyenneté de la demanderesse. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Lawrence Wong pour la demanderesse.
Hilla Aharon pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Lawrence Wong & Associates, Vancouver, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] CRAMPTON C.J.: This case is yet another example of why something needs to be done to address the unacceptable state of affairs concerning the test for citizenship in this country.

[2] The optimal resolution of this state of affairs would be for Parliament to legislate a clearer test for citizenship under the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985 c. C-29. The Court has noted this on several occasions (see, for example, *Harry (Re)*, 1998 CanLII 7442, 144 F.T.R. 141 (F.C.T.D.), at paragraphs 15–26; *Imran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 756, 413 F.T.R. 138 (*Imran*), at paragraph 32; *Hao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 46, 383 F.T.R. 125 (*Hao*), at paragraph 50; and *Ghaedi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 85, 332 D.L.R. (4th) 169, at paragraph 16). Another potential approach would be for a citizenship judge to bring a reference to the Court under subsection 18.3(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (FC Act). Among other things, this would provide an opportunity for the issue to then be brought before the Federal Court of Appeal, pursuant to paragraph 27(1)(d) of the FC Act, to finally settle the divergence in this Court’s jurisprudence that has persisted now for several decades.

1. Overview

[3] The applicant, Ms. Huang, is appealing an adverse determination by a citizenship judge of her application for citizenship.

[4] Ms. Huang submits that the Citizenship Judge erred by:

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Lawrence Wong & Associates, Vancouver, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE EN CHEF CRAMPTON : La présente affaire n’est qu’un autre exemple qui illustre l’urgence de faire quelque chose pour régler la situation inacceptable actuelle concernant le critère qui est présentement appliqué au Canada en matière d’attribution de la citoyenneté.

[2] La solution idéale consisterait pour le législateur fédéral à intervenir en définissant un critère de citoyenneté plus clair dans la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29. C’est la solution que notre Cour a préconisée à plusieurs reprises (voir, par exemple, l’affaire *Harry (Re)*, 1998 CanLII 7442 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 15 à 26; *Imran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 756 (*Imran*), au paragraphe 32; *Hao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 46 (*Hao*), au paragraphe 50; et *Ghaedi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 85, au paragraphe 16). Une autre approche pourrait consister pour un juge de la citoyenneté à renvoyer la question à la Cour conformément au paragraphe 18.3(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la Loi sur les CF). Cette façon de procéder permettrait notamment de renvoyer ensuite la question à la Cour d’appel fédérale en vertu de l’alinéa 27(1)d) de la Loi sur les CF pour régler une fois pour toutes la divergence qui existe dans la jurisprudence de notre Cour depuis plusieurs décennies à ce sujet.

1. Vue d’ensemble

[3] La demanderesse, M^{me} Huang, interjette appel de la décision défavorable qu’une juge de la citoyenneté a rendue en réponse à sa demande de citoyenneté.

[4] M^{me} Huang affirme que la juge de la citoyenneté a commis les erreurs suivantes :

- | | |
|--------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| i. breaching the principles of procedural fairness in handling her case; | i. elle a manqué aux principes d'équité procédurale dans la façon dont elle a traité son dossier; |
| ii. failing to properly assess her residence in Canada; and | ii. elle n'a pas apprécié correctement la preuve sur l'obligation de résidence au Canada; |
| iii. failing to properly assess her proficiency in English. | iii. elle n'a pas apprécié correctement ses compétences linguistiques en anglais. |

[5] I disagree. For the reasons that follow, this appeal is dismissed.

[5] Je ne suis pas du même avis que la demanderesse. Pour les motifs qui suivent, le présent appel est rejeté.

2. Background Facts

2. Faits à l'origine du litige

[6] Ms. Huang is a citizen of China. She arrived in Canada on February 26, 2005, on an investor class visa.

[6] M^{me} Huang est une citoyenne de la Chine. Elle est arrivée au Canada le 26 février 2005 munie d'un visa délivré dans la catégorie des investisseurs.

[7] After several trips back and forth between Canada and China, including two in which she gave birth to a child here, she applied for Canadian citizenship on August 6, 2009.

[7] Après avoir fait la navette plusieurs fois entre le Canada et la Chine, et notamment après être venue deux fois au Canada pour accoucher, la demanderesse a demandé la citoyenneté canadienne le 6 août 2009.

[8] Accordingly, the relevant period (relevant period) for the purposes of calculating her residence was from August 6, 2005 to August 6, 2009.

[8] Par conséquent, la période applicable pour calculer sa résidence est celle comprise entre le 6 août 2005 et le 6 août 2009.

3. Relevant legislation

3. Dispositions législatives applicables

[9] Subsection 5(1) of the *Citizenship Act* sets forth a conjunctive test for citizenship. That provision states:

[9] Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la citoyenneté* énonce un critère cumulatif en matière de citoyenneté. Il dispose :

Grant of citizenship

5. (1) The Minister shall grant citizenship to any person who

(a) makes application for citizenship;

(b) is eighteen years of age or over;

(c) is a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and has, within the four years immediately preceding the date of his or her application, accumulated at least three years of residence in Canada calculated in the following manner:

5. (1) Le ministre attribue la citoyenneté à toute personne qui, à la fois :

(a) en fait la demande;

(b) est âgée d'au moins dix-huit ans;

(c) est un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et a, dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout, la durée de sa résidence étant calculée de la manière suivante :

Attribution de la citoyenneté

(i) for every day during which the person was resident in Canada before his lawful admission to Canada for permanent residence the person shall be deemed to have accumulated one-half of a day of residence, and

(ii) for every day during which the person was resident in Canada after his lawful admission to Canada for permanent residence the person shall be deemed to have accumulated one day of residence;

(d) has an adequate knowledge of one of the official languages of Canada;

(e) has an adequate knowledge of Canada and of the responsibilities and privileges of citizenship; and

(f) is not under a removal order and is not the subject of a declaration by the Governor in Council made pursuant to section 20.

(i) un demi-jour pour chaque jour de résidence au Canada avant son admission à titre de résident permanent,

(ii) un jour pour chaque jour de résidence au Canada après son admission à titre de résident permanent;

d) a une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada;

e) a une connaissance suffisante du Canada et des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté;

f) n'est pas sous le coup d'une mesure de renvoi et n'est pas visée par une déclaration du gouverneur en conseil faite en application de l'article 20.

[10] Pursuant to subsection 14(6), and subject to section 20 (which is not relevant to this case), no appeal lies from a decision of this Court on an appeal from a decision of a citizenship judge.

4. Standard of Review

[11] The issue that has been raised with respect to procedural fairness is reviewable on a standard of correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 55 and 79; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43).

[12] The issue that has been raised with respect to the Citizenship Judge's assessment of Ms. Huang's residence in Canada has two prongs. Generally speaking, the first prong concerns the legal test for citizenship, namely, whether it was open to the Citizenship Judge to apply a particular test. That is a question of law which concerns the interpretation of section 5 of the *Citizenship Act* and this Court's jurisprudence.

[10] Aux termes du paragraphe 14(6) et sous réserve de l'article 20 — lequel ne s'applique pas dans le cas qui nous occupe — la décision de la Cour rendue sur l'appel d'une décision d'un juge de la citoyenneté est définitive et non susceptible d'appel.

4. Norme de contrôle applicable

[11] La question soulevée en l'espèce au sujet de l'équité procédurale est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 55 et 79; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43).

[12] La question soulevée relativement à l'appréciation que la juge de la citoyenneté a faite de la période de résidence de M^{me} Huang au Canada comporte deux volets. En règle générale, le premier volet porte sur le critère légal de la citoyenneté, en l'occurrence la question de savoir s'il était loisible au juge de la citoyenneté d'appliquer un critère déterminé. Il s'agit d'une question de droit qui porte sur l'interprétation de l'article 5

[13] In interpreting the *Citizenship Act*, a citizenship judge is interpreting either his or her “home statute” or a statute closely connected with the judge’s function, and with which he or she can be presumed to have particular familiarity. The Supreme Court of Canada’s jurisprudence teaches that, absent exceptional circumstances, determinations reached by administrative tribunals in this context should be presumed to be reviewable on a standard of reasonableness (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), at paragraph 34).

[14] One such exceptional circumstance is where the question of law is “of central importance to the legal system as a whole and ... outside the adjudicator’s expertise” (*Alberta Teachers*, above, at paragraphs 30, 34 and 43). In *Martinez-Caro v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 640, 391 F.T.R. 138 (*Martinez*), at paragraph 38, Justice Rennie concluded, in *obiter*, that the interpretation of section 5 of the *Citizenship Act* is such a question. While I am very sympathetic to his reasoning, I am reluctant to embrace it because the Supreme Court subsequently noted that it had yet to encounter the type of exceptional situation involving statutory interpretation that would merit review on a standard of correctness (*Alberta Teachers*, above, at paragraph 34; see also *Hao*, above, at paragraph 39).

[15] As noted above, the issue of the legal test for citizenship concerns not only the interpretation of paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act*, but also the interpretation of this Court’s extensive jurisprudence on this issue.

[16] The specific question of law that has been raised by Ms. Huang is whether the Citizenship Judge was

de la *Loi sur la citoyenneté* et sur la jurisprudence de notre Cour.

[13] Lorsqu’il interprète la *Loi sur la citoyenneté*, le juge de la citoyenneté interprète « sa propre loi constitutive » ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il est présumé avoir une connaissance approfondie. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada nous enseigne que, sauf situation exceptionnelle, il convient de présumer que les conclusions tirées en pareil cas par un tribunal administratif commandent la déférence et sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), au paragraphe 34).

[14] Une des circonstances exceptionnelles en question se présente lorsque la question de droit « [revê]te une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble [...] et qui [est étrangère] au domaine d’expertise du décideur » (*Alberta Teachers*, précité, aux paragraphes 30, 34 et 43). Dans le jugement *Martinez-Caro c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 640 (*Martinez*), au paragraphe 38, le juge Rennie a fait observer à titre incident, que l’interprétation de l’article 5 de la *Loi sur la citoyenneté* correspondait à ce type de question. Bien que ce raisonnement paraisse séduisant à première vue, j’hésite à m’y rallier parce que la Cour suprême a par la suite fait observer qu’elle n’avait pas encore rencontré le type de situation exceptionnelle faisant appel à une interprétation législative qui justifierait un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte (*Alberta Teachers*, précité, au paragraphe 34; voir également le jugement *Hao*, précité, au paragraphe 39).

[15] Comme nous l’avons déjà fait observer, la question du critère légal de la citoyenneté concerne non seulement l’interprétation de l’alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*, mais aussi celle de l’abondante jurisprudence de notre Cour sur la question.

[16] La question de droit précise soulevée par M^{me} Huang est celle de savoir si la juge de la citoyenneté

entitled to apply the test articulated by this Court in *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (*Koo*), at pages 293 and 294.

[17] As discussed in part 5.B of these reasons below, the test set forth in *Koo*, above, is one of three tests for citizenship that have long been established in this Court's jurisprudence. It is a qualitative test that is similar to one of the other tests, and is very different from the third test (the "physical presence" test), which is quantitative in nature.

[18] These three tests continue to be embraced by this Court. The ongoing existence of this divergence of views within the Court reflects a very peculiar state of the law that developed and has persisted in part due to the fact that, pursuant to subsection 14(6) of the *Citizenship Act*, no appeal lies from a decision of this Court on an appeal from a decision of a citizenship judge.

[19] In *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 7776, 164 F.T.R. 177 (F.C.T.D.) (*Lam*), at paragraphs 11 and 32, Justice Lutfy, as he then was, took note of this "conflicting jurisprudence", which essentially pertains to the proper interpretation of paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act*. He observed, at paragraph 14, that "[t]he divergence of views, both in this Court and among Citizenship Judges, has brought uncertainty to the administration of justice in these matters." However, given that legislation which would have clarified the citizenship test was then pending, he concluded that, during the period of transition, deference should be accorded to a citizenship judge's choice of which of the three tests to apply, provided that he or she demonstrates an understanding of the case law and properly decides that the facts meet the test that has been applied (*Lam*, above, at paragraph 33).

[20] A decade later, in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Takla*, 2009 FC 1120, 359 F.T.R. 248 (*Takla*), at paragraph 44, Justice Mainville observed that

avait le droit d'appliquer le critère énoncé par notre Cour dans le jugement *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (*Koo*), aux pages 293 et 294.

[17] Comme nous le verrons plus loin à la partie 5.B des présents motifs, le critère énoncé dans le jugement *Koo*, précité, est l'un des trois critères de la citoyenneté établis depuis longtemps dans la jurisprudence de notre Cour. Il s'agit d'un critère qualitatif, qui ressemble à l'un des autres critères et qui est très différent du troisième critère, celui de la « présence effective », lequel est de nature quantitative.

[18] Notre Cour adhère toujours à ces trois critères. La divergence de vues qui continue à exister au sein de notre Cour s'explique par une situation très particulière qui s'est développée et qui persiste dans notre droit en partie en raison du fait qu'aux termes du paragraphe 14(6) de la *Loi sur la citoyenneté*, la décision que notre Cour rend sur l'appel d'une décision d'un juge de la citoyenneté est définitive et non susceptible d'appel.

[19] Dans le jugement *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 7776 (C.F. 1^{re} inst.) (*Lam*), aux paragraphes 11 et 32, le juge Lutfy, devenu par la suite juge en chef adjoint de la Cour fédérale, a pris acte de cette « jurisprudence contradictoire » qui portait essentiellement sur l'interprétation juste de l'alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*. Il a fait observer, au paragraphe 14, « [c]ette divergence de vues, tant au sein de la Cour que parmi les juges de la citoyenneté, est cause d'incertitude dans l'administration de la justice dans ce domaine ». Toutefois, compte tenu du fait que des mesures législatives qui auraient clarifié le critère de la citoyenneté étaient alors à l'étude, il a conclu que, pendant la période de transition, il convenait de faire preuve de déférence et de respecter le choix que les juges de la citoyenneté feraient du critère parmi les trois critères à appliquer, à condition que la décision du juge dénote une compréhension de la jurisprudence et qu'il ait décidé à bon droit que les faits satisfont sa conception du critère retenu (*Lam*, précité, au paragraphe 33).

[20] Une décennie plus tard, dans le jugement *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Takla*, 2009 CF 1120 (*Takla*), au paragraphe 44, le juge Mainville a fait

over the course of the intervening period the approach adopted by Justice Lutfy had been largely followed. However, after noting [at paragraph 45] that the decision in *Lam* had been “rendered in a situation that was perceived to be temporary given the statutory amendments that were under consideration at that time”, he concluded that the time had come to settle upon a single interpretation of paragraph 5(1)(c) if the *Citizenship Act*. To this end, and after observing that the test set forth in *Koo* had become the dominant test in this Court’s jurisprudence, he concluded that this test should henceforth be the sole test to be applied under paragraph 5(1)(c). He reached that conclusion notwithstanding his view that the “physical presence test”, discussed below, appears to have been contemplated by the clear wording of that provision.

[21] As it has turned out, Justice Mainville’s laudable “attempt to standardize the applicable law” (*Takla*, above, at paragraph 47), has not been successful. In short, while his view that the *Koo* test should be the sole standard has been endorsed in several subsequent decisions of this Court (see for example, the cases listed in *Hao*, above, at paragraph 42; and in *El-Khader v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 328, 386 F.T.R. 142 (*El-Khader*), at paragraph 17; see also *Imran*, above, at paragraph 32), a citizenship judge’s discretion to apply one of the other recognized tests has been upheld in several other decisions (see, for example, *Dachan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 538, at paragraph 19; *Sarvarian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1117, at paragraphs 8 and 9; *Shubeilat v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1260, 381 F.T.R. 63 (*Shubeilat*), at paragraphs 30–37; *Cardin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 29, 382 F.T.R. 164, at paragraph 18; *Hao*, above, at paragraphs 48–50; *El-Khader*, above, at paragraph 23; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Saad*, 2011 FC 1508, 404 F.T.R. 9 (*Saad*), at paragraph 14; *Murphy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 482, 98 Imm. L.R. (3d) 243, at paragraphs 6–8; *Alinaghizadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 332, 386 F.T.R. 150, at paragraph 28; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Abdallah*, 2012 FC 985, 417 F.T.R. 13 (*Abdallah*), at paragraph 14; *Zhou v. Canada (Citizenship and*

observer que, dans l’intervalle, la démarche proposée par le juge Lutfy avait été largement suivie. Toutefois, après avoir observé [au paragraphe 45] que cette décision avait été « rendue dans le cadre d’une situation qui était perçue comme transitoire vu les modifications législatives qui étaient alors à l’étude », il a conclu que le temps était venu de fixer une interprétation unique de l’alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*. À cette fin, et après avoir fait observer que le critère énoncé dans le jugement *Koo* était devenu le critère le plus souvent appliqué dans la jurisprudence de notre Cour, il a conclu que c’était dorénavant le seul critère qui devait être appliqué pour l’interprétation de l’alinéa 5(1)c). Il en est arrivé à cette conclusion malgré le fait qu’il estimait que le « critère de la présence effective », sur lequel nous reviendrons plus loin, semblait avoir été celui qu’envisageait le libellé clair de cette disposition.

[21] L’« effort d’uniformisation du droit applicable » entreprise par le juge Mainville, bien que louable, n’a pas produit les résultats escomptés (*Takla*, au paragraphe 47). En résumé, bien que dans plusieurs décisions subséquentes, notre Cour ait adopté l’opinion du juge Mainville suivant laquelle le critère du jugement *Koo* devait être la seule norme applicable (voir, par exemple, les décisions énumérées dans le jugement *Hao*, précité, au paragraphe 42; et dans le jugement *El-Khader c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 328 (*El-Khader*), au paragraphe 17; voir également *Imran*, précitée, au paragraphe 32), le pouvoir discrétionnaire qui permet au juge de la citoyenneté d’appliquer l’un des autres critères reconnus a été confirmé dans plusieurs autres décisions (voir, par exemple, *Dachan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 538, au paragraphe 19; *Sarvarian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1117, aux paragraphes 8 et 9; *Shubeilat c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1260 (*Shubeilat*), aux paragraphes 30 à 37; *Cardin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 29, au paragraphe 18; *Hao*, précité, aux paragraphes 48 à 50; *El-Khader*, précité, au paragraphe 23; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Saad*, 2011 CF 1508 (*Saad*), au paragraphe 14; *Murphy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 482, aux paragraphes 6 à 8; *Alinaghizadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 332, au paragraphe 28; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c.*

Immigration), 2013 FC 19, 425 F.T.R. 73 (*Zhou*), at paragraph 30).

[22] Indeed, this Court has held in a number of other decisions that the “physical presence” test, discussed below, is the correct test to apply (*Martinez*, above, at paragraph 52; *Al Khoury v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 536, at paragraph 27; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Dabbous*, 2012 FC 1359, 421 F.T.R. 262, at paragraph 12; *Ghosh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 282, 429 F.T.R. 150, at paragraph 25).

[23] In other decisions, the Court appears to have adopted a hybrid approach, which would require a citizenship judge to proceed to conduct a qualitative assessment, as contemplated by the *Koo* test, even if the “physical presence” test has been selected by the citizenship judge and failed by the applicant (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Elzubair*, 2010 FC 298 (*Elzubair*), at paragraph 14; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Salim*, 2010 FC 975, 92 Imm. L.R. (3d) 196, at paragraph 10; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Nandre*, 2003 FCT 650, 234 F.T.R. 245, at paragraph 21).

[24] What is clear from the foregoing is that the jurisprudence pertaining to the test(s) for citizenship remains divided and somewhat unsettled.

[25] In this context, it is particularly appropriate that deference be accorded to a citizenship judge’s decision to apply any of the three tests that have a long and rich heritage in this Court’s jurisprudence.

[26] This conclusion is consistent with the dominant view in this Court that the standard to be applied in reviewing a citizenship judge’s decision is reasonableness (*Saad*, above, at paragraph 9; *Hao*, above, at paragraph 13; *Abdallah*, above, at paragraph 8; *Zhou*, above, at paragraph 13).

[27] The second prong of the issue that has been raised regarding the Citizenship Judge’s assessment of

Abdallah, 2012 CF 985 (*Abdallah*), au paragraphe 14; *Zhou c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 19 (*Zhou*), au paragraphe 30).

[22] D’ailleurs, notre Cour a jugé dans plusieurs autres décisions que le critère de la « présence effective [ou physique] » que nous analyserons plus loin, est le bon critère à appliquer (*Martinez*, précité, au paragraphe 52; *Al Khoury c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 536, au paragraphe 27; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Dabbous*, 2012 CF 1359, au paragraphe 12; *Ghosh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 282, au paragraphe 25).

[23] Dans d’autres décisions, il semble que la Cour ait retenu une approche hybride qui obligerait le juge de la citoyenneté à se livrer à une appréciation qualitative comme le prévoit le critère du jugement *Koo*, et ce, même si le critère de la « présence effective » a été retenu par le juge de la citoyenneté et a entraîné le rejet de la demande de citoyenneté (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Elzubair*, 2010 CF 298 (*Elzubair*), au paragraphe 14; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Salim*, 2010 CF 975, au paragraphe 10; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Nandre*, 2003 CFPI 650, au paragraphe 21).

[24] Il ressort de ce qui précède que la jurisprudence relative au(x) critère(s) de la citoyenneté demeure partagée et plutôt flottante.

[25] Dans ces conditions, il convient tout particulièrement de faire preuve de déférence envers la décision du juge de la citoyenneté d’appliquer l’un ou l’autre des trois critères qui sont reconnus depuis si longtemps dans la jurisprudence de notre Cour.

[26] Cette conclusion s’accorde avec l’opinion dominante au sein de notre Cour suivant laquelle la norme à appliquer lorsqu’il s’agit de contrôler la décision d’un juge de la citoyenneté est celle de la décision raisonnable (*Saad*, précitée, au paragraphe 9; *Hao*, précité, au paragraphe 13; *Abdallah*, précitée, au paragraphe 8; *Zhou*, précitée, au paragraphe 13).

[27] Le second volet de la question qui a été soulevée au sujet de l’appréciation que la juge de la citoyenneté

Ms. Huang's application for citizenship concerns the application of the legal test for citizenship to the facts of this case. That is a question of mixed fact and law that is also reviewable on a standard of reasonableness.

[28] The issue that has been raised with respect to whether the Citizenship Judge erred by failing to properly assess her proficiency in English is also a question of mixed fact and law that is subject to review on a standard of reasonableness.

5. Analysis

A. *Did the Citizenship Judge breach the principles of procedural fairness in handling Ms. Huang's case?*

[29] Ms. Huang submits that her procedural fairness rights were breached because she was not given adequate notice of her interview with the Citizenship Judge, and because the interview notice did not advise her of the purpose of the interview. I disagree.

[30] In a letter dated October 25, 2010, Ms. Huang was advised that the Citizenship Judge required further information and that further processing of her application could not continue until she supplied that information.

[31] Then, on February 21, 2011, Ms. Huang was advised by way of a form letter that the information she had supplied had been reviewed and that the Citizenship Judge requested a hearing to finalize the processing of her application. That letter also advised that her appointment with the Citizenship Judge was "for residency assessment".

[32] On April 4, 2011, Ms. Huang received a notice to appear from the Citizenship Office in Vancouver, requesting her to appear for an interview the following day. Among other things, that notice stated that she would "be asked questions to determine if [she had] an

a faite de la demande de citoyenneté de M^{me} Huang concerne l'application du critère légal de la citoyenneté aux faits de la présente affaire. Il s'agit d'une question mixte de fait et de droit qui est également assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable.

[28] La question en litige soulevée, soit celle de savoir si la juge de la citoyenneté a commis une erreur en n'évaluant pas correctement les compétences linguistiques de la demanderesse en anglais, est également une question mixte de fait et de droit qui est assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable.

5. Analyse

A. *La juge de la citoyenneté a-t-elle manqué aux principes d'équité procédurale dans la façon dont elle a traité le dossier de M^{me} Huang?*

[29] M^{me} Huang affirme que ses droits à l'équité procédurale ont été violés parce qu'elle n'a pas reçu un avis suffisant avant son entrevue avec la juge de la citoyenneté et parce que l'avis d'entrevue ne l'informait pas de l'objet de celle-ci. Je ne suis pas de cet avis.

[30] Dans une lettre datée du 25 octobre 2010, M^{me} Huang était avisée que la juge de la citoyenneté avait besoin de renseignements complémentaires et que l'examen de sa demande ne pouvait être poursuivi tant qu'elle ne fournirait pas les renseignements en question.

[31] Puis, le 21 février 2011, M^{me} Huang a été informée par voie de lettre type, que les renseignements qu'elle avait fournis avaient été examinés et que la juge de la citoyenneté réclamait la tenue d'une audience pour poursuivre l'examen de sa demande. La lettre informait également que la rencontre avec la juge de la citoyenneté avait pour objet [TRADUCTION] « d'évaluer la résidence ».

[32] Le 4 avril 2011, M^{me} Huang a reçu un avis lui enjoignant de se présenter au Bureau de la citoyenneté de Vancouver pour une entrevue devant avoir lieu le lendemain. Cet avis l'informait qu'on lui poserait [TRADUCTION] « notamment des questions pour savoir si

adequate knowledge of English or French and an adequate knowledge of Canada.” In addition, the notice stated: “If you do not attend this hearing, at the above date, time and place, you will receive a second and final notice.”

[33] In my view, the notice to appear sent on April 4, 2011 must be viewed together with the form letter that was sent on February 21, 2011. When those two written communications are viewed together, it is clear that Ms. Huang was given more than adequate notice to appear for her interview. She was also clearly informed that residency and language issues would be addressed during that interview. With this in mind, and given that she was informed that she would be given another opportunity to appear if she did not appear for her scheduled interview on April 5, 2011, her procedural fairness rights were not breached by virtue of the amount of notice she was given or the topics that were covered in the interview.

[34] My conclusion in this regard is reinforced by the fact that, following her interview, Ms. Huang was provided an opportunity to supply further information. In addition, she does not appear to have objected, at the time of her interview, to the short notice that had been given in the notice to appear, and she was accompanied by an interpreter.

[35] Ms. Huang also asserts that the Citizenship Judge did not conduct herself in an objective and independent manner. This allegation appears to rest on the fact that the Citizenship Judge re-tested Ms. Huang’s knowledge of English and knowledge of Canada during the interview, notwithstanding that she had passed a prior written test. Given the nature of the written notices, summarized above, that she received, I am satisfied that the Citizenship Judge’s decision to re-test Ms. Huang on these matters during the interview did not breach her procedural fairness rights.

B. *Did the Citizenship Judge fail to properly assess Ms. Huang’s residence in Canada?*

[elle possédait] des connaissances suffisantes du français ou de l’anglais et du Canada ». L’avis précisait également [TRADUCTION] « si vous ne vous présentez pas à cette rencontre aux temps, lieu et date précisés, vous recevrez un second avis final ».

[33] À mon avis, l’avis de convocation du 4 avril 2011 doit être examiné avec la lettre type envoyée le 21 février 2011. Il résulte du rapprochement de ces deux communications écrites que M^{me} Huang a reçu un avis plus que suffisant l’informant qu’elle devait se présenter à son entrevue. Elle a également été clairement informée des questions de résidence et des questions linguistiques qui seraient abordées au cours de son entrevue. Compte tenu de ces éléments et du fait qu’elle a été informée qu’elle se verrait accorder une autre possibilité de se présenter si elle ne se présentait pas à l’entrevue prévue pour le 5 avril 2011, ces droits à l’équité procédurale n’ont pas été violés compte tenu des avis qu’elle a reçus et des sujets qui ont été abordés lors de son entrevue.

[34] Ma conclusion à cet égard est renforcée par le fait qu’à la suite de son entrevue, M^{me} Huang a eu l’occasion de fournir d’autres renseignements. De plus, il semble qu’elle ne se soit pas opposée, au moment de son entrevue, au bref délai dans lequel elle avait reçu son avis de convocation. En outre, elle était accompagnée d’un interprète.

[35] M^{me} Huang affirme également que la juge de la citoyenneté ne s’est pas comportée de façon objective et impartiale. Cette allégation semble reposer sur le fait que la juge de la citoyenneté a vérifié de nouveau les connaissances de l’anglais et du Canada de M^{me} Huang lors de l’entrevue malgré le fait que ces connaissances avaient déjà été vérifiées par écrit. Compte tenu de la nature des avis écrits que nous avons déjà résumés, avis qu’elle avait reçus, je suis convaincu que la décision de la juge de la citoyenneté de vérifier de nouveau les connaissances de M^{me} Huang sur ces sujets lors de l’entrevue ne constitue pas une violation des droits à l’équité procédurale de M^{me} Huang.

B. *La juge de la citoyenneté a-t-elle mal apprécié la période de résidence de M^{me} Huang au Canada?*

i. The test for citizenship that was applied

[36] Ms. Huang submits that the Citizenship Judge erred by applying the test articulated in *Koo*, above, rather than the “physical presence” test. I disagree.

[37] As noted above, the jurisprudence of this Court has established three tests for citizenship. These are generally known as the “centralized mode of living” test, the *Koo* test (which focuses upon where the applicant “regularly, normally or customarily lives”) and the “physical presence” test.

[38] It is now well established that before any of these tests can be applied, an applicant for citizenship must establish that he or she is physically resident in Canada (*Takla*, above, at paragraph 50; *Martinez*, above, at paragraph 9; *Hao*, above, at paragraph 24; *Elzubair*, above, at paragraph 13).

[39] The “centralized mode of living test” was articulated by Associate Chief Justice Thurlow, as he then was, in *Papadogiorgakis (In re) and in re Citizenship Act*, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.) (*Papadogiorgakis*), at page 214. This test is a qualitative test that focuses upon “the degree to which a person in mind and fact settles into or maintains or centralizes his ordinary mode of living with its accessories in social relations, interests and conveniences at or in the place in question,” even though the person may have lengthy absences from Canada.

[40] The “regularly, normally or customarily lives” test was established by Justice Reed, in *Koo*, above, at page 293, who identified six factors to guide the assessment of whether this test has been met in any given case. Those factors will be discussed in the next section of these reasons below.

[41] The “physical presence” test is commonly attributed to Justice Muldoon, who stated in *Pourghasemi (Re)* (1993), 62 F.T.R. 122 (*Pourghasemi*), at paragraphs 3–9,

i. Le critère de la citoyenneté appliqué

[36] M^{me} Huang affirme que la juge de la citoyenneté a commis une erreur dans la façon dont elle a appliqué le critère énoncé dans le jugement *Koo*, précité, celui de la « présence effective ». Je ne partage pas son avis.

[37] Comme nous l’avons déjà signalé, la jurisprudence de notre Cour a énoncé trois critères en matière de citoyenneté. C’est ce qu’on appelle, en règle générale, le critère du « mode d’existence centralisé », le critère du jugement *Koo* (qui est axé sur la question de savoir où l’intéressé « vit régulièrement, normalement ou habituellement ») et le critère de la « présence effective ».

[38] Il est de jurisprudence constante qu’avant que l’un ou l’autre de ces critères puisse être appliqué, la personne qui demande la citoyenneté doit démontrer qu’elle est effectivement présente au Canada (*Takla*, précité, au paragraphe 50; *Martinez*, précité, au paragraphe 9; *Hao*, précité, au paragraphe 24; *Elzubair*, précitée, au paragraphe 13).

[39] Le « critère du mode d’existence centralisé » a été énoncé par le juge en chef adjoint Thurlow, devenu par la suite juge en chef, dans le jugement *Papadogiorgakis (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1978] 2 C.F. 208 (1^{re} inst.) (*Papadogiorgakis*), à la page 214. Ce critère est un critère qualitatif qui « dépend [TRADUCTION] “essentiellement du point jusqu’auquel une personne s’établit en pensée et en fait, ou conserve ou centralise son mode de vie habituel avec son cortège de relations sociales, d’intérêts et de convenances, au lieu en question” », même si cette personne a pu s’absenter du Canada pendant de longues périodes.

[40] Le critère consistant à se demander où l’intéressé « vit régulièrement, normalement et habituellement » a été établi par le juge Reed, dans le jugement *Koo*, précité, à la page 293. Le juge Reed a énuméré six facteurs pour aider à déterminer si ce critère est respecté dans un cas déterminé. Ces facteurs seront analysés dans la prochaine section des présents motifs.

[41] Le critère de la « présence effective » est souvent attribué au juge Muldoon, qui a expliqué, dans le jugement *Pourghasemi (Re)*, [1993] A.C.F. n° 232

that paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act* requires, among other things, that an applicant for citizenship be physically present for a minimum of three years (1 095 days) in the four year period immediately preceding his application.

[42] In *Lam*, above, Justice Lutfy, as he then was, held that “it is open to the citizenship judge to adopt either one of the conflicting schools in this Court and, if the facts of the case were properly applied to the principles of the chosen approach, the decision of the citizenship judge would not be wrong” (*Lam*, above, at paragraph 14).

[43] As it turned out, the proposed legislation discussed in *Lam* was not enacted. Nevertheless, in my view, a reasonable interpretation of this Court’s jurisprudence is that the law as articulated by Justice Lutfy has not changed with respect to a citizenship judge’s ability to apply any one of the three tests for citizenship described above (see the second line of cases referred to at paragraph 21 above). I have reached this conclusion notwithstanding the fact that I personally find the reasoning in *Martinez*, above, and its progeny to be compelling. As noted at paragraph 22 above, that line of jurisprudence holds that the physical presence test is the correct test to apply, and is indeed the only one contemplated by paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act*.

[44] However, with respect to those who hold a contrary view, I do not believe that this Court’s jurisprudence, on balance, supports an approach that would effectively require a blending of two or more of the three aforementioned tests (*Mizani v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 698, at paragraph 13; *Shubeilat*, above, at paragraph 31). For example, if a citizenship judge decides to apply the “physical presence” test and concludes that the applicant in question did not meet that test, it would be inconsistent with a fair reading of the main branches of this Court’s jurisprudence (namely, the approaches set forth in *Papadogiorgakis*, *Pourghasemi*, *Koo* and *Lam*, respectively, and in their

(1^{re} inst.) (QL) (*Pourghasemi*), aux paragraphes 3 à 9, que l’alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté* exige notamment que la personne qui demande la citoyenneté soit effectivement présente pendant au moins trois ans (1 095 jours) pendant la période de quatre ans précédant sa demande.

[42] Dans le jugement *Lam*, précité, le juge Lutfy, devenu par la suite juge en chef adjoint de la Cour d’appel fédérale, a expliqué que « le juge de la citoyenneté peut adhérer à l’une ou l’autre des écoles contradictoires de la Cour, et, s’il appliquait correctement aux faits de la cause les principes de l’approche qu’il privilégie, sa décision ne serait pas erronée » (*Lam*, précité, au paragraphe 14).

[43] La mesure législative proposée dont il a été question dans l’affaire *Lam* n’a finalement pas été adoptée. Quoiqu’il en soit, à mon avis, on peut raisonnablement interpréter la jurisprudence de notre Cour en tenant pour acquis que l’état du droit tel qu’exposé par le juge Lutfy n’a pas changé en ce qui concerne la capacité des juges de la citoyenneté d’appliquer l’un des trois critères de la citoyenneté susmentionnés (voir la seconde série de décisions mentionnées au paragraphe 21). J’en suis arrivé à cette conclusion bien que je trouve personnellement convaincant le raisonnement suivi dans le jugement *Martinez*, précité, et dans sa foulée. Comme je l’ai souligné ci-dessus au paragraphe 22, ce courant jurisprudentiel estime que le critère de la présence effective est le bon critère à appliquer et qu’il est en fait le seul critère prévu à l’alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*.

[44] Toutefois, pour ceux qui sont d’avis contraire, je ne crois pas, selon la prépondérance de la preuve, que la jurisprudence de notre Cour appuie une démarche qui exigerait effectivement un mélange d’au moins deux des trois critères susmentionnés (*Mizani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 698, au paragraphe 13; *Shubeilat*, précitée, au paragraphe 31). Par exemple, si un juge de la citoyenneté décide d’appliquer le critère de la présence effective et conclut que le demandeur en question ne satisfait pas à ce critère, il serait contraire à l’interprétation logique des principaux courants jurisprudentiels de notre Cour (en l’occurrence, les approches énoncées dans les jugements *Papadogiorgakis*,

respective progenies) for the citizenship judge to be required to then apply the *Koo* test or the “centralized mode of living” test. This would effectively require the citizenship judge to give the applicant “two kicks at the can”. In the present state of the Court’s jurisprudence, it would be reasonably open to the citizenship judge to terminate the assessment under paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act* upon concluding that the physical presence test had not been met by the applicant.

[45] In this case, that is not what happened. The Citizenship Judge appears to have decided to not apply the physical presence test, after concluding that she was not satisfied that the information provided by Ms. Huang accurately reflected the number of days that she was, in fact, physically present in Canada. She therefore decided to apply the *Koo* test. Under the longstanding jurisprudence of this Court, she was at liberty to do so. Stated differently, it was reasonably open for her to do so. This was well “within the range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47). This aspect of the decision under review was also reasonably justified, transparent and intelligible.

[46] Ms. Huang also takes issue with the Citizenship Judge’s use of the words “in fact”, and asserts that this imposed a higher threshold than a “balance of probabilities”. I disagree.

[47] The Citizenship Judge explicitly stated that she was “not satisfied, on a balance of probabilities” that the information supplied by Ms. Huang accurately reflected the number of days that she was, in fact, physically present in Canada. Based on my reading of the decision as a whole, I am satisfied that she did not apply a standard different from the balance of probabilities standard she stated she had applied.

Pourghasemi, Koo et Lam, respectivement, et les décisions rendues dans leur foulée) qu’un juge de la citoyenneté soit obligé d’appliquer ensuite le critère du jugement *Koo* ou encore le « critère du mode de vie centralisé ». Agir ainsi obligerait en fait le juge de la citoyenneté de permettre au demandeur de tenter sa chance deux fois. Suivant l’état actuel de la jurisprudence de la Cour, il serait raisonnablement loisible au juge de la citoyenneté de mettre fin à l’analyse prévue à l’alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté* dès lors qu’il estime que le demandeur ne satisfait pas au critère de la présence effective.

[45] Dans le cas qui nous occupe, ce n’est pas ce qui s’est produit. La juge de la citoyenneté semble avoir décidé de ne pas appliquer le critère de la présence effective après avoir estimé qu’elle n’était pas convaincue que les renseignements fournis par M^{me} Huang correspondaient avec exactitude au nombre de jours où elle avait effectivement été présente au Canada. Elle a par conséquent décidé d’appliquer le critère du jugement *Koo*. Suivant la jurisprudence constante de notre Cour, il lui était parfaitement loisible de le faire. Autrement dit, il était raisonnablement loisible à la juge de la citoyenneté d’agir de la sorte. Cette décision appartenait « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). Cet aspect de la décision faisant l’objet du présent contrôle était également raisonnablement justifié, transparent et intelligible.

[46] M^{me} Huang s’oppose également à l’emploi que la juge de la citoyenneté a fait des mots [TRADUCTION] « en fait » et affirme qu’elle l’a ainsi obligée à satisfaire à un critère préliminaire plus exigeant que celui de la « prépondérance de la preuve ». Je ne suis pas de cet avis.

[47] La juge de la citoyenneté a expressément déclaré qu’elle n’était pas [TRADUCTION] « convaincue, suivant la prépondérance de la preuve » que les renseignements fournis par M^{me} Huang correspondaient avec exactitude au nombre de jours pendant lesquels elle avait été effectivement présente au Canada. Compte tenu de ma lecture de l’ensemble de la décision, je suis convaincu que la juge n’a pas appliqué une norme différente de celle de la prépondérance de la preuve qu’elle affirme avoir appliquée.

ii. The Citizenship Judge’s application of the *Koo* test to the facts in the record

[48] Ms. Huang submits that the Citizenship Judge misapprehended several aspects of the evidentiary record and that, as a result of those errors, the conclusion that she had not satisfied the test for citizenship was unreasonable. I disagree.

[49] In *Koo*, above, Justice Reed identified the following six questions [at pages 293 and 294] to be addressed in determining whether an applicant for citizenship “regularly, normally or customarily” lives in Canada:

(1) was the individual physically present in Canada for a long period prior to recent absences which occurred immediately before the application for citizenship?

(2) where are the applicant’s immediate family and dependents (and extended family) resident?

(3) does the pattern of physical presence in Canada indicate a returning home or merely visiting the country?

(4) what is the extent of the physical absences—if an applicant is only a few days short of the 1,095-day total it is easier to find deemed residence than if those absences are extensive?

(5) is the physical absence caused by a clearly temporary situation such as employment as a missionary abroad, following a course of study abroad as a student, accepting temporary employment abroad, accompanying a spouse who has accepted employment abroad?

(6) what is the quality of the connection with Canada: is it more substantial than that which exists with any other country? [Emphasis in original.]

[50] With respect to the first factor, the Citizenship Judge concluded that Ms. Huang had only been in Canada for a total of 99 days prior to the relevant period, and that this did not constitute a “long period” as contemplated by *Koo*, above. Ms. Huang did not take issue with this finding.

ii. Application du critère du jugement *Koo* aux faits du dossier par la juge de la citoyenneté

[48] M^{me} Huang affirme que la juge de la citoyenneté s’est méprise sur plusieurs aspects du dossier de la preuve et que, par suite de ces erreurs, la conclusion suivant laquelle elle n’avait pas satisfait aux critères de la citoyenneté était déraisonnable. Je ne suis pas de cet avis.

[49] Dans le jugement *Koo*, le juge Reed a énuméré six questions [aux pages 293 et 294] auxquelles on pouvait répondre pour déterminer si le candidat à la citoyenneté vivait « régulièrement, normalement ou habituellement » au Canada :

1) la personne était-elle physiquement présente au Canada durant une période prolongée avant de s’absenter juste avant la date de sa demande de citoyenneté?

2) où résident la famille proche et les personnes à charge (ainsi que la famille étendue) du requérant?

3) la forme de présence physique de la personne dénote-t-elle que cette dernière revient dans son pays ou, alors, qu’elle n’est qu’en visite?

4) quelle est l’étendue des absences physiques (lorsqu’il ne manque à un requérant que quelques jours pour atteindre le nombre total de 1 095 jours, il est plus facile de conclure à une résidence réputée que lorsque les absences sont considérables?

5) l’absence physique est-elle imputable à une situation manifestement temporaire (par exemple avoir quitté le Canada pour travailler comme missionnaire, suivre des études, exécuter un emploi temporaire ou accompagner son conjoint, qui a accepté un emploi temporaire à l’étranger)?

6) quelle est la qualité des attaches du requérant avec le Canada: sont-elles plus importantes que celles qui existent avec un autre pays? [Souligné dans l’original.]

[50] En ce qui concerne le premier facteur, la juge de la citoyenneté a conclu que M^{me} Huang n’avait passé au Canada que 99 jours avant la période applicable, ce qui ne constituait pas une « période prolongée » au sens du jugement *Koo*, précité. M^{me} Huang n’a pas contesté cette conclusion.

[51] With respect to the second factor, the Citizenship Judge concluded that the applicant lives with her husband, daughter and two sons in China, where her parents, her two sisters and her extended family also live. The Citizenship Judge also noted that Ms. Huang has no relatives living in Canada. Ms. Huang did not take issue with this finding.

[52] Turning to the third factor, the Citizenship Judge concluded that Ms. Huang's travel history between China and Canada reflects that her home is in China, and that she simply visited Canada for the purpose of giving birth to two of her children here, and to give her eldest and middle children the opportunity to attend school and preschool here. In my view, this conclusion is entirely consistent with the facts in the record.

[53] In reaching that conclusion, the Citizenship Judge identified a number of inconsistencies in the materials that had been submitted by Ms. Huang in support of her application. For example, in her residence questionnaire, she indicated that she resided in Canada with her husband from February 2005 until November 21, 2010, and that, from May 2006 to the end of that period she lived at a particular address in Richmond, British Columbia from May 2006. However, during the hearing, she acknowledged that her husband returned to live in China in 2005, that he only returned for a few months each year to live with her and that she returned to live with him on August 21, 2009.

[54] In the course of reaching her conclusion with respect to this third *Koo* factor, the Citizenship Judge also questioned some of the documentation that Ms. Huang had provided to support her position that she was present in Canada between April 8, 2006 and June 6, 2006. Ms. Huang asserts that this aspect of the Citizenship Judge's analysis was unreasonable. I will deal with Ms. Huang's submissions in this regard below, as this aspect of the Citizenship Judge's analysis overlaps with her assessment of the fourth *Koo* factor.

[51] En ce qui concerne le second facteur, la juge de la citoyenneté a conclu que la demanderesse habitait avec son mari, sa fille, et deux fils en Chine, où ses parents, ses deux sœurs et les membres de sa famille élargie vivaient également. La juge de la citoyenneté a également fait observer que M^{me} Huang n'a pas de famille au Canada. M^{me} Huang ne conteste pas cette conclusion.

[52] En ce qui concerne le troisième facteur, la juge de la citoyenneté a conclu que l'historique des voyages effectués par M^{me} Huang entre le Canada et la Chine démontre que son pays est la Chine et qu'elle était simplement en visite au Canada ou qu'elle est venue au Canada pour donner naissance à deux de ses enfants et pour permettre à ses enfants les plus âgés et aux enfants moins âgés de fréquenter l'école et l'école maternelle au Canada. À mon avis, cette conclusion s'accorde parfaitement avec les faits au dossier.

[53] Pour en arriver à cette conclusion, la juge de la citoyenneté a relevé plusieurs contradictions dans les pièces que M^{me} Huang lui avait soumises à l'appui de sa demande. Par exemple, dans son questionnaire de résidence, M^{me} Huang avait expliqué qu'elle avait résidé au Canada avec son mari entre février 2005 et le 21 novembre 2010 et que, à compter de mai 2006, jusqu'à la fin de la période en question, elle avait habité à une adresse déterminée à Richmond, en Colombie-Britannique. Toutefois, à l'audience, elle a admis que son mari était retourné vivre en Chine en 2005, qu'il ne revenait au Canada pour vivre avec elle que quelques mois par année et qu'elle était retournée vivre avec lui le 21 août 2009.

[54] Pour en arriver à sa conclusion en ce qui concerne ce troisième facteur du jugement *Koo*, la juge de la citoyenneté a également remis en question la valeur de certains des documents que M^{me} Huang lui avait soumis pour appuyer son argument qu'elle avait été présente au Canada entre le 8 avril 2006 et le 6 juin 2006. M^{me} Huang affirme que cet aspect de l'analyse de la juge de la citoyenneté était déraisonnable. Je reviendrai plus loin sur cet aspect des arguments formulés par M^{me} Huang, étant donné que ce volet de l'analyse de la juge de la citoyenneté recoupe son évaluation du quatrième facteur du jugement *Koo*.

[55] In assessing the fourth *Koo* factor, the Citizenship Judge concluded that Ms. Huang fell 54 days short of the 1 095 days specified in paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act*. She reached this conclusion after stating that she had not been convinced that Ms. Huang had been present in Canada for the 59-day period between April 8, 2006 and June 7, 2006 (disputed period).

[56] As noted above, Ms. Huang asserts that this finding was not reasonable. In particular, Ms. Huang states that, based on the fact that her passport was stamped with an exit stamp from China on April 8, 2006 and did not contain entry stamps or visas from other countries during that period immediately following that date, the only reasonable conclusion available to the Citizenship Judge was that she entered Canada on that date and remained there until her next declared trip. I disagree.

[57] Ms. Huang's passport reflects a very active travel history, including to Australia, Malaysia, and the United States. Among her declared absences from Canada during the relevant period, four were to the United States (certified tribunal record, at page 128). Particularly in this context, it was not unreasonable for the Citizenship Judge to fail to infer that Ms. Huang was in Canada during the disputed period, simply because she was not in China. The burden was on Ms. Huang to establish on a balance of probabilities the number of days that she was in Canada. Contrary to Ms. Huang's position, the exit stamp from China in her passport is not "reliable proof as far as her travel in and out of Canada is concerned".

[58] Ms. Huang also takes issue with the Citizenship Judge's statement that "[t]here is no supporting evidence or documentation to show that the applicant was resident in Canada between August 6, 2005 and June 7, 2006".

[55] Pour apprécier le quatrième facteur du jugement *Koo*, la juge de la citoyenneté a conclu qu'il manquait à M^{me} Huang 54 jours pour satisfaire à l'exigence des 1 095 jours prévus à l'alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*. Elle en est arrivée à cette conclusion après avoir déclaré qu'elle n'était pas convaincue que M^{me} Huang avait été présente au Canada pendant la période de 59 jours comprise entre le 8 avril 2006 et le 7 juin 2006 (la période contestée).

[56] Comme nous l'avons déjà fait observer, M^{me} Huang affirme que cette conclusion n'est pas raisonnable. En particulier, M^{me} Huang affirme que compte tenu du fait que son passeport comportait un timbre de sortie de la Chine daté du 8 avril 2006 et qu'il ne contenait aucun timbre ou visa d'autres pays au cours de la période suivant immédiatement cette date, la seule conclusion raisonnable à laquelle la juge de la citoyenneté pouvait en arriver était qu'elle était arrivée au Canada à cette date et qu'elle y était demeurée jusqu'à son prochain voyage déclaré. Je ne suis pas de cet avis.

[57] Le passeport de M^{me} Huang témoigne de ses nombreux voyages, y compris en Australie, en Malaisie et aux États-Unis. Parmi ses absences déclarées du Canada au cours de la période pertinente, quatre l'ont été pour se rendre aux États-Unis (dossier certifié du tribunal, à la page 128). En particulier dans le présent contexte, il n'était pas déraisonnable de la part de la juge de la citoyenneté de ne pas en inférer que M^{me} Huang se trouvait au Canada au cours de la période contestée tout simplement parce qu'elle n'était pas en Chine. Il incombait à M^{me} Huang de démontrer, suivant la prépondérance de la preuve, le nombre de jours qu'elle se trouvait au Canada. Contrairement à ce que M^{me} Huang prétend, le timbre de sortie de la Chine qui se trouve dans son passeport ne constitue pas [TRADUCTION] « une preuve fiable de ses entrées au Canada et de ses sorties du Canada ».

[58] M^{me} Huang conteste également l'affirmation de la juge de la citoyenneté suivant laquelle [TRADUCTION] « il n'y a aucun élément de preuve ou document à l'appui démontrant que la demanderesse était une résidente du Canada entre le 6 août 2005 et le 7 juin 2006 ».

[59] After making that statement, the Citizenship Judge acknowledged that Ms. Huang came to Canada for 49 days between October 22, 2005 and December 10, 2005. Ms. Huang therefore only takes issue with respect to the period April 8, 2006 and June 7, 2006.

[60] Based on my reading of this part of the Citizenship Judge's decision as a whole, I am satisfied that what the Citizenship Judge meant is that there was no supporting evidence or documentation to persuasively establish that Ms. Huang was in Canada during the disputed period. The Citizenship Judge appropriately discussed the principal documentation that Ms. Huang relies upon to establish her presence in Canada during that period. However, the Citizenship Judge reasonably concluded that it did not establish such presence.

[61] The documentation in question included information with respect to credit card activity that reflected transactions to purchase a car and car insurance on April 16, 2006 and April 30, 2006. That information did not reflect any other transactions in Canada until June 7, 2006, whereas other information that had been provided reflected significant activity in Canada on Ms. Huang's MasterCard during the aforementioned 49-day period that she was in Canada in late 2005.

[62] Other documentation included a car purchase document that the Citizenship Judge found to be very faded, difficult to read, and to contain unfilled sections, including uncompleted signature and identification verification sections. The Citizenship Judge observed that someone else could well have purchased the vehicle in Canada on Ms. Huang's behalf.

[63] In my view, it was not unreasonable for the Citizenship Judge to conclude that the foregoing documentation did not establish that Ms. Huang was in Canada during the disputed period, particularly given the previously mentioned inconsistencies in her

[59] Après avoir fait cette déclaration, la juge de la citoyenneté a reconnu que M^{me} Huang était arrivée au Canada pour une période de 49 jours entre le 22 octobre 2005 et le 10 décembre 2005. M^{me} Huang ne conteste donc que la période du 8 avril 2006 au 7 juin 2006.

[60] Compte tenu de la lecture que je fais de cette partie de la décision de la juge de la citoyenneté dans son ensemble, je suis convaincu que la juge de la citoyenneté voulait dire qu'il n'y avait pas d'élément de preuve ou de document à l'appui pour démontrer de façon convaincante que M^{me} Huang se trouvait au Canada au cours de la période contestée. La juge de la citoyenneté a analysé de façon appropriée les principaux documents sur lesquels M^{me} Huang se fondait pour démontrer sa présence au Canada au cours de la période en question. Toutefois, la juge de la citoyenneté a raisonnablement conclu que ces documents n'établissaient pas la présence de M^{me} Huang au Canada.

[61] Les documents en question comprenaient certains renseignements témoignant d'activités sur des cartes de crédit et faisant état d'opérations en vue d'acheter une voiture et de souscrire à une assurance pour une voiture le 16 avril 2006 et le 30 avril 2006. Ces renseignements ne font état d'aucune autre opération au Canada avant le 7 juin 2006, tandis que d'autres renseignements fournis indiquaient que de nombreuses opérations avaient eu lieu sur le compte MasterCard de M^{me} Huang au cours de la période de 49 jours susmentionnée pendant laquelle elle se trouvait au Canada à la fin de 2005.

[62] Parmi les autres documents, mentionnons un contrat d'achat d'une voiture qui, suivant la juge de la citoyenneté, était très jauni, difficile à lire dont certaines parties n'avaient pas été remplies. La juge de la citoyenneté a notamment fait observer que le document n'était pas signé et que la partie consacrée à la vérification de l'identité n'était pas remplie. Elle a également fait observer que quelqu'un d'autre avait fort bien pu acheter le véhicule au Canada au nom de M^{me} Huang.

[63] À mon avis, il n'était pas raisonnable de la part de la juge de la citoyenneté de conclure que les documents susmentionnés ne démontreraient pas que M^{me} Huang se trouvait au Canada au cours de la période contestée, compte tenu notamment des incohérences

evidence and the Citizenship Judge's observations that (i) Ms. Huang did not provide any leases or rental agreements for any accommodation or residence during the disputed period, and (ii) a letter from her doctor states that there were no visits between March 26, 2005 and June 20, 2006, when she returned, three months into her pregnancy with her third child.

[64] Ms. Huang asserts that she provided other documentation evidencing her presence in Canada during the disputed period, including (i) an invoice from BC Hydro evidencing a "transfer" payment in the amount of \$3.41; (ii) an invoice from Shaw Cable; and (iii) statements from the Bank of Montreal. However, as with the other documentation discussed above, this documentation does not demonstrate on its face that Ms. Huang was present in Canada during the disputed period, and it was not unreasonable for the Citizenship Judge to fail to explicitly address this documentation. Indeed, the invoice from BC Hydro reflects a very low electricity usage charge of only \$3.75 for the period May 16, 2006 to June 13, 2006; the invoice from Shaw Cable does not evidence any previous charges or outstanding balance; and the transactions identified in the Bank of Montreal statement consist of transfers, online transfers, pre-authorized payments, cheques, incoming wire payments, debit memos and error corrections. None of this persuasively demonstrates that Ms. Huang was physically present in Canada. This was all activity that may well have been conducted from abroad (*Eltom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1555, 284 F.T.R. 139, at paragraph 25; *Hernando Paez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 204, at paragraph 18; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Carmolinga-Posch*, 2009 FC 613, 347 F.T.R. 37, at paragraphs 23–26, 80; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Zhang*, 2011 FC 844, 393 F.T.R. 252, at paragraph 18).

[65] I acknowledge that the Citizenship Judge may have erred when she observed that certain credit card transactions reflecting activity in Canada in July 2007

susmentionnées relevées dans sa preuve et des observations de la juge de la citoyenneté suivant lesquelles : i) M^{me} Huang n'avait pas produit de baux ou de contrats de location concernant des logements ou des résidences qu'elle aurait occupés au cours de la période contestée; ii) la lettre de son médecin suivant laquelle elle ne l'avait pas consulté entre le 26 mars 2005 et le 20 juin 2006, date à laquelle elle l'avait rencontré à son retour alors qu'elle était enceinte de trois mois de son troisième enfant.

[64] M^{me} Huang affirme qu'elle a fourni d'autres documents attestant sa présence au Canada au cours de la période contestée, y compris : i) une facture de BC Hydro constatant un « virement » de 3,41 \$; ii) une facture de Shaw Cable; et iii) des relevés de la Banque de Montréal. Toutefois, comme les autres pièces susmentionnées, ces documents ne démontrent pas à première vue que M^{me} Huang se trouvait au Canada pendant la période contestée et il n'était pas déraisonnable de la part de la juge de ne pas mentionner explicitement ces pièces. D'ailleurs, le relevé de BC Hydro fait état d'une consommation d'électricité très faible de seulement 3,75 \$ pour la période du 16 mai 2006 au 13 juin 2006; la facture de Shaw Cable ne fait état d'aucuns frais antérieurs ou de solde impayé; quant aux opérations mentionnées dans le relevé de la Banque de Montréal, il s'agit de virements, de virements en ligne, de paiements préautorisés, de chèques, de virements électroniques reçus, de notes de débit et de rectification d'erreurs. Aucun de ces éléments ne démontre de façon convaincante que M^{me} Huang était effectivement présente au Canada. Ces opérations ont fort bien pu avoir été faites depuis l'étranger (*Eltom c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1555, au paragraphe 25; *Hernando Paez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 204, au paragraphe 18; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Carmolinga-Posch*, 2009 CF 613, aux paragraphes 23 à 26 et 80; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Zhang*, 2011 CF 844, au paragraphe 18).

[65] Je reconnais que la juge de la citoyenneté a pu commettre une erreur lorsqu'elle a fait observer que certaines des opérations de carte de crédit faisant état

were inconsistent with a statement allegedly made by Ms. Huang that she was in China at that time. However, this error is not material, as it did not relate to the disputed period, and Ms. Huang appears to have been given credit for being in Canada at that time. Likewise, I do not consider the Citizenship Judge's apparent error regarding a credit card transaction that she believed reflected a transaction in China on May 28, 2006 to be material, because it does not appear to have played a material role in the conclusion that Ms. Huang had not established on a balance of probabilities that she was physically present during the disputed period.

[66] Turning to the fifth *Koo* factor, the Citizenship Judge concluded that Ms. Huang's absences from Canada were not due to any temporary situation, but rather involved returns to China to be with her husband and to spend time with her immediate and extended family. Ms. Huang did not contest this finding.

[67] Finally, with respect to the sixth *Koo* factor, the Citizenship Judge concluded it was "evident that [Ms. Huang's] ties to China, the place where she was born, raised, educated, married, where her entire family resides, and where she has returned to live, are significantly stronger than her ties to Canada". Once again, Ms. Huang did not contest this finding.

[68] Based on all of the foregoing, the Citizenship Judge concluded that Ms. Huang did not satisfy the *Koo* test for citizenship.

[69] In my view, that conclusion was well "within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47). It was also reasonably justified, transparent and intelligible.

d'activités au Canada en juillet 2007 contredisaient une déclaration qu'aurait faite M^{me} Huang suivant laquelle elle se trouvait en Chine à l'époque. Toutefois, cette erreur ne porte pas à conséquence étant donné qu'elle ne se rapporte pas à la période contestée et qu'il semble qu'il soit admis aux débats que M^{me} Huang se trouvait au Canada à cette époque. Dans le même ordre d'idées, j'estime que l'erreur qu'aurait vraisemblablement commise la juge de la citoyenneté au sujet de l'opération de la carte de crédit qui correspondait à son avis à une opération faite en Chine le 28 mai 2006 ne tire pas à conséquence parce qu'elle ne semble pas avoir joué un rôle important dans sa conclusion suivant laquelle M^{me} Huang n'avait pas démontré selon la prépondérance de la preuve qu'elle se trouvait effectivement au Canada au cours de la période contestée.

[66] Pour ce qui est du cinquième facteur énoncé dans le jugement *Koo*, la juge de la citoyenneté a conclu que les absences de M^{me} Huang du Canada n'étaient pas attribuables à une situation temporaire, mais qu'elle s'expliquait par le fait qu'elle retournait en Chine auprès de son mari pour passer du temps avec sa famille immédiate et sa famille élargie. M^{me} Huang n'a pas contesté cette conclusion.

[67] Enfin, en ce qui concerne le sixième facteur énoncé dans le jugement *Koo*, la juge de la citoyenneté a conclu qu'il était [TRADUCTION] « évident que les liens de [M^{me} Huang] avec la Chine, l'endroit où elle est née, où elle a grandi, où elle a fait ses études, s'est mariée, où toute sa famille habite et où elle est retournée vivre sont des liens beaucoup plus solides que ceux qu'elle a avec le Canada ». Là encore, M^{me} Huang n'a pas contesté cette conclusion.

[68] Vu tout ce qui précède, la juge de la citoyenneté a conclu que M^{me} Huang ne satisfaisait pas au critère de citoyenneté du jugement *Koo*.

[69] À mon avis, cette conclusion appartenait « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). Elle était également raisonnablement justifiée, transparente et intelligible.

C. *Did the Citizenship Judge fail to properly assess Ms. Huang's proficiency in English?*

[70] Given my responses to the first two of the three principle issues raised in this application, and given that the test for citizenship set forth in subsection 5(1) of the *Citizenship Act* is conjunctive, it is unnecessary for me to address this third issue.

Conclusion

[71] For the reasons set forth above, this appeal is dismissed.

[72] The respondent has sought its costs in this proceeding. However, I am not satisfied that facts in this case are sufficiently exceptional to warrant the exercise of my discretion to grant this request (*McIlroy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 685, at paragraph 34).

JUDGMENT

THIS COURT DECLARES, ADJUDGES AND ORDERS that: this appeal is dismissed.

C. *La juge de la citoyenneté a-t-elle mal évalué les compétences de M^{me} Huang en anglais?*

[70] Compte tenu des réponses que j'ai données aux deux des trois principales questions soulevées dans la présente demande, et compte tenu du fait que le critère de la citoyenneté énoncé au paragraphe 5(1) de la *Loi sur la citoyenneté* est cumulatif, il n'est pas nécessaire que j'aborde cette troisième question.

Décision

[71] Pour les motifs qui ont été exposés, le présent appel est rejeté.

[72] Le défendeur a réclamé les dépens dans la présente instance. Je ne suis cependant pas convaincu que les faits de la présente espèce sont suffisamment exceptionnels pour justifier l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire de manière à accéder à cette demande (*McIlroy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 685, au paragraphe 34).

JUGEMENT

LA COUR REJETTE l'appel.

2013 FC 715
T-928-122013 CF 715
T-928-12**Karolinska Institutet Innovations AB** (*Applicant*)**Karolinska Institutet Innovations AB**
(*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

T-930-12

T-930-12

Anders Jonsson (*Applicant*)**Anders Jonsson** (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)**Procureur général du Canada** (*défendeur*)**INDEXED AS: KAROLINSKA INSTITUTET INNOVATIONS AB v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)****RÉPERTORIÉ : KAROLINSKA INSTITUTET INNOVATIONS AB c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Hughes J.—Toronto, June 25 and 27, 2013.

Cour fédérale, juge Hughes—Toronto, 25 et 27 juin 2013.

Patents — Practice — Judicial review of decisions by Commissioner of Patents rejecting applicants' patent applications filed with Canadian Intellectual Property Office (CIPO) under provisions of Patent Cooperation Treaty (PCT) — Applicants asking Canadian law firm to file their applications in Canada under provisions of PCT — Canadian firm proceeding to do so but omitting to include fee for late payment — CIPO refusing applications for failure to submit appropriate fees — Whether appropriate standard of review correctness or reasonableness — Whether CIPO's decision reasonable — Critical issue herein not interpretation of Patent Rules, ss. 3.1(1),(2) but whether or not CIPO giving proper meaning, effect to words "clear but unsuccessful attempt ... to pay the fee" therein — Standard of review thus reasonableness — CIPO's refusal letters containing numerous errors rendering decisions lacking in justification, transparency, intelligibility — Commissioner's decision also unreasonable because misapplying s. 3.1 to circumstances at hand — S. 3.1 remedial provision to be given fair, large, liberal interpretation — Reference to "the fee" liberally construed as to include basic filing fee, additional late filing fee — Applications allowed.

Brevets — Pratique — Contrôle judiciaire de décisions selon lesquelles le commissaire aux brevets a rejeté les demandes de brevets des demandeurs déposées auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (l'OPIC) en vertu des dispositions du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) — Les demandeurs ont demandé à un cabinet d'avocats canadien de déposer leurs demandes au Canada en vertu des dispositions du PCT — Le cabinet d'avocats canadien a entrepris de préparer les demandes mais a omis d'inclure la surtaxe pour paiement en souffrance — L'OPIC a refusé les demandes pour omission d'avoir versé les taxes appropriées — Il s'agissait de savoir si la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte ou la norme de la raisonnable — Il s'agissait également de savoir si la décision de l'OPIC était raisonnable — La question fondamentale en l'espèce ne portait pas sur l'interprétation des art. 3.1(1),(2) des Règles sur les brevets, mais consistait à savoir si l'OPIC a donné ou non un sens et un effet appropriés à l'expression « tentative manifeste mais infructueuse pour verser une taxe » — La norme de contrôle était donc celle de la raisonnable — Les lettres de refus de l'OPIC étaient problématiques à un certain nombre d'égards qui ont fait que les décisions étaient dépourvues de justification, de transparence et d'intelligibilité — La décision du commissaire était également déraisonnable parce qu'il a mal appliqué l'art. 3.1 des Règles aux circonstances de l'espèce — L'art. 3.1 est une disposition de nature réparatrice et il convient de l'interpréter de manière équitable, large et

These were two applications for judicial review of decisions by the Commissioner of Patents rejecting the applicants' patent applications filed with the Canadian Intellectual Property Office (CIPO) under the provisions of the *Patent Cooperation Treaty* (PCT). The applications were rejected for failure to submit the appropriate fees.

The applicants are residents of Sweden. They wrote to a Canadian law firm/patent agent and requested that it file in Canada, under the provisions of the PCT, both of their patent applications. The Canadian firm proceeded to do so, but committed an error in respect of the fees. More specifically, the additional fee for late payment was not included. Following CIPO's refusal of the applications, the Canadian firm requested that the fees tendered be reallocated to payment of late fees. CIPO refused.

At issue was the applicable standard of review, and whether CIPO's decision was reasonable.

Held, the applications should be allowed.

The parties argued that the proper standard of review was correctness. The critical provisions were subsections 3.1(1) and (2) of the *Patent Rules*. Contrary to the case law relied upon by the parties, the issue in the present instance was not the interpretation of those provisions but whether or not CIPO gave proper meaning and effect to the words "clear but unsuccessful attempt ... to pay the fee". In this regard, the standard was reasonableness.

There were a number of problems with the letters refusing the applications. These were errors of substance, going to the heart of the letters. The decisions thus lacked in justification, transparency and intelligibility.

The issue that the Commissioner was required to address was whether the Canadian firm filing the application had made, as stipulated by subsection 3.1(1) of the *Patent Rules*, a "clear but unsuccessful attempt" to pay the required fee. The Commissioner's letter did not squarely address this issue. As section 3.1 is a remedial provision, it was to be given a fair, large and liberal construction. A reference to "the fee" can

libérale — Le renvoi à « la taxe » peut être interprété de manière libérale de façon à inclure non seulement une taxe de dépôt de base, mais aussi une surtaxe — Demandes accueillies.

Il s'agissait de deux demandes de contrôle judiciaire de décisions selon lesquelles le commissaire aux brevets a rejeté les demandes de brevets des demandeurs déposées auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (l'OPIC) en vertu des dispositions du *Traité de coopération en matière de brevets* (PCT). Les demandes ont été refusées pour omission d'avoir versé les taxes appropriées.

Les demandeurs sont des résidents de la Suède. Ils ont écrit à un cabinet d'avocats et agent des brevets canadiens pour lui demander de déposer au Canada, en vertu des dispositions du PCT, leurs demandes de brevet. Le cabinet canadien a entrepris de préparer les demandes en vue de leur dépôt, mais a commis une erreur au sujet des taxes à verser. Plus précisément, la surtaxe pour paiement en souffrance n'était pas incluse. Après que l'OPIC eut refusé les demandes, le cabinet d'avocats canadien a demandé que les taxes versées soient réaffectées au paiement des taxes en souffrance. L'OPIC a refusé.

Il s'agissait de savoir quelle était la norme de contrôle applicable et si la décision de l'OPIC était raisonnable.

Jugement : les demandes doivent être accueillies.

Les parties ont prétendu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte. Les dispositions cruciales étaient les paragraphes 3.1(1) et (2) des *Règles sur les brevets*. Contrairement à la jurisprudence invoquée par les parties, la question en l'espèce ne portait pas sur l'interprétation de ces dispositions, mais consistait plutôt à savoir si l'OPIC a donné ou non un sens et un effet appropriés à l'expression « tentative manifeste mais infructueuse pour verser une taxe ». À cet égard, la norme applicable était celle de la raisonabilité.

Les lettres refusant les demandes étaient problématiques à un certain nombre d'égards. Il s'agissait d'erreurs de fond, qui touchent le cœur même des lettres. Les décisions étaient par conséquent dépourvues de justification, de transparence et d'intelligibilité.

La question que le commissaire était tenu d'examiner était de savoir si le cabinet canadien qui a déposé la demande avait fait, comme le prescrit le paragraphe 3.1(1) des *Règles sur les brevets*, une « tentative manifeste mais infructueuse » pour verser la taxe requise. La lettre du commissaire n'a pas traité directement de cette question. Comme l'article 3.1 est une disposition de nature réparatrice, il convenait de l'interpréter

liberally be construed so as to include not only a basic filing fee, but also an additional late filing fee. Thus, the reference in the Canadian firm's communication to CIPO to "filing fee" could be interpreted to indicate not only the basic fee, but also the additional fee.

The Commissioner's decision was thus unreasonable, not only because it lacked justification, was unintelligible and lacked transparency, but also in that it misapplied section 3.1 to the circumstances at hand.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 8.
Patent Rules, SOR/96-423, ss. 3.1, 58(3)(a),(b), 59.1.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.

CASES CITED

APPLIED:

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559.

DISTINGUISHED:

Thinkstream Inc. v. Canada (Commissioner of Patents), 2005 FC 894, 52 C.P.R. (4th) 274; *Finger-Shield (UK) Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2006 FC 138, [2006] 4 F.C.R. 96.

CONSIDERED:

Johnson & Johnson Inc. v. Boston Scientific Ltd., 2004 FC 1672, [2005] 4 F.C.R. 110, revd 2006 FCA 195, [2007] 1 F.C.R. 465; *Government of the U.S.A. et al. v. Commissioner of Patents* (June 23, 2005), T-1995-04 (F.C.); *Actelion Pharmaceuticals Ltd. v. Canada*, 2008 FCA 90, 64 C.P.R. (4th) 381.

REFERRED TO:

Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents), 2001 FCT 879, [2002] 1 F.C. 325, aff'd 2003 FCA 121, [2003] 4 F.C. 67; *Unicrop Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 55, 91 C.P.R. (4th) 289.

de manière équitable, large et libérale. Le renvoi à « la taxe » peut être interprété de manière libérale de façon à inclure non seulement une taxe de dépôt de base, mais aussi une surtaxe pour paiement en souffrance. La référence faite par le cabinet d'avocats canadien à la « taxe de dépôt » dans la communication adressée à l'OPIC pouvait donc passer pour désigner non seulement la taxe de base, mais aussi la surtaxe.

La décision du commissaire était par conséquent déraisonnable, non seulement parce qu'elle était dépourvue de justification, qu'elle était inintelligible et qu'elle manquait de transparence, mais aussi parce qu'il a mal appliqué l'article 3.1 des Règles aux circonstances de l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 8.
Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 3.1, 58(3)(a),(b), 59.1.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Thinkstream Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets), 2005 CF 894; *Finger-Shield (UK) Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2006 CF 138, [2006] 4 R.C.F. 96.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientifique Liée, 2004 CF 1672, [2005] 4 R.C.F. 110, inf. par 2006 CAF 195, [2007] 1 R.C.F. 465; *Gouvernement des É.-U. et al. c. Commissaire aux brevets* (23 juin 2005), T-1995-04 (C.F.); *Actelion Pharmaceuticals Ltd. c. Canada*, 2008 CAF 90.

DÉCISIONS CITÉES :

Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets), 2001 CFPI 879, [2002] 1 C.F. 325, conf. par 2003 CAF 121, [2003] 4 C.F. 67; *Unicrop Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 55.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2003-208, *C. Gaz.* 2003.II.1657.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPLICATIONS for judicial review of two decisions by the Commissioner of Patents rejecting the applicants' patent applications filed with the Canadian Intellectual Property Office under the provisions of the *Patent Cooperation Treaty*. Applications allowed.

APPEARANCES

Bruce W. Stratton and *Vincent Man* for applicants.
Jacqueline Dais-Visca for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Dimock Stratton LLP, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] HUGHES J.: The applicants in each of these two applications for judicial review have endeavoured to file patent applications with the Canadian Intellectual Property Office (CIPO) under the provisions of the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22] (PCT). Each application was rejected by the Commissioner of Patents in a letter dated April 11, 2012, in each case, for what the Commissioner viewed as a failure to submit the appropriate fees under circumstances that are largely identical in each instance. The applicants seek judicial review. One set of reasons will apply to both applications.

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2003-208, *Gaz. C.* 2003.II.1657.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

DEMANDES de contrôle judiciaire de deux décisions selon lesquelles le commissaire aux brevets a rejeté les demandes de brevets des demandeurs déposées auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada en vertu des dispositions du *Traité de coopération en matière de brevets*. Demandes accueillies.

ONT COMPARU

Bruce W. Stratton et *Vincent Man* pour les demandeurs.
Jacqueline Dais-Visca pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Dimock Stratton LLP, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE HUGHES : Les demandeurs dans chacune de ces deux demandes de contrôle judiciaire ont tenté de déposer des demandes de brevet auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (l'OPIC) en vertu des dispositions du *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22] (PCT). Chacune des demandes a été rejetée dans une lettre datée, dans les deux cas, du 11 avril 2012 par le commissaire aux brevets, à cause de ce qu'il a considéré comme une omission de verser les taxes appropriées dans des circonstances essentiellement identiques dans chaque cas. Les demandeurs sollicitent le contrôle judiciaire de cette décision. Un seul exposé de motifs s'appliquera aux deux demandes.

THE FACTS

[2] The applicant Karolinska Institutet Innovations AB (Karolinska) is a legal entity located in Solna, Sweden. On September 4, 2008, it filed patent applications under the provisions of the *Patent Cooperation Treaty* in both Sweden and the United States of America.

[3] The applicant Anders Jonsson (Jonsson) resides in Bromma, Sweden. On September 15, 2008, he filed a patent application in Sweden and on September 16, 2008, in the United States of America under the provisions of the *Patent Cooperation Treaty*.

[4] Jonsson was the person named as inventor in both the Karolinska and Jonsson patent applications.

[5] Each of Canada, Sweden and the United States of America, as well as many other countries, are members of the *Patent Cooperation Treaty*. In brief, the PCT provides that a patent application can be filed in one of the member countries designated as a “receiving Office”, and thereby establish an international filing date and number. Within a stipulated period of time, the patent applicant can designate another country or countries within the PCT group of countries in which the applicant also wishes to have its application filed. Upon paying the appropriate fees, the application is then deemed to have been filed in such other country as of the original international filing date. This is often termed as entering the national phase. In Canada, an applicant may request that an application enter the national phase in Canada within 30 months from the filing of the original application in a PCT member country receiving Office. The period of 30 months may be extended a further 12 months; that is, up to 42 months upon payment of an additional fee.

[6] A Swedish law firm, with a patent agency practice, acted for both Karolinska and Jonsson in filing their patent applications. On January 27, 2012, this Swedish firm sent a letter to a Canadian law firm, which has a patent agency practice, requesting that the Canadian firm file in Canada under the provisions of the PCT each of the Karolinska and Jonsson patent applications. The letter of instruction from the Swedish firm said, in part:

LES FAITS

[2] La demanderesse Karolinska Institutet Innovations AB (Karolinska) est une personne morale située à Solna (Suède). Le 4 septembre 2008, elle a déposé des demandes de brevet en vertu des dispositions du PCT en Suède et aux États-Unis d’Amérique.

[3] Le demandeur Anders Jonsson (Jonsson) réside à Bromma (Suède). Le 15 septembre 2008, il a déposé une demande de brevet en Suède et, le 16 septembre suivant, aux États-Unis d’Amérique en vertu des dispositions du PCT.

[4] Jonsson figurait comme inventeur dans les deux demandes de brevet.

[5] Le Canada, la Suède et les États-Unis d’Amérique, de même que de nombreux autres pays, sont parties au PCT. En bref, ce traité prévoit qu’une demande de brevet peut être déposée dans l’un des pays membres désignés comme « offices récepteurs » et établir ainsi un numéro et une date de dépôt international. Le demandeur de brevet peut désigner, dans un délai prescrit, un ou plusieurs autres pays visés par le PCT dans lequel ou lesquels il souhaite aussi que sa demande soit déposée. Une fois les taxes prescrites acquittées, la demande est alors réputée avoir été déposée dans cet ou ces autres pays à la date de dépôt international originale. C’est ce que l’on appelle souvent « l’entrée en phase nationale ». Au Canada, il est possible de demander qu’une demande entre dans la phase nationale au Canada dans les 30 mois suivant le dépôt de la demande originale auprès de l’office récepteur d’un pays membre du PCT. Cette période de 30 mois peut être prorogée pour un délai additionnel de 12 mois, ce qui donne donc jusqu’à 42 mois, après le versement d’une taxe additionnelle.

[6] Un cabinet d’avocats suédois, agissant comme agent des brevets, représentait à la fois Karolinska et Jonsson relativement au dépôt de leurs demandes de brevet. Le 27 janvier 2012, ce cabinet suédois a envoyé une lettre à un cabinet d’avocats canadien, agissant lui aussi comme agent des brevets, pour lui demander de déposer au Canada, en vertu des dispositions du PCT, les demandes de brevet de Karolinska et de

International Application No. PCT ...

...

National filing in Canada – late entry – Chapter II PCT

Dear Sirs,

Our client has instructed us to proceed with a national phase filing in your country in respect of the above stated PCT patent application. We hereby kindly ask you to act as our local associate in your country and to file a national application based on this International PCT application within the due date with the relevant authority in your country. The time limit is March 4, 2012.

[7] The above quote is taken from the letter of instruction respecting the Karolinska application. A similar letter was sent respecting the Jonsson application, in which the time limit was said to be March 15, 2012 rather than March 4, 2012. No party disputes the correctness of these dates.

[8] The Canadian firm proceeded to prepare the applications for filing with the CIPO. On February 29, 2012, each of the Karolinska and Jonsson applications were filed electronically with that Office. The covering letter in each case stated, in part:

Agent for applicant encloses herewith a new application for National Phase Entry.

Attached are the following documents:
C:\Users\matticd\Desktop\Request National Phasepdf

I am including the following fees:
Filing fee; Second year maintenance fee
For a total of: \$250

Please make the payment from my credit card

[9] The attached electronic standard form stated, in part:

Jonsson. La lettre d'instructions du cabinet suédois indiquait, notamment :

[TRADUCTION]
N° de demande internationale PCT [...]

[...]

Dépôt national au Canada – entrée tardive – chapitre II PCT

Messieurs,

Notre cliente nous a donné instruction d'effectuer un dépôt à la phase nationale dans votre pays, relativement à la demande de brevet PCT susmentionnée. Nous vous saurions gré d'être notre partenaire dans votre pays et de déposer, avant l'expiration du délai, une demande nationale fondée sur cette demande PCT internationale auprès de l'instance compétente de votre pays. La date limite est le 4 mars 2012.

[7] L'extrait qui précède est tiré d'une lettre d'instructions se rapportant à la demande de Karolinska. Une lettre semblable envoyée relativement à la demande de Jonsson indiquait que la date limite était le 15 mars 2012, plutôt que le 4 mars 2012. Aucune partie ne conteste l'exactitude de ces dates.

[8] Le cabinet canadien a entrepris de préparer les demandes en vue de leur dépôt auprès de l'OPIC. Le 29 février 2012, les demandes de Karolinska et de Jonsson ont été déposées par voie électronique auprès de l'OPIC. Dans chaque cas, l'extrait suivant figurait dans la lettre d'accompagnement :

[TRADUCTION] Le représentant du demandeur joint aux présentes une nouvelle demande d'entrée en phase nationale.

Vous trouverez ci-joint les documents suivants :
C:\Users\matticd\Desktop\Request National Phasepdf

J'inclus les taxes suivantes :
Taxe de dépôt; taxe relative au maintien en état deuxième année
Soit un total de : 250 \$

Veuillez effectuer le paiement à partir de ma carte de crédit.

[9] Voici un extrait tiré du formulaire-type électronique figurant en pièce jointe :

Correspondence Instructions:

Agent for applicant encloses herewith a new application for National Phase Entry.

2. Description of Fee:

I am including the following fees:
Filing fee; Second year maintenance fee

For a total of: \$250.00

Payment method:

Credit Card

[10] Counsel for the applicants Karolinska and Jonsson frankly admits, based on the affidavit of the Canadian patent agent who filed those applications, that there was an error in respect of the fees. I set out the facts as recited in the relevant portions of the applicants' counsel's memorandum of argument filed with the Court which facts are not disputed by the respondent:

4. Pursuant to the instructions from the Applicant's Swedish Patent agent..., the Applicant's Canadian agent ...arranged for the PCT Application to be forwarded electronically to the Canadian Patent Office, before the 42-month period ended....

5. However, during the processing of the paperwork relating to the PCT Application at the office of the Patent agent at the time that the instructions were received, an incorrect international date was logged by an assistant at the Patent agent. As a result, although the specific lawyer and Patent agent having carriage of the matter ... had originally given specific instructions to her staff that the PCT Application was a "late entry" filing, the clerical logging system at [Patent agent's firm] did not reflect that fact. ...

6. Consequently, when the PCT Application was prepared for electronic filing with the Patent Office, the total fee amount set out on the electronic application transmittal documents was less than the full amount that was needed to cover the fee due at the time of filing. ...

7. In the electronic filing form provided by CIPO, there is a single box designated for "Total Fees". There is also a box that states: "I am including the following fees." The Patent agent

[TRADUCTION]

Instructions relatives à la correspondance :

Le représentant du demandeur joint aux présentes une nouvelle demande d'entrée en phase nationale.

2. Description des taxes :

J'inclus les taxes suivantes :
Taxe de dépôt; taxe pour le maintien en état deuxième année

Soit un total de : 250 \$

Mode de paiement :

Carte de crédit

[10] Les avocats des demandeurs Karolinska et Jonsson reconnaissent en toute franchise, en se fondant sur l'affidavit de l'agent des brevets canadien qui a déposé ces demandes, qu'il y a eu une erreur au sujet des taxes à verser. J'énonce les faits présentés dans les passages pertinents de l'exposé des arguments que les avocats des demandeurs ont déposé auprès de la Cour, faits que le défendeur ne conteste pas :

[TRADUCTION]

4. Conformément aux instructions de l'agent des brevets suédois du demandeur [...], l'agent canadien de ce dernier [...] a pris les dispositions nécessaires pour que la demande PCT soit transmise par voie électronique au Bureau des brevets du Canada, avant l'expiration du délai de 42 mois [...]

5. Cependant, lors du traitement des documents liés à la demande PCT au bureau de l'agent des brevets, au moment où les instructions ont été reçues, une date internationale inexacte a été consignée par un adjoint chez l'agent des brevets. De ce fait, même si l'avocat et l'agent des brevets qui étaient chargés de l'affaire [...] avaient au départ expressément indiqué à leur personnel que la demande PCT était un dépôt du type « entrée tardive », le système de consignation d'écritures du [cabinet de l'agent des brevets] n'a pas tenu compte de ce fait [...]

6. Par conséquent, quand la demande PCT a été préparée en vue de son dépôt par voie électronique auprès du Bureau des brevets, le montant total de taxes figurant dans les documents de transmission de la demande par voie électronique était inférieur au plein montant qu'il fallait acquitter pour couvrir les taxes à verser au moment du dépôt [...]

7. Dans le formulaire de dépôt électronique de l'OPIC, une case unique correspond au « Total des taxes ». Une autre case indique : « J'inclus les taxes suivantes. » L'agent des brevets a

indicated that the fees included were for “filing fee; and second year maintenance fee”....

8. Because of the clerical error in entering data at the Patent agent’s office, as described above, the fee specified in the “Total Fees” box in the electronic filing form was less than the full amount required by the Patent Rules. The evidence (not cross-examined) was that the intention of [the Canadian Patent agent] was to pay the correct full amount and that instructions were given to the patent clerk at the Patent agent to prepare the documents on this basis. Due to the clerical error in recording the relevant dates for the PCT Application, however, the amount shown in the “Total Fees” box was \$250.00, instead of \$450.00. The “filing fee” ought to have been calculated to include payment for the “basic national fee” (Item 10, Schedule II to the Patent Rules) and payment for the “additional fee for late payment” (Item 11, Schedule II to the Patent Rules)....

9. With the exception of the amount of money that was tendered with the PCT Application, the application was filed in accordance with the requirements of the PCT and the Patent Rules. The PCT Application was filed on February 29, 2012, in advance of the deadline of March 4, 2012 [for Karolinska—March 15, 2012 for Jonsson]. In addition, the PCT Application included an authorization to charge fee payments against the credit card of the Patent agent (appropriate and sufficient credit card details were provided).

[11] CIPO apparently did nothing until after the critical dates of March 4, 2012 (Karolinska) or March 15, 2012 (Jonsson) expired. It was not until about six weeks later that CIPO wrote a letter to the Canadian patent agent, entitled “National Entry Refused”, dated April 11, 2012 (in both cases) which stated:

NATIONAL ENTRY REFUSED

Dear Sir/Madam:

Reference is made to your letter dated February 29, 2012.

The Patent Rule 58(3) is very clear int [*sic*] the effect that an applicant shall comply with the requirements of subdivision (1) and (2), where applicable, no later than on the expiry of the 30-month after the priority date (a). With a late payment fee, before the expiry of the 42-month from the priority date (b), which was March 4, 2012.

indiqué que les taxes incluses s’appliquaient à la : « taxe de dépôt; et [à la] taxe pour maintien en état deuxième année » [...]

8. À cause de l’erreur d’écriture susmentionnée commise lors de la consignation des données au bureau de l’agent des brevets, les taxes mentionnées dans la case « Total des taxes » du formulaire de dépôt électronique étaient inférieures au plein montant exigible en vertu des Règles sur les brevets. D’après la preuve (personne n’a été contre-interrogé sur cette preuve), [l’agent des brevets canadien] avait l’intention de payer le plein montant prescrit et des instructions avaient été données au commis aux brevets pour qu’il prépare les documents dans cette optique. Cependant, en raison de l’erreur de consignation des dates applicables dans la demande PCT, le montant inscrit dans la case « Total des taxes » était de 250 \$, au lieu de 450 \$. Il aurait fallu calculer la « taxe de dépôt » de façon à ce qu’elle inclue le paiement de la « taxe nationale de base » (article 10, partie II des Règles sur les brevets) ainsi que le paiement de la « surtaxe pour paiement en souffrance » (article 11, partie II des Règles sur les brevets) [...]

9. À l’exception de la somme d’argent versée avec la demande PCT, cette dernière a été déposée conformément aux exigences du PCT et des Règles sur les brevets. Le dépôt en question remonte au 29 février 2012, avant la date limite du 4 mars 2012 [pour Karolinska — le 15 mars 2012 pour Jonsson]. En outre, la demande PCT autorisait le prélèvement des taxes à partir de la carte de crédit de l’agent des brevets (des détails appropriés et suffisants sur la carte de crédit étaient fournis).

[11] L’OPIC n’a, semble-t-il, rien fait avant les échéances cruciales du 4 mars 2012, pour Karolinska, et du 15 mars 2012, pour Jonsson. Ce n’est qu’environ six semaines plus tard que l’OPIC a transmis à l’agent des brevets canadien une lettre portant le titre [TRADUCTION] « Entrée nationale refusée »; cette lettre, datée du 11 avril 2012 (dans les deux cas) indiquait ce qui suit :

[TRADUCTION]

ENTRÉE NATIONALE REFUSÉE

Madame, Monsieur,

La présente fait suite à votre lettre du 29 février 2012.

Le paragraphe 58(3) des Règles sur les brevets indique très clairement que les demandeurs doivent se conformer aux exigences des paragraphes (1) et (2), s’il y a lieu, dans les 30 mois suivant la date de priorité (alinéa a)), dans le cas d’une surtaxe pour paiement en souffrance, avant l’expiration du 42^e mois suivant la date de priorité (alinéa b)), qui était le 4 mars 2012.

Since we believe that the applicant did not take the necessary steps in order to ensure that your office received his or her request to enter national phase in Canada within the time limit, the Canadian Intellectual Property Office has deemed the current application not to have entered the national phase.

Upon a written request, the fees paid, minus \$25, with regard to the above mentioned PCT application will be refunded pursuant [sic] to section 4(3) of the Patent Rules.

Should you require further information, please contact the undersigned.

Yours truly,

[12] The same letter was sent in each of the Karolinska and Jonsson applications.

[13] Immediately upon receipt of the letter from the CIPO, the Canadian patent agent telephoned persons at CIPO and asked that the fees tendered be reallocated to payment of late fees. After numerous phone conversations, including, apparently, with the “policy department” of CIPO, and a lawyer acting for CIPO, the Canadian patent agent was advised that the CIPO would take no steps to remedy the situation. A CIPO official repeated this position in a phone call to the Canadian agent on April 23, 2012. I do not view this as a separate decision.

[14] Hence, this judicial review.

ISSUES

[15] The parties have proposed certain issues, which I will restate as follows:

1. What is the applicable standard of review?
2. Did the Commissioner of Patents err in sending the “Notice of Refusal” letter?
3. Should the Commissioner have accepted the Canadian patent agent’s tender of late payment fees by reallocation or otherwise?

Comme nous estimons que le demandeur n’a pas pris les mesures nécessaires pour s’assurer que votre bureau recevrait sa demande d’entrée en phase nationale au Canada dans le délai prescrit, l’Office de la propriété intellectuelle du Canada a jugé que la demande en question n’était pas entrée dans la phase nationale.

Sur demande écrite, les taxes versées relativement à la demande PCT susmentionnée, seront remboursées, moins 25 \$, conformément au paragraphe 4(3) des Règles sur les brevets.

Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec le soussigné.

Veillez agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

[12] La même lettre a été envoyée dans le cadre de chacune des demandes (Karolinska et Jonsson).

[13] Aussitôt après avoir reçu cette lettre, l’agent des brevets canadien a téléphoné à diverses personnes à l’OPIC et demandé que les taxes versées soient réaffectées au paiement des taxes en souffrance. Après de nombreuses conversations téléphoniques, dont une, semble-t-il, avec le « service de politique » de l’OPIC et un avocat représentant l’OPIC, l’agent des brevets canadien a appris que l’OPIC ne ferait rien pour remédier à la situation. Un représentant de l’OPIC a réitéré cette position lors d’une conversation téléphonique avec l’agent canadien le 23 avril 2012. Je ne considère pas cela comme une décision distincte.

[14] D’où le présent contrôle judiciaire.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[15] Les parties ont proposé un certain nombre de questions, que je reformulerai comme suit :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le commissaire aux brevets a-t-il commis une erreur en envoyant la lettre d’avis de refus?
3. Le commissaire aurait-il dû accepter que l’agent des brevets canadien acquitte la taxe pour paiement tardif par voie de réaffectation ou autrement?

WHAT IS THE APPLICABLE STANDARD OF REVIEW?

[16] The position of all parties stated in their written memoranda that the standard of review is correctness, relying on *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2001 FCT 879, [2002] 1 F.C. 325, affd 2003 FCA 121, [2003] 4 F.C. 67, as well as *Unicrop Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 55, 91 C.P.R. (4th) 289, and *Thinkstream Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2005 FC 894, 52 C.P.R. (4th) 274, at paragraph 15. I do not agree, having regard to the circumstances of this case.

[17] The critical provisions are subsections 3.1(1) and (2) of the *Patent Rules*, SOR/96-423. Those provisions came into force on January 1, 2004 [SOR/2003-208, s. 2]. They state:

3.1 (1) Subject to subsection 6(1), if, before the expiry of a time limit for paying a fee set out in Schedule II, the Commissioner receives a communication in accordance with which a clear but unsuccessful attempt is made to pay the fee, the fee shall be considered to have been paid before the expiry of the time limit if

(a) the amount of the fee that was missing is paid before the expiry of the time limit;

(b) if a notice is sent in accordance with subsection (2), the amount of the fee that was missing, together with the late payment fee set out in item 22.1 of Schedule II, are paid before the expiry of the two-month period after the date of the notice; or

(c) if a notice is not sent, the amount of the fee that was missing, together with the late payment fee set out in item 22.1 of Schedule II, are paid before the expiry of the two-month period after the day on which the communication was received by the Commissioner.

(2) Subject to subsection 6(1) and unless the person making the communication did not provide information that would allow them to be contacted, if the Commissioner has received a communication in the circumstances referred to in subsection (1), the Commissioner shall, by notice to the person who made the communication, request payment of the amount of the fee that was missing together, if applicable, with the late payment fee referred to in subsection (1).

QUELLE EST LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE?

[16] Comme elles l'ont indiqué dans leurs mémoires écrits, toutes les parties sont d'avis que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, et invoquent à cet égard la décision *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2001 CFPI 879, [2002] 1 C.F. 325, conf. par 2003 CAF 121, [2003] 4 C.F. 67, ainsi que l'arrêt *Unicrop Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 55, et la décision *Thinkstream Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2005 CF 894, au paragraphe 15. Je ne suis pas d'accord à cause des circonstances de l'espèce.

[17] Les dispositions cruciales sont les paragraphes 3.1(1) et (2) des *Règles sur les brevets*, DORS/96-423. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2004 [DORS/2003-208, art. 2] :

3.1 (1) Sous réserve du paragraphe 6(1), si, avant l'expiration du délai fixé pour le versement d'une taxe prévue à l'annexe II, le commissaire reçoit une communication dans laquelle une personne fait une tentative manifeste mais infructueuse pour verser la taxe, celle-ci est réputée avoir été reçue avant l'expiration du délai dans les cas suivants :

a) la taxe impayée est versée avant l'expiration du délai;

b) dans le cas où un avis est envoyé conformément au paragraphe (2), la taxe impayée, accompagnée de la surtaxe pour paiement en souffrance prévue à l'article 22.1 de l'annexe II, est versée dans les deux mois suivant la date de l'avis;

c) dans le cas où aucun avis n'est envoyé, la taxe impayée, accompagnée de la surtaxe pour paiement en souffrance prévue à l'article 22.1 de l'annexe II, est versée dans les deux mois suivant la date à laquelle le commissaire a reçu la communication.

(2) Sous réserve du paragraphe 6(1) et à moins que l'auteur de la communication au commissaire ne soumette pas les renseignements permettant de communiquer avec lui, si le commissaire reçoit la communication dans les circonstances visées au paragraphe (1), il demande, par avis, à la personne qui lui a envoyé la communication de verser la taxe impayée, accompagnée, s'il y a lieu, de la surtaxe pour paiement en souffrance visée au paragraphe (1).

[18] In *Thinkstream Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2005 FC 894 [cited above], Justice Blais (as he then was) dealt with the issue as to whether or not section 3.1 had retroactive effect. He held that the decision of the Commissioner of Patents in that respect must be reviewed on a standard of correctness. This was an issue of law and the standard of review was correctness. He wrote, at paragraphs 15 and 27:

Since the issue is whether section 3.1 of the Rules applies in this case and in the manner suggested by the applicant, the applicable standard of review is correctness. (See *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.)

...

Since section 3.1 of the Rules does not apply retroactively and the Commissioner did not err in applying the Act and the Rules in force at the time of the PCT national phase request, I am of the opinion that this application for judicial review must be dismissed.

[19] In *Finger-Shield (UK) Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2006 FC 138, [2006] 4 F.C.R. 96, Justice Strayer (as a judge of the Federal Court) held that in interpreting the provisions of a statutory instrument, such as the *Patent Rules*, the standard of review of the Commissioner's decision should be correctness. Again, this dealt with an interpretation of the Rules themselves. He wrote at paragraphs 7 to 10:

The parties are in agreement that the relevant standard here is that of correctness, this decision involving the interpretation of a statutory instrument, namely paragraph 58(3)(b) of the *Patent Rules*. I believe that position to be justified on a pragmatic and functional analysis.

In *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 1 F.C. 325 (T.D.) Dawson J. considered the standard of review of a decision by the Commissioner of Patents as to the interpretation of requirements in the *Patent Rules* with respect to the payment of maintenance fees. She found that the only privative provisions were those of sections 18 ... and 18.1 ... of the *Federal Court Act* ... which make it clear that the

[18] Dans la décision *Thinkstream Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2005 CF 894 [précitée], le juge Blais (aujourd'hui juge en chef de la Cour d'appel fédérale) s'est demandé si l'article 3.1 avait ou non un effet rétroactif. Il a conclu que la décision du commissaire aux brevets à cet égard devait être soumise à la norme de contrôle de la décision correcte appelée à s'appliquer, car il s'agissait d'une question de droit. Il a écrit ceci, aux paragraphes 15 et 27 :

Puisqu'il s'agit de savoir si l'article 3.1 des Règles trouve application en l'espèce et tel que le suggère la demanderesse, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. (Voir *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.)

[...]

Vu le fait que l'article 3.1 des Règles ne s'applique pas de façon rétroactive et considérant que le Commissaire n'a pas commis d'erreur en appliquant la Loi et les Règles en vigueur au moment de la demande PCT à la phase nationale, je suis d'avis que cette demande de révision judiciaire doit être rejetée.

[19] Dans la décision *Finger-Shield (UK) Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2006 CF 138, [2006] 4 R.C.F. 96, le juge Strayer (agissant à titre de juge de la Cour fédérale) a déclaré que l'interprétation des dispositions d'un instrument législatif tel que les *Règles sur les brevets* dans une décision du commissaire est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte. Il s'agissait aussi dans cette affaire de l'interprétation des Règles elles-mêmes. Voici ce qu'il a écrit aux paragraphes 7 à 10 :

Les parties s'entendent pour dire que la norme applicable est celle de la décision correcte, puisque la décision comporte l'interprétation d'un texte législatif, à savoir l'alinéa 58(3)(b) des *Règles sur les brevets*. Je pense que cette position est justifiée au regard de l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

Dans *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 1 C.F. 325 (1^{re} inst.), la juge Dawson a examiné la norme de contrôle d'une décision rendue par le commissaire aux brevets relativement à l'interprétation des exigences énoncées dans les *Règles sur les brevets* au sujet du paiement de la taxe pour le maintien en état. Elle a conclu que les seules dispositions privatives étaient les articles 18 [...] et

Commissioner is subject to judicial review. She considered that the Commissioner's expertise does not include the interpretation of statutes and statutory instruments, and that any such decision has precedential effect. She felt that the object of the Act was more to establish rights between parties, and decisions with respect of payment of fees as prescribed by the *Patent Rules*, are not polycentric in nature involving a balancing test. The nature of the issue is a question of law. Based on these considerations she concluded that less deference was owed and that the standard of correctness applied. Her conclusion on this point was affirmed by the Federal Court of Appeal in *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2003] 4 F.C. 67, at paragraph 23; leave to appeal to S.C.C. denied [2003] 3 S.C.R. vi. I believe the same considerations apply to the question in the present case concerning the interpretation of the *Patent Rules* in respect of late payment fees.

The critical provision in question here is the meaning of paragraph 58(3)(b) of the *Patent Rules* which allows the applicant for entry of a national phase (if he has not complied with the normal 30-month limitation period) to comply with subsections 58(1) and (2) within

58. (3) ...

(b) where the applicant pays the additional fee for late payment set out in item 11 of Schedule II, the 42-month period after the priority date.

The applicants argue that there is nothing in paragraph 58(3)(b) which specifies when the late payment fee must be made. All that is required is that the proper documents and basic national fee be provided to the Commissioner and any relevant maintenance fees be paid, all before the expiry of 42 months which was done in this case. While it is also required that the late payment fee be paid some time, there is no requirement that it be paid within 42 months. I would agree that the paragraph is capable of being read in that fashion. It is also capable of being read as requiring the late payment fee to be paid within the 42-month period. There is indeed some ambiguity which requires interpretation. I believe that the latter meaning is the one which should be ascribed to the paragraph.

First, it seems to me that this is the more likely meaning of the bare language of the paragraph. In the context of subsection 58(3), it is required that the applicant provide the necessary documents, pay the national fee, and pay any maintenance fees and he may do this within a period of up to 42 months after the priority date "where [he] pays the additional fee for late payment." That implies to me an action

18.1 [...] de la *Loi sur la Cour fédérale* [...], qui établissent clairement que le commissaire est assujéti au contrôle judiciaire. Elle a estimé que l'expertise du commissaire ne s'étend pas à l'interprétation des lois et textes réglementaires et que toute décision en ce sens a titre de précédent. Selon elle, l'objet de la Loi est plutôt de définir les droits des parties, et les décisions relatives au paiement des taxes prescrites par les *Règles sur les brevets* ne sont pas de nature polycentrique et n'emportent pas l'application d'un critère de pondération. La question en litige est une question de droit. Compte tenu de ces considérations, la juge a conclu qu'un degré de retenue moins élevé s'imposait et que la norme de la décision correcte s'appliquait. Sa conclusion à cet égard a été confirmée par la Cour d'appel fédérale dans *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2003] 4 C.F. 67, au paragraphe 23; demande d'autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. rejetée [2003] 3 R.C.S. vi. Je crois que les mêmes considérations s'appliquent en l'espèce à l'interprétation des *Règles sur les brevets* concernant le versement de la surtaxe pour paiement en souffrance.

La question fondamentale en l'espèce est le sens de l'alinéa 58(3)(b) des *Règles sur les brevets*, qui autorise le demandeur à entrer dans une phase nationale (s'il n'a pas respecté les exigences dans le délai habituel de 30 mois) pour se conformer aux paragraphes 58(1) et (2)

58. (3) [...]

b) s'il verse la surtaxe pour paiement en souffrance prévue à l'article 11 de l'annexe II, dans les quarante-deux mois suivant la date de priorité.

Les demandeurs soutiennent que l'alinéa 58(3)(b) ne précise pas quand la surtaxe pour paiement en souffrance doit être versée. Il suffit que les documents utiles et la taxe nationale de base soient remis au commissaire, accompagnés le cas échéant des taxes pour le maintien de la demande en état, le tout dans un délai de 42 mois, ce qui a été fait en l'espèce. Même s'il est également exigé que la surtaxe pour paiement en souffrance soit versée à un moment donné, il n'est pas exigé qu'elle le soit dans le délai de 42 mois. Je conviens que la disposition peut être interprétée de cette façon. Elle peut aussi être interprétée comme si elle exigeait que la surtaxe pour paiement en souffrance soit versée avant l'expiration du délai de 42 mois. La disposition est effectivement un peu ambiguë et, par conséquent, sujette à interprétation. Et je crois que c'est le deuxième sens qu'il faut attribuer à cet alinéa.

Premièrement, il me semble que c'est le sens le plus probable de cet alinéa compte tenu de son libellé même. En vertu du paragraphe 58(3), le demandeur doit fournir les documents nécessaires, payer la taxe nationale de base et les taxes pour le maintien de la demande en état dans un délai de 42 mois suivant la date de priorité « s'il verse la surtaxe pour paiement en souffrance ». Cela suppose, selon moi, que des mesures

which must take place before or concurrently with the compliance with the other requirements. [References omitted.]

[20] In the present case, we are not dealing with an interpretation of *Patent Rules*, section 3.1; rather, we are dealing with how the Commissioner (CIPO) did or did not give proper meaning and effect to the words “clear but unsuccessful attempt ... to pay the fee” in the particular circumstances of this case. In other words, the Court is not being asked to consider what the rule means; but rather, whether the Commissioner (CIPO) properly applied the rule to the circumstances of the case. In this regard, the standard is reasonableness.

[21] The Supreme Court of Canada recently addressed this issue in *Agraira v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559. LeBel J., with whom the other members of the panel of the Court agreed, wrote at paragraph 48 as to how a standard is to be established:

As this Court held in *Dunsmuir*, a court deciding an application for judicial review must engage in a two-step process to identify the proper standard of review. First, it must consider whether the level of deference to be accorded with regard to the type of question raised on the application has been established satisfactorily in the jurisprudence. The second inquiry becomes relevant if the first is unfruitful or if the relevant precedents appear to be inconsistent with recent developments in the common law principles of judicial review. At this second stage, the court performs a full analysis in order to determine what the applicable standard is.

[22] At paragraphs 51 to 53, LeBel J. set out the recent jurisprudence of the Supreme Court as to reasonableness. I point out in particular, that reasonableness involves “justification, transparency and intelligibility”.

In *Dunsmuir*, the Court defined reasonableness as follows:

... a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of

doivent être prises pour remplir ces conditions avant ou en même temps que les autres conditions. [Références omises]

[20] En l’espèce, ce n’est pas l’interprétation de l’article 3.1 des *Règles sur les brevets* qui est en cause, mais plutôt la manière dont le commissaire (OPIC) a donné ou non un sens et un effet appropriés à l’expression « tentative manifeste mais infructueuse pour verser la taxe » dans les circonstances particulières qui nous occupent. Autrement dit, on ne demande pas à la Cour de se pencher sur la signification des Règles, mais plutôt de déterminer si le commissaire (OPIC) les a convenablement appliquées aux circonstances de l’espèce. À cet égard, la norme applicable est celle de la raisonabilité.

[21] La Cour suprême du Canada a traité récemment de cette question dans l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559. Le juge LeBel, avec lequel les autres membres de la Cour étaient d’accord, a décrit au paragraphe 48 la façon dont il convient d’établir une norme :

Notre Cour a décidé dans l’arrêt *Dunsmuir* que pour déterminer la norme de contrôle appropriée, la cour saisie d’une demande de contrôle judiciaire doit entreprendre un processus en deux étapes. Premièrement, elle doit vérifier si la jurisprudence établit de manière satisfaisante le degré de retenue correspondant à une catégorie de questions soulevées dans la demande de contrôle judiciaire. La deuxième étape s’applique lorsque cette première démarche se révèle infructueuse ou si la jurisprudence semble devenue incompatible avec l’évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire. À cette deuxième étape, la cour entreprend une analyse complète en vue de déterminer la norme applicable.

[22] Aux paragraphes 51 à 53, le juge LeBel a évoqué la jurisprudence récente de la Cour suprême traitant de la norme de la raisonabilité. Je signale, en particulier, que la raisonabilité a trait « à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité ».

Dans l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour a défini comme suit la décision raisonnable, ou raisonabilité :

La norme déférente du caractère raisonnable procède du principe à l’origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de

possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, Abella J., for a unanimous Court, returned to the meaning of reasonableness and deference. She stated:

This, I think, is the context for understanding what the Court meant in *Dunsmuir* when it called for “justification, transparency and intelligibility”. To me, it represents a respectful appreciation that a wide range of specialized decision-makers routinely render decisions in their respective spheres of expertise, using concepts and language often unique to their areas and rendering decisions that are often counter-intuitive to a generalist....

Read as a whole, I do not see *Dunsmuir* as standing for the proposition that the “adequacy” of reasons is a stand-alone basis for quashing a decision, or as advocating that a reviewing court undertake two discrete analyses — one for the reasons and a separate one for the result (Donald J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at §§12:5330 and 12:5510). It is a more organic exercise — the reasons must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes. This, it seems to me, is what the Court was saying in *Dunsmuir* when it told reviewing courts to look at “the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes” (para. 47).

In assessing whether the decision is reasonable in light of the outcome and the reasons, courts must show “respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law” (*Dunsmuir*, at para. 48). This means that courts should not substitute their own reasons, but they may, if they find it necessary, look to the record for the purpose of assessing the reasonableness of the outcome.

conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement 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. [par. 47]

Dans *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, la juge Abella, au nom de la Cour à l'unanimité, est revenue sur le caractère raisonnable et la déférence. Elle a déclaré ce qui suit :

C'est dans cette optique, selon moi, qu'il faut interpréter ce que la Cour voulait dire dans *Dunsmuir* lorsqu'elle a parlé de « la justification de la décision [ainsi que de] la transparence et [de] l'intelligibilité du processus décisionnel ». À mon avis, ces propos témoignent d'une reconnaissance respectueuse du vaste éventail de décideurs spécialisés qui rendent couramment des décisions — qui paraissent souvent contre-intuitives aux yeux d'un généraliste — dans leurs sphères d'expertise, et ce en ayant recours à des concepts et des termes souvent propres à leurs champs d'activité...

Je ne suis pas d'avis que, considéré dans son ensemble, l'arrêt *Dunsmuir* signifie que l'« insuffisance » des motifs permet à elle seule de casser une décision, ou que les cours de révision doivent effectuer deux analyses distinctes, l'une portant sur les motifs et l'autre, sur le résultat (Donald J. M. Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), §§12:5330 et 12:5510). Il s'agit d'un exercice plus global : les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles. Il me semble que c'est ce que la Cour voulait dire dans *Dunsmuir* en invitant les cours de révision à se demander si « la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité » (par. 47).

La cour de justice qui se demande si la décision qu'elle est en train d'examiner est raisonnable du point de vue du résultat et des motifs doit faire preuve de « respect [à l'égard] du processus décisionnel [de l'organisme juridictionnel] au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 48). Elle ne doit donc pas substituer ses propres motifs à ceux de la décision sous examen mais peut toutefois, si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat.

... if the reasons allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes, the *Dunsmuir* criteria are met. [paras. 13-16]

In one of its most recent comments on this point, in *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405, the Court emphasized that the reviewing court must consider the tribunal's decision as a whole, in the context of the underlying record, to determine whether it was reasonable:

... administrative tribunals do not have to consider and comment upon every issue raised by the parties in their reasons. For reviewing courts, the issue remains whether the decision, viewed as a whole in the context of the record, is reasonable (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708). [para. 3]

WAS CIPO'S DECISION REASONABLE?

[23] I have previously set out the text of the decision as set out in the letters of April 11, 2012. There are a number of problems with these letters, which render them lacking in justification, transparency and intelligibility; namely:

- The meaning of the words appearing in the first line of the second paragraph are unintelligible: "Patent Rule 58(3) is very clear int the effect that". All parties agree that there is at least some kind of typographical error, but the true meaning cannot be discerned.
- The reference to the date of March 4, 2012 in the letter respecting the Jonsson application is incorrect; it should be, as all parties agree, March 15, 2012.
- The factual conclusion set out in the third paragraph that "the applicant did not take the necessary steps in order to ensure that your office received his or her request to enter national phase in Canada within the time limit" is not based on anything in the record, and having

... les motifs répondent aux critères établis dans *Dunsmuir* s'ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables. [par. 13-16]

Tout récemment, dans *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405, notre Cour a insisté sur la nécessité pour la cour de révision d'examiner la décision du tribunal administratif dans son ensemble, à la lumière du dossier, pour décider si elle était raisonnable :

... un tribunal administratif n'a pas l'obligation d'examiner et de commenter dans ses motifs chaque argument soulevé par les parties. La question que doit trancher le tribunal judiciaire siégeant en révision demeure celle de savoir si la décision attaquée, considérée dans son ensemble, à la lumière du dossier, est raisonnable (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708). [par. 3]

LA DÉCISION DE L'OPIC ÉTAIT-ELLE RAISONNABLE?

[23] J'ai reproduit précédemment le texte de la décision communiquée dans les lettres du 11 avril 2012. Ces dernières sont problématiques à un certain nombre d'égards qui font qu'elles sont dépourvues de justification, de transparence et d'intelligibilité. Plus précisément :

- Le sens des mots apparaissant à la première ligne du deuxième paragraphe de la version anglaise de la lettre est inintelligible : « *Patent Rule 58(3) is very clear int the effect that* ». Les parties conviennent toutes qu'il y a au moins une erreur typographique, mais on ne peut discerner le sens véritable de ces mots.
- La mention qui est faite de la date du 4 mars 2012 dans la lettre relative à la demande de Jonsson est inexacte; il devrait s'agir, comme toutes les parties en conviennent, du 15 mars 2012.
- La conclusion de fait énoncée au troisième paragraphe, à savoir : [TRADUCTION] « le demandeur n'a pas pris les mesures nécessaires pour s'assurer que votre bureau recevrait sa demande d'entrée en phase nationale au Canada dans le délai prescrit » ne repose sur aucun

regard to the record before the Court, is clearly wrong. It is not for the Court to look at the new evidence at this time but the Court must note that CIPO had no evidence at all one way or the other as to what the applicant did or told the Canadian agent.

[24] Counsel for the respondent (CIPO) agrees that these are errors, but argues that they are meaningless errors, and do not affect the result. I disagree; these are errors of substance, going to the heart of the letters. They make the decision lacking in justification, transparency and intelligibility.

DID THE COMMISSIONER (CIPO) COME TO THE RIGHT RESULT IN ANY EVENT?

[25] The issue that the Commissioner was required to address was whether the Canadian firm filing the application had made, as stipulated by subsection 3.1(1) of the *Patent Rules*, a “clear but unsuccessful attempt” to pay the required fee. The Commissioner’s letter does not squarely address this issue.

[26] The effect of subsection 3.1(1) was addressed, *in obiter*, by Justice Martineau of this Court in *Johnson & Johnson Inc. v. Boston Scientific Ltd.*, 2004 FC 1672, [2005] 4 F.C.R. 110. He wrote at paragraphs 99 to 104:

At the time section 3.1 was referred to this Court, it was not yet in force, and accordingly, the plaintiffs were asking this Court to defer the present decision so that they would have the opportunity to exercise their rights under section 3.1 of the *Patent Rules*. It appears that this particular aspect of the case has become largely academic since a stay of the proceedings was ordered in November 2003 for other reasons.

That being said, I find that the amendments that came into force on January 1, 2004, do not affect the determination of the motion under reserve. The law applicable to the motion for summary judgment has never been in controversy between the parties. Since the applications for each of the impugned patents had filing dates prior to October 1, 1989, sections 78.1 ... and 78.2 ... of the current *Patent Act* dictate that the validity of these patents is to be judged in accordance with the provisions of the

élément du dossier et, compte tenu du dossier soumis à la Cour, est manifestement erronée. Il n’appartient pas à la Cour d’examiner à ce stade-ci les nouveaux éléments de preuve, mais elle se doit de signaler que l’OPIC ne dispose d’aucune preuve établissant dans un sens ou dans l’autre ce que le demandeur a fait ou dit à l’agent canadien.

[24] L’avocate du défendeur (OPIC) convient qu’il s’agit là d’erreurs, mais elle soutient qu’elles sont anodines et n’ont pas d’incidence sur l’issue. Je ne suis pas d’accord; il s’agit d’erreurs de fond, qui touchent le cœur même des lettres. À cause d’elles, la décision est dépourvue de justification, de transparence et d’intelligibilité.

LE COMMISSAIRE (OPIC) EST-IL ARRIVÉ, EN TOUT ÉTAT DE CAUSE, AU BON RÉSULTAT?

[25] La question que le commissaire était tenu d’examiner était de savoir si le cabinet canadien qui déposait la demande avait fait, comme le prescrit le paragraphe 3.1(1) des *Règles sur les brevets*, une « tentative manifeste mais infructueuse » pour verser la taxe requise. La lettre du commissaire ne traite pas directement de cette question.

[26] L’effet du paragraphe 3.1(1) a été analysé dans la décision *Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientifique Ltée*, 2004 CF 1672, [2005] 4 R.C.F. 110 dans une remarque incidente du juge Martineau de la Cour, qui a déclaré aux paragraphes 99 à 104 :

Lorsqu’il a été question de l’article 3.1 devant la Cour, celui-ci n’était pas encore en vigueur, et les demandesses ont prié la Cour de différer sa décision de façon à ce qu’elles puissent se prévaloir de la disposition. Cet aspect de l’instance a perdu une grande partie de son intérêt pratique puisqu’une suspension d’instance a été ordonnée au mois de novembre 2003 pour d’autres raisons.

Cela dit, j’estime que les modifications entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2004 n’ont pas d’effet sur l’issue de la requête prise en délibéré. En effet, le droit applicable pour statuer sur la requête en jugement sommaire ne fait pas l’objet d’une controverse entre les parties. Puisque la date de dépôt des demandes de chacun des brevets en cause est antérieure au 1^{er} octobre 1989, la validité des brevets doit être déterminée suivant les dispositions de la *Loi sur les brevets* qui étaient en

Patent Act as they read immediately before October 1, 1989. Furthermore, the *Patent Rules* applicable to determine whether the applications for the impugned patents were completed on filing, were those in effect prior to 1989.

Anyhow, even if the new Rules could find application in the case at bar, section 3.1 does not allow the plaintiffs to avoid the legal consequences of the payment of the wrong fee or, in other words, the small entity filing fee for the impugned patents. As a regulation, section 3.1 is subordinated to its enabling statute, the *Patent Act*. The 12-month period specified for the completion of a patent application is contained in section 30 of the *Patent Act*, not the *Patent Rules*, and is not affected by changes to the *Patent Rules*. In other words, section 3.1 represents a change to the *Patent Rules*, but not to the *Patent Act* itself. In effect, section 3.1 does not purport to affect an applicant's statutory obligation under the *Patent Act* to complete its patent application within 12 months of the filing date. Therefore, contrary to what the plaintiffs submit, subsection 3.1(2) of the new Rules does not allow the patent applicant to evade its obligation under the *Patent Act*.

Moreover, section 3.1 is not a remedial provision for the problem identified in *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)* (2002), 288 N.R. 14 (F.C.A.) decision regarding the Commissioner of Patent's acceptance of a "top-up" fee after the expiry of the time limit for paying particular fees. None of the regulatory documents associated with the new rules makes any mention of the *Dutch Industries* case. I believe that it would be highly unusual, if not unprecedented, for regulations to be amended to "fix a problem" without any mention of the purported problem in any of the documents leading up to and accompanying the regulations and while the judicial decision giving rise to the purported problem was still before the courts. Section 3.1 is intended to permit an applicant or patentee who unsuccessfully attempts to pay a prescribed fee to correct that incorrect fee payment upon notice from the Commissioner, provided that an additional late payment fee is paid. The amendments are simply a series of administrative, housekeeping amendments with respect to fee changes.

On another note, section 3.1 does not purport to retroactively resurrect patents already deemed abandoned by section 30 of the *Patent Act*. Section 3.1 is not construed to have retroactive effect to resurrect patents already deemed permanently abandoned under section 30 of the *Patent Act*. In fact, legislation is presumed to apply to future acts and conditions. In other words, statutes are not to be construed as having retroactive operation unless such a construction is expressly set out in the

vigueur immédiatement avant cette date, conformément aux articles 78.1 [...] et 78.2 [...] En outre les *Règles sur les brevets* qui s'appliquent pour déterminer si les demandes de brevet déposées avaient été complétées sont celles qui étaient en vigueur avant 1989.

Quoi qu'il en soit, même si les nouvelles règles étaient applicables en l'espèce, l'article 3.1 ne permet pas aux demanderessees d'éviter les conséquences juridiques résultant d'une erreur dans le paiement de la taxe à l'égard des brevets en cause ou, autrement dit, du paiement erroné de la taxe de petite entité. L'article 3.1 étant une disposition réglementaire, elle est subordonnée à la loi habilitante, c'est-à-dire à la *Loi sur les brevets*. Ainsi, la modification des *Règles sur les brevets* n'a pas d'effet sur le délai de 12 mois pour compléter les demandes de brevet prévu à l'article 30 de la *Loi sur les brevets*, et non aux *Règles*. Autrement dit, l'article 3.1 constitue une modification des *Règles sur les brevets*, non de la *Loi sur les brevets*. Effectivement, l'article 3.1 n'a pas pour objet de modifier l'obligation que la *Loi sur les brevets* impose aux demandeurs de brevet de compléter leur demande dans les 12 mois suivant leur dépôt. Contrairement à ce qu'avancent les demanderessees, le nouveau paragraphe 3.1(2) des *Règles sur les brevets* ne permet pas aux demandeurs de brevet de se dérober aux obligations prévues par la *Loi sur les brevets*.

J'ajouterai que l'article 3.1 n'est pas une disposition visant à remédier au problème relevé dans *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)* (2002), 288 N.R. 14 (C.A.F.), concernant l'acceptation par le commissaire d'un versement correctif après l'expiration du délai applicable au paiement de la taxe en question. Aucun des documents se rapportant aux nouvelles règles ne mentionne l'affaire *Dutch Industries*. Or il serait très inhabituel, pour ne pas dire sans précédent, que des modifications réglementaires visant à «corriger un problème» soient adoptées sans qu'il soit fait mention du problème dans les documents précédant et accompagnant les nouvelles dispositions et pendant que la décision judiciaire à l'origine du problème est encore pendante devant les tribunaux. L'objet de l'article 3.1 est de permettre à un demandeur ou un titulaire de brevet qui tente sans succès d'acquitter la taxe prescrite de se reprendre en donnant un avis au commissaire, à la condition qu'il verse une surtaxe pour paiement en souffrance. Les nouvelles dispositions n'étaient que des modifications d'ordre administratif connexes à des changements de tarif.

Par ailleurs, l'article 3.1 n'a pas pour effet de ressusciter rétroactivement des demandes de brevet déjà tenues pour abandonnées et ne peut être interprété comme ressuscitant rétroactivement des demandes de brevet dont l'abandon est réputé permanent en application de l'article 30 de la *Loi sur les brevets*. En fait, les lois sont présumées s'appliquer pour l'avenir. Autrement dit, elles ne doivent pas être interprétées comme rétroactives à moins qu'elles ne comportent des

statute or is required as a necessary implication of the language used (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271). There must be sufficient indication that the legislation is meant to apply not only to ongoing and future acts but also to past acts which is not the case here (*Baker Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2003] 1 F.C. 49 (C.A.), at paragraph 19).

Moreover, I find that the applicants for the impugned patents never made a “clear, but unsuccessful attempt” to pay the fees that the defendants’ summary judgment motion asserts were deficient. The Regulatory Impact Analysis Statement published along with the amendments to the *Patent Rules* on June 18, 2003 gives one example of a “clear but unsuccessful attempt” to pay a fee. That example, found at *C. Gaz.* 2003. II.1659, is the payment of an incorrect fee by miscalculating an exchange rate. The present situation is completely different. Section 3.1 allows the patent applicant to correct an inadvertent error in connection with the payment of the fee but does not allow the patent applicant to correct an error related to the fee itself, especially when the error is due to a bad assumption or a deliberate improper claim to small entity status. [References omitted.]

[27] This decision was reversed by the Federal Court of Appeal, 2006 FCA 195, [2007] 1 F.C.R. 465. Sharlow J.A., for the Court, wrote at paragraphs 5 and 6:

In our view, the legal effect of subsection 78.6(1) is that the top-up payments made for the patents in issue in this case must be treated for the purposes of the *Patent Act* as though they had been made on the date of the original deficient payments. It follows that there was no deficiency in the payment of the application fees. That means that the principle in *Dutch Industries* cannot apply, and the patent applications must be regarded as though the deemed abandonment provision never applied to the patents.

This interpretation of subsection 78.6(1) is based on its literal meaning. That is appropriate in our view, because it is abundantly clear that Parliament intended subsection 78.6(1) to alleviate the effect of *Dutch Industries* retroactively if a top-up payment is made that meets the conditions stated in subsection 78.6(1). It is undisputed that the statutory conditions were met in this case.

dispositions énonçant explicitement leur portée rétroactive ou exigeant implicitement une telle interprétation (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271). Il doit y avoir une indication suffisante de l’intention du législateur que la loi s’applique non seulement à des faits en cours et à venir, mais également à des faits passés, ce qui n’est pas le cas en l’espèce (*Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2003] 1 C.F. 49 (C.A.), au paragraphe 19).

J’estime de plus que les demandeurs des brevets en cause n’ont jamais fait de «tentative manifeste mais infructueuse» pour verser la taxe présentée comme insuffisante dans la requête en jugement sommaire de la défenderesse. Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation qui accompagnait la publication des modifications apportées aux *Règles sur les brevets*, le 18 novembre 2003, donne un exemple de «tentative manifeste mais infructueuse» de verser une taxe, *Gaz. C.* 2003. II.1659. Il s’agit du paiement d’un montant de taxe incorrect par suite d’une erreur dans le calcul d’un taux de change. La présente situation est tout à fait différente. L’article 3.1 permet au demandeur de brevet de corriger une erreur commise par inadvertance relativement au paiement de la taxe, mais non une erreur se rapportant à la taxe elle-même, en particulier lorsqu’elle découle d’une hypothèse erronée ou d’une revendication sciemment irrégulière du statut de petite entité. [Références omises.]

[27] Cette décision a été infirmée par la Cour d’appel fédérale (2006 CAF 195, [2007] 1 R.C.F. 465). La juge d’appel Sharlow, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré, aux paragraphes 5 et 6 :

À notre avis, il découle du paragraphe 78.6(1) que les versements complémentaires effectués à l’égard des brevets en cause doivent être traités, pour l’application de la *Loi sur les brevets*, comme s’ils avaient été effectués à la date à laquelle les paiements insuffisants ont été faits initialement. Il n’y avait donc aucun déficit dans le paiement des taxes de dépôt. Partant, le principe établi dans *Dutch Industries* ne saurait s’appliquer et les demandes de brevet doivent être considérées comme si la disposition relative à l’abandon réputé ne s’était jamais appliquée aux brevets.

Cette interprétation du paragraphe 78.6(1) repose sur son sens littéral. Il s’agit, selon nous, de l’interprétation appropriée parce que le législateur a manifestement voulu que le paragraphe 78.6(1) corrige rétroactivement les effets de la décision *Dutch Industries* lorsqu’est effectué un versement complémentaire qui respecte les conditions énoncées dans cette disposition. Il est incontesté que ces conditions sont respectées en l’espèce

[28] Justice Martineau, in a decision he wrote after his decision in *Boston Scientific*, namely *Government of the U.S.A. et al. v. Commissioner of Patents*, June 23, 2005, docket T-1995-04, considered a question as to payment of fees without finding that it is necessary to resort to section 3.1 of the *Patent Rules*. At paragraph 5 he wrote:

On its face, MBM's cover letter of April 30, 2004, expressly authorized the Respondent "to obtain payment from CIPO account 06-176 and make any and all appropriate action as set out in Schedule II of the Patent Rules" (my underlining). I agree that such broad direction cannot be interpreted as to create a general obligation on the Respondent to give the Applicants notice of filing deficiencies. However, in this case, considering that payment was made by way of an instrument of credit, there should not be a narrow interpretation of the instructions given by MBM in order to perfect the Applicants' request for entry into the national phase. Indeed, considering the particular circumstances of this case and the clear intention expressed in the "Form for Request of Entry into National Phase under Articles 22 and 30 of the Patent Cooperation Treaty" submitted by MBM on behalf of the Applicants on April 30, 2004, I have no doubt that the broad direction contained in MBM's cover letter constituted clear and valid authorization to the Respondent to debit MBM's Visa account for whatever additional sum of money was needed to effect payment of the additional fee of \$200 for late payment set out in item 11 of Schedule II of the *Patent Rules*. This interpretation is consistent with the scheme and general purpose of the patent regime, and while it is not necessary to resort on section 3.1 of the *Patent Rules*, it also accords with the purpose and application of same.

[29] Given the state of the jurisprudence, or lack thereof, respecting section 3.1 of the *Patent Rules*, the matter must be approached as a matter of first instance.

[30] Section 3.1 was added to the *Patent Rules* after cases such as *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2001 FCT 879 [cited above], 2003 FCA 121 [cited above], had illustrated that simple errors in paying fees to the Patent Office could have a devastating effect in failing to obtain or maintain a patent. The Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) accompanying the proposed rule as published in the *Canada*

[28] Le juge Martineau, dans une décision postérieure à celle qu'il avait rendue dans l'affaire *Boston Scientifique*, soit *Gouvernement des É.-U. et al. c. Commissaire aux brevets*, 23 juin 2005, dossier T-1995-04, examinait une question de paiement de taxes sans conclure qu'il fallait recourir à l'article 3.1 des *Règles sur les brevets*. Voici ce qu'il déclarait au paragraphe 5 :

[TRADUCTION] À première vue, la lettre d'accompagnement de MBM, datée du 30 avril 2004, autorisait expressément le défendeur « à obtenir paiement du compte 06-176 de l'OPIC et à prendre toutes les mesures nécessaires, énoncées à la partie II des Règles sur les brevets » (Je souligne). Il est vrai qu'une directive de portée aussi générale ne peut passer pour imposer au défendeur l'obligation générale de faire part aux demandeurs des lacunes en matière de dépôt. Cependant, dans le cas présent, si l'on considère que le paiement s'est fait au moyen d'un instrument de crédit, les instructions que MBM a données en vue de parfaire la demande d'entrée en phase nationale des demandeurs ne devraient pas faire l'objet d'une interprétation étroite. En fait, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce et à l'intention claire exprimée dans le « Formulaire de demande d'entrée en phase nationale conformément aux articles 22 et 30 du Traité de coopération en matière de brevets » que MBM a déposé pour le compte des demandeurs le 30 avril 2004, je ne doute aucunement que l'instruction générale contenue dans la lettre d'accompagnement de MBM autorisait de manière claire et valide le défendeur à débiter de son compte Visa la somme additionnelle nécessaire pour acquitter la surtaxe de 200 \$ pour paiement en souffrance, prévue à l'article 11 de l'annexe II des *Règles sur les brevets*. Cette interprétation concorde avec l'esprit et l'objet général du régime des brevets, et bien qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à l'article 3.1 des *Règles sur les brevets*, cette interprétation concorde aussi avec l'objet et l'application de cette disposition.

[29] Vu l'état de la jurisprudence, ou son silence relativement à l'article 3.1 des *Règles sur les brevets*, l'affaire doit être examinée *ab initio*.

[30] L'article 3.1 a été ajouté aux *Règles sur les brevets* après que des affaires comme *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2001 CFPI 879 [précitée], 2003 CAF 121 [précitée], eurent illustré que de simples erreurs touchant le paiement des taxes au Bureau des brevets pouvaient avoir des conséquences dévastatrices faisant obstacle à l'obtention ou au maintien en état d'un brevet. Le Résumé de l'étude d'impact

Gazette, Part II, 5 June 2003 [registration date of SOR/2003-208], at page 1659 stated:

- b. Provide a safeguard to applicants and patentees who unsuccessfully attempt to pay a fee. Currently, an applicant or registrant who pays an incorrect fee (e.g., by miscalculating an exchange rate) is at jeopardy of losing the IP right.

[31] The example given is odd because neither counsel before me, nor this Court, could think of a single instance under the Rules where the calculation of an exchange rate would come into play.

[32] The purpose of such fees, as has been stated by the Federal Court of Appeal in *Actelion Pharmaceuticals Ltd. v. Canada*, 2008 FCA 90, 64 C.P.R. (4th) 381, at paragraph 13, is not only to provide the Patent Office with a means of recovering administration costs, but also to rid the proliferation of deadwood patents. There is nothing penal in the fee system.

[33] Section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, instructs that the courts are to take an approach to statutory construction that affords a fair, large and liberal interpretation. It provides:

Enactments deemed remedial **12.** Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[34] Professor Sullivan in her text *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed., Markham, Ont.: Butterworths, provides at page 382:

The difference between strict and liberal construction is largely one of attitude and elasticity. Legislation that is strictly construed is applied with reluctance, as sparingly as possible. General terms are read down; conditions of application are fully and carefully enforced. Any doubts or ambiguities are resolved in favour of non-application. Liberal construction, by contrast, favours and facilitates the application of legislation to advance the remedial goal. The language of the statute is applied as fully as the conventions of meaning permit.

de la réglementation (REIR) accompagnant le projet de disposition des Règles publié dans la *Gazette du Canada*, Partie II, le 5 juin 2003 [date d'enregistrement du DORS/2003-208], à la page 1659, indique :

- b. Offre une protection aux demandeurs et aux détenteurs de brevet qui tentent sans succès de payer les droits. Actuellement, le demandeur ou le détenteur qui ne verse pas le montant exact des droits (en raison, par exemple, d'une erreur dans le calcul du taux de change) risque de perdre ses droits de PI.

[31] L'exemple donné est curieux, car ni les avocats qui ont comparu devant moi ni la Cour n'ont pu penser à une seule affaire relevant des Règles dans laquelle le calcul du taux de change entrerait en jeu.

[32] L'objet de ces taxes, ainsi que l'a déclaré la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Actelion Pharmaceuticals Ltd. c. Canada*, 2008 CAF 96, au paragraphe 13, est non seulement de conférer au Bureau des brevets un moyen de recouvrer des frais administratifs, mais aussi de se débarrasser de la prolifération de brevets inutiles. Il n'y a rien de pénal dans le système de perception de taxes.

[33] Selon l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, les tribunaux sont tenus d'interpréter les lois d'une manière équitable, large et libérale :

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. Principe et interprétation

[34] Dans son ouvrage intitulé *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd., Markham, Ont. : Butterworths), la professeure Sullivan écrit, à la page 382 :

[TRADUCTION] La différence entre une interprétation stricte et une interprétation libérale procède en grande partie de l'attitude et de la souplesse. Une loi que l'on interprète de manière stricte est appliquée avec réticence, avec la plus grande modération. Les dispositions générales sont atténuées; les conditions d'application sont exécutées avec soin et en détail. Les doutes ou les ambiguïtés sont interprétés en faveur d'une non-application. Par contre, une interprétation libérale favorise et facilite l'application des lois en vue d'atteindre l'objectif

Technicalities and empty formalism are avoided. Where reasonable doubts or ambiguities arise, they are resolved in favour of those seeking the benefit of the statute.

Historically, it seems, the penal impact of legislation was more apparent to judges than their benevolent social purpose. Corry points out that after 1700 few statutes were found to be remedial. During the 18th and 19th centuries, strict construction was a potent weapon against legislative initiatives that were judged to interfere unduly with liberty or rights.

Modern approach. In all Canadian jurisdictions, the legislature has attempted to abolish judicial reliance on strict construction by enacting a provision along the following lines.

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

This provision has not stopped courts from continuing to use the language of strict and liberal construction. However, the doctrine is applied more flexibly, less mechanically today. In keeping with the current emphasis on purposive analysis, contemporary courts are more likely to see the remedial side of legislation and to accept the direction of the *Interpretation Act*. [Footnote omitted.]

[35] Section 3.1 of the *Patent Rules* was introduced so as to provide the Commissioner of Patents a means, where there was a “clear but unsuccessful” attempt to pay a fee, to attenuate the catastrophic effects that may otherwise happen. It does so by providing that the Commissioner can, within two months, send a notice under subsection 3.1(2) that further fees are owing. Upon prompt payment of those fees, the application is deemed to be in good standing.

[36] In the present case, the respondent’s counsel argues that it was not “clear” that the applicant wished to pay not only the PCT filing fee required by paragraph 58(3)(a) [of the *Patent Rules*], but also the additional fee required by paragraph 58(3)(b), as set out in Schedule II, tariff item 11. Counsel relies on the words “the fee” in section 3.1.

réparateur visé. Le libellé de la loi est suivi aussi fidèlement que l’autorisent les conventions d’interprétation. Les aspects techniques et le formalisme creux sont évités. Les doutes ou les ambiguïtés raisonnables sont réglés en faveur de ceux qui cherchent à tirer profit de la loi.

Historiquement, semble-t-il, l’effet pénal des lois était plus évident aux yeux des juges que leur objet social bienfaisant. Corry signale qu’après 1700, rares étaient les lois réparatrices. Aux XVIII^e et XIX^e siècles, une interprétation stricte était une arme puissante contre les initiatives législatives qui, jugeait-on, entravaient indûment la liberté ou les droits.

L’approche moderne. Dans toutes les administrations canadiennes, le législateur a tenté d’empêcher les juges de recourir à une interprétation stricte en adoptant une disposition semblable à celle-ci :

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Cette disposition n’a pas empêché les tribunaux de continuer à utiliser le terme « interprétation stricte et libérale ». Cependant, la doctrine est appliquée de nos jours avec plus de souplesse, moins machinalement. Conformément à l’accent mis de nos jours sur l’analyse téléologique, il y a plus de chances que les tribunaux contemporains perçoivent le côté réparateur des lois et souscrivent à la directive de la *Loi d’interprétation*. [Notes en bas de page omises.]

[35] L’article 3.1 des *Règles sur les brevets* a été introduit en vue de donner au commissaire aux brevets, en cas de tentative « manifeste mais infructueuse » pour verser une taxe, un moyen d’atténuer les effets catastrophiques liés à une telle omission. Il prévoit ainsi que le commissaire peut, en vertu du paragraphe 3.1(2), envoyer dans les deux mois suivants un avis indiquant qu’un montant de taxe est impayé. Si ce montant est rapidement versé, la demande est réputée être en règle.

[36] En l’espèce, l’avocate du défendeur fait valoir qu’il n’était pas « manifeste » que le demandeur souhaitait verser non seulement la taxe de dépôt de la demande PCT au titre de l’alinéa 58(3)a) des Règles, mais aussi la surtaxe prévue par l’alinéa 58(3)b) des Règles, conformément à l’article 11 de la partie II du tarif. Elle se fonde sur les mots « la taxe » qui figurent à l’article 3.1.

[37] I view the matter differently. As provided by section 12 of the *Interpretation Act*, section 3.1 is a remedial provision; it is to be given a fair, large and liberal construction. A reference to “the fee” can liberally be construed so as to include not only a basic filing fee, but also an additional filing fee for filing before the 42-month period.

[38] Thus, the reference in the Canadian agent’s communication to the Patent Office to “filing fee” can be interpreted to indicate not only the basic fee, but also the additional fee. The Patent Office, in looking at the application itself, can easily recognize it as one that is filed after the 30- month time period, and before the 42-month time period mentioned in subsection 58(3); and thus, recognize that the “filing fee” referred to must, on a fair, large and liberal interpretation, include not only the basic fee, but the additional fee, as well.

[39] Therefore, I find that the Commissioner’s decision was unreasonable, not only because it lacked justification and was unintelligible and lacking transparency, but also in that it misapplied section 3.1 to the circumstances at hand.

SHOULD THE COMMISSIONER CORRECT A “CLERICAL ERROR”?

[40] Section 8 of the *Patent Act* (R.S.C., 1985, c. P-4) permits the Commissioner to correct any “instrument of record” that may contain a “clerical error”.

[41] Respondent’s counsel argues that since the application was rejected, it is not an “instrument of record”. Respondent’s counsel argues that this position is reinforced by section 59.1 of the *Patent Rules*, which says that section 8 only applies when the instrument of record becomes a national phase application.

[42] In view of my determination that the Commissioner’s decision was unreasonable, I do not need to make a determination on this point.

[37] Je vois la situation différemment. Comme le prévoit l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, l’article 3.1 est une disposition de nature réparatrice; il convient de l’interpréter de manière équitable, large et libérale. Le renvoi à « la taxe » peut être interprété de manière libérale de façon à inclure non seulement une taxe de dépôt de base, mais aussi une surtaxe pour un dépôt effectué avant l’expiration du délai de 42 mois.

[38] La référence faite par l’agent canadien à la [TRADUCTION] « taxe de dépôt » dans la communication adressée au Bureau des brevets peut donc passer pour désigner non seulement la taxe de base, mais aussi la surtaxe. Le Bureau des brevets, en examinant la demande elle-même, peut facilement voir que celle-ci est déposée après le délai de 30 mois, et avant le délai de 42 mois mentionné au paragraphe 58(3) des Règles; il peut donc déduire que la « taxe de dépôt » mentionnée doit, selon une interprétation équitable, large et libérale, inclure non seulement la taxe de base, mais aussi la surtaxe.

[39] Je conclus donc que la décision du commissaire était déraisonnable, non seulement parce qu’elle était dépourvue de justification, qu’elle était inintelligible et qu’elle manquait de transparence, mais aussi parce qu’il a mal appliqué l’article 3.1 des Règles aux circonstances de l’espèce.

LE COMMISSAIRE DEVRAIT-IL RECTIFIER UNE « ERREUR D’ÉCRITURE »?

[40] L’article 8 de la *Loi sur les brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4) autorise le commissaire à corriger tout « document en dépôt » qui peut contenir une « erreur d’écriture ».

[41] L’avocate du défendeur fait valoir que comme la demande a été rejetée, il ne s’agit pas d’un « document en dépôt ». Cette position, allègue-t-elle, est appuyée par l’article 59.1 des *Règles sur les brevets*, d’après lequel l’article 8 ne s’applique que dans les cas où le document en dépôt devient une demande à la phase nationale.

[42] Comme j’ai conclu que la décision du commissaire était déraisonnable, il n’est pas nécessaire que je me prononce sur ce point.

CONCLUSION AND COSTS

[43] In conclusion, I find that the Commissioner's decision is to be reviewed, in the circumstances of this case, on the standard of reasonableness. I find the decision to be unreasonable. It did not appropriately address whether the attempt to pay appropriate fees was "clear but unsuccessful". The decision lacked justification and transparency and was unintelligible.

[44] A number of appropriate remedies were suggested by applicant's counsel. I determine that it is most appropriate to set aside the decision of April 11, 2012 in each case, and to require that the Commissioner issue a notice under subsection 3.1(2) [of the *Patent Rules*] in each case, requiring payment of the deficient fees.

[45] I view this as a case where no costs should be awarded.

[46] I thank counsel for each of the parties for their thoughtful and candid submissions.

CONCLUSION ET DÉPENS

[43] En conclusion, je suis d'avis qu'il convient de contrôler la décision du commissaire, dans les circonstances de l'espèce, selon la norme de la raisonabilité. Je conclus que la décision était déraisonnable. Elle n'a pas convenablement traité de la question de savoir si la tentative de paiement des taxes appropriées était « manifeste mais infructueuse ». Cette décision était dépourvue de justification et de transparence, en plus d'être inintelligible.

[44] Les avocats des demandeurs ont suggéré un certain nombre de réparations appropriées. J'estime qu'il est plus approprié d'infirmer la décision du 11 avril 2012 dans chaque affaire et d'obliger le commissaire à délivrer l'avis visé au paragraphe 3.1(2) des Règles dans chacune des affaires en exigeant le paiement des taxes en souffrance.

[45] Il n'y a pas lieu selon moi d'adjuger des dépens en l'espèce.

[46] Je remercie les avocats de chacune des parties pour leurs observations honnêtes et réfléchies.

IMM-7541-12
2013 FC 421

IMM-7541-12
2013 CF 421

Lajos Majoros, Lajosne Majoros, Milan Majoros, Vanessza Majoros, Rebeka Majoros (*Applicants*)

Lajos Majoros, Lajosne Majoros, Milan Majoros, Vanessza Majoros, Rebeka Majoros (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

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

INDEXED AS: MAJOROS v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : MAJOROS c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Zinn J.—Toronto, February 26; Vancouver, April 24, 2013.

Cour fédérale, juge Zinn—Toronto, 26 février; Vancouver, 24 avril 2013.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board finding applicants neither Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, ss. 96, 97(1) — At hearing, applicants, Roma family, testifying suffering harassment, violence by skinheads in Hungary — Board finding that applicants failing to rebut presumption of state protection — Whether Board's decision, in particular, state protection analysis, reasonable — Board's analysis faulty, conclusion unreasonable — Whether claimant diligently seeking state's protection not constituting legal requirement for refugee protection pursuant to Act, s. 96 — Legal requirement is that claimant be unable or unwilling (because of fear) to avail themselves of state protection — Persecution suffered by applicants originating from right-wing movement; violence, harassment perpetrated indiscriminately — In cases such as these, documentary evidence, rather than individual attempts to seek protection, more relevant to state protection analysis — Board treating what considering to be applicants' inadequate efforts in relation to police as disqualifier for refugee protection — This legal error, i.e. placing legal burden of seeking state protection on refugee claimant, unreasonable, sufficient to warrant granting application — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention, ni des personnes à protéger aux termes des art. 96 et 97(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Lors de l'audience, les demandeurs, une famille rom, ont témoigné avoir subi du harcèlement et de la violence de la part de skinheads en Hongrie — La Commission a conclu que les demandeurs n'ont pas réfuté la présomption de protection de l'État — Il s'agissait de savoir si la décision de la Commission, et plus particulièrement son analyse de la protection de l'État, était raisonnable — La Commission a effectué une analyse fautive et sa conclusion était déraisonnable — Il s'agissait également de savoir si le demandeur d'asile n'est pas tenu par le critère juridique prévu à l'art. 96 de la Loi de diligemment chercher à obtenir la protection de l'État pour que l'asile lui soit accordé — Selon ce critère juridique, le demandeur d'asile ne peut ou ne veut (en raison de sa crainte) se réclamer de la protection de l'État — Les demandeurs étaient persécutés par les membres d'un mouvement de droite, qui perpétraient aveuglément des actes de violence et de harcèlement — En pareil cas, la preuve documentaire est plus pertinente dans le cadre de l'analyse de la protection de l'État que les tentatives individuelles faites pour obtenir une telle protection — La Commission s'est fondée sur les efforts déployés par les demandeurs en vue d'obtenir l'aide de la police pour conclure que les demandes d'asile ne pouvaient être accueillies — Cette erreur de droit, c'est-à-dire conférer au demandeur d'asile la charge ultime d'établir qu'il a tenté d'obtenir la protection de l'État, était déraisonnable et suffisante en soi pour que la demande soit accueillie — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board finding that the applicants were neither Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to section 96 and subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The Board found that the applicants had not rebutted the presumption of state protection, which was the determinative issue. During their hearing, the applicants, a Roma family, recounted to the Board decades of harassment and violence by skinheads in Hungary. Four relatively recent incidents of persecution were of particular significance to the Board's decision and the judicial review. The Board made no adverse credibility finding regarding the testimony of the minor claimants' parents who testified. The Board's finding that the applicants did not rebut the presumption of state protection was based on their failure to provide sufficient information to the police after the various attacks to allow the police to properly investigate and apprehend the persecutors and on the applicants' failure to make any complaint to any state authority that they were dissatisfied with the police response.

The issues were whether the Board's decision and, in particular, its state protection analysis, was reasonable.

Held, the application should be allowed.

While the Board started from the premise that a claimant must show that they have taken all reasonable steps in the circumstances to seek protection, whether a claimant has sought or diligently sought the state's protection is not a legal requirement for refugee protection. Rather, it goes to whether the claimant has provided the clear and convincing evidence that is needed to displace the presumption of state protection. The legal requirement in section 96 of the Act is that a claimant be unable or, because of their fear, unwilling to avail themselves of the protection of their country of nationality. It thus had to be determined whether the applicants were unable to avail themselves of Hungary's protection.

Based on the Board's reasons as a whole, it placed decisive emphasis on the applicant's attempts to engage the police and lost sight of the real question of whether state protection in Hungary is adequate. The evidence on the record was that the persecution suffered by the applicants was from a right-wing movement and the particular acts of violence and harassment were perpetrated indiscriminately. Thus, it would have made little or no difference had the applicants more diligently reported and followed up with the police. Where persecution is

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a conclu que les demandeurs n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention, ni des personnes à protéger aux termes de l'article 96 et du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La Commission a déterminé que les demandeurs n'avaient pas réfuté la présomption de protection de l'État, qui constituait la question déterminante. Durant l'audience, les demandeurs, une famille rom, ont relaté les décennies de harcèlement et de violence pratiquées par les skinheads en Hongrie. Quatre incidents de persécution relativement récents étaient particulièrement importants au regard de la décision de la Commission et de la demande de contrôle judiciaire. La Commission n'a pas tiré de conclusion défavorable quant à la crédibilité du témoignage des parents des demandeurs mineurs. La conclusion de la Commission selon laquelle les demandeurs n'avaient pas réfuté la présomption de protection de l'État se fondait sur leur défaut de fournir suffisamment d'information après les diverses agressions pour permettre à la police d'enquêter correctement et d'appréhender les agresseurs, et de déposer une plainte auprès d'une quelconque autorité de l'État pour indiquer qu'ils n'étaient pas satisfaits de l'intervention de la police.

La question était celle de savoir si la décision de la Commission, et plus particulièrement son analyse de la protection de l'État, était raisonnable.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Bien que la Commission soit partie du principe qu'un demandeur d'asile doit prouver qu'il a fait toutes les démarches raisonnables, dans les circonstances, pour obtenir la protection de l'État, le demandeur d'asile n'est pas tenu par la loi d'avoir cherché, ou diligemment cherché, à obtenir la protection de l'État pour que l'asile lui soit accordé. La question est plutôt celle de savoir si le demandeur d'asile a fourni la preuve claire et convaincante nécessaire pour réfuter la présomption de protection de l'État. Selon le critère juridique prévu à l'article 96 de la Loi, le demandeur d'asile ne peut ou, en raison de sa crainte, ne veut se réclamer de la protection de son pays d'origine. Ainsi, on devait déterminer si les demandeurs ne pouvaient se réclamer de la protection de la Hongrie.

À la lecture des motifs de la Commission dans son ensemble, la seule conclusion possible était que la Commission a tranché en se fondant sur les tentatives qu'avaient faites les demandeurs pour obtenir l'aide de la police, et qu'elle a perdu de vue la vraie question de savoir si la protection de l'État est adéquate en Hongrie. Selon la preuve au dossier, les demandeurs étaient persécutés par les membres d'un mouvement de droite, qui perpétreraient aveuglément des actes de violence et de harcèlement. Par conséquent, les choses auraient très peu

widespread and indiscriminate and unless a claimant is repeatedly targeted by the same individual(s), it is difficult to understand how individual attempts to engage the authorities will have significant persuasive evidentiary value as to the state's ability to protect against future, indiscriminate violence. In those cases, documentary evidence, rather than individual attempts to seek protection is more relevant to the state protection analysis. In this case, although the Board did review the documentary evidence, in its decision, the applicants' perceived inadequate attempts to engage the police not only figured prominently but were decisive in the Board's analysis. The legal error, which was to place a legal burden of seeking state protection on a refugee claimant, was unreasonable and sufficient to warrant granting the application.

Moreover, despite that the Board reviewed the documentary evidence separately, its analysis was problematic since it failed to recognize that the corollary of the principle that protection need not be perfect is not the principle that there is adequate protection if it is found on occasion. Having regard to the decision as a whole, the Board paid only lip service to the notion that state protection must actually be sufficiently effective at the operational level and, with respect to the persecution suffered by the claimants, to be adequate for the purposes of refugee law. Rather, it placed overwhelming reliance on the government's efforts and good intentions in arriving at its conclusion that state protection was adequate based on the documentary evidence. Therefore, its decision was unreasonable.

Instead of treating the applicants' interactions with the police as having evidentiary relevance to the legal issue of whether state protection was available, the Board treated what it considered to be the applicants' inadequate efforts in relation to the police as a disqualifier for refugee protection and that was an error.

changé ou n'auraient pas changé du tout si les demandeurs avaient signalé les incidents à la police et l'avaient relancée avec plus de diligence. Quand la persécution est généralisée et systématique, à moins que le demandeur d'asile ne soit ciblé de façon répétée par la ou les mêmes personnes, il est difficile de voir comment des tentatives individuelles faites pour pousser les autorités à intervenir auront une valeur probante importante et convaincante quant à la capacité de l'État d'offrir une protection contre de futurs actes systématiques de violence. En pareil cas, la preuve documentaire est plus pertinente dans le cadre de l'analyse de la protection de l'État que les tentatives individuelles faites pour obtenir une telle protection. En l'espèce, bien que la Commission ait bien examiné la preuve documentaire, dans sa décision, les tentatives jugées inadéquates faites par les demandeurs pour obtenir l'aide de la police sont non seulement mises en évidence, mais aussi déterminantes dans l'analyse de la Commission. L'erreur de droit, c'est-à-dire conférer au demandeur d'asile la charge ultime d'établir qu'il a tenté d'obtenir la protection de l'État, était déraisonnable et suffisante en soi pour que la demande soit accueillie.

En outre, bien que la Commission ait examiné la preuve documentaire séparément, son analyse posait problème, car elle ne reconnaissait pas que le principe selon lequel la protection ne doit pas nécessairement être parfaite n'a pas pour corollaire le principe selon lequel la protection est adéquate si elle est offerte à l'occasion. Compte tenu de la décision dans son ensemble, la Commission n'a tenu compte que pour la forme de la notion selon laquelle la protection de l'État doit être suffisamment efficace sur le terrain et, en ce qui concerne la persécution subie par les demandeurs d'asile, adéquate aux fins du droit des réfugiés. La Commission a plutôt accordé une importance prépondérante aux efforts et aux bonnes intentions du gouvernement pour conclure que la protection de l'État était adéquate, selon la preuve documentaire. Pour cette raison, la décision de la Commission était déraisonnable.

Au lieu de considérer que les interactions entre les demandeurs et la police avaient une valeur probante relativement à la question de droit qui consistait à savoir si l'État offrait une protection, la Commission s'est fondée sur ce qu'elle considérait comme étant les efforts déployés par les demandeurs en vue d'obtenir l'aide de la police pour conclure que les demandes d'asile ne pouvaient être accueillies et il s'agissait là d'une erreur.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97(1).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97(1).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 31, 33.

CASES CITED

APPLIED:

Meza Varela v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FC 1364; *Orgona v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1438; *Ferko v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1284, 14 Imm. L.R. (4th) 136.

APPLICATION for judicial review of a decision (*X (Re)*, 2012 CanLII 95154) of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board finding that the applicants, a Roma family from Hungary, were neither Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to section 96 and subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

APPEARANCES

Mieszko J. Wlodarczyk for applicants.
Nicole Rahaman for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Rochon Genova LLP, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] ZINN J.: The applicants, a Roma family from Hungary, challenge a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board [*X (Re)*, 2012 CanLII 95154] that found that they were neither Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to section 96 and subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 31, 33.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Meza Varela c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CF 1364; *Orgona c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1438; *Ferko c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1284.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*X (Re)*, 2012 CanLII 95154) par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs, une famille rom de la Hongrie, n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention, ni des personnes à protéger au sens de l'article 96 et du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Mieszko J. Wlodarczyk pour les demandeurs.
Nicole Rahaman pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Rochon Genova LLP, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

[1] LE JUGE ZINN : Les demandeurs, une famille rom de la Hongrie, contestent une décision [*X (Re)*, 2012 CanLII 95154] par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu qu'ils n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention, ni des personnes à protéger aux termes de l'article 96 et du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

[2] The Board found that the applicants had not rebutted the presumption of state protection, which was the determinative issue. In my view, the Board's analysis is faulty and its conclusion unreasonable. The decision must be set aside.

Background

[3] Lajos Majoros and his spouse Lajosne Majoros (the father and mother of the minor claimants) both testified. The Board made no adverse credibility finding. The applicants recounted decades of harassment and violence by skinheads in Hungary, including the murder and dismemberment of one of the father's close friends while camping. However, four relatively recent incidents of persecution are of particular significance to the Board's decision and this judicial review application. Unless otherwise indicated, the quoted passages are taken from the Board's decision.

[4] In 2007, Mr. Majoros and some of his Roma friends attended a disco in the town of Harsány, Hungary, and fled when a group of racists armed with "bats, kaszas, swords and other farm implements came in looking for a fight." He and 12 others fled in a car, "some inside, some hanging onto the outside" [Board's decision, at paragraph 2], and were stopped by a police car for speeding and having too many people in the car. Although those stopped explained they were merely fleeing the scene at the disco, which they described to the police, the police fined them anyway but said [at paragraph 16] that they "would go to the disco and ask around and get back to them." Mr. Majoros did not follow up with the police about this incident, nor did he hear back from the police.

[5] In 2008, Mr. Majoros "attended a Roma celebration during which the Guardists broke in and started a brawl. The Guardists were outnumbered but during this

[2] La Commission a déterminé que les demandeurs n'avaient pas réfuté la présomption de protection de l'État, qui constituait la question déterminante. À mon avis, l'analyse de la Commission est erronée, et sa conclusion est déraisonnable. La décision doit être annulée.

Contexte

[3] Lajos Majoros et son épouse Lajosne Majoros (le père et la mère des demandeurs mineurs) ont tous deux témoigné. La Commission n'a pas tiré de conclusion défavorable quant à la crédibilité. Les demandeurs ont relaté les décennies de harcèlement et de violence pratiquées par les skinheads en Hongrie, dont le meurtre et le démembrement d'un des proches amis du père pendant qu'il faisait du camping. Toutefois, quatre incidents de persécution relativement récents sont particulièrement importants au regard de la décision de la Commission et de la présente demande de contrôle judiciaire. Sauf indication contraire, tous les extraits reproduits ci-dessous sont tirés de la décision de la Commission.

[4] En 2007, M. Majoros et des amis roms se trouvaient dans une discothèque dans la ville de Harsány, en Hongrie, et ont pris la fuite quand un groupe de racistes « armés de bâtons, de faucilles, de longs couteaux et d'autres instruments agricoles ont fait irruption et déclenché une bataille ». M. Majoros et 12 autres personnes, « certaines à l'intérieur, d'autres accrochées tant bien que mal à l'extérieur » [décision de la Commission, au paragraphe 2], se sont enfuis à bord d'une voiture et se sont fait arrêter par la police pour excès de vitesse et pour avoir eu un trop grand nombre de personnes à bord de la voiture. Ils ont expliqué qu'ils tentaient simplement d'échapper à la scène qui se déroulait à la discothèque, qu'ils ont décrite aux policiers. Les policiers leur ont néanmoins infligé une amende, mais ont dit qu'ils « se rendraient à la discothèque pour interroger des personnes et qu'ils recommuniqueraient avec les membres du groupe » [au paragraphe 16]. M. Majoros n'a pas relancé la police à propos de cet incident, et n'en a pas eu de nouvelles non plus.

[5] En 2008, « pendant que le demandeur d'asile assistait à une célébration rom, des membres de la Garde ont fait irruption et provoqué une bagarre. Même si ces

altercation [Mr. Majoros'] godfather was stabbed. By the time the police arrived, the assailants were gone." [Board's decision, at paragraph 2.] Mr. Majoros wrote in his Personal Information Form that because they were gone, "the police said they could not act".

[6] In August 2009, "while enjoying time with his parents in the back garden of their home not far from his, 8-10 skinheads drove by yelling racial slurs, jumped out of their vehicles and threw Molotov cocktails. [The applicants] called the police who informed them that they would look for them. This was particularly frightening for [Mr. Majoros] and his family because, earlier that year, several homes in their ghetto had been set on fire when Molotov cocktails had been thrown and other incidents of violence were being reported" [at paragraph 2].

[7] In September 2009, Mr. Majoros "and his wife were spat upon and assaulted by 5-6 large men while waiting for a bus. Luckily, people passing by called the police however, because the police could [not] find the assailants, they started a case against 'unknown assailants' and never contacted the claimants afterwards" [at paragraph 2]. The applicants were unable to provide a description of the attackers or a license plate number to assist the police.

[8] In its decision, the Board found that the applicants failed to rebut the presumption of state protection because they had failed to provide sufficient information to the police after the various attacks to allow them to properly investigate and apprehend the persecutors, and did not make any complaint to any state authority that they were dissatisfied with the police response.

Issues

[9] The applicants raise the following issues:

derniers étaient en infériorité, dans le feu de l'action, le parrain du demandeur d'asile a été poignardé. À l'arrivée des policiers, les agresseurs avaient déjà quitté les lieux. » [décision de la Commission, au paragraphe 2.] Selon ce que M. Majoros a écrit dans son Formulaire de renseignements personnels, étant donné que les agresseurs étaient partis, « les policiers ont dit qu'ils ne pouvaient rien faire ».

[6] En août 2009, « pendant qu'il était avec ses parents dans la cour arrière de la maison familiale située non loin de la sienne, entre huit et dix skinheads ont passé en voiture devant la maison en criant des insultes racistes et en sont descendus pour lancer des cocktails Molotov. [Les demandeurs ont] appelé la police, et les policiers ont dit qu'ils chercheraient les agresseurs. Cet événement a semé une grande peur chez [M. Majoros] et sa famille, car plus tôt dans l'année, plusieurs maisons de leur quartier avaient brûlé après avoir été atteintes par des cocktails Molotov, et d'autres incidents violents avaient été signalés » [au paragraphe 2].

[7] En septembre 2009, « cinq ou six hommes imposants ont agressé [M. Majoros] et son épouse pendant qu'ils attendaient l'autobus et ont craché sur eux. Des passants ont appelé la police, mais comme les assailants n'ont pu être identifiés, les policiers ont ouvert un dossier en indiquant "assaillants inconnus" et n'ont jamais communiqué avec les demandeurs d'asile » [au paragraphe 2]. Les demandeurs n'ont pas pu fournir de description de leurs agresseurs ni de numéro de plaque d'immatriculation pour aider les policiers.

[8] Dans sa décision, la Commission a conclu que les demandeurs n'avaient pas réfuté la présomption de protection de l'État, car ils n'avaient pas fourni suffisamment d'information après les diverses agressions pour permettre à la police d'enquêter correctement et d'appréhender les agresseurs, et n'avaient pas déposé de plainte auprès d'une quelconque autorité de l'État pour indiquer qu'ils n'étaient pas satisfaits de l'intervention de la police.

Questions en litige

[9] Les demandeurs soulèvent les questions suivantes :

1. Did the Board err by failing to reasonably assess the evidence as a whole?

2. Did the Board err by mischaracterizing the evidence of the applicants with respect to state protection, and making veiled or over credibility findings not consistent with the evidence?

3. Did the Board err by misinterpreting the definition of state protection, including by failing to assess whether the efforts being made by the Hungarian government were operationally adequate?

However, the real issue is whether the Board's decision, and in particular its state protection analysis, is reasonable.

Analysis

[10] The Board [at paragraph 14] started from the premise that “[a] claimant must show that they have taken all reasonable steps in the circumstances to seek protection, taking into account the context of the country of origin, the steps taken and the claimant’s interactions with the authorities.” [Footnote omitted.] However, whether a claimant has sought, or *diligently* sought the state’s protection is—properly speaking—not a legal requirement for refugee protection. Rather, it goes to whether the claimant has provided the “clear and convincing” *evidence* that is needed to displace the presumption of state protection. Because of the strong presumption of state protection, concrete, individual attempts to seek the protection of the state are—as evidence—perhaps usually necessary (depending on the circumstances and other evidence) to rebut that presumption. In that sense only, seeking the protection of the state might amount to a *de facto* requirement in many cases.

[11] However, the *legal* requirement in section 96 of the Act is that a claimant be “unable or, by reason of

1. La Commission a-t-elle commis une erreur en n’appréciant pas de manière raisonnable la preuve dans son ensemble?

2. La Commission a-t-elle commis une erreur en interprétant mal la preuve des demandeurs relativement à la protection de l’État et en exprimant en termes voilés des conclusions sur la crédibilité ne concordant pas avec la preuve?

3. La Commission a-t-elle commis une erreur en interprétant mal la définition de protection de l’État, notamment en n’évaluant pas si les efforts déployés par le gouvernement hongrois étaient adéquats sur le plan opérationnel?

Toutefois, la vraie question est celle de savoir si la décision de la Commission, et plus particulièrement son analyse de la protection de l’État, est raisonnable.

Analyse

[10] La Commission [au paragraphe 14] est partie du principe que « [l]e demandeur d’asile doit prouver qu’il a fait toutes les démarches raisonnables, dans les circonstances, pour obtenir la protection de l’État, compte tenu de la situation dans son pays d’origine, des mesures prises et de ses interactions avec les autorités ». [Note en bas de page omise.] Toutefois, le demandeur d’asile n’est pas — à proprement parler — tenu par la loi d’avoir cherché, ou *diligemment* cherché, à obtenir la protection de l’État pour que l’asile lui soit accordé. La question est plutôt celle de savoir si le demandeur d’asile a fourni la *preuve* « claire et convaincante » nécessaire pour réfuter la présomption de protection de l’État. En raison de la forte présomption de protection de l’État, les tentatives concrètes que fait une personne pour obtenir la protection de l’État pourraient être — à titre de preuve — habituellement nécessaires (selon les circonstances et les autres éléments de preuve) pour réfuter cette présomption. En ce sens seulement, chercher à obtenir la protection de l’État peut équivaloir à une exigence de fait dans bien des cas.

[11] Cependant, selon le critère *juridique* prévu à l’article 96 de la Loi, le demandeur d’asile « ne peut ou,

[their] fear, unwilling to avail themselves of the protection of [their country of nationality].” Here, the agent of persecution was not the state, but rather a widespread right-wing, skinhead movement. Thus, the legal issue was whether the applicants were unable to avail themselves of Hungary’s protection.

[12] I adopt Justice Mosley’s statement of the law in this regard in *Meza Varela v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1364, at paragraph 16: “Any efforts must have ‘actually translated into adequate state protection’ at the operational level”. Or, as I put it in *Orgona v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1438, at paragraph 11: “Actions, not good intentions prove that protection from persecution is available.” At the same time, state protection need not rise to the level of perfection. That a state is unable to provide adequate protection, assessed at the operational level, can be proved with whatever evidence is sufficiently convincing, including documentary evidence.

[13] One can only conclude from reading the Board’s decision as a whole that it placed decisive emphasis on the applicants’ attempts to engage the police, and lost sight of the real question of whether state protection in Hungary is adequate.

[14] The difficulty with the Board’s emphasis on the actions of these applicants is this: the evidence on the record was that the persecution suffered by the applicants was from a right-wing movement, and that the particular acts of violence and harassment were perpetrated indiscriminately. As a result, one must ask: “What difference would it have made if the applicants had more diligently reported and followed up with the police, and the individuals responsible for the various acts of violence had been caught?” Based on the record, one can only conclude nothing, or at the very most very little would have changed: persecution against the Roma in Hungary is widespread and in most cases indiscriminate. As a result, the state would be offering no more “protection” than it did prior the particular acts of persecution.

du fait de [sa] crainte, ne veut se réclamer de la protection de [son pays d’origine] ». Ici, l’agent de persécution n’était pas l’État, mais plutôt un mouvement skinhead de droite, sévissant à grande échelle. Ainsi, la question de droit consistait à savoir si les demandeurs ne pouvaient se réclamer de la protection de la Hongrie.

[12] Je souscris à l’énoncé du droit à ce chapitre exposé par le juge Mosley dans la décision *Meza Varela c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1364, au paragraphe 16 : « Les efforts doivent avoir, dans les faits, “véritablement engendré une protection adéquate de l’État” ». Ou encore, comme je l’ai énoncé dans la décision *Orgona c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1438, au paragraphe 11 : « Ce sont les actes, et non les bonnes intentions, qui démontrent l’existence réelle d’une protection contre la persécution ». Par contre, la protection de l’État n’a pas besoin d’être parfaite. Le fait qu’un État est incapable d’offrir une protection adéquate, évaluée sur le terrain, peut être établi à l’aide de toute preuve suffisamment convaincante, notamment une preuve documentaire.

[13] À la lecture de la décision de la Commission dans son ensemble, la seule conclusion possible est que la Commission a tranché en se fondant sur les tentatives qu’avaient faites les demandeurs pour obtenir l’aide de la police, et qu’elle a perdu de vue la vraie question de savoir si la protection de l’État est adéquate en Hongrie.

[14] L’importance que la Commission a accordée aux démarches de ces demandeurs soulève la difficulté suivante : selon la preuve au dossier, les demandeurs étaient persécutés par les membres d’un mouvement de droite, qui perpétreraient aveuglément des actes de violence et de harcèlement. Par conséquent, on peut se demander : « Est-ce que les choses auraient changé si les demandeurs avaient signalé les incidents à la police et l’avaient relancée avec plus de diligence, et que les responsables des divers actes de violence avaient été arrêtés? » D’après le dossier, la réponse est non. À tout le moins, les choses auraient très peu changé : la persécution dirigée contre les Roms en Hongrie est généralisée et, la plupart du temps, systématique. L’État n’offrirait donc pas plus de « protection » qu’avant les actes de persécution particuliers.

[15] Justice Kane offered a similar observation in *Ferko v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1284, 14 Imm. L.R. (4th) 136, at paragraph 49:

The applicant reported every incident of violence to the police, yet he and his family continued to be victims of violence in each community they moved to. The Board accepted that the applicant's reports to the police did not result in any suspect being apprehended. Even if they had, this would not necessarily have resulted in any future protection for the applicant's family since nothing suggests that they were repeatedly targeted by the same individual(s). Rather, the applicant and his family were the victims of a broader pattern of violence by 'skin heads' against the Roma. It is, therefore, not apparent what the purpose would be for the applicant to continue to request status reports from the police about the incidents reported. It is not apparent how that would have increased state protection to him and his family. [Emphasis added.]

[16] Where persecution is widespread and indiscriminate, and unless a claimant is repeatedly targeted by the same individual(s), I fail to understand how it can be said that individual attempts to engage the authorities will have significant, persuasive evidentiary value as to the state's ability to protect against future, indiscriminate violence. In those cases, documentary evidence, rather than individual attempts to seek protection, is more relevant to the state protection analysis. As discussed below, the Board in this case did review the documentary evidence; however, one cannot escape the conclusion reading the decision as a whole that the applicants' perceived inadequate attempts to engage the police not only figured prominently, but were decisive in the Board's analysis. That legal error—which is to place a *legal* burden of seeking state protection on a refugee claimant—is unreasonable and itself sufficient to warrant granting this application.

[17] Moreover, although the Board reviewed the documentary evidence separately, its analysis is problematic in that it fails to recognize that the corollary of

[15] La juge Kane a formulé une observation semblable dans la décision *Ferko c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1284, au paragraphe 49 :

Le demandeur a signalé chaque incident violent à la police, mais sa famille et lui ont continué d'être victimes de violence dans chacun des endroits où ils ont déménagé. La Commission a admis que les déclarations faites par le demandeur à la police n'avaient mené à l'arrestation d'aucun suspect. Même si cela avait été le cas, cette mesure ne se serait pas forcément soldée par une protection future pour la famille du demandeur, car rien ne donne à penser que cette dernière avait été prise pour cible à maintes reprises par le ou les mêmes individus. Le demandeur et sa famille ont plutôt été victimes d'un climat plus général de violence de la part de « skinheads » à l'encontre des Roms. Le but pour lequel le demandeur aurait continué de s'enquérir auprès de la police de la situation des incidents signalés n'est donc pas évident, pas plus qu'en quoi cela aurait rehaussé la protection de l'État envers sa famille et lui. [Non souligné dans l'original.]

[16] Quand la persécution est généralisée et systématique, à moins que le demandeur d'asile ne soit ciblé de façon répétée par la ou les mêmes personnes, je ne vois pas comment il est possible d'affirmer que les tentatives individuelles faites pour pousser les autorités à intervenir auront une valeur probante importante et convaincante quant à la capacité de l'État d'offrir une protection contre de futurs actes systématiques de violence. En pareil cas, la preuve documentaire est plus pertinente dans le cadre de l'analyse de la protection de l'État que les tentatives individuelles faites pour obtenir une telle protection. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la Commission a bien examiné la preuve documentaire dans ce cas-ci; toutefois, il est impossible de ne pas conclure, après lecture de la décision dans son ensemble, que les tentatives jugées inadéquates faites par les demandeurs pour obtenir l'aide de la police sont non seulement mises en évidence, mais aussi déterminantes dans l'analyse de la Commission. Cette erreur de droit — c'est-à-dire conférer au demandeur d'asile la charge *ultime* d'établir qu'il a tenté d'obtenir la protection de l'État — est déraisonnable et suffisante en soi pour que la présente demande soit accueillie.

[17] En outre, bien que la Commission ait examiné la preuve documentaire séparément, son analyse pose problème, car elle ne reconnaît pas que le principe selon

the principle that protection need not be perfect is not the principle that there is adequate protection if it is found on occasion. The Board repeats the following statement from the recent response to information request [at paragraph 28]: “[T]he central government’s general failure to maintain strong and effective control mechanisms over rights violations takes its toll on Hungary’s largest minority, the Roma” [emphasis added; footnote omitted]. Also, as in *Orgona*, it points to the example where the police made arrests in nine horrendous violent and deadly attacks against Roma, and from that it concludes that the government’s efforts to combat racism have had “mixed results” [at paragraph 30].

[18] In my view, having regard to the decision as a whole, the Board paid only lip service to the notion that state protection must actually be sufficiently effective at the operational level and with respect to the persecution suffered by the claimants, to be adequate for the purposes of refugee law. Rather, it placed overwhelming reliance on the government’s efforts and good intentions in arriving at its conclusion that state protection was adequate based on the documentary evidence. For that reason too, the Board’s decision is unreasonable.

[19] Incidentally, the Board’s treatment of the documentary evidence also reverts to a criticism of the applicants’ imperfect interactions with the police, with no attention paid to what would have been the practical significance of those interactions. At one point, the Board wrote (at paragraph 31):

... the claimant has not demonstrated that state protection in Hungary is so inadequate that he need not have approached the authorities at all, or that he need not have taken all reasonable efforts to seek state protection in his home country, such as seeking help from people higher in authority, or with other mechanisms, such as the Minorities Ombudsman’s Office or the Independent Police Complaints Board (IPCB), before

lequel la protection ne doit pas nécessairement être parfaite n’a pas pour corollaire le principe selon lequel la protection est adéquate si elle est offerte à l’occasion. La Commission [au paragraphe 28] a reproduit le passage suivant d’une réponse récente à une demande d’information : « [L]’incapacité générale du gouvernement central à maintenir des mécanismes de contrôle solides et efficaces quant aux violations des droits de la personne a des conséquences néfastes sur le groupe minoritaire le plus important de la Hongrie, les Roms » [non souligné dans l’original; note en bas de page omise]. En outre, comme dans la décision *Orgona*, la Commission donne l’exemple des arrestations effectuées par la police dans neuf épouvantables agressions violentes et meurtrières perpétrées contre des Roms, et en conclut que les efforts déployés par le gouvernement pour combattre le racisme ont donné des « résultats mitigés » [au paragraphe 30].

[18] À mon avis, compte tenu de la décision dans son ensemble, la Commission n’a tenu compte que pour la forme de la notion selon laquelle la protection de l’État doit être suffisamment efficace sur le terrain et, en ce qui concerne la persécution subie par les demandeurs d’asile, adéquate aux fins du droit des réfugiés. La Commission a plutôt accordé une importance prépondérante aux efforts et aux bonnes intentions du gouvernement pour conclure que la protection de l’État était adéquate, selon la preuve documentaire. Pour cette raison également, la décision de la Commission est déraisonnable.

[19] Accessoirement, le traitement de la preuve documentaire fait par la Commission revient aussi à une critique des interactions imparfaites entre les demandeurs et la police, aucune attention n’étant prêtée à l’importance que ces interactions auraient eue dans les faits. À un moment donné, la Commission s’exprime ainsi (au paragraphe 31) :

[...] le demandeur d’asile n’a [...] pas démontré que la protection de l’État en Hongrie est si inadéquate qu’il n’a [...] nul besoin de s’adresser aux autorités, ou qu’il n’a [...] pas besoin d’avoir fait tous les efforts raisonnables pour solliciter la protection de l’État dans son pays d’origine, comme demander l’aide de personnes d’autorités supérieures, ou d’avoir recours à d’autres organismes, comme l’Ombudsman des

seeking international protection in Canada.” [Emphasis added; footnote omitted.]

At also (paragraph 35):

There was no evidence adduced that the claimants made any attempts to follow up on any report that may have been taken by police regarding any incident of violence or discrimination committed against them nor did they complain to anyone that the police did not get back to them.

[20] As I stated above, what the Board fails to address is the question: how would state protection be more forthcoming if the applicants had followed up with, e.g., the Minorities Ombudsman’s Office? Would they be *any* safer or any more protected? Again, instead of treating the applicants’ interactions with the police as having evidentiary relevance to the legal issue—*Is state protection available?*—the Board treated the applicants’ (in its view) inadequate efforts in relation to the police as a disqualifier for refugee protection. To repeat: that was an error.

[21] In summary, the Board erred in its state protection analysis in two ways: first, by focusing on the applicants’ alleged inadequate reporting to the police with no regard to the practical significance of that reporting to the real issue of state protection; and second, by focusing almost exclusively on the efforts being made by the Hungarian government to curb persecution against the Roma, with little or no attention paid to the operational effectiveness of those measures. For those reasons, the Board’s decision must be set aside.

[22] Neither party proposed a question for certification.

minorités ou la Commission indépendante des plaintes contre la police (IPCB) avant de solliciter la protection internationale au Canada. » [Non souligné dans l’original; note en bas de page omise.]

Elle ajoute (au paragraphe 35) :

Aucune preuve n’a été présentée pour montrer que les demandeurs d’asile ont tenté de s’enquérir des suites d’un rapport que la police aurait fait relativement à un acte de violence ou de discrimination commis contre eux, ou qu’ils se sont adressés à une autorité pour se plaindre que la police n’avait pas recontacté avec eux.

[20] Comme je l’ai dit ci-dessus, la Commission a omis de se poser la question suivante : la protection de l’État aurait-elle été plus facile à obtenir si les demandeurs avaient tenté de faire un suivi, par exemple auprès de l’Ombudsman des minorités? Auraient-ils été *plus* en sécurité ou mieux protégés? Une fois encore, au lieu de considérer que les interactions entre les demandeurs et la police avaient une valeur probante relativement à la question de droit — *l’État offre-t-il une protection?* —, la Commission s’est fondée sur les efforts déployés par les demandeurs en vue d’obtenir l’aide de la police (efforts inadéquats, à son avis) pour conclure que les demandes d’asile ne pouvaient être accueillies. Je le répète : il s’agissait d’une erreur.

[21] En résumé, la Commission a commis une erreur dans son analyse de la protection de l’État de deux façons. Premièrement, elle s’est intéressée surtout au recours à la police qui aurait été inadéquat, sans examiner ce que le recours à la police aurait donné dans les faits du point de vue de la vraie question de la protection de l’État. Deuxièmement, la Commission s’est fondée presque exclusivement sur les efforts que le gouvernement de la Hongrie déploie pour enrayer la persécution à l’endroit des Roms, en ne prêtant à peu près pas d’attention à l’efficacité de ces mesures sur le terrain. Pour ces motifs, la décision de la Commission doit être annulée.

[22] Ni l’une ni l’autre des parties n’a proposé de question aux fins de certification.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application is allowed, the decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board is set aside, the applicants' refugee protection claims are remitted back to be redetermined by a differently constituted panel, and no question is certified.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la présente demande soit accueillie. La décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est annulée, les demandes d'asile des demandeurs sont renvoyées à un tribunal différemment constitué pour être examinées à nouveau, et aucune question n'est certifiée.

T-1567-12
2013 FC 451

T-1567-12
2013 CF 451

The Honourable Lori Douglas (*Applicant*)

L'honorable Lori Douglas (*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: DOUGLAS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : DOUGLAS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Tabib P.—Toronto, November 30, 2012; Ottawa, April 30, 2013.

Cour fédérale, protonotaire Tabib—Toronto, 30 novembre 2012; Ottawa, 30 avril 2013.

Judges and Courts — Motion pursuant to Federal Courts Rules, r. 303(3) by respondent seeking to be removed as sole respondent in application for judicial review involving Canadian Judicial Council (CJC) decision — Complainant filing sexual harassment, discrimination complaint with CJC against applicant (superior court associate chief justice), applicant's husband — CJC starting complaints process — Inquiry Committee established pursuant to Judges Act to conduct public inquiry under s. 63(3) — Inquiry Committee requesting that Committee counsel appointed thereby cross-examine certain witnesses on Inquiry Committee's behalf — Applicant's counsel subsequently moving for recusal of Inquiry Committee on basis of apprehension of bias but Inquiry Committee refusing recusal — Inquiry Committee's decision becoming subject of judicial review application herein — Whether respondent's motion should be granted — Rules, r. 303(3) explicitly providing that Court's discretion to order Attorney General's substitution to be exercised on motion therefrom where Court satisfied Attorney General unable or unwilling to act — As no persons directly affected by order sought, required to be named as respondents pursuant to r. 303(1), respondent properly named pursuant to Rules, r. 303(2) — Respondent constituting default respondent in judicial review proceedings, defender of public interest — Nothing in framework of CJC's discipline process under Act or in applicable constitutional principles supporting inference Parliament intending extraordinary measure of non-involvement, that non-involvement necessary to respect separation of powers or principles of judicial independence — Despite respondent's theory, Parliament not intending to keep Minister of Justice, respondent detached, uninvolved in disciplinary process since Parliament conferring on Minister considerable powers of intervention in initiating inquiry process — Determination of application requiring consideration of issues of law going to structure, functioning of Inquiry Committee — Therefore, respondent not establishing unable to act as such in present matter — Motion dismissed.

Juges et Tribunaux — Requête du défendeur en application de la règle 303(3) des Règles des Cours fédérales qui voulait être remplacé comme défendeur désigné dans la demande de contrôle judiciaire portant sur une décision du Conseil canadien de la magistrature (CCM) — Le plaignant a déposé une plainte de harcèlement sexuel et de discrimination auprès du CCM à l'encontre de la demanderesse (juge en chef adjointe de la Cour du Banc de la Reine) et de l'époux de cette dernière — Le CCM a entamé les procédures relatives aux plaintes — Un comité d'enquête a été formé conformément à la Loi sur les juges et chargé de tenir une enquête publique en vertu de l'art. 63(3) — Le comité d'enquête a demandé à l'avocat qu'il a nommé de contre-interroger certains témoins au nom du comité d'enquête — L'avocate de la demanderesse a par la suite demandé aux membres du comité d'enquête de se récuser pour crainte raisonnable de partialité, mais les membres du comité d'enquête ont refusé de se récuser — La décision du comité d'enquête a fait l'objet du contrôle judiciaire en l'espèce — Il s'agissait de savoir si la requête du défendeur devrait être accordée — La règle 303(3) des Règles confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire, sur requête, de désigner par ordonnance un défendeur pour remplacer le procureur général si la Cour est convaincue que celui-ci est incapable d'agir à titre de défendeur — Comme aucune personne n'était directement touchée par l'ordonnance recherchée ou ne devait être désignée à titre de défendeur en application de la règle 303(1), le procureur général a été désigné défendeur à bon droit, en application de la règle 303(2) des Règles — Le défendeur constitue le défendeur par défaut à la demande de contrôle judiciaire, car il est le protecteur de l'intérêt public — Ni le cadre établi par la Loi pour le processus disciplinaire du CCM ni les principes constitutionnels applicables ne permettent de conclure que le législateur voulait que la non-participation du procureur général atteigne un degré aussi extraordinaire, ou que cela soit nécessaire pour respecter la séparation des pouvoirs ou le principe de l'indépendance judiciaire — Malgré la thèse du défendeur, le législateur ne

Practice — Parties — Motion pursuant to Federal Courts Rules, r. 303(1) by complainant seeking to be named necessary respondent to application for judicial review involving Canadian Judicial Council (CJC) decision — During hearings, Inquiry Committee requesting that Committee counsel cross-examine certain witnesses but applicant moving for recusal of Inquiry Committee on grounds of apprehension of bias — Inquiry Committee refusing recusal — Inquiry Committee's decision becoming subject of judicial review application herein — Whether complainant's motion should be granted — Complainant not "party" to hearings before Inquiry Committee as argued — Only granted limited rights of participation in the investigation — In any event, even person granted standing as full participant still required to show directly affected by order sought in application as provided by Federal Courts Rules, r. 303(1) — Also, complainant not in fact granted standing as party in proceedings before Inquiry Committee — Court would not make any findings potentially affecting complainant's credibility, character, reputation — Investigation process contemplated under Judges Act, s. 63(3) concerned with broader public interest in protecting public confidence in administration of justice; complainant not having individual legal right to have complaint determined or in outcome of inquiry process — Judicial review application not seeking order affecting any of complainant's procedural rights before Inquiry Committee — Therefore, complainant not person directly affected by any order sought in application — Motion dismissed.

These were two motions: the first by a complainant seeking to be named a necessary respondent to an application for judicial review involving a decision of the Canadian Judicial Council (CJC) and the second by the respondent who, named as sole respondent, sought to be removed as such to this application. The complainant's motion was filed pursuant to subsection 303(1) of the *Federal Courts Rules* whereas the respondent's motion was filed pursuant to subsection 303(3) thereof.

voulait pas que le ministre de la Justice, soit le défendeur, reste à l'écart du processus disciplinaire et n'y participe pas puisque le législateur a conféré au ministre des pouvoirs considérables d'intervention quant au déclenchement d'enquêtes — Pour trancher la demande, la Cour devait se pencher sur des questions de droit qui avaient trait à la structure et au fonctionnement du comité d'enquête — Par conséquent, le défendeur n'a pas établi qu'il était incapable d'agir à ce titre en l'espèce — Requête rejetée.

Pratique — Parties — Requête intentée par le plaignant en vertu de la règle 303(1) des Règles des Cours fédérales qui veut être désigné comme défendeur nécessaire pour la demande de contrôle judiciaire portant sur une décision du Conseil canadien de la magistrature (CCM) — Durant les audiences, le comité d'enquête a demandé à son avocat de contre-interroger certains témoins, mais la demanderesse a demandé aux membres du comité d'enquête de se récuser pour crainte de partialité — Les membres du comité d'enquête ont refusé de se récuser — La décision du comité d'enquête a fait l'objet du contrôle judiciaire en l'espèce — Il s'agissait de savoir si la requête du défendeur devrait être accordée — Le plaignant n'est pas une « partie » à l'audience devant le comité d'enquête comme il a été soutenu — On lui a accordé un statut limité de participant à l'enquête — Quoiqu'il en soit, la personne à qui un organisme d'enquête a reconnu la qualité pour agir doit quand même démontrer qu'elle est directement touchée par l'ordonnance recherchée, comme le prévoit la règle 303(1) des Règles — De plus, dans les faits, le comité d'enquête n'a pas accordé au plaignant le statut de partie dans son instance — La Cour n'a tiré aucune conclusion au sujet de la crédibilité ou de la moralité du plaignant, ou qui pourrait entacher sa réputation — Le processus d'enquête prévu à l'art. 63(3) de la Loi sur les juges vise un objectif large : le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice; la loi ne donne pas au plaignant le droit, en sa qualité personnelle, de voir sa plainte tranchée ou d'obtenir un résultat donné — La demande de contrôle judiciaire ne recherchait pas une ordonnance touchant les droits procéduraux dont le plaignant jouissait devant le comité d'enquête — Par conséquent, le plaignant n'était pas une personne directement touchée par les ordonnances recherchées dans la demande — Requête rejetée.

Il s'agissait de deux requêtes : la première, par un plaignant qui voulait être désigné comme défendeur nécessaire pour la demande de contrôle judiciaire portant sur une décision du Conseil canadien de la magistrature (le CCM) et la deuxième, par le défendeur, l'unique défendeur désigné, qui voulait être remplacé en tant que défendeur désigné à la présente demande. La requête du plaignant a été déposée conformément au paragraphe 303(1) des *Règles des Cours fédérales* tandis que la requête du défendeur a été déposée en application du paragraphe 303(3) des *Règles*.

The complainant filed a complaint with the CJC alleging sexual harassment and discrimination by the applicant, a superior court associate chief justice, and her husband. Pursuant to the CJC's complaints process, a review panel of five judges was tasked with investigating and reviewing the complaint. The review panel apparently decided that while the complainant's complaint did not warrant investigation, certain other matters did. An Inquiry Committee was then established pursuant to the *Judges Act* to conduct a public inquiry. The CJC appointed an independent counsel to present the case to the Inquiry Committee, which also appointed its own counsel (Committee counsel) to assist it in carrying out its mandate. The complainant applied for and was granted limited rights of participation in the investigation. In the course of the hearings, issues arose in respect of the Inquiry Committee's request that the Committee counsel cross-examine certain witnesses on the Inquiry Committee's behalf. The applicant's counsel subsequently moved for the Inquiry Committee to recuse itself on the basis that Committee counsel's examination of the witnesses created an apprehension of bias but the Inquiry Committee declined to do so. That decision became the subject of the judicial review application herein.

The issues were whether to grant the motions of the complainant and the respondent.

Held, the motions should be dismissed.

The complainant argued on motion that he was a "party" to the hearings before the Inquiry Committee, having been granted standing by the Inquiry Committee, and that, as such, he was a necessary party to this judicial review but this was rejected. A person who was granted standing even as a full participant before an inquisitorial body should not automatically be considered a necessary respondent to an application for judicial review arising out of these proceedings; that person would still be required to show that it is "directly affected by the order sought in the application" as provided by subsection 303(1) of the Rules. Also, the complainant was not in fact granted standing as a party in the proceedings before the Inquiry Committee despite requesting this. The Inquiry Committee determined that the complainant, while not having legal rights that would be affected by the proceedings, had a direct and substantial interest in potential findings in this case about his character that could negatively affect his reputation. The Inquiry Committee's resulting order reflected that very limited interest. Having an interest in certain proceedings that would justify the grant of a limited right of participation, akin to intervenor status, is not at all the same as being directly affected by the order sought in a proceeding.

Le plaignant a déposé une plainte auprès du CCM, alléguant avoir été victime de harcèlement sexuel et de discrimination de la part de la demanderesse, juge en chef adjointe de la Cour du Banc de la Reine, et de l'époux de cette dernière. Conformément à ses procédures relatives aux plaintes, le CCM a chargé un comité d'examen, composé de cinq juges, d'examiner la plainte et de faire enquête. Le comité d'examen a apparemment conclu qu'il n'était pas justifié de faire enquête relativement à la plainte du plaignant, mais que d'autres questions devaient faire l'objet d'une enquête. Un comité d'enquête a été formé en vertu de la *Loi sur les juges* et chargé de tenir une enquête publique. Le CCM a nommé un avocat indépendant, dont le rôle était de présenter l'affaire au comité d'enquête, et celui-ci s'est adjoint un conseiller juridique (l'avocat du comité) pour l'aider à remplir son mandat. Sur requête du plaignant, le comité d'enquête lui a accordé un statut limité de participant à l'enquête. Au cours des audiences, des questions ont été soulevées quant au fait que le comité d'enquête avait demandé à son avocat de contre-interroger certains témoins en son nom. L'avocate de la demanderesse a demandé aux membres du comité d'enquête de se récuser au motif que l'interrogatoire des témoins par l'avocat du comité soulevait une crainte raisonnable de partialité mais les membres du comité d'enquête ont refusé de se récuser. C'est cette décision qui a fait l'objet du contrôle judiciaire en l'espèce.

Il s'agissait de savoir si les requêtes du plaignant et du défendeur devaient être accordées.

Jugement : les requêtes doivent être rejetées.

Le plaignant a fait valoir à l'appui de sa requête qu'il était une « partie » à l'audience du comité d'enquête, lequel lui avait accordé la qualité pour agir, et qu'à ce titre, il était une partie dont la présence était nécessaire au règlement de la demande de contrôle judiciaire, mais cet argument a été rejeté. La personne à qui un organisme d'enquête a reconnu la qualité pour agir — voire le statut de participant à part entière — ne doit pas être considérée automatiquement comme un défendeur nécessaire pour la demande de contrôle judiciaire qui découle de l'instance. Cette personne doit quand même démontrer qu'elle est « directement touchée par l'ordonnance recherchée », comme l'exige le paragraphe 303(1) des Règles. De plus, dans les faits, le comité d'enquête n'a pas accordé au plaignant le statut de partie dans son instance, malgré une demande à cet effet de la part du plaignant. Le comité d'enquête a conclu que, bien que le plaignant n'ait eu aucun droit légal qui eut été touché par l'instance, il avait un intérêt direct et important en ce qui a trait aux conclusions éventuelles qui pouvaient être tirées dans la présente instance quant à sa moralité et qui pouvaient nuire à sa réputation. L'ordonnance rendue par le comité d'enquête à cet égard a bien illustré cet intérêt très restreint. Il y a une grande différence entre le fait

This Court, whether in hearing the application or in making any of the orders sought, would not make any findings that could affect the complainant's credibility, character or reputation. The complainant's interest in ensuring that his version of events was presented and assessed fairly was not engaged in this application.

As found by the Inquiry Committee, the investigation process contemplated under subsection 63(3) of the Act is concerned with the broader public interest in protecting public confidence in the administration of justice. It transcends the interests of the individual complainant. Once engaged, it is only the public interest, as represented by the independent counsel, and the rights of the judge whose conduct is investigated and to whom party status is expressly conferred by section 64 of the Act that are at issue. The complainant has no individual legal right to have his or her complaint determined or in the outcome of the inquiry process. Also, the application did not seek an order affecting any of the complainant's procedural rights before the Inquiry Committee. Therefore, the complainant was not a person directly affected by any order sought in this application.

The primary basis for the respondent's motion to be removed as respondent to this application was subsection 303(3) of the Rules. Subsection 303(3) provides that where the Attorney General is named as a respondent on the basis that there are no persons that are directly affected by the order sought in the application or who are required to be named as respondents, the Attorney General may move for another person to be named in his place. It was the respondent's position on this motion that he was unable to assume the role of respondent in this application, that is, he was unable at law to act as respondent. The respondent's preliminary argument that it is not the Court's task on this motion to determine whether the respondent is indeed unable to act as such herein and that subsection 303(3) of the Rules only requires him to provide a reasonable basis for his conclusion that he is unable to act was rejected. There was no support in the wording of subsection 303(3) or at law for that interpretation. Subsection 303(3) explicitly provides that the Court's discretion to order the substitution of the respondent is to be exercised on the motion of the respondent and where the Court is satisfied that the respondent is unable to act. As there were no persons directly affected by the order sought and required to be named as respondents pursuant to subsection 303(1), the respondent was properly named pursuant to subsection 303(2) of the Rules. As well as being the default respondent in judicial review proceedings pursuant to

d'avoir, dans une instance, un intérêt qui justifie un droit de participation limité — comparable au statut d'intervenant — et le fait d'être touché directement par l'ordonnance recherchée dans l'instance. Que ce soit pour entendre la demande ou pour rendre les ordonnances recherchées, la Cour ne tirerait aucune conclusion au sujet de la crédibilité ou de la moralité du plaignant, ou qui pourrait entacher sa réputation. L'intérêt du plaignant à veiller à ce que sa version des faits soit présentée n'entraîne pas en jeu dans la demande sous-jacente.

Comme l'a conclu le comité d'enquête, le processus d'enquête prévu au paragraphe 63(3) de la Loi vise un objectif large : le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice. Il ne porte donc pas uniquement sur les seuls intérêts du plaignant. Une fois le processus en marche, les seuls intérêts en jeux sont l'intérêt public — représenté par l'avocat indépendant — et les droits du juge dont la conduite est visée par l'enquête — à qui l'article 64 de la Loi accorde expressément le statut de partie. La loi ne donne pas au plaignant le droit, en sa qualité personnelle, de voir sa plainte tranchée ou d'obtenir un résultat donné. De plus, la demande de contrôle judiciaire ne recherchait pas une ordonnance touchant les droits procéduraux dont le plaignant jouissait devant le comité d'enquête. Par conséquent, le plaignant n'était pas une personne directement touchée par les ordonnances recherchées dans la demande.

La requête du défendeur demandant d'être remplacé comme défendeur était principalement fondée sur le paragraphe 303(3) des Règles. Le paragraphe 303(3) prévoit que, lorsque le procureur général est désigné comme défendeur parce qu'aucune personne n'est directement touchée par l'ordonnance recherchée ou ne doit être désignée comme défendeur, le procureur général peut présenter une requête pour qu'une autre personne le remplace comme défendeur. Le défendeur a soutenu dans cette requête qu'il était incapable d'agir comme défendeur relativement à la demande sous-jacente, c'est-à-dire, qu'il était incapable, en droit, de participer à titre de défendeur. L'argument préliminaire du défendeur était que le rôle de la Cour n'est pas de décider s'il est bel et bien incapable d'agir comme défendeur pour la demande sous-jacente et que le paragraphe 303(3) des Règles exige seulement qu'il soulève un motif raisonnable pour justifier sa conclusion selon laquelle il était incapable d'agir comme défendeur mais ceci n'a pas été retenu. Cette interprétation du paragraphe 303(3) n'était aucunement étayée par le libellé de la disposition ou par la loi en général. Le paragraphe 303(3) confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire, sur requête du défendeur, de désigner par ordonnance un défendeur pour remplacer le procureur général lorsque la Cour est convaincue que celui-ci est incapable d'agir à titre de défendeur. Comme aucune personne n'était directement touchée par l'ordonnance recherchée ou ne devait être désignée à titre de défendeur en

subsection 303(2), the respondent is also the defender of the public interest and has a duty to uphold the rule of law.

The respondent claimed that he was unable to carry out his functions in this judicial review application. He submitted that Parliament intended, in establishing the framework of the disciplinary inquiry process under the Act to keep the Minister of Justice and the respondent away from any involvement in this inquiry process except as expressly provided in the Act; to entrust the CJC with the sole responsibility for carrying out and ensuring the fairness of the process; and that this separation is necessary to preserve the independence of the judiciary. However, nothing in the framework of the CJC's discipline process under the Act or in the applicable constitutional principles supported the inference that such an extraordinary measure of non-involvement was intended by Parliament or is necessary to respect the separation of powers or the principles of judicial independence. It is very clear from section 63 of the Act that Parliament did not intend to delegate to the CJC all matters pertaining to judicial discipline or to constitute the CJC as exclusive guardian of the public interest in this matter. Whereas discretion to commence an inquiry into allegations or complaints received from members of the public rests with the CJC, Parliament has reserved to the Minister of Justice the power to compel the CJC to commence an inquiry as to whether a judge should be removed from office. The fact that Parliament conferred on the Minister considerable powers of intervention in the initiation of the inquiry process fundamentally contradicts the respondent's theory that Parliament intended to keep the Minister and the respondent detached and uninvolved in the disciplinary process.

Further, the respondent's argument that the disciplinary process of the Act constitutes a devolution by Parliament to the CJC of the exclusive right to conduct or oversee the fairness of the inquiry process did not stand up to scrutiny. Parliament indeed empowered the CJC to investigate complaints and allegations made against judges but section 71 of the Act makes it abundantly clear that neither the creation of the CJC's inquiry process nor the CJC's exercise of its investigative powers in any way detract, remove or constrain the constitutional rights, powers or duties of the Minister of Justice or of the Houses of Parliament in the removal of judges.

Parliament, in establishing the inquiry process under the Act, has not created a special body or process placed beyond judicial review. Where, in judicial review proceedings, a

application du paragraphe 303(1), le défendeur a été désigné défendeur à bon droit, en application du paragraphe 303(2). Non seulement le défendeur est désigné comme défendeur par défaut à la demande de contrôle judiciaire conformément au paragraphe 303(2), mais il est aussi le protecteur de l'intérêt public et il a le devoir de défendre la suprématie du droit.

Le défendeur a fait valoir qu'il était incapable d'agir à ce titre dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire sous-jacente. Il a soutenu que lorsque le législateur a établi le cadre régissant le processus d'enquête disciplinaire prévu par la Loi pour que le ministre de la Justice et le défendeur restent à l'écart du processus d'enquête, sauf pour les exceptions prévues expressément dans cette loi, il voulait ainsi confier au CCM l'entière responsabilité du déroulement et de l'équité du processus et cette séparation est essentielle pour protéger l'indépendance du pouvoir judiciaire. Cependant, ni le cadre établi par la Loi pour le processus disciplinaire du CCM ni les principes constitutionnels applicables n'ont permis de conclure que le législateur voulait que la non-participation du procureur général atteigne un degré aussi extraordinaire, ou que cela soit nécessaire pour respecter la séparation des pouvoirs ou le principe de l'indépendance judiciaire. L'article 63 de la Loi montre très clairement que le législateur n'avait pas l'intention de déléguer au CCM toutes les questions liées au processus disciplinaire s'appliquant à la magistrature ou de faire du CCM l'unique protecteur de l'intérêt public à cet égard. Le CCM a le pouvoir discrétionnaire de faire enquête sur les allégations et les plaintes du public, mais le législateur a donné au ministre de la Justice le pouvoir d'ordonner au CCM de faire enquête sur les cas de révocation au sein de la magistrature. Le fait que le législateur a conféré au ministre des pouvoirs considérables d'intervention quant au déclenchement d'enquêtes mine fondamentalement la thèse du défendeur selon laquelle le législateur voulait que le ministre — et donc le défendeur — reste à l'écart du processus disciplinaire et n'y participe pas.

De plus, l'argument du défendeur voulant que le processus disciplinaire prévu par la Loi constitue un transfert, par le Parlement au CCM, du droit exclusif de mener des enquêtes et d'assurer l'équité de ces processus n'a pas résisté à l'examen. Le législateur a bel et bien donné au CCM le pouvoir d'enquêter sur les plaintes et les allégations faites à l'égard des juges, mais comme le montre clairement l'article 71 de la Loi, pour ce qui est de la révocation des juges, ni la création du processus d'enquête du CCM ni l'exercice par ce dernier de son pouvoir ne diminuent, n'annulent ou ne limitent les attributions constitutionnelles du ministre de la Justice ou des deux Chambres du Parlement.

Lorsqu'il a établi le processus d'enquête prévu à la Loi, le législateur n'a pas créé d'organisme ou de processus spéciaux qui seraient à l'abri du contrôle judiciaire. Lorsque la question

question arises as to whether the Inquiry Committee has properly discharged the functions entrusted to it by Parliament, the rule of law is at issue and the public interest is engaged. The respondent's role as protector of the rule of law is to ensure that public bodies such as the Inquiry Committee carry out their duties in accordance with the law, and that when they do so, their decisions are respected. As such, the respondent has a public interest duty to consider and determine whether and to what extent his participation in the judicial review process is necessary and appropriate to assist the Court in reaching a decision that accords with the law. The fact that the fruit of the Inquiry Committee's work is destined to be placed before the Minister for his consideration does not diminish and is not incompatible with that role. Where the integrity and fairness of the Inquiry Committee's processes are impugned, it is in the public interest that the respondent have the ability to defend the legality of the Inquiry Committee's processes and decisions or to make such submissions that may assist the Court in determining the issues in accordance with the law. There was nothing inconsistent or incompatible, in principle, in the exercise of the Minister's constitutional role and the respondent's participation in the judicial review process.

Finally, the determination of this application required consideration of issues of law that went to the structure and functioning of the Inquiry Committee. There was no reason why the respondent would be unable to speak to these issues as respondent if he chose to or to exercise the discretion as to whether and how to address them. Therefore the respondent did not establish that he was unable to act as respondent in this matter.

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], s. 8.
- Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws*, SOR/2002-371.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 99.
- Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, s. 5.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 1602(3) (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1611.
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.

de savoir si un comité d'enquête a exercé correctement les fonctions que lui a confiées le législateur est soulevée dans une instance de contrôle judiciaire, la suprématie du droit est en jeu et l'intérêt public est mis en cause. À titre de protecteur de la suprématie du droit, le défendeur a le rôle de veiller à ce que les organismes publics — par exemple, le comité d'enquête — exercent leurs fonctions conformément à la loi et que, lorsque tel est le cas, leurs décisions soient respectées. Ainsi, l'intérêt public exige que le défendeur se demande et décide s'il doit intervenir et, le cas échéant, dans quelle mesure son intervention dans la procédure de contrôle judiciaire est nécessaire et appropriée pour aider la Cour à rendre une décision conforme au droit. Le fait que les résultats des travaux du comité d'enquête soient destinés à être présentés au ministre et à être examinés par ce dernier n'est pas incompatible avec ce rôle et ne le restreint pas. Lorsque l'intégrité et l'équité des processus du comité d'enquête sont mises en cause, l'intérêt public exige que le défendeur puisse défendre la légalité des processus et des décisions du comité d'enquête et qu'il puisse présenter toute observation qui pourrait aider la Cour à trancher les questions en litige conformément au droit. En principe, il n'y a eu ni conflit ni incompatibilité entre l'exercice par le ministre de son rôle constitutionnel et la participation du défendeur à la procédure de contrôle judiciaire.

Enfin, pour trancher la demande sous-jacente, la Cour devait se pencher sur des questions de droit qui avaient trait à la structure et au fonctionnement du comité d'enquête. Il n'y avait aucune raison pour laquelle le défendeur aurait été incapable de se prononcer sur ces questions à titre de défendeur, si telle était sa volonté, ou encore de choisir quand et de quelle manière y répondre. Par conséquent, le défendeur n'a pas établi qu'il était incapable d'agir comme défendeur dans la demande sous-jacente.

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. 8.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 99.
- Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 5.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
- Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11.
- Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 63, 64, 65(2)d), 71.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 104, 109, 300, 303, Tarif B, Column III.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.
Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 63, 64, 65(2)(d), 71.

Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes, DORS/2002-371.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1602(3) (édité par DORS/92-43, art. 19), 1611.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 104, 109, 300, 303, tarif B, colonne III.

CASES CITED

APPLIED:

Reddy Cheminor Inc. v. Canada (Attorney General), 2001 FCT 1065, 15 C.P.R. (4th) 215.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System in Canada – Krever Commission) (1996), 109 F.T.R. 144 (F.C.T.D.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare*, 1997 CanLII 4832, 72 C.P.R. (3d) 187 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, 2002 FCT 128, [2002] 3 F.C. 630; *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714; *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, (1978), 12 A.R. 449; *Samatar v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1263, 420 F.T.R. 182.

REFERRED TO:

Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment), [1992] 2 F.C. 215, (1991), 4 Admin. L.R. (2d) 11 (C.A.); *Sutcliffe v. Ontario (Minister of the Environment)*, 2004 CanLII 66285, 69 O.R. (3d) 257 (C.A.); *Hoechst Marion Roussel Canada v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 795, [2002] 1 F.C. 76; *Chrétien v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 591, 29 Admin. L.R. (4th) 195.

AUTHORS CITED

Canadian Judicial Council. *Ruling of the Inquiry Committee concerning the Hon. Lori Douglas with respect to the application of Alex Chapman for standing and the funding of legal counsel* (July 11, 2012).

MOTIONS filed pursuant to rule 303 of the *Federal Courts Rules* (1) by the complainant who sought to be named a necessary respondent to an application for judicial review involving a decision of the Canadian Judicial Council and (2) by the respondent who, named

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Reddy Cheminor Inc. c. Canada (Procureur général), 2001 CFPI 1065.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada – Commission Krever), [1996] A.C.F. n° 290 (1^{re} inst.) (QL); *Merck Frosst Canada Inc. c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social*, [1997] A.C.F. n° 155 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2002 CFPI 128, [2002] 3 C.F. 630; *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714; *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Samatar c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1263.

DÉCISIONS CITÉES :

Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement), [1992] 2 C.F. 215 (C.A.); *Sutcliffe v. Ontario (Minister of the Environment)*, 2004 CanLII 66285, 69 R.J.O. (3^e) 257 (C.A.); *Hoechst Marion Roussel Canada c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 795, [2002] 1 C.F. 76; *Chrétien c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 591.

DOCTRINE CITÉE

Conseil canadien de la magistrature. *Décision du Comité d'enquête au sujet de l'hon. Lori Douglas concernant la demande de Alex Chapman pour statut d'intervenant et paiement d'avocat* (11 juillet 2012).

REQUÊTES déposées en application de la règle 303 des *Règles des Cours fédérales* 1) par le plaignant qui voulait être désigné comme défendeur nécessaire pour la demande de contrôle judiciaire portant sur une décision du Conseil canadien de la magistrature et 2) par

as sole respondent, sought to be removed as such to that application. Motions dismissed.

le défendeur, l'unique défendeur désigné, qui voulait être remplacé en tant que défendeur désigné à la présente demande. Requêtes rejetées.

APPEARANCES

Sheila Block and Molly Reynolds for applicant.

Catherine Lawrence and Zoe Oxaal for respondent.
Rocco Galati for Alexander Chapman.

Paul Cavalluzzo and Adrienne Telford for Canadian Judicial Council.

Suzanne Côté and Alexandre Fallon for new independent counsel in inquiry.

ONT COMPARU

Sheila Block et Molly Reynolds pour la demanderesse.

Catherine Lawrence et Zoe Oxaal pour le défendeur.
Rocco Galati pour Alexander Chapman.

Paul Cavalluzzo et Adrienne Telford pour le Conseil canadien de la magistrature.

Suzanne Côté et Alexandre Fallon pour la nouvelle avocate indépendante pour l'enquête.

SOLICITORS OF RECORD

Torys LLP, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Rocco Galati Law Firm, Toronto, for Alexander Chapman.

Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre & Cornish LLP, Toronto, for Canadian Judicial Council.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Montréal, for new independent counsel in inquiry.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Torys, s.e.n.c.r.l., s.r.l., Toronto, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Rocco Galati Law Firm, Toronto, pour Alexander Chapman.

Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre & Cornish LLP, Toronto, pour le Conseil canadien de la magistrature.

Osler, Hoskin & Harcourt, s.e.n.c.r.l., s.r.l., Montréal, pour la nouvelle avocate indépendante pour l'enquête.

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

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

TABIB P.:

LA PROTONOTAIRE TABIB :

Background

[1] In July 2010, Alexander Chapman filed a complaint with the Canadian Judicial Council (CJC), alleging sexual harassment and discrimination by the Honourable Lori Douglas, Associate Chief Justice of the Manitoba Court of Queen's Bench (Douglas A.C.J.), and her husband, Jack King (the Chapman complaint).

[2] Pursuant to the CJC's complaints process, a review panel of five judges was tasked with investigating and reviewing the Chapman complaint. According to the

Le contexte

[1] En juillet 2010, Alexander Chapman a déposé une plainte auprès du Conseil canadien de la magistrature (le CCM), alléguant avoir été victime de harcèlement sexuel et de discrimination de la part de l'honorable Lori Douglas, juge en chef adjointe de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba (la juge Douglas) et de l'époux de cette dernière, Jack King.

[2] Conformément à ses procédures relatives aux plaintes, le CCM a chargé un comité d'examen, composé de cinq juges, d'examiner la plainte de M. Chapman et

submissions made on behalf of Douglas A.C.J., the review panel concluded that the Chapman complaint did not warrant further investigation, but that the following two other related matters had retained the review panel's attention, and required further investigation: Whether the nature and availability of certain photographs released by King engages paragraph 65(2)(d) of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1 and whether Douglas A.C.J. had sufficiently disclosed the matters surrounding the complaint in the course of the process leading to her appointment as a judge.

[3] Upon the determination of the review panel, an Inquiry Committee was established pursuant to the *Judges Act* to conduct a public inquiry. The CJC appointed an independent counsel, whose task it is to present the case to the Inquiry Committee. As permitted by the CJC by-laws [*Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws*, SOR/2002-371], the Inquiry Committee also appointed its own counsel (Committee counsel), to assist it in carrying out its mandate.

[4] Pursuant to the *Judges Act* and the by-laws made under it, the Inquiry Committee's mandate is to conduct an inquiry or investigation into the complaints or allegations and make a report of its conclusions to the CJC. The CJC, upon reviewing the report and the record of the investigation, must then report to the Minister of Justice and may recommend that the judge be removed from office.

[5] In May 2012, the independent counsel presented to the Inquiry Committee a "notice of allegations". A notice of allegations is intended to inform the judge, whose conduct is being investigated, of the complaints and allegations he/she is expected to face in the course of the inquiry. The notice of allegations did not include the Chapman complaint. The Inquiry Committee then directed the independent counsel to include the Chapman complaint in the notice of allegations.

[6] The Inquiry Committee thus proceeded to carry out its mandate on the basis that the Chapman complaint would also be considered.

de faire enquête. Selon les observations présentées au nom de la juge Douglas, le comité d'examen a conclu qu'il n'était pas justifié de faire enquête relativement à la plainte de M. Chapman, mais que deux autres questions connexes, décrites ci-dessous, devaient faire l'objet d'une enquête : est-ce que la nature et la disponibilité de certaines photographies transmises par M. King entraînent l'application de l'alinéa 65(2)d) de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1? Est-ce que la juge Douglas avait fait une divulgation suffisante des faits visés par la plainte lors du processus qui a mené à sa nomination au poste de juge?

[3] En réponse à la décision du comité d'examen, un comité d'enquête a été formé en vertu de la *Loi sur les juges* et chargé de tenir une enquête publique. Le CCM a nommé un avocat indépendant, dont le rôle est de présenter l'affaire au comité d'enquête. Comme le permet le règlement administratif du CCM sur les enquêtes [*Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes*, DORS/2002-371], le comité d'enquête s'est adjoint un conseiller juridique (l'avocat du comité) pour l'aider à remplir son mandat.

[4] Conformément à la *Loi sur les juges* et au règlement administratif pris en vertu de cette loi, le rôle du comité d'enquête est de faire enquête sur les plaintes ou les allégations et de présenter ses conclusions au CCM. À la réception du rapport et du dossier d'enquête, le CCM doit faire rapport au ministre de la Justice (le ministre) et il peut recommander la révocation du juge.

[5] En mai 2012, l'avocat indépendant a présenté un [TRADUCTION] « avis d'allégations » au comité d'enquête. L'avis d'allégations vise à informer le juge dont la conduite fait l'objet de l'enquête des plaintes et des allégations auxquelles il pourrait devoir répondre au cours de l'enquête. En l'espèce, l'avis d'allégations n'incluait pas la plainte de M. Chapman. Le comité d'enquête a demandé à l'avocat indépendant d'inclure la plainte de M. Chapman dans l'avis d'allégations.

[6] Le comité d'enquête a donc continué ses travaux en tenant pour acquis que la plainte de M. Chapman serait prise en compte.

[7] On application from Chapman, the Inquiry Committee granted him limited rights of participation in the investigation, with associated funding for legal representation.

[8] In the course of hearings in July 2012, issues arose in respect of the Inquiry Committee's request that the Committee counsel cross-examine certain witnesses on the Inquiry Committee's behalf. Counsel for Douglas A.C.J. subsequently moved for the Inquiry Committee to recuse itself on the basis that Committee counsel's examination of the witnesses created an apprehension of bias. The Inquiry Committee declined to do so. That decision is the subject of the present judicial review application [*Ruling of the Inquiry Committee concerning the Hon. Lori Douglas with respect to the application of Alex Chapman for standing and the funding of legal counsel*].

[9] It may also be of interest to note that the independent counsel filed his own judicial review application in respect of the Inquiry Committee's decision that it was empowered to instruct Committee counsel to question witnesses on its behalf (T-1562-12). Within a week of that application being filed, independent counsel tendered, and the CJC accepted, his resignation as independent counsel. Mr. Chapman then filed an application for judicial review of the legality of independent counsel's resignation and of the CJC's decision to accept same (T-1789-12).

The Underlying Application for Judicial Review

[10] In the present application, Douglas A.C.J. seeks to review the decision of the Inquiry Committee in which it refused to recuse itself. The notice of application also seeks a declaration that the manner in which the Inquiry Committee has conducted itself gives rise to a reasonable apprehension of bias, and an order prohibiting it from continuing its proceedings and remitting the complaints against Douglas A.C.J. back to the CJC.

[11] The grounds cited in support of the application center on the manner in which the Inquiry Committee

[7] Sur requête de M. Chapman, le comité d'enquête lui a accordé un statut limité de participant à l'enquête ainsi qu'un financement connexe pour les services d'un avocat.

[8] Au cours de l'audience tenue en juillet 2012, des questions ont été soulevées quant au fait que le comité d'enquête avait demandé à son avocat de contre-interroger certains témoins en son nom. Par la suite, l'avocate de la juge Douglas a demandé aux membres du comité d'enquête de se récuser au motif que l'interrogatoire des témoins par l'avocat du comité soulevait une crainte raisonnable de partialité. Les membres du comité d'enquête ont refusé de se récuser. C'est cette décision qui fait l'objet du contrôle judiciaire en l'espèce [*Décision du Comité d'enquête au sujet de l'hon. Lori Douglas concernant la demande de Alex Chapman pour statut d'intervenant et paiement d'avocat*].

[9] Il convient aussi de souligner que l'avocat indépendant a présenté sa propre demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision dans laquelle le comité d'enquête avait conclu qu'il pouvait donner à l'avocat du comité l'instruction de contre-interroger des témoins au nom du comité (dossier T-1562-12). Dans la semaine qui a suivi le dépôt de sa demande de contrôle judiciaire, l'avocat indépendant a remis sa démission au CCM, qui l'a acceptée. M. Chapman a ensuite déposé une demande de contrôle judiciaire au sujet de la légalité de la démission de l'avocat indépendant et de la décision du CCM de l'accepter (dossier T-1789-12).

La demande de contrôle judiciaire sous-jacente

[10] En l'espèce, la juge Douglas demande le contrôle judiciaire de la décision par laquelle les membres du comité d'enquête ont refusé de se récuser. Dans son avis de demande, elle demande à la Cour de déclarer que la conduite du comité d'enquête soulève une crainte raisonnable de partialité et d'ordonner au comité d'enquête de mettre fin à ses travaux et de renvoyer au CCM la plainte déposée à l'égard de la juge Douglas.

[11] Les moyens invoqués à l'appui de la demande de contrôle judiciaire ont trait à la manière dont le comité

conducted the July 2012 hearings, including: by instructing and permitting Committee counsel to undertake cross-examinations of two witnesses on its behalf and the manner in which these cross-examinations were conducted; by refusing independent counsel's request to end the allegedly improper questioning; by advising Committee counsel to transmit to independent counsel instructions as to how to cross-examine Mr. Chapman; and by preventing Douglas A.C.J.'s counsel from asking certain questions relating to Mr. Chapman's testimony.

[12] In September 2012, Douglas A.C.J. also gave notice to the Attorney General, as respondent to her application for judicial review, of her intention to amend the notice of application. The amendments would cite the CJC's assertion of a solicitor-client relationship between the Vice-Chair of the CJC and the independent counsel as creating a further reasonable apprehension of institutional bias against her. Any determination as to Douglas A.C.J.'s intention to amend remains suspended pending the determination of the present motion, but the Court has taken into account the potential that these new issues might become part of the litigation in arriving at its decision.

The Motions at Issue

[13] Before the Court are motions by Mr. Chapman seeking to be named a necessary respondent to this application and a motion by the Attorney General—who was named as sole respondent—that he be removed as a respondent to this application, pursuant to subsection 303(3) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [Rules].

[14] Subsection 303(3) provides that, where the Attorney General is named as a respondent on the basis that there are no persons that are directly affected by the order sought in the application or who are required to be

d'enquête a mené l'audience en juillet 2012, notamment : le fait d'avoir demandé et permis à l'avocat du comité de contre-interroger deux témoins en son nom et la manière dont ces contre-interrogatoires ont été faits; le rejet de la demande de l'avocat indépendant, qui voulait que le contre-interrogatoire prétendument inapproprié cesse; la demande faite à l'avocat du comité de transmettre des instructions à l'avocat indépendant quant au contre-interrogatoire de M. Chapman; et le fait d'avoir empêché l'avocate de la juge Douglas de poser certaines questions au sujet du témoignage de M. Chapman.

[12] En septembre 2012, la juge Douglas a aussi signifié au procureur général, à titre de défendeur à sa demande de contrôle judiciaire, son intention de modifier son avis de demande. Ces modifications visent à ajouter aux éléments soulevant une crainte raisonnable de partialité à l'encontre de la juge Douglas le fait que le CCM a invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat relativement aux communications entre le vice-président du CCM et l'avocat indépendant. Toute décision quant aux modifications que la juge Douglas veut apporter à son avis de demande est suspendue jusqu'à ce que les requêtes en cause soient tranchées, mais, dans la présente décision, la Cour a tenu compte des incidences que ces nouvelles questions pourraient avoir sur le litige.

Les requêtes en cause

[13] La Cour est saisie d'une requête de M. Chapman, qui veut être désigné comme défendeur nécessaire pour la demande de contrôle judiciaire, et d'une requête du procureur général — l'unique défendeur désigné par la juge Douglas dans sa demande — qui veut être remplacé comme défendeur désigné, en application du paragraphe 303(3) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles).

[14] Le paragraphe 303(3) des Règles prévoit que, lorsque le procureur général est désigné comme défendeur parce qu'aucune personne n'est directement touchée par l'ordonnance recherchée ou ne doit être

named as respondents, the Attorney General may move for another person to be named in his place.

[15] If Mr. Chapman is correct that he is a necessary respondent to this application, it follows that the Attorney General should not have been named as a respondent pursuant to subsection 303(2) and that subsection 303(3) would no longer be applicable. The Attorney General's motion would then fall to be resolved solely on the basis of whether, pursuant to rule 104, he should be removed because he is "not a proper or necessary party". Accordingly, I will consider and determine Mr. Chapman's motion first.

Mr. Chapman's Motion

[16] It is generally accepted that parties to proceedings before a federal board, commission or tribunal are, *prima facie*, proper and necessary parties to judicial review applications attacking these proceedings or the results thereof (*Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)*, [1992] 2 F.C. 215 (C.A.)).

[17] Mr. Chapman's first argument on this motion is to the effect that he was "a party" to the hearings before the Inquiry Committee, having been granted standing by the Inquiry Committee, and that, as such, he is a necessary party to this judicial review.

[18] This argument cannot be retained for two reasons. First, the general understanding that parties to the original proceedings are automatically to be named as respondents when these proceedings are subject to judicial review was developed in the context of adversarial proceedings, in which the competing rights of two or more parties are adjudicated, and not necessarily where the proceedings, as here, are in the nature of an inquiry.

désignée comme défendeur, le procureur général peut présenter une requête pour qu'une autre personne le remplace comme défendeur.

[15] Si M. Chapman avait raison d'affirmer qu'il devait être désigné comme défendeur dans la demande de la juge Douglas, alors le procureur général n'aurait pas dû être désigné comme défendeur en application du paragraphe 303(2) et le paragraphe 303(3) ne s'appliquerait pas en l'espèce. Le cas échéant, l'issue de la requête du procureur général reposerait sur la question de savoir si, en application de la règle 104 des Règles, il devrait être mis hors de cause parce qu'il est « une personne constituée erronément comme partie ou une partie dont la présence n'est pas nécessaire au règlement des questions en litige ». Par conséquent, je trancherai d'abord la requête de M. Chapman.

La requête de M. Chapman

[16] En règle générale, il est admis que les parties à une instance devant un office fédéral sont, à première vue, des parties désignées à bon droit ou dont la présence est nécessaire au règlement de la demande de contrôle judiciaire qui conteste les procédures ou leurs résultats (voir *Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1992] 2 C.F. 215 (C.A.)).

[17] Le premier argument soulevé par M. Chapman à l'appui de sa requête est qu'il était une « partie » à l'audience du comité d'enquête, lequel lui avait accordé la qualité pour agir, et qu'à ce titre, il est une partie dont la présence est nécessaire au règlement de la demande de contrôle judiciaire sous-jacente.

[18] Deux raisons m'empêchent de retenir cet argument. D'abord, la règle générale selon laquelle les parties à l'instance initiale sont automatiquement désignées comme défendeurs pour le contrôle judiciaire s'est développée dans le contexte d'instances contradictoires, qui visent à trancher les droits opposés d'au moins deux parties. Cette règle ne s'applique pas nécessairement lorsque les instances sous-jacentes sont, comme celle qui est en cause ici, de la nature d'une enquête.

[19] Indeed, prior to the major overhaul of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] in 1998, subsection 1602(3) [enacted by SOR/92-43, s.19 from the *Federal Court Rules, C.R.C.*, c. 663] did provide that “Any interested person who is adverse in interest to the applicant in the proceedings before the federal board, commission or other tribunal shall be named as a respondent” in a judicial review application. The Federal Court, in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System in Canada – Krever Commission)* (1996), 109 F.T.R. 144 (F.C.T.D.), held that this rule did not apply to persons who were granted standing before a commission of inquiry. It reasoned that because the nature of such a commission was inquisitorial rather than adversarial, persons who had been granted standing before a commission were not entitled to be named as respondents but could seek leave to intervene pursuant to the Court’s discretionary powers under rule 1611—akin to the current rule 109 of the *Federal Courts Rules*. Although the relevant provisions of the *Federal Courts Rules* have changed, and that decision is therefore not directly applicable here, the Court’s analysis of the distinction between adversarial and inquisitorial processes remains relevant. A person who was granted standing, even as a full participant, before an inquisitorial body should not, in my view, automatically be considered a necessary respondent to an application for judicial review arising out of these proceedings; that person would still be required to show that it is “directly affected by the order sought in the application”, as provided by subsection 303(1).

[20] The second and perhaps most obvious reason why Mr. Chapman’s argument cannot be retained is that he was not, in fact, granted standing as a party in the proceedings before the Inquiry Committee.

[21] The record shows that Mr. Chapman did seek “full standing to participate in the entirety of the

[19] D’ailleurs, avant la refonte importante des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] en 1998, le paragraphe 1602(3) [édicte par DORS/92-43, art. 19 des *Règles de la Cour fédérale, C.R.C.*, ch. 663] prévoyait que « [t]oute personne intéressée qui avait des intérêts opposés à ceux de la partie requérante lors de l’instance devant l’office fédéral est désignée à titre d’intimée » dans la demande de contrôle judiciaire. La Cour fédérale, dans la décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l’enquête sur l’approvisionnement en sang au Canada – Commission Krever)*, [1996] A.C.F. n° 290 (1^{re} inst.) (QL), a conclu que cette règle ne s’applique pas aux parties auxquelles une commission d’enquête a reconnu la qualité pour agir. Le raisonnement de la Cour était que, puisque la nature d’une telle commission est inquisitoire et non contradictoire, les personnes à qui la commission a reconnu la qualité pour agir n’avaient pas le droit d’être nommées comme défendeurs, mais elles pouvaient demander la permission d’intervenir, suivant le pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour par la règle 1611 des *Règles de la Cour fédérale*, laquelle ressemble à la règle 109 dans la version actuelle. Bien que les dispositions pertinentes des *Règles* aient changé et que cette décision ne s’applique donc plus directement, l’analyse de la Cour au sujet des différences entre la procédure contradictoire et la procédure inquisitoire est toujours pertinente. À mon avis, la personne à qui un organisme d’enquête a reconnu la qualité pour agir — voire le statut de participant à part entière — ne doit pas être considérée automatiquement comme un défendeur nécessaire pour la demande de contrôle judiciaire qui découle de l’instance. Cette personne doit quand même démontrer qu’elle est « directement touchée par l’ordonnance recherchée », comme l’exige le paragraphe 303(1) des *Règles*.

[20] La seconde raison — la plus convaincante à mon avis — pour laquelle l’argument de M. Chapman doit être écarté est que, dans les faits, le comité d’enquête ne lui a pas accordé le statut de partie dans son instance.

[21] Selon le dossier, M. Chapman avait demandé au comité d’enquête de lui accorder [TRADUCTION] « le

Hearing, with the rights of a party, including the rights to full disclosure, as well as to cross-examine and call evidence and make legal submissions”¹ based on his alleged rights and interests as complainant. The Inquiry Committee considered and expressly rejected this request as follows² (at paragraph 15):

We have concluded that the mere status of being the complainant whose complaint has initiated an investigation under s. 63(2) of the *Judges Act* does not grant any right to standing before an inquiry committee constituted in the course of that investigation. That said, there may be exceptional circumstances warranting limited participation in an inquiry under the *Judges Act* where the person who has made the complaint also has an interest that goes beyond the status generally of a complainant. That is a separate issue which we address below.

[22] In considering the nature of Mr. Chapman’s interest, the Inquiry Committee also determined that (at paragraph 34):

While Mr. Chapman does not have any legal rights that will be affected by these proceedings, he does have a direct and substantial interest in potential findings in this case about his character that could negatively affect his reputation. [Emphasis added.]

[23] The interest that Mr. Chapman was recognized was with respect to how potential findings made in respect of Douglas A.C.J.’s version of events would directly reflect upon or impugn his character and reputation.³

statut de participant à part entière à l’audience et tous les droits dont jouissent les parties, y compris le droit à une divulgation intégrale, celui d’appeler et de contre-interroger des témoins et celui de présenter des observations juridiques¹ » compte tenu de ses prétendus droits et intérêts en tant que plaignant. Le comité d’enquête a examiné cette requête et l’a rejetée explicitement, dans les termes suivants² (au paragraphe 15) :

[TRADUCTION] Le comité a conclu que le simple fait d’être le plaignant auteur de la plainte qui a mené à une enquête en vertu du paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges* ne donne droit à aucun statut devant le comité d’enquête formé aux fins de cette enquête. Cela étant dit, certaines circonstances extraordinaires peuvent justifier d’accorder un droit de participation limité à l’enquête menée conformément à la *Loi sur les juges*, notamment lorsque le plaignant a un intérêt qui dépasse celui qu’ont habituellement les plaignants. Il s’agit là d’une question distincte, qui sera abordée ci-après.

[22] Lorsqu’il s’est penché sur la nature de l’intérêt de M. Chapman, le comité d’enquête est aussi arrivé à la conclusion suivante (au paragraphe 34) :

[TRADUCTION] Bien que M. Chapman n’ait aucun droit légal qui sera touché par la présente instance, il a un intérêt direct et important en ce qui a trait aux conclusions éventuelles qui pourraient être tirées dans la présente instance quant à sa moralité et qui pourraient nuire à sa réputation. [Non souligné dans l’original.]

[23] L’intérêt que le comité a reconnu à M. Chapman était lié aux conclusions éventuelles que le comité pourrait tirer quant à la version des faits de la juge Douglas, conclusions qui pourraient directement entacher la réputation ou mettre en doute la moralité de M. Chapman³.

¹ Chapman’s notice of application for standing and funding filed before the Inquiry Committee, Exhibit I to the affidavit of Diane Zimmerman.

² Ruling of the Inquiry Committee concerning the Honourable Lori Douglas with respect to the application of Alex Chapman for standing and the funding of legal counsel, July 2012, Exhibit D to the affidavit of Dushahi Sribavan.

³ Unresolved issues about Mr. Chapman’s claim to solicitor-client privilege and the extent to which it has been waived were also considered as justifying the limited rights of participation.

¹ Avis de demande de M. Chapman pour statut d’intervenant et paiement d’avocat, déposé devant le comité d’enquête, pièce I de l’affidavit de Diane Zimmerman.

² Décision du Comité d’enquête au sujet de l’honorable Lori Douglas concernant la demande d’Alex Chapman pour statut d’intervenant et paiement d’avocat, juillet 2012, pièce D de l’affidavit de Dushahi Sribavan.

³ La décision d’accorder un droit de participation limité à M. Chapman était aussi fondée sur des questions en suspens quant au privilège du secret professionnel de l’avocat que ce dernier avait invoqué et à la mesure dans laquelle il avait renoncé à ce privilège.

[24] The Inquiry Committee’s resulting order reflects that very limited interest, confining Mr. Chapman’s participation to his counsel’s questioning of four witnesses and to making final submissions, but only in respect of the Chapman complaint.

[25] The conclusions of the Inquiry Committee on the issue of Mr. Chapman’s standing before it have not been challenged in any of the applications pending before the Court. For the purpose of this motion, they conclusively establish that Mr. Chapman was not granted the rights of a party in the underlying proceedings, or recognized any legal interest in the outcome of the proceedings, such that could require, on a *prima facie* basis, that he be named as a necessary respondent to this application.

[26] Quite aside from rights arising out of his “standing” before the Inquiry Committee, should Mr. Chapman be named as a proper or necessary respondent here because he would be “directly affected by the order sought in this application”? As succinctly put by the Federal Court in *Reddy Cheminor Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 1065, 15 C.P.R. (4th) 215, at paragraph 30:

In order to be directly affected by the orders Cheminor seeks in the judicial proceeding, AstroZeneca (sic) must point to how a sufficient interest in terms of legal rights or otherwise would be adversely impacted or prejudiced by them.

[27] The relief sought in Douglas A.C.J.’s application is an order:

(1) declaring the manner in which the Inquiry Committee has conducted itself gives rise to a reasonable apprehension of bias;

(2) setting aside the July 27, 2012 ruling of the Inquiry Committee, which was that it did not have to recuse itself;

[24] L’ordonnance rendue par le comité d’enquête à cet égard illustre bien l’intérêt très restreint de M. Chapman, limitant son droit de participation au contre-interrogatoire de quatre témoins par son avocat et à la présentation de conclusions finales, mais seulement au sujet de la plainte de M. Chapman.

[25] Les conclusions du comité d’enquête au sujet du statut qu’il a accordé à M. Chapman dans son instance n’ont été contestées dans aucune des demandes pendantes devant la Cour. Aux fins des présentes, ces conclusions établissent de manière convaincante que M. Chapman n’a pas obtenu le statut de partie dans l’instance sous-jacente et que le comité ne lui a reconnu aucun intérêt juridique dans l’issue de l’instance qui justifierait, à première vue, qu’il soit désigné comme défendeur nécessaire dans la demande sous-jacente.

[26] Outre la question des droits découlant du « statut » accordé par le comité d’enquête à M. Chapman, il reste la question de savoir si ce dernier doit être désigné comme défendeur à titre de personne constituée à bon droit comme partie ou dont la présence est nécessaire au règlement des questions en litige parce qu’il est « directement touché par l’objet de la demande ». Comme l’a expliqué succinctement la Cour fédérale au paragraphe 30 de la décision *Reddy Cheminor Inc. c. Canada (Procureur Général)*, 2001 CFPI 1065 :

Pour être directement touchée par les ordonnances que sollicite Cheminor dans sa demande de contrôle judiciaire, AstraZeneca doit démontrer qu’elle possède un intérêt suffisant en ce qui concerne les droits qui lui sont conférés par la loi ou qu’elle subira un préjudice ou sera lésée par ces procédures.

[27] En l’espèce, la juge Douglas demande à la Cour de rendre une ordonnance pour :

[TRADUCTION]

(1) déclarer que la conduite du comité d’enquête soulève une crainte raisonnable de partialité;

(2) annuler la décision du comité d’enquête datée du 27 juillet 2012 selon laquelle ses membres ont conclu qu’ils n’avaient pas à se récuser;

(3) prohibiting the Inquiry Committee from continuing its proceedings and remitting the complaints against Douglas, ACJ back to the Canadian Judicial Council (the “CJC”);

(4) granting Douglas, ACJ her costs of this application on a full indemnity basis; and

(5) such other relief as may seem just.

[28] Neither in his written representations nor in oral argument has counsel for Mr. Chapman articulated a basis upon which these declarations and orders might affect any of Mr. Chapman’s rights. Mr. Chapman’s arguments are entirely based on the Inquiry Committee’s [at paragraph 27] finding that he had “a direct and substantial interest of an exceptional nature in [the Inquiry Committee’s] proceedings”. It is argued that the same “direct and substantial interest of an exceptional nature” equally justifies that he be granted status as respondent here.

[29] Having an interest in certain proceedings that would justify the grant of a limited right of participation, akin to intervenor status, is not at all the same as being directly affected by the order sought in a proceeding. This Court, in *Merck Frosst Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare*, 1997 CanLII 4832, 72 C.P.R. (3d) 187 (F.C.T.D.) described the distinction as follows (at paragraph 12):

As I understand it, the essential difference in the standing of a party respondent when compared with that of an intervenor is that the former is deemed to have an interest adverse to that of the applicant which is a legal interest to be directly affected by the decision of the tribunal or officer that is subject to review. Moreover, a party may exercise all the rights of a party in the proceedings, including the right to appeal the decision that is made when the matter is heard, while an intervenor essentially has the right to participate within the limits the Court may impose and has no right to appeal except by leave of the Court.

[30] As mentioned, the Inquiry Committee specifically found that Mr. Chapman had no legal rights that will be affected by the proceedings before it, but that he did, in

(3) interdire au comité d’enquête de poursuivre ses travaux et renvoyer les plaintes à l’égard de la juge Douglas au Conseil canadien de la magistrature (le « CCM »);

(4) accorder les dépens à la juge Douglas pour la demande, sur la base d’une indemnisation complète;

(5) accorder toute autre réparation que la Cour estime justifiée.

[28] Que ce soit dans ses observations écrites ou lors des plaidoiries, l’avocat de M. Chapman n’a jamais expliqué dans quelle mesure ces déclarations et injonctions pourraient porter atteinte aux droits de M. Chapman. La position de M. Chapman repose entièrement sur la conclusion du comité d’enquête [au paragraphe 27] selon laquelle M. Chapman avait [TRADUCTION] « un intérêt direct et important de nature exceptionnelle dans l’instance du [comité d’enquête] ». Selon M. Chapman, cet [TRADUCTION] « intérêt direct et important de nature exceptionnelle » justifie également qu’il obtienne le statut de défendeur pour la demande de contrôle judiciaire sous-jacente.

[29] Il y a une grande différence entre le fait d’avoir, dans une instance, un intérêt qui justifie un droit de participation limité — comparable au statut d’intervenant — et le fait d’être touché directement par l’ordonnance recherchée dans l’instance. Dans la décision *Merck Frosst Canada Inc. c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social*, [1997] A.C.F. n° 155 (1^{re} inst.) (QL), la Cour a décrit cette différence de la manière suivante (au paragraphe 12) :

Selon moi, la principale différence entre une partie intimée et un intervenant est que la première est réputée avoir un intérêt opposé à celui de la partie requérante, savoir un intérêt juridique susceptible d’être directement touché par la décision de l’office fédéral visée par la demande de contrôle judiciaire. En outre, une partie peut exercer tous les droits d’une partie à l’instance, y compris celui d’en appeler de la décision rendue à l’issue de l’audition, alors que l’intervenant a essentiellement le droit de participer à l’instance aux conditions que la Cour juge appropriées et ne peut interjeter appel, sauf autorisation de la Cour.

[30] Comme je l’ai mentionné ci-dessus, le comité d’enquête a conclu explicitement que M. Chapman n’avait aucun droit légal qui serait touché par l’instance

the particular circumstances of the case, have an interest justifying limited participation.

[31] That interest laid in ensuring that he be afforded procedural and substantive fairness where evidence going to the credibility of the factual allegations he made in respect of private events was adduced and considered.

[32] This Court, in hearing and determining the present application, will not be called upon to hear, weigh or express any opinion as to the credibility of or conclusions to be drawn from that evidence. This Court, whether in hearing the application or in making any of the orders sought, will not make any findings that could affect Mr. Chapman's credibility, character or reputation. Mr. Chapman's interest in ensuring that his version of events is presented and assessed fairly is not engaged in this application.

[33] It was argued orally before me that because Mr. Chapman was granted certain rights in the proceedings before the Inquiry Committee, any order prohibiting or bringing an end to the proceedings would extinguish those rights and directly affect him.

[34] The rights given to Mr. Chapman were strictly tied to the evidence to be adduced before the Inquiry Committee by those enjoying full party status—the independent counsel and Douglas A.C.J.—and the manner in which that evidence would be introduced and assessed. Any rights he was given were, as such, contingent upon the hearings proceeding as contemplated. They implied or gave rise to no substantive right to see that the inquiry was conducted, or by whom.

[35] As found by the Inquiry Committee, the investigation process contemplated under subsection 63(3) of the *Judges Act* is concerned with the broader public

du comité, mais que, compte tenu des circonstances exceptionnelles, il avait néanmoins un intérêt qui justifiait un droit de participation limité.

[31] Cet intérêt consistait à veiller à ce que les principes d'équité procédurale et d'équité sur le fond soient respectés lors de la présentation et de l'appréciation des éléments de preuve relatifs à la crédibilité des allégations factuelles que M. Chapman avait faites au sujet de circonstances privées.

[32] Pour entendre et trancher la demande de contrôle judiciaire sous-jacente, la Cour n'aura pas à entendre ou à apprécier des éléments de preuve, ni à se prononcer à cet égard, au sujet de la crédibilité ou des conclusions qui doivent être tirées de tels éléments de preuve. Que ce soit pour entendre la demande ou pour rendre les ordonnances recherchées, la Cour ne tirera aucune conclusion au sujet de la crédibilité ou de la moralité de M. Chapman, ou qui pourrait entacher sa réputation. L'intérêt de M. Chapman à veiller à ce que sa version des faits soit présentée n'entre pas en jeu dans la demande sous-jacente.

[33] À l'audience que j'ai présidée, on a soutenu que, puisque le comité d'enquête avait accordé certains droits à M. Chapman pour son instance, le fait de rendre une ordonnance qui interdirait la poursuite de travaux ou y mettrait fin aurait pour effet d'éteindre ces droits, ce qui toucherait directement M. Chapman.

[34] Les droits conférés à M. Chapman par le comité d'enquête portaient uniquement sur les éléments de preuve qui allaient être présentés au comité d'enquête par les personnes ayant le statut de partie à part entière — c'est-à-dire l'avocat indépendant et l'avocate de la juge Douglas — et sur la manière dont ces éléments de preuve allaient être présentés et appréciés. Ainsi, tout droit qui avait été accordé à M. Chapman était conditionnel à ce que l'instance se déroule comme prévu. Jamais le droit substantiel d'exiger qu'une enquête soit tenue ou de choisir ceux qui la mèneraient n'a été accordé, ni implicitement ni explicitement, à M. Chapman.

[35] Comme l'a conclu le comité d'enquête, le processus d'enquête prévu au paragraphe 63(3) de la *Loi sur les juges* vise un objectif large : le maintien de la

interest in protecting public confidence in the administration of justice. It transcends the interests of the individual complainant. Once engaged, it is only the public interest, as represented by the independent counsel, and the rights of the judge whose conduct is investigated and to whom party status is expressly conferred by section 64 of the *Judges Act*, that are at issue. The complainant has no individual legal right to have his or her complaint determined, or in the outcome of the inquiry process.

[36] Mr. Chapman, as complainant, has no right or interest in whether or not the Inquiry Committee should be recused, or whether the proceedings should be prohibited. The fact that he enjoyed procedural rights in that proceeding does not transform these procedural rights into substantive rights.

[37] Finally, Mr. Chapman alleges that some of the evidence led by Douglas A.C.J. in support of the application for judicial review is being used in this application in breach of certain rulings of the Inquiry Committee and of an order of the Manitoba Court of Queen's Bench, and in violation of his section 8 Charter [*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]] rights, giving him a direct interest in this application.

[38] I make no determination as to the merits of these allegations. However, even if they were justified, they would not give Mr. Chapman a respondent's interest in this application.

[39] This Court has been given no jurisdiction over the enforcement of rulings of the Inquiry Committee or of the Superior Courts of the provinces. To the extent the public disclosure of this evidence has prejudiced Mr. Chapman's procedural rights in the inquiry, it will be for the Inquiry Committee, if its proceedings are to resume, to determine whether and by what means such prejudice is to be redressed. To the extent substantive

confiance du public dans l'administration de la justice. Il ne porte donc pas uniquement sur les seuls intérêts du plaignant. Une fois le processus en marche, les seuls intérêts en jeu sont l'intérêt public — représenté par l'avocat indépendant — et les droits du juge dont la conduite est visée par l'enquête — à qui l'article 64 de la *Loi sur les juges* accorde expressément le statut de partie. La loi ne donne pas au plaignant le droit, en sa qualité personnelle, de voir sa plainte trancher ou d'obtenir un résultat donné.

[36] À titre de plaignant, M. Chapman n'a aucun droit ou intérêt à l'égard de la question de savoir si les membres du comité d'enquête auraient dû se récuser ou si la poursuite de l'instance devrait être interdite. Le fait que M. Chapman ait joui de droits procéduraux dans l'instance du comité d'enquête ne signifie pas que ces droits procéduraux sont devenus des droits substantiels.

[37] Enfin, M. Chapman soutient que certains éléments de preuve présentés par la juge Douglas pour étayer sa demande de contrôle judiciaire sont utilisés dans le cadre de cette demande en violation de certaines décisions du comité d'enquête, d'une ordonnance de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba et des droits que lui confère l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Selon lui, cela signifie qu'il a un intérêt direct dans la demande sous-jacente.

[38] Je ne me prononcerai pas sur le bien-fondé de ces allégations. Toutefois, même si elles étaient bien fondées, elles ne justifieraient pas de désigner M. Chapman comme défendeur pour la demande de contrôle judiciaire sous-jacente.

[39] La Cour fédérale n'a pas compétence sur l'exécution des décisions du comité d'enquête ou des cours supérieures provinciales. Dans la mesure où la divulgation publique de ces éléments de preuve a pu porter atteinte aux droits procéduraux qui avaient été accordés à M. Chapman par le comité d'enquête, il reviendra au comité, si ses travaux reprennent, de décider s'il y a eu préjudice et de la manière d'y remédier. Si M. Chapman

prejudice was caused, any remedy lies with the competent court of general jurisdiction.

[40] While the Inquiry Committee's ruling that certain evidence was not admissible before it is referred to as a factor giving rise to a reasonable apprehension of bias, the application does not seek an order setting aside that ruling, or an order declaring the evidence admissible for the purpose of the inquiry. Mr. Chapman's procedural rights before the Inquiry Committee can therefore not be affected by the order sought herein.

[41] I therefore conclude that Mr. Chapman is not a person directly affected by any order sought in this application. His motion to be named a necessary respondent to the within application is dismissed.

[42] Mr. Chapman's notice of motion and motion record also seek an order staying and/or quashing the within judicial review for want of jurisdiction and/or as an abuse of process. By direction dated October 31, 2012, I directed that this portion of the motion would not be entertained unless and until Mr. Chapman was found to have status as a respondent in this application. Given the above determination, that part of the motion is dismissed for lack of standing.

[43] The present determination addresses only Mr. Chapman's submission that he should be named as a respondent pursuant to subsection 303(1) [of the Rules]. It does not address or consider whether Mr. Chapman could, on any basis, be granted intervenor status in this application pursuant to rule 109. Mr. Chapman's motion record and his solicitor's representations before me did not seek such an order, nor did they address the matters required to be considered and addressed pursuant to paragraphs 109(2)(b) and 109(3)(b) [of the Rules].

a subi un préjudice sur le fond, le recours approprié est de s'adresser à une cour de compétence générale.

[40] Bien que la décision du comité d'enquête selon laquelle certains éléments de preuve étaient irrecevables ait été mentionnée parmi les facteurs qui soulèvent une crainte raisonnable de partialité, la demande de contrôle judiciaire sous-jacente ne vise pas à obtenir une ordonnance qui annulerait cette décision ni une ordonnance déclarant ces éléments de preuve recevables pour l'instance du comité d'enquête. Par conséquent, les droits procéduraux dont M. Chapman jouit devant le comité d'enquête ne pourraient pas être touchés par l'ordonnance recherchée en l'espèce.

[41] Je conclus donc que M. Chapman n'est pas une personne directement touchée par les ordonnances recherchées en l'espèce. La requête de M. Chapman visant à ce qu'il soit désigné défendeur pour la demande de contrôle judiciaire sous-jacente est donc rejetée.

[42] Dans son avis de requête et son dossier de requête, M. Chapman demande aussi à la Cour d'ordonner la suspension ou l'annulation de la demande de contrôle judiciaire sous-jacente, et ce, pour absence de compétence et abus de procédure. Par une directive datée du 31 octobre 2012, j'ai décidé que cette partie de la requête ne serait pas instruite, à moins que M. Chapman soit désigné comme défendeur pour la demande sous-jacente. Compte tenu de ma conclusion au paragraphe précédent, cette partie de la requête de M. Chapman est rejetée pour absence de qualité pour agir.

[43] Les conclusions auxquelles j'en suis venue ne valent que pour l'argument de M. Chapman selon lequel il devrait être désigné comme défendeur en vertu du paragraphe 303(1) des Règles. Elles ne signifient pas que M. Chapman ne pourrait pas, peu importe sur quel fondement, obtenir le statut d'intervenant en vertu de la règle 109 des Règles. Ni le dossier de requête de M. Chapman ni les observations que l'avocat de ce dernier m'a présentées ne sollicitent une telle ordonnance ou ne traitent des questions qui doivent être examinées en application des alinéas 109(2)(b) et 109(3)(b) des Règles.

The Attorney General's motion

[44] The Attorney General, in his motion, seeks to be removed as respondent to this application. The primary basis for the Attorney General's motion is subsection 303(3), which will be fully addressed below. Reference is also made to rule 104, pursuant to which the Court may order that a person who is not a proper or necessary party shall cease to be a party. Rule 104 was invoked solely in the event the Court were to hold that Mr. Chapman is a person directly affected by the order sought who should be named as a respondent. As I have determined that Mr. Chapman is not an appropriate respondent, subsection 303(3) remains the only ground upon which the Attorney General's motion is to be considered and determined.

[45] It is appropriate to begin the analysis by considering subsection 303(3) in context.

[46] The present proceeding is an application for judicial review, brought pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. Rules 300 and following govern the manner in which applications generally, including applications for judicial review, are to be conducted. Rule 303 prescribes the persons who are to be named as respondents.

[47] Persons named as respondents have the right to participate fully, as parties, in an application, but they do not have the obligation to do so. They may decline to participate at all or choose to address only certain issues in the proceedings. Nor is their participation restricted to opposing the application: they may support or consent to any or all parts of it.

[48] Participation in an application is, further, not exclusively restricted to those named as respondents. Persons who have no right to be named as respondents but have a recognizable interest in the proceedings or who can show that their participation will assist in the

La requête du procureur général

[44] Dans sa requête, le procureur général demande d'être remplacé comme défendeur pour la demande de contrôle judiciaire sous-jacente. Cette requête est principalement fondée sur le paragraphe 303(3) des Règles, qui sera abordé de manière plus approfondie ci-dessous. La requête mentionne aussi la règle 104 des Règles, une disposition qui permet à la Cour d'ordonner qu'une personne constituée erronément comme partie ou une partie dont la présence n'est pas nécessaire au règlement des questions en litige soit mise hors de cause. Le procureur général invoque seulement la règle 104 à titre subsidiaire, si la Cour concluait que M. Chapman doit être désigné comme défendeur parce qu'il est une personne directement touchée par l'ordonnance recherchée. Puisque j'ai conclu que M. Chapman ne doit pas être désigné comme défendeur, le paragraphe 303(3) des Règles est le seul fondement sur lequel la requête du procureur général doit être examinée et tranchée.

[45] Il convient de commencer l'analyse du paragraphe 303(3) des Règles en examinant son contexte.

[46] La présente instance porte sur une demande de contrôle judiciaire déposée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. La partie des Règles qui débute par la règle 300 encadre la manière dont les demandes sont traitées en général, y compris les demandes de contrôle judiciaire. La règle 303 énumère les personnes qui doivent être désignées comme défendeurs.

[47] Les défendeurs peuvent participer pleinement, à titre de parties, à l'instruction des demandes, mais ils ne sont pas tenus de le faire. Ils peuvent choisir de ne pas participer du tout ou de seulement traiter de certains points en litige dans l'instance. De plus, leur participation ne se limite pas à contester la demande, car ils peuvent aussi appuyer la demande ou y consentir, en tout ou en partie.

[48] Par ailleurs, la participation à une demande n'est pas réservée aux personnes désignées comme défendeurs. Les personnes qui n'ont pas droit au statut de défendeur, mais qui ont un intérêt reconnu dans l'instance ou qui démontrent que leur participation aidera la

determination of the application may seek and be granted leave to intervene. The ability of the Court to recognize and authorize interventions by non-parties further demonstrates that parties are not expected to always be willing or able to defend all aspects of an application.

[49] Thus, it would be misleading to interpret or apply rule 303 as defining the respondent's role as an opponent to an application. Rule 303 merely prescribes the persons who, as respondents, will have automatic and full rights to determine and decide whether and how they will participate in an application.

[50] Rule 303 reads as follows:

Respondents **303.** (1) Subject to subsection (2), an applicant shall name as a respondent every person

(a) directly affected by the order sought in the application, other than a tribunal in respect of which the application is brought; or

(b) required to be named as a party under an Act of Parliament pursuant to which the application is brought.

Application for judicial review (2) Where in an application for judicial review there are no persons that can be named under subsection (1), the applicant shall name the Attorney General of Canada as a respondent.

Substitution for Attorney General (3) On a motion by the Attorney General of Canada, where the Court is satisfied that the Attorney General is unable or unwilling to act as a respondent after having been named under subsection (2), the Court may substitute another person or body, including the tribunal in respect of which the application is made, as a respondent in the place of the Attorney General of Canada.

[51] Subsection 303(1) requires that any person directly affected by an order sought be named as a respondent. In judicial review proceedings, this provision will generally apply where the decision under review itself determined or affected the legal rights of

Cour à trancher la demande peuvent demander et obtenir le statut d'intervenant. De plus, le pouvoir de la Cour d'accorder le statut d'intervenant aux tiers et de leur permettre d'intervenir démontre encore que l'on ne s'attend pas à ce que les parties aient toujours la volonté ou la capacité de s'opposer à tous les volets d'une demande.

[49] Il serait donc erroné d'interpréter ou d'appliquer la règle 303 des Règles de manière à limiter le rôle du défendeur à la seule opposition à la demande. Cette disposition énumère simplement les personnes qui, à titre de défendeurs, ont automatiquement les pleins droits de décider la mesure dans laquelle ils participeront à l'instruction de la demande et la forme que prendra cette participation.

[50] La règle 303 des Règles est libellé de la sorte :

Défendeurs **303.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le demandeur désigne à titre de défendeur :

a) toute personne directement touchée par l'ordonnance recherchée, autre que l'office fédéral visé par la demande;

b) toute autre personne qui doit être désignée à titre de partie aux termes de la loi fédérale ou de ses textes d'application qui prévoient ou autorisent la présentation de la demande.

(2) Dans une demande de contrôle judiciaire, si aucun défendeur n'est désigné en application du paragraphe (1), le demandeur désigne le procureur général du Canada à ce titre. **Défendeurs — demandeur de contrôle judiciaire**

(3) La Cour peut, sur requête du procureur général du Canada, si elle est convaincue que celui-ci est incapable d'agir à titre de défendeur ou n'est pas disposé à le faire après avoir été ainsi désigné conformément au paragraphe (2), désigner en remplacement une autre personne ou entité, y compris l'office fédéral visé par la demande. **Remplaçant du procureur général**

[51] Le paragraphe 303(1) exige que le demandeur désigne à titre de défendeur toute personne directement touchée par l'ordonnance recherchée. Lorsque l'instance porte sur une demande de contrôle judiciaire, cette disposition s'applique habituellement lorsque la décision

another person. In such cases, the respondent's rights will generally be in conflict with the applicant's and the respondent can assist the Court by bringing an opposite point of view to the applicant's. Because judicial review involves the exercise of the Court's supervisory jurisdiction over public bodies, rule 304 requires that the Attorney General be served with any application for judicial review. This allows the Attorney General to consider whether, even where a party adverse in interest can be expected to defend the application, it is nevertheless necessary or appropriate for him to seek leave to intervene in the application.

[52] Not all decisions or orders of federal boards, commissions or other tribunals involve the competing rights of two or more persons. Often, the decision and resulting judicial review process will affect the legal rights of only one person. Indeed, with the exception of Mr. Chapman, whose motion has been dismissed, none of the parties or recognized interveners on this motion have suggested that there exists a person directly affected by the order sought herein or required to be named as a party respondent pursuant to subsection 303(1).

[53] Subsection 303(2), applicable only to applications for judicial review, mandates in such cases that the Attorney General be named as a respondent. This ensures, but does not require, that the Attorney General can fulfill his role as guardian of the public interest and protector of the rule of law by opposing the application or making such submissions as are appropriate, without the need to seek and obtain leave to intervene in the proceeding (see *Sutcliffe v. Ontario (Minister of the Environment)*, 2004 CanLII 66285, 69 O.R. (3d) 257 (C.A.), at paragraphs 17 and 18).

[54] As mentioned, the role of a respondent is not confined to opposing an application. A party respondent enjoys the right to consider and determine the extent and purpose of his participation. In the context of judicial review, the Attorney General, as the respondent named by default pursuant to subsection 303(2), is expected to exercise that right in the public interest.

contestée a déterminé ou touché les droits légaux d'une autre personne. Dans un tel cas, les droits du défendeur entreront habituellement en conflit avec ceux du demandeur — le défendeur pourra donc aider la Cour en apportant un point de vue contraire à celui du demandeur. Puisque le contrôle judiciaire fait intervenir le pouvoir de surveillance de la Cour à l'égard des organismes publics, la règle 304 des Règles exige que le demandeur signifie son avis de demande de contrôle judiciaire au procureur général. Cela permet au procureur général de décider s'il est nécessaire ou approprié de demander le statut d'intervenant, malgré que l'on puisse s'attendre à ce que, dans une procédure contradictoire, la partie défenderesse s'oppose à la demande.

[52] Ce ne sont pas toutes les décisions des offices fédéraux qui portent sur les droits opposés d'au moins deux personnes. Souvent, la décision et le contrôle judiciaire subséquent touchent seulement les droits légaux d'une personne. D'ailleurs, à l'exception de M. Chapman — dont la requête a été rejetée — aucune des parties ou des personnes qui ont obtenu le statut d'intervenant pour la requête en cause n'ont laissé entendre qu'en l'espèce, il y a une personne qui est touchée directement par l'ordonnance recherchée ou qui doit être désignée à titre de défendeur en raison du paragraphe 303(1) des Règles.

[53] Le paragraphe 303(2) des Règles, qui s'applique seulement aux demandes de contrôle judiciaire, prévoit que dans un tel cas, le procureur général doit être désigné comme défendeur. Cela permet, sans l'obliger, au procureur général de jouer son rôle de protecteur de l'intérêt public et de la primauté du droit en contestant la demande ou en présentant les observations qu'il juge appropriées, et ce, sans devoir obtenir l'autorisation d'intervenir dans l'instance (voir *Sutcliffe v. Ontario (Minister of the Environment)*, 2004 CanLII 66285, 69 R.J.O. (3^e) 257 (C.A.), aux paragraphes 17 et 18).

[54] Comme je l'ai déjà mentionné, le rôle du défendeur n'est pas limité à une simple opposition à la demande. La partie défenderesse a le droit de décider dans quelle mesure et à quelles fins elle participera à l'instance. Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, on s'attend à ce que le procureur général — à titre de défendeur désigné par défaut en application du

[55] In carrying out his role as respondent, the Attorney General's overarching mandate is to assist the Court in reaching a decision that accords with the law. It is not uncommon for the Attorney General to refrain from making submissions or observations on particular aspects of the case, to support the applicant's request for relief on the same or other grounds as the applicant, or even to take no position on any of the issues raised (*Hoechst Marion Roussel Canada v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 795, [2002] 1 F.C. 76, at paragraphs 67 and 69). Thus, subsection 303(2) does not mandate how the Attorney General must choose to act as a respondent, but that he be given the ability to exercise that choice.

[56] Subsection 303(3) essentially provides that the Attorney General may, on motion and in certain circumstances, ask the Court that another person or body be named to act as respondent in his place. I am not aware of, nor have any of the parties and interveners before me found, any case where the Attorney General has invoked subsection 303(3). It is the Attorney General's position on this motion that he is unable to assume the role of respondent, as defined above, in this application. To be clear, the Attorney General does not take the position that he is unwilling to act, but that, in view of the nature of the proceedings giving rise to this application, he is unable, at law, to act as respondent.

[57] The rationale supporting the Attorney General's position is presented in detail in his motion record, and will be analysed below. However, as a preliminary issue raised at the hearing before me, the Attorney General argued that it is not the Court's task, on this motion, to determine whether the Attorney General is indeed unable to act as respondent herein. The Attorney General submits that subsection 303(3) only requires him to provide a reasonable basis for his conclusion that he is unable to act. Upon this, the Court should show significant deference to the Attorney General's determination, and proceed directly to consider whether another person should be substituted to the Attorney General.

paragraphe 303(2) des Règles — exerce ce droit conformément à l'intérêt public.

[55] Lorsqu'il agit à titre de défendeur, le rôle fondamental du procureur général est d'aider la Cour à rendre une décision conforme au droit. Il n'est pas rare que le procureur général s'abstienne de présenter des observations sur certains volets de l'affaire, qu'il appuie la demande de réparation du demandeur — pour les mêmes raisons ou pour des raisons différentes — ou encore qu'il ne prenne position sur aucune des questions soulevées (voir *Hoechst Marion Roussel Canada c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 795, [2002] 1 C.F. 76, aux paragraphes 67 et 69). Ainsi, le paragraphe 303(2) des Règles ne prévoit pas comment le procureur général doit agir à titre de défendeur, mais seulement qu'il ait l'occasion d'agir à ce titre.

[56] Le paragraphe 303(3) des Règles prévoit essentiellement que le procureur général peut, sur requête et dans certaines circonstances, demander à la Cour de désigner une autre personne ou entité pour le remplacer comme défendeur. Je ne connais aucune affaire où le procureur général a invoqué le paragraphe 303(3) des Règles et les parties et intervenants n'en ont pas trouvé. Dans sa requête, le procureur général soutient qu'il est incapable d'agir comme défendeur, tel que défini ci-dessus, relativement à la demande de contrôle judiciaire sous-jacente. En termes clairs, le procureur général ne soutient pas qu'il n'est pas disposé à agir comme défendeur, mais qu'à cause de la nature des procédures qui ont mené à la demande sous-jacente, il est incapable, en droit, de participer à titre de défendeur.

[57] Le procureur général a exposé en détail les fondements de sa position dans son dossier de requête, que j'analyserai ci-dessous. Cependant, une question préliminaire a été soulevée à l'audience que j'ai présidée : le procureur général a soutenu que, pour sa requête, le rôle de la Cour n'est pas de décider s'il est bel et bien incapable d'agir comme défendeur pour la demande sous-jacente. Selon lui, le paragraphe 303(3) des Règles exige seulement qu'il soulève un motif raisonnable pour justifier sa conclusion selon laquelle il est incapable d'agir comme défendeur. Ainsi, la Cour devrait faire preuve d'une grande déférence envers la conclusion du procureur général et passer immédiatement à la

[58] There is no support in the wording of subsection 303(3) or at law for this interpretation. Subsection 303(3) explicitly provides that the Court's discretion to order the substitution of the Attorney General is to be exercised on the motion of the Attorney General, and "where the Court is satisfied that the Attorney General is unable" [emphasis added.] to act. It is, on a plain reading of the rule, the Court and not the Attorney General who is required to be satisfied of the alleged inability to act. Had the drafters of the *Federal Courts Rules* contemplated that the threshold for the exercise of the Court's discretion should be the Attorney General's own determination, or the existence of reasonable grounds for the Attorney General to believe that he is unable to act, it would have been a simple matter to draft subsection 303(3) accordingly. Deference to the Attorney General, it seems to me, might come into consideration where the grounds for the motion is unwillingness to act, but I need not determine this point on this motion.

[59] To summarize, then, the application of rule 303, in the context of this judicial review application, proceeds from the following analytical sequence: As there are no persons directly affected by the order sought and required to be named as respondents pursuant to subsection 303(1), the Attorney General was properly named pursuant to subsection 303(2). Subsection 303(2) requires that the Attorney General be named as a respondent by default to enable him to exercise his function as guardian of the rule of law. In exercising this function, the Attorney General is not required to defend the application. He may support it, or limit his participation to make submissions to assist the Court in reaching a decision that accords with the law. The Court may, on the motion of the Attorney General, consider whether another person should be named respondent in his place, but only if the Attorney General can show, and the Court is satisfied, that the Attorney General is unable to act as respondent.

question de savoir si une autre personne devrait être désignée comme défendeur en remplacement du procureur général.

[58] Cette interprétation du paragraphe 303(3) n'est aucunement étayée par le libellé de la disposition ou par la loi en général. Le paragraphe 303(3) confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire, sur requête du procureur général, de désigner par ordonnance un défendeur pour remplacer le procureur général « si elle est convaincue que celui-ci est incapable » [non souligné dans l'original.] d'agir à titre de défendeur. Selon le sens ordinaire du libellé de cette disposition, c'est la Cour, et non le procureur général, qui doit être convaincue que ce dernier est bel et bien incapable d'agir à titre de défendeur. Si les rédacteurs des Règles avaient voulu que le critère applicable au pouvoir discrétionnaire de la Cour soit la conclusion du procureur général ou l'existence de motifs raisonnables qui portent le procureur général à conclure qu'il est incapable d'agir comme défendeur, ils auraient aisément pu rédiger le paragraphe 303(3) en conséquence. À mon avis, il pourrait y avoir lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la conclusion du procureur général lorsque celui-ci fonde sa requête sur le fait qu'il n'est pas disposé à agir à titre de défendeur, mais je n'ai pas à régler cette question pour trancher la requête du procureur général.

[59] Bref, dans le contexte de cette demande de contrôle judiciaire, la règle 303 des Règles s'applique conformément à l'analyse suivante : comme aucune personne n'était directement touchée par l'ordonnance recherchée ou ne devait être désignée à titre de défendeur en application du paragraphe 303(1), le procureur général a été désigné défendeur à bon droit, en application du paragraphe 303(2). Le paragraphe 303(2) exige que le procureur général soit désigné comme défendeur par défaut, afin de lui permettre de jouer son rôle de protecteur de la primauté du droit. Toutefois, ce rôle ne force pas le procureur général à s'opposer à la demande — il peut l'appuyer ou limiter sa participation à la présentation d'observations qui aideront la Cour à rendre une décision conforme au droit. La Cour peut, sur requête du procureur général, se demander si une autre personne devrait être désignée comme défendeur en remplacement de celui-ci, à condition que le procureur général convainque la Cour qu'il est incapable d'agir à ce titre.

[60] Before considering the reasons for which the Attorney General considers himself unable to act in this matter, it is helpful to understand the traditional role and mandate of the Attorney General.

[61] Section 5 of the *Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, provides in part as follows:

Powers,
duties and
functions of
Attorney
General

5. The Attorney General of Canada

(a) is entrusted with the powers and charged with the duties that belong to the office of the Attorney General of England by law or usage, in so far as those powers and duties are applicable to Canada, and also with the powers and duties that, by the laws of the several provinces, belonged to the office of attorney general of each province up to the time when the *Constitution Act, 1867*, came into effect, in so far as those laws under the provisions of the said Act are to be administered and carried into effect by the Government of Canada;

...

(d) shall have the regulation and conduct of all litigation for or against the Crown or any department, in respect of any subject within the authority or jurisdiction of Canada; and

[62] Considering the role and standing of the Attorney General in instituting judicial review proceedings, the Federal Court, in *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, 2002 FCT 128, [2002] 3 F.C. 630, described the Attorney General's role as follows (at paragraphs 48–50):

The Attorney General has standing which cannot be brought into question in the courts to assert a claim for declaratory relief to protect the public interest. De Smith et al. in *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed., 1995), at page 147 has provided the following explanation of the broad limits on the “public interest” in respect of which the Attorney General can seek declaratory relief:

What are the limits of the public interest is almost impossible to accurately define. Examination of a large number of authorities would indicate the wide range of situations in which the public interest has been accepted by

[60] Avant d'examiner les raisons pour lesquelles le procureur général estime être incapable d'agir en l'espèce, il faut comprendre le rôle traditionnel et le mandat du procureur général.

[61] Le passage pertinent de l'article 5 de la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, est ainsi rédigé :

5. Les attributions du procureur général du Canada sont les suivantes :

Attributions

a) il est investi des pouvoirs et fonctions afférents de par la loi ou l'usage à la charge de procureur général d'Angleterre, en tant que ces pouvoirs et ces fonctions s'appliquent au Canada, ainsi que de ceux qui, en vertu des lois des diverses provinces, ressortissaient à la charge de procureur général de chaque province jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans la mesure où celle-ci prévoit que l'application et la mise en oeuvre de ces lois provinciales relèvent du gouvernement fédéral;

[...]

d) il est chargé des intérêts de la Couronne et des ministères dans tout litige où ils sont parties et portant sur des matières de compétence fédérale;

[62] Dans la décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2002 CFPI 128, [2002] 3 C.F. 630, la Cour s'est prononcée de la sorte sur le rôle et la qualité pour agir à titre de demandeur du procureur général dans les instances de contrôle judiciaire (aux paragraphes 48 à 50) :

La qualité pour agir du procureur général ne peut pas être remise en question devant les tribunaux lorsqu'il s'agit de demander un jugement déclaratoire en vue de protéger l'intérêt public. De Smith *et al.*, dans *Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd., 1995), à la page 147, a donné l'explication suivante au sujet des limites générales auxquelles est assujéti le procureur général lorsqu'il demande un jugement déclaratoire dans « l'intérêt public » :

[TRADUCTION] Il est presque impossible de définir exactement les limites de l'intérêt public. L'examen d'un grand nombre d'ouvrages et d'arrêts indique la vaste gamme de cas dans lesquels les tribunaux ont reconnu que l'intérêt

the courts as being involved, however, the courts have, probably deliberately, refrained from spelling out its boundary. Certainly, however, any interference with the rights of the public (for example, in the highway), failure to perform or unsatisfactory performance of duties by public bodies for the benefit of the public, abuse of discretionary powers and illegal acts of a public nature will be regarded as raising issues of public interest.

The English Court of Appeal has also stated [*Attorney General v. Blake*, [1997] E.W.J. No. 1320 (C.A.) (QL), at paragraph 46]:

In advancing ... a claim for relief in public law, the Attorney is performing a different role. He is not merely a convenient nominal plaintiff representing the Crown. He is seeking relief in his historic role as guardian of the public interest. This gives the Attorney a special status in relation to the courts. He has a particular role and a particular responsibility. The role extends well beyond the field of criminal law, for example to the fields of contempt of court, charities and coroners' inquisitions. Its sources in some instances is derived from statute. However, in relation to other functions, the role is an inherent part of his ancient office. It is the inherent power flowing from his office which enables the Attorney either to bring proceedings *ex officio* himself or to consent to the use of his name....

In all the applications for judicial review in which the Attorney General is an applicant, remedies are sought to curb [See: De Smith, *supra*, at page 147]:

...unsatisfactory performance of duties by public bodies for the benefit of the public, abuse of discretionary powers and illegal acts of a public nature... [Emphasis added.]

[63] In judicial review proceedings, where the Court exercises supervisory jurisdiction over the “performance of duties by public bodies for the benefit of the public”, that role justifies the Attorney General’s standing to bring proceedings to redress perceived illegality or improper performance by public bodies. It also justifies the Attorney General’s standing and mandate to act as respondent or intervener in judicial review proceedings when the attacks on the performance of public bodies are made by others.

public était en cause, mais les tribunaux se sont abstenus, probablement délibérément, de préciser quelles étaient les limites. Toutefois, à coup sûr, toute atteinte aux droits du public (par exemple, en ce qui concerne la voie publique), l’omission des organismes publics d’exercer les fonctions qui leur incombent au profit du public ou l’exercice non satisfaisant par les organismes publics de leurs fonctions au profit du public, les abus de pouvoir et les actes illégaux d’une nature publique seront considérés comme soulevant des questions d’intérêt public.

La Cour d’appel anglaise a également fait les remarques suivantes [*Attorney General v. Blake*, [1997] E.W.J. n° 1320 (C.A.) (QL), au paragraphe 46] :

[TRADUCTION] En présentant [...] une demande de réparation en droit public, le procureur exerce une fonction différente. Il n’est pas simplement un demandeur nominal approprié représentant la Couronne. Il demande réparation dans l’exercice de la fonction de protecteur de l’intérêt public qui lui a toujours été reconnue. Cela lui confère un statut spécial devant les tribunaux. Il a un rôle particulier et une responsabilité particulière. Son rôle s’étend bien au-delà du domaine du droit criminel et englobe notamment l’outrage au tribunal, les œuvres de bienfaisance et les enquêtes des coroners. Ses pouvoirs sont dans certains cas d’origine législative. Toutefois, en ce qui concerne d’autres fonctions, le rôle qui lui incombe fait partie intrinsèque de son ancienne charge. C’est le pouvoir intrinsèque découlant de sa charge qui permet au procureur d’engager lui-même des poursuites *ex officio* ou de consentir à ce que son nom soit employé [...]

Dans toutes les demandes de contrôle judiciaire où le procureur général agit comme demandeur, les réparations visent à empêcher [voir De Smith, *supra*, à la page 147] :

[TRADUCTION] [...] l’exercice non satisfaisant par les organismes publics de leurs fonctions au profit du public, les abus de pouvoir et les actes illégaux d’une nature publique [...] [Non souligné dans l’original.]

[63] Dans une instance de contrôle judiciaire, lorsque la Cour exerce son pouvoir de contrôle à l’égard de « l’exercice [...] par les organismes publics de leurs fonctions au profit du public », ce rôle justifie la qualité du procureur général pour présenter une demande visant à remédier à ce qu’il estime être des actes illégaux ou l’exercice insatisfaisant de leurs fonctions par des organismes publics. Cela justifie aussi la qualité pour agir et le rôle du procureur général à titre de défendeur ou d’intervenant dans les instances de contrôle judiciaire où

[64] The role performed by the Attorney General in judicial review applications is an important, yet delicate one. As noted in *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714, at paragraph 51, “Attorneys General are constitutionally obliged to exercise their discretionary authority in good faith, objectively, independently, and in the public interest. . . . Attorneys General are entitled to the benefit of a rebuttable presumption that they will fulfill that obligation.”

[65] It is well established that a tribunal whose decision is challenged in judicial review proceedings should not appear to defend the merits of its decisions. As stated by the Supreme Court of Canada in *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at page 709:

Such active and even aggressive participation can have no other effect than to discredit the impartiality of an administrative tribunal either in the case where the matter is referred back to it, or in future proceedings involving similar interests and issues or the same parties. The Board is given a clear opportunity to make its point in its reasons for its decision, and it abuses one’s notion of propriety to countenance its participation as a full-fledged litigant in this Court, in complete adversarial confrontation with one of the principals in the contest before the Board itself in the first instance.

[66] The Attorney General’s participation as the default respondent in judicial review proceedings pursuant to subsection 303(2) ensures that there can be a party present at the judicial review to present an opposite point of view to the applicant’s and defend the tribunal’s decision.

[67] However, because the Attorney General is also the defender of the public interest and has a duty to uphold the rule of law, there may be limits to how vigorously he should properly defend the merits of a public body’s decision.

[68] The case of *Samatar v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1263, 420 F.T.R. 182, involved a decision of the Public Service Commission. The

d’autres personnes contestent la manière dont des organismes publics ont exercé leurs fonctions.

[64] Le rôle du procureur général dans les instances de contrôle judiciaire est important, mais délicat. Comme l’a souligné la Cour d’appel fédérale au paragraphe 51 de l’arrêt *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714, « Les procureurs généraux sont, de par la Constitution, tenus d’exercer leur pouvoir discrétionnaire de bonne foi, objectivement, impartialement, et d’une manière conforme à l’intérêt public. Les procureurs généraux ont droit à l’avantage d’une présomption réfutable selon laquelle ils rempliront cette obligation. »

[65] Il est bien établi en droit que le tribunal dont la décision est contestée par voie de contrôle judiciaire ne doit pas donner l’impression de défendre le bien-fondé de sa décision. Comme l’a expliqué la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d’Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, à la page 709 :

Une participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l’impartialité d’un tribunal administratif lorsque l’affaire lui est renvoyée ou lorsqu’il est saisi d’autres procédures concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties. La Commission a tout le loisir de s’expliquer dans ses motifs de jugement et elle a enfreint de façon inacceptable la réserve dont elle aurait dû faire preuve lorsqu’elle a participé aux procédures comme partie à part entière, en opposition directe à une partie au litige dont elle avait eu à connaître en première instance.

[66] La participation du procureur général à titre de défendeur par défaut à la demande de contrôle judiciaire, en application du paragraphe 303(2) des Règles, rend possible la présence d’une partie qui présentera un point de vue contraire à celui du demandeur et qui peut défendre la décision de l’office.

[67] Toutefois, puisque le procureur général est aussi le protecteur de l’intérêt public et qu’il a le devoir de défendre la suprématie du droit, il peut y avoir des limites à l’énergie dont il devrait faire preuve lorsqu’il défend le bien-fondé de la décision de l’organisme.

[68] La décision *Samatar c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1263, portait sur une décision de la Commission de la fonction publique du Canada. Le

Attorney General was named as sole respondent pursuant to subsection 303(2). The Federal Court expressed the following concerns (at paragraphs 37, 38, 43 and 44):

The respondent is acting on behalf of the Commission here. This is not the first time that the respondent has taken a position that could be characterized as “aggressive”, even “forceful”, or even, in the absence of other qualifiers, “very defensive”. For example, in *Challal*, the respondent argued that it was “too late to question the finding of guilt issued by the Commission” and that the corrective measures “were indeed within the Commission’s jurisdiction and were reasonable” (*Challal*, at paragraphs 4 and 5).

However, there is generally no dispute that it is not up to a tribunal whose decision is under review, whether it is an appeal or a judicial review, to vindicate itself, as well as the merit of its decision. As it was so aptly stated in *Northwestern Utilities Ltd v Edmonton (City)*, [1979] 1 SCR 684, at paragraph 39: “To allow an administrative board the opportunity to justify its action and indeed to vindicate itself would produce a spectacle not ordinarily contemplated in our judicial traditions.”

...

In my opinion, when the respondent agrees to act on behalf of the Commission, in the absence of another party to support the legality of the impugned decision, the respondent should try to intervene like an *amicus curiae*, even if the respondent has more latitude than an *amicus curiae*. After all, the respondent represents the public interest. That being said, the respondent should, first and foremost, enlighten the Court objectively and completely on the facts stated in the impugned decision and on the Commission’s reasoning, without seeking justification that was not provided by the Commission itself in the impugned decision — which of course includes the reasons in the investigation report that the Commission supported.

In short, there is no problem as long as the respondent explains the impugned decision and provides objective light on the Commission’s jurisdiction and the powers vested in it under the law. I acknowledge that this can be difficult in some cases. [Emphasis added.]

[69] The presumption that the Attorney General will perform his duty as guardian of the public interest and exercise his special status in relation to the courts in good faith has allowed the courts to rely on the expectation that the Attorney General will faithfully fulfill that role,

procureur général avait été désigné comme seul défendeur, en application du paragraphe 303(2) des Règles. La Cour a exprimé les préoccupations suivantes (aux paragraphes 37, 38, 43 et 44) :

Le défendeur agit ici au nom de la Commission. Ce n’est pas la première fois que le défendeur prend une position que l’on pourrait qualifier du point de vue de certains « d’agressive », voire « d’énergique », ou encore, à défaut d’autres qualificatifs, de « très défensive ». Par exemple, dans l’affaire *Challal*, le défendeur a fait valoir qu’il était « trop tard pour remettre en question la déclaration de culpabilité émise par la Commission » et que les mesures correctives « étaient bien de la compétence de la Commission et étaient raisonnables » (*Challal*, aux para 4 et 5).

Or, il est généralement acquis qu’il n’appartient pas à un tribunal dont la décision est contestée, qu’il s’agisse d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, de venir défendre sa conduite, ainsi que le mérite de sa décision. Comme il est si bien dit dans l’arrêt *Northwestern Utilities Ltd c Edmonton (Ville)*, [1979] 1 RCS 684, au paragraphe 39 : « Accorder au tribunal administratif la possibilité de défendre sa conduite et en fait de se justifier donnerait lieu à un spectacle auquel nos traditions judiciaires ne nous ont pas habitués. »

[...]

À mon avis, lorsque le défendeur accepte d’agir au nom de la Commission, en l’absence d’une autre partie venant soutenir la légalité de la décision contestée, son intervention devrait tendre à celle d’un *amicus curiae*, même s’il possède plus de latitude qu’un *amicus curiae*. Après tout, le défendeur représente l’intérêt public. Cela dit, le défendeur devrait d’abord et avant tout éclairer la Cour, d’une façon objective et complète, sur les faits mentionnés dans la décision contestée et sur le raisonnement de la Commission, sans aller chercher des justifications qui ne sont pas fournies par la Commission elle-même dans la décision contestée — ce qui inclut bien entendu les motifs que l’on retrouve dans le rapport d’enquête que la Commission a pu entériner.

Bref, il n’y a aucun problème tant que le défendeur explique la décision contestée et fournit un éclairage objectif sur la compétence de la Commission et les pouvoirs qui lui sont dévolus en vertu de la loi. Je reconnais que cela peut être difficile dans certains dossiers. [Non souligné dans l’original.]

[69] La présomption selon laquelle le procureur général agit de bonne foi lorsqu’il joue son rôle de protecteur de l’intérêt public et exerce sa fonction spéciale par rapport aux tribunaux a permis à ces derniers de s’attendre à ce que le procureur général remplisse

even when he may have directly appeared before the federal body at issue. (See *Chrétien v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 591, 29 Admin. L.R. (4th) 195, at paragraphs 29, 30, 31 and 36).

[70] Such is the Attorney General's special status of independence from the government, in his role as the Chief Law Officer of the Crown, that the Ontario Court of Appeal noted the existence of a body of opinion to the effect that the Attorney General would even be entitled to bring an action against a cabinet colleague if he believed that the Minister's proposed action was not in accordance with the law (see *Sutcliffe*, cited above).

[71] With this understanding of the particular role and duty of the Attorney General as respondent to a judicial review application, I now turn to the Attorney General's submissions as to why, in this case, he is unable to carry out these functions.

[72] The Attorney General notes that in accordance with the *Department of Justice Act* (R.S.C., 1985, c. J-2) [cited above], the functions of Minister of Justice and of Attorney General are exercised by the same person. It is the Attorney General's submission that Parliament intended, in establishing the framework of the disciplinary inquiry process under the *Judges Act*, to keep the Minister of Justice—and the Attorney General—away from any involvement in this inquiry process, except as expressly provided in the *Judges Act*. This separation, it is argued, is necessary to preserve the independence of the judiciary and to avoid the perception that the Minister may have pre-judged the outcome of the process when he receives and acts upon the CJC's recommendation with respect to the removal of a judge.

[73] Security of tenure—the assurance that a judge will not be removed from office at the whim of the government or to exert improper political pressure on the judiciary—is one of the three essential attributes of judicial independence.

[74] Section 99 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982,

honnêtement son mandat, et ce, même dans les cas où il avait comparu devant l'office fédéral en cause (voir *Chrétien c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 591, aux paragraphes 29, 30, 31 et 36).

[70] L'indépendance par rapport au gouvernement que le procureur général tire de son statut spécial — à titre de premier conseiller juridique de la Couronne — est telle que la Cour d'appel de l'Ontario a souligné l'existence d'un courant de pensée selon lequel le procureur général pourrait même intenter une action contre l'un de ses collègues du cabinet s'il était d'avis que la mesure envisagée par ce ministre était contraire à la loi (voir *Sutcliffe*, précité).

[71] Le rôle spécial et les obligations du procureur général — en sa qualité de défendeur dans une demande de contrôle judiciaire — étant expliqués, je me penche maintenant sur les observations présentées par le procureur général pour expliquer pourquoi, en l'espèce, il est incapable d'agir à ce titre.

[72] Le procureur général note qu'en application de la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2 [précitée], les fonctions de ministre de la Justice et de procureur général sont exercées par la même personne. Selon lui, lorsque le législateur a établi le cadre régissant le processus d'enquête disciplinaire prévu par la *Loi sur les juges*, il voulait que le ministre de la Justice — et donc le procureur général — reste à l'écart du processus d'enquête, sauf pour les exceptions prévues expressément dans cette loi. Le procureur général soutient que cette séparation est essentielle pour protéger l'indépendance du pouvoir judiciaire et pour éviter de donner la moindre impression que le procureur général a préjugé de l'issue du processus lorsqu'il reçoit la recommandation du CCM sur la révocation d'un juge et qu'il agit à l'égard de cette recommandation.

[73] L'inamovibilité — c'est-à-dire la garantie qu'un juge ne sera pas révoqué au gré du gouvernement et que ce dernier n'exercera pas de pressions politiques indues sur la magistrature — est l'une des caractéristiques essentielles de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

[74] L'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982*

c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] provides that judges hold office “during good behaviour” and can only be removed “by the Governor General on address of the Senate and House of Commons”. The *Constitution Act, 1867* however offers no guidance as to the mechanism for determining whether the conduct of judges would warrant removal. While it is generally accepted that the Minister of Justice should present the question to the Houses of Parliament and that a judge should be entitled to a fair process in the investigation of his or her conduct, the details of these inquiries, prior to 1971, were devised on an *ad hoc* basis (*Cosgrove*, above, at paragraph 44).

[75] Following the particularly problematic process followed in the case of Justice Léo-A. Landreville in the late 1960’s, Parliament amended the *Judges Act* to establish the Canadian Judicial Council, to empower it to conduct inquiries into complaints and allegations of misconduct by judges, and to report its findings and recommendations to the Minister.

[76] From this history, and from the then-Minister of Justice’s comments in the House of Commons that the amendments would ensure the separation of powers and free the judges from the pressures of the Attorney General, the Attorney General draws the inference that Parliament’s intent was to deliberately exclude the Attorney General and the Minister of Justice from all aspects of the inquiry process, and to entrust the CJC with the sole responsibility for carrying out and ensuring the fairness of the process. The Attorney General carries this inference further yet in suggesting that the CJC thus became the exclusive guardian of the integrity and fairness of the process, leaving no role to the Attorney General, even where the fairness and integrity of the process is challenged on judicial review.

[77] The Attorney General submits that his exclusion from the process is also necessary to preserve the appearance of the Minister of Justice’s impartiality, as he will ultimately be called upon to receive the report of the CJC and determine, on the strength of that report,

sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] prévoit que les juges restent en fonction « durant bonne conduite » et peuvent seulement être révoqués « par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes ». Toutefois, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fournit aucune indication sur le mécanisme permettant de décider si la conduite d’un juge justifie sa révocation. Bien qu’il soit généralement admis que le ministre de la Justice doit présenter la question aux deux Chambres du Parlement et que le processus d’enquête sur le comportement du juge doit être équitable, jusqu’en 1971, les modalités précises de telles enquêtes étaient fixées au cas par cas (*Cosgrove*, précité, au paragraphe 44).

[75] Après l’affaire impliquant le juge Léo-A. Landreville — survenue à la fin des années 1960 — où le processus de révocation avait été particulièrement problématique, le législateur a modifié la *Loi sur les juges* afin de créer le CCM, de lui donner le pouvoir d’enquêter sur les plaintes et les allégations de mauvaise conduite visant des juges et de faire part de ses conclusions et de ses recommandations au ministre.

[76] Le procureur général se fonde sur cet historique et sur les commentaires faits à la Chambre des communes par le ministre de la Justice de l’époque — selon lesquels les modifications législatives garantiraient la séparation des pouvoirs et protégeraient les juges des pressions du procureur général — pour conclure que le législateur voulait expressément exclure le procureur général et le ministre de la Justice de tous les aspects du processus d’enquête et ainsi confier au CCM l’entière responsabilité du déroulement et de l’équité du processus. Le procureur général va encore plus loin, laissant entendre que le CCM est dès lors devenu l’unique défenseur de l’intégrité et de l’équité du processus, ce qui n’aurait laissé aucun rôle au procureur général, même lorsque l’intégrité ou l’équité du processus sont contestées par voie de contrôle judiciaire.

[77] Le procureur général soutient aussi que son exclusion du processus est nécessaire pour protéger l’apparence de son impartialité à titre de ministre de la Justice, car il devra éventuellement recevoir le rapport du CCM et décider, sur ce fondement, s’il y a lieu de

whether to put the issue of removal of the judge to the joint Houses.

[78] Nothing in the framework of the CJC's discipline process under the *Judges Act* or in the applicable constitutional principles supports the inference that such an extraordinary measure of non-involvement was intended by Parliament or is necessary to respect the separation of powers or the principles of judicial independence.

[79] To be sure, the *Judges Act* does not attribute to the Attorney General or to the Minister of Justice any role in the day-to-day conduct of an Inquiry Committee's investigation, or in the deliberation of the CJC following its receipt of the Inquiry Committee's report. The *Judges Act* also empowers the CJC to make its own by-laws as to the conduct of inquiries.

[80] It is, however, very clear from section 63 of the *Judges Act* that Parliament did not intend to delegate to the CJC all matters pertaining to judicial discipline or to constitute the CJC as exclusive guardian of the public interest in this matter. Whereas discretion to commence an inquiry into allegations or complaints received from members of the public rests with the CJC, Parliament has reserved to the Minister of Justice the power to compel the CJC to commence an inquiry as to whether a judge should be removed from office (subsection 63(1)). The Minister of Justice is also entitled to designate the members of the bar who will form part of the Inquiry Committee's composition (subsection 63(3)) and to require that any investigation be held in public (subsection 63(6)).

[81] The Federal Court of Appeal in *Cosgrove*, above, recognized that if misused, these powers could indeed be used to "hurt the judge", with the potential that these provisions might subjectively be thought to violate the principles of judicial independence. The Federal Court of Appeal, however, found that the constitutional role of Attorneys General and the presumption that the Attorneys General will act in accordance with their constitutional obligation, together with other protections and safeguards provided by the process, should inform

présenter la question de la révocation du juge en cause aux deux Chambres du Parlement.

[78] Ni le cadre établi par la *Loi sur les juges* pour le processus disciplinaire du CCM ni les principes constitutionnels applicables ne permettent de conclure que le législateur voulait que la non-participation du procureur général atteigne un degré aussi extraordinaire, ou que cela est nécessaire pour respecter la séparation des pouvoirs ou le principe de l'indépendance judiciaire.

[79] Il est vrai que la *Loi sur les juges* ne donne aucun rôle au procureur général ou au ministre de la Justice dans le fonctionnement quotidien des travaux du comité d'enquête ou dans les délibérations du CCM après la réception du rapport du comité d'enquête. De plus, la *Loi sur les juges* permet au CCM de prendre des règlements administratifs sur la procédure relative aux enquêtes.

[80] Toutefois, l'article 63 de la *Loi sur les juges* montre très clairement que le législateur n'avait pas l'intention de déléguer au CCM toutes les questions liées au processus disciplinaire s'appliquant à la magistrature ou de faire du CCM l'unique protecteur de l'intérêt public à cet égard. Le CCM a le pouvoir discrétionnaire de faire enquête sur les allégations et les plaintes du public, mais le législateur a donné au ministre de la Justice le pouvoir d'ordonner au CCM de faire enquête sur les cas de révocation au sein de la magistrature (paragraphe 63(1)). Le ministre de la Justice peut aussi nommer des avocats au sein du comité d'enquête (paragraphe 63(3)) et ordonner qu'une enquête soit publique (paragraphe 63(6)).

[81] Dans l'arrêt *Cosgrove*, précité, la Cour d'appel fédérale a reconnu que l'usage abusif de ces droits pourrait bel et bien servir à « nuire au juge » et que cela pourrait susciter une croyance subjective que ces dispositions violent le principe de l'indépendance judiciaire. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a conclu que le rôle constitutionnel des procureurs généraux, la présomption que le procureur général respectera ses obligations constitutionnelles et les autres protections et garanties prévues dans le cadre de la procédure doivent éclairer

an objective analysis and lead to the conclusion that these provisions are constitutional.

[82] The fact that Parliament conferred on the Minister considerable powers of intervention in the initiation of the inquiry process fundamentally contradicts the Attorney General's theory that Parliament intended to keep the Minister—and the Attorney General—detached and uninvolved in the disciplinary process. The determination in *Cosgrove* that the Minister's power to compel the CJC to commence an inquiry in respect of a specific judge does not violate the principle of judicial independence or the separation of powers also negates the suggestion that the same constitutional principles would, as a general matter of principle, preclude any participation by the Attorney General in judicial review proceedings concerning the legality of the inquiry process.

[83] The Attorney General's argument that the separation of powers requires him to remain entirely uninvolved in the conduct of the inquiry process also appears to rely on a construction of the disciplinary process of the *Judges Act* as a devolution, by Parliament to the CJC, of the exclusive right to conduct or oversee the fairness of the inquiry process. The scope of the Minister's constitutional role in referring the matter of a judge's removal to Parliament would, in that perspective, be confined to evaluating the CJC's report and recommendation for the purpose of deciding whether to put the matter before Parliament. This would in turn magnify the need for him to remain at a distance from the conduct of that inquiry, so as not to taint himself with the perception that he may have pre-judged the matter.

[84] This argument does not stand up to scrutiny. Parliament has indeed empowered the CJC to investigate complaints and allegations made against judges, including those sufficiently serious to warrant their removal. However, as section 71 of the *Judges Act* makes abundantly clear, neither the creation of the CJC's inquiry process nor the CJC's exercise of its investigative powers in any way detract, remove or constrain the constitutional rights, powers or duties of the Minister of Justice, or of the Houses of Parliament, in the removal of judges. Thus, as recognized in *Cosgrove*, the Minister of Justice may refer the matter of a judge's removal to

une analyse objective qui mène à conclure à la constitutionnalité de ces dispositions.

[82] Le fait que le législateur a conféré au ministre des pouvoirs considérables d'intervention quant au déclenchement d'enquêtes mine fondamentalement la thèse du procureur général selon laquelle le législateur voulait que le ministre — et donc le procureur général — reste à l'écart du processus disciplinaire et n'y participe pas. En outre, la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Cosgrove*, précité, c'est-à-dire que le pouvoir du ministre d'ordonner au CCM de faire enquête sur un juge particulier ne viole pas le principe de l'indépendance judiciaire ou la séparation des pouvoirs, réfute la conclusion voulant que, logiquement, ces mêmes principes constitutionnels empêchent toute participation du procureur général aux instances de contrôle judiciaire ayant trait à la légalité du processus d'enquête.

[83] L'argument du procureur général voulant que la séparation des pouvoirs exige qu'il n'intervienne absolument pas dans le déroulement de l'enquête semble aussi reposer sur une interprétation selon laquelle le processus disciplinaire prévu par la *Loi sur les juges* constitue un transfert, par le Parlement au CCM, du droit exclusif de mener des enquêtes et d'assurer l'équité de ces processus. De ce point de vue, lorsque le ministre présente la question de la révocation d'un juge au Parlement, son rôle constitutionnel serait limité à examiner le rapport et les conclusions du CCM afin de décider s'il y a lieu de renvoyer la question au Parlement. Cela augmenterait donc l'importance de la non-participation du procureur général dans le processus d'enquête, car il devrait éviter de donner l'impression d'avoir préjugé de l'affaire.

[84] Cet argument ne résiste pas à l'examen. Le législateur a bel et bien donné au CCM le pouvoir d'enquêter sur les plaintes et les allégations faites à l'égard des juges, y compris celles qui sont assez graves pour justifier la révocation de ces derniers. Cependant, comme le montre clairement l'article 71 de la *Loi sur les juges*, pour ce qui est de la révocation des juges, ni la création du processus d'enquête du CCM ni l'exercice par ce dernier de son pouvoir ne diminuent, n'annulent ou ne limitent les attributions constitutionnelles du ministre de la Justice ou des deux Chambres du Parlement. Par conséquent, comme l'enseigne l'arrêt *Cosgrove*, le

the Senate and the House of Commons whether an inquiry under the *Judges Act* has been conducted or not, and whatever the recommendations of the CJC (at paragraph 49):

I pause at this point to note that the power of the Governor General to remove a judge from office upon the joint address of the Senate and the House of Commons is not affected by anything done, or omitted to be done, under Part II of the *Judges Act*. Section 71 of the *Judges Act* is explicit on that point. That means, in my view, that it is possible in theory for a judge to be removed from office even if the inquiry procedure in Part II of the *Judges Act* is never engaged. As a practical matter, however, and especially with the lessons learned from the Landreville experience, it seems to me improbable that Parliament could be moved to recommend the removal of a judge without the kind of firm foundation in fact and principle that is likely to be obtained through an inquiry under Part II of the *Judges Act* or its functional equivalent.

[85] The above passage acknowledges that it would be improbable that the Minister would put such a matter before Parliament without “the kind of firm foundation in fact and principle that is likely to be obtained through an inquiry under Part II of the *Judges Act*”, but also remarks that the Minister could see fit to rely on the “functional equivalent” of an inquiry under the *Judges Act*, such as, for example, an inquiry under the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11.

[86] Parliament, in establishing the inquiry process under the *Judges Act*, has not created a special body or process placed beyond judicial review. Where, in judicial review proceedings, a question arises as to whether the Inquiry Committee has properly discharged the functions entrusted to it by Parliament, the rule of law is at issue and the public interest is engaged. The Attorney General’s role as protector of the rule of law is to ensure that public bodies such as the Inquiry Committee carry out their duties in accordance with the law, and that when they do so, their decisions are respected. As such, the Attorney General has a public interest duty to consider and determine whether and to what extent his participation in the judicial review process is necessary and appropriate to assist the Court in reaching a decision that accords with the law.

ministre de la Justice peut renvoyer la question de la révocation d’un juge au Sénat et à la Chambre des communes, peu importe qu’une enquête ait été menée en vertu de la *Loi sur les juges* et, le cas échéant, peu importe les recommandations du CCM (au paragraphe 49) :

Je m’arrête un instant ici pour souligner que le pouvoir du gouverneur général de démettre un juge de ses fonctions à la requête conjointe du Sénat et de la Chambre des communes ne dépend nullement de ce qui est fait ou de ce qui n’est pas fait selon la partie II de la *Loi sur les juges*. L’article 71 de la *Loi sur les juges* est clair sur ce point. Cela signifie, selon moi, qu’il est théoriquement possible pour un juge d’être destitué même si la procédure d’enquête prévue par la partie II de la *Loi sur les juges* n’est jamais engagée. En pratique cependant, et compte tenu en particulier des enseignements de l’affaire *Landreville*, il me semble improbable que le législateur puisse être conduit à recommander la destitution d’un juge sans pouvoir invoquer le solide fondement qui est susceptible d’être obtenu par une enquête menée en vertu de la partie II de la *Loi sur les juges*, ou son équivalent fonctionnel.

[85] Dans le passage ci-dessus, la Cour d’appel fédérale a reconnu qu’il semble peu probable que le ministre renvoie une telle question au Parlement « sans pouvoir invoquer le solide fondement qui est susceptible d’être obtenu par une enquête menée en vertu de la partie II de la *Loi sur les juges* », mais elle note aussi que le ministre pourrait juger approprié de se fonder sur l’« équivalent fonctionnel » d’une enquête menée en vertu de la *Loi sur les juges*, par exemple une enquête menée en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11.

[86] Lorsqu’il a établi le processus d’enquête prévu à la *Loi sur les juges*, le législateur n’a pas créé d’organisme ou de processus spéciaux qui seraient à l’abri du contrôle judiciaire. Lorsque la question de savoir si un comité d’enquête a exercé correctement les fonctions que lui a confiées le législateur est soulevée dans une instance de contrôle judiciaire, la suprématie du droit est en jeu et l’intérêt public est mis en cause. À titre de protecteur de la suprématie du droit, le procureur général a le rôle de veiller à ce que les organismes publics — par exemple, le comité d’enquête — exercent leurs fonctions conformément à la loi et que, lorsque tel est le cas, leurs décisions soient respectées. Ainsi, l’intérêt public exige que le procureur général se demande et décide s’il doit intervenir et, le cas échéant, dans quelle mesure son intervention dans la procédure de contrôle judiciaire est

[87] The fact that the fruit of the Inquiry Committee’s work is destined to be placed before the Minister for his consideration does not diminish, and is not incompatible with, that role. Indeed, if the Minister is to carry out his constitutional role of determining whether to refer the matter of a judge’s removal to the Houses of Parliament on the “firm foundation in fact and in principle” of an inquiry under the *Judges Act*, that inquiry must be carried out in compliance with the provisions of the *Judges Act* and the requirements of procedural fairness. Where the integrity and fairness of this process are impugned, it is in the public interest, and in the interest of the Minister, that the Attorney General have the ability to defend—if he is so advised—the legality of the Inquiry Committee’s processes and decisions, or to make such submissions as may assist the Court in determining the issues in accordance with the law. There is nothing inconsistent or incompatible, in principle, in the exercise of the Minister’s constitutional role and the Attorney General’s participation in the judicial review process.

[88] This application does go to whether the manner in which the inquiry was in fact conducted gives rise to a reasonable apprehension of bias, and the Attorney General’s participation may on that account require circumspection, but I cannot see how the Attorney General might be unable to properly exercise his role as respondent in this case.

[89] It further appears that the determination of this application may require consideration of the respective roles of the independent counsel and of the Committee counsel, of the relationship between the independent counsel and the CJC, and of an alleged institutional bias due to the latter relationship. These are issues of law that go to the structure and functioning of the Inquiry Committee. There is no reason why the Attorney General would be unable to speak to these issues as respondent if he so chooses, or to exercise his discretion as to whether and how to address them.

nécessaire et appropriée pour aider la Cour à rendre une décision conforme au droit.

[87] Le fait que les résultats des travaux du comité d’enquête soient destinés à être présentés au ministre et à être examinés par ce dernier n’est pas incompatible avec ce rôle et ne le restreint pas. D’ailleurs, pour que le ministre puisse remplir son rôle constitutionnel de décider s’il y a lieu de renvoyer la question de la révocation d’un juge aux deux Chambres du Parlement en se fondant sur « le solide fondement » qui est susceptible d’être obtenu par une enquête menée en vertu de la *Loi sur les juges*, cette enquête doit être menée conformément à cette loi et aux règles d’équité procédurale. Lorsque l’intégrité et l’équité de ce processus sont mises en cause, l’intérêt public et celui du ministre exigent que le procureur général puisse défendre, s’il le juge opportun, la légalité des processus et des décisions du comité d’enquête et qu’il puisse présenter toute observation qui pourrait aider la Cour à trancher les questions en litige conformément au droit. En principe, il n’y a ni conflit ni incompatibilité entre l’exercice par le ministre de son rôle constitutionnel et la participation du procureur général à la procédure de contrôle judiciaire.

[88] Il est vrai que la demande sous-jacente porte sur la question de savoir si le déroulement de l’enquête soulève effectivement une crainte raisonnable de partialité et que le procureur général peut devoir faire preuve de prudence en participant sur ce point, mais je ne vois pas en quoi le procureur général serait incapable de remplir son rôle de défendeur de façon appropriée en l’espèce.

[89] En outre, il semble que pour trancher la demande sous-jacente, la Cour pourrait devoir se pencher sur les rôles respectifs de l’avocat indépendant et de l’avocat du comité, sur la relation entre l’avocat indépendant et le CCM ainsi que sur la partialité institutionnelle qui découle prétendument de cette relation. Il s’agit là de questions de droit qui ont trait à la structure et au fonctionnement du comité d’enquête. Il n’y a aucune raison pour laquelle le procureur général serait incapable de se prononcer sur ces questions à titre de défendeur, si telle était sa volonté, ou encore de choisir quand et de quelle manière y répondre.

[90] I therefore am not satisfied that the Attorney General is unable to act as respondent in this matter.

[91] The CJC and the independent counsel were given status as interveners on this motion to answer the Attorney General's submissions that either of them could be designated to act as respondent if the Attorney General's motion to be removed as respondent was granted. Douglas A.C.J. and the Attorney General also made submissions as to who, of the Attorney General, the CJC or independent counsel could more appropriately or be better placed to act as respondent. I am grateful to all counsel for their thoughtful and helpful submissions on this issue. However, having determined that the Attorney General is not unable to act as respondent in this matter, it follows that there is no basis upon which the Court can exercise its discretion to substitute another person or body to act as respondent. I therefore do no need to consider or determine that issue.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The motions of Alexander Chapman and of the Attorney General are dismissed.
2. No costs having been sought by any party or intervener on the Attorney General's motion, none are awarded.
3. Douglas A.C.J. and Mr. Chapman may, within 10 days of this order, make submissions as to why the costs of Mr. Chapman's motion should not be awarded against Mr. Chapman and in favour of Douglas A.C.J., in accordance with the middle of Column III of the Tariff [B of the *Federal Courts Rules*].

[90] Par conséquent, je ne suis pas convaincue que le procureur général est incapable d'agir comme défendeur dans la demande sous-jacente.

[91] Pour la requête du procureur général, le CCM et l'avocat indépendant avaient le statut d'intervenant afin de pouvoir répondre à l'argument du procureur général voulant que l'un ou l'autre pourrait être désigné comme défendeur si la requête du procureur général visant à être remplacé comme défendeur était accueillie. La juge Douglas et le procureur général ont aussi présenté des observations sur la question de savoir qui, du procureur général, du CCM ou de l'avocat indépendant, serait le défendeur le plus approprié ou le mieux à même d'agir à ce titre. Je remercie tous les avocats pour leurs observations judicieuses et utiles sur ce sujet. Cependant, puisque j'ai conclu que le procureur général n'est pas incapable d'agir comme défendeur pour la demande sous-jacente, il n'y a aucun fondement qui permettrait à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de désigner une autre personne ou entité pour le remplacer à titre de défendeur. Je n'ai donc pas à me pencher ou à me prononcer sur cette question.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que :

1. La requête d'Alexander Chapman et la requête du procureur général sont rejetées.
2. Puisque ni les parties ni les intervenants n'ont réclamé les dépens à l'égard de la requête du procureur général, aucuns dépens ne sont accordés à cet égard.
3. La juge Douglas et M. Chapman ont 10 jours, à compter de la date de l'ordonnance, pour présenter des observations sur la question de savoir si M. Chapman devrait être condamné aux dépens en faveur de la juge Douglas pour la requête de M. Chapman, conformément au point médian de la colonne III du tarif [B des *Règles des Cours fédérales*].

T-247-13
2014 FC 156

T-247-13
2014 CF 156

Wasim B.H. Alsayegh (*Applicant*)

Wasim B.H. Alsayegh (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: ALSAYEGH v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : ALSAYEGH c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Scott J.—Montréal, January 29; Ottawa, February 21, 2014.

Cour fédérale, juge Scott—Montréal, 29 janvier; Ottawa, 21 février 2014.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Judicial review of decision by citizenship officer terminating citizenship application on basis that removal order issued against applicant pursuant to Citizenship Act, s. 5(1)(f) — Applicant meeting residency obligations under Act — Leaving for internship outside Canada — On return, Canada Border Services Agency officer concluding applicant not meeting residency obligations, informing citizenship office of loss of residence — Whether citizenship officer erring in terminating citizenship application, under duty to make recommendation under Act, s. 5(4) — Unreasonable for officer to close applicant's file — Officer's decision based on Act, s. 5(1)(f), not s. 5(1)(c) — Here, Citizenship Judge already approving applicant's application — Terminating or closing files already approved equivalent to rendering decision on citizenship application — Such matter clearly outside jurisdiction of citizenship officers — Officer's decision to terminate application without giving consideration to recommendation for discretionary grant of citizenship pursuant to Act, s. 5(4) unreasonable — Citizenship Judge herein not needing to consider s. 5(4) — Not incumbent on applicant to raise issues relevant to s. 5(4) — Officer not inviting applicant to submit s. 5(4) application, preventing applicant to do so by closing file — Unreasonable for respondent to justify failure to comply with procedures by stating no duty existing to make recommendation analogous to that of Act, s. 15(1) — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent de la citoyenneté a mis fin à la demande de citoyenneté du demandeur au motif qu'une mesure de renvoi avait été prise contre lui conformément à l'art. 5(1)(f) de la Loi sur la citoyenneté — Le demandeur se conformait à toutes les obligations en matière de résidence prévues par la Loi — Le demandeur a effectué un stage à l'extérieur du Canada — À son retour, un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada a conclu que le demandeur ne satisfaisait pas aux obligations de résidence et a informé le bureau de la citoyenneté de la perte de résidence — Il s'agissait de savoir si l'agent de la citoyenneté a mis fin, à tort, à la demande de citoyenneté et s'il était tenu de faire une recommandation aux fins de l'art. 5(4) de la Loi — Il était déraisonnable pour l'agent de clore le dossier du demandeur — La décision de l'agent était fondée sur l'art. 5(1)(f) et non sur l'art. 5(1)(c) — En l'espèce, une juge de la citoyenneté avait déjà approuvé la demande du demandeur — Fermer ou clore un dossier déjà approuvé équivaut au fait pour des agents de statuer sur des demandes de citoyenneté — Une telle décision outrepassa manifestement leur compétence — La décision de l'agent de mettre fin à la demande sans examiner s'il y avait lieu de recommander l'attribution discrétionnaire de la citoyenneté aux termes de l'art. 5(4) était déraisonnable — La juge de la citoyenneté n'avait pas à prendre en compte en l'espèce l'art. 5(4) — Il n'incombait pas au demandeur de soulever tout facteur utile à la mise en application éventuelle de l'art. 5(4) — L'agent n'a jamais invité le demandeur à présenter une demande en vertu de l'art. 5(4) et, en fermant le dossier, il l'a privé de présenter une telle demande — Il est déraisonnable pour le défendeur de justifier son défaut de se conformer à la procédure prévue en alléguant l'inexistence d'une obligation analogue à l'art. 15(1) de formuler une recommandation — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by a citizenship officer terminating the applicant's citizenship application on the basis that a removal order was issued against him pursuant to paragraph 5(1)(f) of the *Citizenship Act* (the Act).

At a citizenship hearing, the Citizenship Judge noted that the applicant, a stateless Palestinian, met all his residency obligations under the *Citizenship Act* and informed him that he would receive notice to take his citizenship oath at a later date. The applicant then left for the United Arab Emirates for an internship. Upon his return, a Canada Border Services Agency (CBSA) officer concluded that the applicant had not met the residency obligations for maintaining his Canadian permanent resident status. The CBSA officer issued a report pursuant to subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and a removal order against the applicant, and informed the citizenship office that a loss of residence had occurred in the applicant's file. The applicant then received the decision under review.

At issue was whether the citizenship officer erred when he terminated the applicant's citizenship application, and whether he was under a duty to consider making a recommendation under subsection 5(4) of the Act.

Held, the application should be allowed.

It was unreasonable for the officer to close the applicant's file. The applicant did not lose his permanent resident status because the removal order that was rendered against him had not come into force. Therefore, the officer's decision was not made pursuant to paragraph 5(1)(c) of the Act, but was based on paragraph 5(1)(f). In the present case a Citizenship Judge had already approved the applicant's application. Citizenship officers terminating or closing files that have been approved is equivalent to rendering decisions on citizenship applications, a matter clearly outside their jurisdiction.

The officer's decision to terminate the application without giving any consideration to a recommendation for a discretionary grant of citizenship pursuant to subsection 5(4) was unreasonable and did not fall within the range of possible, acceptable outcomes, defensible in respect of the facts and the law. The application herein was approved by a Citizenship Judge, who did not need to consider subsection 5(4) at the time since the applicant met all the requirements to be granted his Canadian citizenship. It was therefore not incumbent on the applicant to raise the issues relevant to subsection 5(4) considerations during his initial citizenship application. The applicant was never invited by the officer to submit a subsection 5(4) application for an evaluation of his particular

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent de la citoyenneté a mis fin à la demande de citoyenneté du demandeur au motif qu'une mesure de renvoi avait été prise contre lui conformément à l'alinéa 5(1)f) de la *Loi sur la citoyenneté* (la Loi).

Lors d'une audience pour la citoyenneté, le juge de la citoyenneté a souligné le fait que le demandeur, un Palestinien apatride, se conformait à toutes les obligations en matière de résidence prévues par la Loi et elle l'a informé qu'il recevrait à une date ultérieure un avis au sujet de la prestation du serment de citoyenneté. Le demandeur a quitté le Canada pour poursuivre un stage aux Émirats arabes unis. À son retour, un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a conclu que le demandeur ne satisfaisait pas aux obligations de résidence lui permettant de conserver son statut de résident permanent au Canada. L'agent de l'ASFC a établi un rapport en application du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et pris une mesure de renvoi contre le demandeur, puis il a informé le bureau de la citoyenneté que le demandeur avait perdu son statut de résident. Le demandeur a reçu ensuite la décision à l'examen.

Il s'agissait de savoir si l'agent de la citoyenneté a mis fin, à tort, à la demande de citoyenneté du demandeur et s'il était tenu d'examiner s'il y avait lieu de faire une recommandation aux fins du paragraphe 5(4) de la Loi.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Il était déraisonnable pour l'agent de clore le dossier du demandeur. Le demandeur n'avait pas perdu son statut de résident permanent parce que la mesure de renvoi prise contre lui n'avait pas pris effet. La décision de l'agent ne pouvait donc être fondée sur l'alinéa 5(1)c) de la Loi, mais était plutôt fondée sur l'alinéa 5(1)f). Dans la présente affaire, un juge de la citoyenneté avait déjà approuvé la demande du demandeur. Fermer ou clore un dossier alors que la demande a déjà été acceptée équivaut au fait pour des agents de la citoyenneté de statuer sur des demandes de citoyenneté, ce qui outrepassait leur compétence.

La décision de l'agent de mettre fin à la demande sans examiner s'il y avait lieu de recommander l'attribution discrétionnaire de la citoyenneté aux termes du paragraphe 5(4) était déraisonnable et n'appartenait pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Un juge de la citoyenneté avait approuvé la demande du demandeur, et elle n'avait pas à prendre en compte le paragraphe 5(4) à ce moment-là puisque le demandeur satisfaisait à toutes les conditions d'attribution de la citoyenneté canadienne. Par conséquent, il n'incombait pas au demandeur de soulever, lors de la présentation initiale de sa demande de citoyenneté, tout facteur utile à la mise en application éventuelle du paragraphe 5(4). L'agent n'a jamais invité le

circumstances, as stated in Citizenship and Immigration Canada's Operational Bulletin 031. By omitting to refer the file back to a citizenship judge and instead proceeding to close the file, the respondent prevented the applicant from having a judge determine whether or not to recommend an exercise of discretion under subsection 5(4). It was unreasonable for the respondent to justify his failure to comply with the procedures in Bulletin 031 by stating that there exists no duty to make a recommendation analogous to that of subsection 15(1) of the Act.

demandeur à soumettre une demande aux fins du paragraphe 5(4) pour une évaluation de ses circonstances particulières, comme l'énonce le bulletin opérationnel 031 de Citoyenneté et Immigration Canada. En omettant de renvoyer de nouveau l'affaire à un juge de la citoyenneté et en fermant plutôt le dossier, le défendeur a privé le demandeur de l'examen par un juge de l'opportunité de faire une recommandation d'exercice du pouvoir discrétionnaire visé au paragraphe 5(4). Il était déraisonnable pour le défendeur de justifier son défaut de se conformer à la procédure prévue au bulletin 031 en alléguant l'inexistence d'une obligation analogue au paragraphe 15(1) de la Loi de formuler une recommandation.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 2(2), 5, 5.1, 14(1),(1.1),(2), 15.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 44(1),(2), 46, 49.

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

DISTINGUISHED:

Huy v. Canada (Citizenship and Immigration) (sub nom. Phu v. Canada (Citizenship and Immigration)), 2012 FC 755.

CONSIDERED:

Hadaydoun v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 995, 417 F.T.R. 49.

REFERRED TO:

Obi v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FC 573, 390 F.T.R. 72; *Frankowski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 16037, 192 D.L.R. (4th) 187 (F.C.T.D.); *Lee (Re)*, 1997 CanLII 16799, 138 F.T.R. 158 (F.C.T.D.); *Khalil v. Canada (Secretary of State)*, [1999] 4 F.C. 661, (1999), 176 D.L.R. (4th) 191 (C.A.); *Richi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 212, [2014] 3 F.C.R. 347; *Maharatnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 15081 (F.C.T.D.); *Saqer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1392.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 2(2), 5, 5.1, 14(1),(1.1),(2), 15.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 44(1),(2), 46, 49.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Huy c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (sub nom. Phu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)), 2012 CF 755.

DÉCISION EXAMINÉE :

Hadaydoun c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 995.

DÉCISIONS CITÉES :

Obi c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CF 573; *Frankowski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 16037 (C.F. 1^{re} inst.); *Lee (Re)*, 1997 CanLII 16799 (C.F. 1^{re} inst.); *Khalil c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1999] 4 C.F. 661 (C.A.); *Richi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 212, [2014] 3 R.C.F. 347; *Maharatnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15081 (C.F. 1^{re} inst.); *Saqer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1392.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. Operational Bulletin 031. “Handling Special Cases of Certain People Living in Canada Without Status”, May 28, 2007, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2007/ob031.asp>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by a citizenship officer terminating the applicant’s citizenship application on the basis that a removal order was issued against him pursuant to paragraph 5(1)(f) of the *Citizenship Act*. Application allowed.

APPEARANCES

Geneviève Hénault and *Lisa Middlemiss* for applicant.
Thomas Cormie for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Gomberg Dalfen, S.E.N.C., Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

SCOTT J.:

I. Introduction

[1] This is an application for judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 of a decision rendered by a citizenship officer (the officer), dated December 5, 2012, terminating Mr. Wasim B.H. Alsayegh’s (Mr. Alsayegh) citizenship application on the basis that a removal order was issued against him on December 4, 2012.

II. Facts

[2] Mr. Alsayegh is a stateless Palestinian who became a permanent resident of Canada in December 2005. He

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. Bulletin opérationnel 031. « Traitement des cas particuliers de personnes qui vivent au Canada sans statut », 28 mai 2007, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2007/bo031.asp>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un agent de la citoyenneté a mis fin à la demande de citoyenneté du demandeur au motif qu’une mesure de renvoi avait été prise contre lui conformément à l’alinéa 5(1)f) de la *Loi sur la citoyenneté*. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Geneviève Hénault et *Lisa Middlemiss* pour le demandeur.
Thomas Cormie pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Gomberg Dalfen, S.E.N.C., Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE SCOTT :

I. Introduction

[1] La Cour est saisie d’une demande de révision judiciaire, présentée aux termes de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, de la décision du 5 décembre 2012 par laquelle un agent de la citoyenneté (l’agent) a mis fin à la demande de citoyenneté de M. Wasim B.H. Alsayegh (M. Alsayegh) au motif qu’une mesure de renvoi avait été prise contre lui le 4 décembre 2012.

II. Les faits

[2] M. Alsayegh est un Palestinien apatride devenu résident permanent du Canada en décembre 2005. Il a

completed his university studies at McGill University and started his professional career in Canada. In July 2009, he submitted his citizenship application.

[3] In March 2010, he left Canada for an internship with Google in the United Arab Emirates (U.A.E.). In December 2010, Mr. Alsayegh completed and submitted a residence questionnaire to Citizenship and Immigration Canada (CIC).

[4] On October 5, 2012, Mr. Alsayegh attended a citizenship hearing presided over by Renée Giroux (the Citizenship Judge). The Citizenship Judge noted that Mr. Alsayegh met all his residency obligations both under the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (*Citizenship Act* or the Act) and the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and informed him that he would receive notice to take his citizenship oath prior to the end of the year.

[5] Mr. Alsayegh returned to the U.A.E. to continue his internship. He was scheduled to take his citizenship oath on December 7, 2012.

[6] On December 4, 2012, Mr. Alsayegh landed at Trudeau International Airport in Montréal. He was referred to secondary examination where a Canada Border Services Agency officer (CBSA officer) examined his present and old passports and concluded that Mr. Alsayegh did not meet the residency obligations for the period extending between December 5, 2007 and December 4, 2012 for maintaining his Canadian permanent resident status.

[7] Mr. Alsayegh told the CBSA officer that he had evidence in his possession which demonstrated that he had in fact accumulated more than the 730 days of physical presence required by the IRPA. However, the officer refused to consider his documents.

[8] The CBSA officer asked Mr. Alsayegh to complete a form entitled “Loss of permanent residency, Humanitarian and compassionate considerations” but Mr. Alsayegh refused to do so fearing that it would amount to an admission that he had lost his permanent resident status.

achevé ses études universitaires à l’Université McGill et il a entamé sa carrière professionnelle au Canada. En juillet 2009, il a déposé une demande de citoyenneté.

[3] En mars 2010, M. Alsayegh quitte le Canada afin d’effectuer un stage chez Google aux Émirats arabes unis (É.A.U.). En décembre 2010, il a rempli et déposé à Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) un questionnaire sur la résidence.

[4] Le 5 octobre 2012, M. Alsayegh s’est présenté à une audience pour la citoyenneté présidée par Renée Giroux (la juge). La juge a souligné le fait que M. Alsayegh se conformait à toutes les obligations en matière de résidence prévues par la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (*Loi sur la citoyenneté* ou la Loi) et la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), et elle l’a informé qu’il recevrait avant la fin de l’année, un avis pour sa prestation du serment de citoyenneté.

[5] M. Alsayegh est retourné poursuivre son stage aux É.A.U.. La date de prestation de son serment de citoyenneté ayant été fixée au 7 décembre 2012.

[6] Le 4 décembre 2012, M. Alsayegh atterrit à l’aéroport international Trudeau à Montréal. On l’envoie au contrôle secondaire, où un agent de l’Agence des services frontaliers du Canada (l’agent de l’ASFC) examine son passeport actuel et son ancien passeport et conclut que, pour la période du 5 décembre 2007 au 4 décembre 2012, il ne satisfaisait pas aux conditions de résidence, compromettant de ce fait son statut de résident permanent au Canada.

[7] M. Alsayegh a souligné à l’agent de l’ASFC qu’il avait en sa possession des documents attestant qu’il avait accumulé plus que les 730 jours de présence effective requis par la LIPR. L’agent a toutefois refusé de prendre connaissance de ces documents.

[8] L’agent de l’ASFC demande alors à M. Alsayegh de remplir un formulaire intitulé [TRADUCTION] « Perte de résidence — Considérations d’ordre humanitaire », mais celui-ci a refusé de le faire, M. Alsayegh craignant que les autorités considèrent le formulaire complété comme un aveu de la perte de son statut de résident permanent.

[9] The CBSA officer then issued a report pursuant to subsection 44(1) of the IRPA and a removal order against Mr. Alsayegh. The officer also issued a “CIT ALERTE” to the citizenship office in Montréal to inform them that a loss of residence had occurred in Mr. Alsayegh’s file and that he was scheduled to take his oath of citizenship on December 7, 2012.

[10] On December 13, 2012, Mr. Alsayegh received the decision under review which terminated his citizenship application pursuant to paragraph 5(1)(f) of the *Citizenship Act* on grounds that a removal order had been issued against him on December 4, 2012.

[11] On December 20, 2012, Mr. Alsayegh filed a notice of appeal of the removal order to the Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Appeal Division. This appeal is still pending.

III. Legislation

[12] The applicable provisions of the *Citizenship Act* and the IRPA, cited above, are reproduced in an appendix to this decision.

IV. Issues and standard of review

[13] The following issues are raised in this application for judicial review:

(1) *Did the citizenship officer err when he terminated Mr. Alsayegh’s citizenship application?*

(2) *Was the citizenship officer under a duty to consider making a recommendation under subsection 5(4) of the Citizenship Act?*

[14] The Court agrees with both parties that the standard of review in this case should be reasonableness, as it involves the application of the law to the facts before the officer (see *Dunsmuir v. New-Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 53). Accordingly, this Court must verify whether the decision “falls within a range of possible, acceptable

[9] L’agent de l’ASFC a ensuite établi un rapport en application du paragraphe 44(1) de la LIPR et pris une mesure de renvoi contre M. Alsayegh. L’agent a aussi transmis une « ALERTE CONCERNANT LA CITOYENNETÉ » au bureau de la citoyenneté à Montréal, pour informer les autorités que M. Alsayegh avait perdu son statut de résident, alors qu’il devait prêter son serment de citoyenneté le 7 décembre 2012.

[10] Le 13 décembre 2012, M. Alsayegh recevait la décision à l’examen, qui mettait fin à sa demande de citoyenneté en application de l’alinéa 5(1)f) de la *Loi sur la citoyenneté*, puisqu’une mesure de renvoi avait été prise contre lui le 4 décembre 2012.

[11] Le 20 décembre 2012, M. Alsayegh déposait un avis devant la Section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, pour en appeler de la mesure de renvoi. L’appel est toujours en instance.

III. Dispositions législatives applicables

[12] Les dispositions applicables de la *Loi sur la citoyenneté* et de la LIPR sont reproduites en annexe à la présente décision.

IV. Question en litige et norme de contrôle

[13] Cette demande de révision judiciaire soulève les questions suivantes :

1) *L’agent de la citoyenneté a-t-il mis fin, à tort, à la demande de citoyenneté de M. Alsayegh?*

2) *L’agent de la citoyenneté était-il tenu d’examiner s’il y avait lieu de faire une recommandation aux termes du paragraphe 5(4) de la Loi sur la citoyenneté?*

[14] La Cour convient avec les parties que la norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de la raisonnablement, puisqu’elle met en cause l’application du droit aux faits présentés à l’agent (voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 53). La Cour doit par conséquent se pencher sur « l’appartenance de la décision aux

outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (see *Dunsmuir*, at paragraph 47).

V. Positions of the parties

A. Applicant’s position

Termination of Mr. Alsayegh’s citizenship application

[15] Mr. Alsayegh submits that the officer acted beyond his authority when he terminated his application after receiving the alert which incorrectly stated that he had lost his permanent resident status (see *Hadaydoun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 995, 417 F.T.R. 49 (*Hadaydoun*) and *Obi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 573, 390 F.T.R. 72 (*Obi*)). Mr. Alsayegh refers to sections 46 and 49 of the IRPA. Section 46 states that a permanent resident loses his status when a removal order comes into force. Section 49 states that a removal order comes into force after there has been a final decision rendered on appeal, if an appeal has been made. Since Mr. Alsayegh has filed an appeal, he argues that he has not lost his permanent resident status yet.

[16] Mr. Alsayegh claims that the officer exceeded his jurisdiction because he was never empowered to approve or deny citizenship applications on the merits and refers to CIC’s Operational Bulletin 031 [“Handling Special Cases of Certain People Living in Canada Without Status”, May 28, 2007] (Bulletin 031) which states that refusal letters pursuant to subsection 5(1) of the *Citizenship Act* should not be sent by officers, instead applicants must be referred to a citizenship judge. He argues that his application was refused pursuant to paragraph 5(1)(f) of the *Citizenship Act* by an officer and the decision contains no indication that his application was referred to a citizenship judge as called for by Bulletin 031.

[17] Mr. Alsayegh underlines the fact that the respondent has failed to file a supporting affidavit from the officer and this has an impact on the adequacy of his submissions.

issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (voir *Dunsmuir*, au paragraphe 47).

V. Positions des parties

A. M. Alsayegh

Annulation de la demande de citoyenneté de M. Alsayegh

[15] M. Alsayegh prétend que l’agent a outrepassé ses pouvoirs lorsqu’il a mis fin à sa demande après avoir reçu l’alerte l’informant erronément qu’il avait perdu son statut de résident permanent (voir *Hadaydoun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 995 (*Hadaydoun*), et *Obi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 573 (*Obi*)). Il invoque également les articles 46 et 49 de la LIPR. Selon l’article 46, la prise d’effet d’une mesure de renvoi emporte perte du statut de résident permanent. L’article 49 prévoit que la mesure de renvoi susceptible d’appel prend effet quand est rendue la décision qui maintient définitivement la mesure. M. Alsayegh soutient que, ayant interjeté appel, il n’a pas encore perdu son statut de résident permanent.

[16] M. Alsayegh affirme que l’agent a outrepassé sa compétence puisqu’il n’a jamais été investi du pouvoir de décider sur le fond de l’acceptation ou du rejet d’une demande de citoyenneté. Il s’appuie sur le bulletin opérationnel 031 de CIC [« Traitement des cas particuliers de personnes qui vivent au Canada sans statut », 28 mai 2007] (le bulletin 031) selon lequel les agents ne doivent pas envoyer les lettres de refus en lien avec le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, les demandeurs devant plutôt être renvoyés en cas de refus à un juge de la citoyenneté. M. Alsayegh soutient qu’un agent a rejeté sa demande en s’appuyant sur l’alinéa 5(1)f) de la *Loi sur la citoyenneté*, sans qu’il ne soit mentionné dans cette décision qu’on avait renvoyé sa demande à un juge de la citoyenneté, conformément au bulletin 031.

[17] M. Alsayegh souligne que le défendeur n’ayant pas produit d’affidavit d’appui de l’agent, ce manquement devait influencer la Cour sur la valeur probante des observations du défendeur.

[18] Mr. Alsayegh acknowledges that the Minister cannot grant citizenship to an applicant that is subject to a removal order because of paragraph 5(1)(f) of the *Citizenship Act*. However he submits that this restriction does not empower citizenship officers to terminate an application. He asserts that section 5 of the Act should be interpreted consistently with the rest of the statutory scheme and with the IRPA and consequently argues that allowing citizenship officers to terminate such applications when a removal order is issued, without first referring to a citizenship judge, would allow CBSA to render decisions on citizenship applications, a matter clearly outside their jurisdiction.

Recommendation under subsection 5(4) of the *Citizenship Act*

[19] Mr. Alsayegh underlines that no consideration was given to the special and unusual hardship that he would suffer and refers to subsection 5(4) of the Act. He submits that it is a mandatory requirement that the citizenship decision maker evaluate whether such a recommendation is warranted. He also claims that this section was held to apply to all provisions of the *Citizenship Act* (see *Frankowski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 16037, 192 D.L.R. (4th) 187 (F.C.T.D.)) which do not themselves contain the words “notwithstanding anything in this act”.

[20] Mr. Alsayegh also relies on Bulletin 031 which directs officers to first evaluate whether an applicant qualifies for recommending a discretionary grant pursuant to subsection 5(4). He argues that because the decision at issue was a final decision on his citizenship application, due consideration should have been given as to whether a discretionary grant of citizenship could be recommended (see *Lee (Re)*, 1997 CanLII 16799, 138 F.T.R. 158 (F.C.T.D.)).

[21] Mr. Alsayegh submits that should he lose his current employment in the U.A.E., he would suffer significant hardship because he is stateless, of Christian

[18] M. Alsayegh reconnaît qu’aux termes de l’alinéa 5(1)f) de la *Loi sur la citoyenneté*, le ministre ne peut attribuer la citoyenneté à un demandeur qui est sous le coup d’une mesure de renvoi. Cette restriction, selon lui, ne confère toutefois pas aux agents de la citoyenneté le pouvoir de mettre fin à une demande de citoyenneté. M. Alsayegh soutient qu’il convient d’interpréter l’article 5 de la Loi en tenant compte de l’ensemble de ses dispositions, de même que de la LIPR, et qu’en conséquence, permettre aux agents de la citoyenneté de mettre fin à une demande lorsque l’intéressé est sous le coup d’une mesure de renvoi, sans d’abord renvoyer l’affaire à un juge de la citoyenneté, autoriserait l’ASFC à statuer sur les demandes de citoyenneté, alors que cela ne relève manifestement pas de sa compétence.

Recommandation aux termes du paragraphe 5(4) de la *Loi sur la citoyenneté*

[19] M. Alsayegh souligne que sa situation personnelle et inhabituelle de détresse n’a pas été prise en considération et il invoque à cet égard le paragraphe 5(4) de la Loi. Il affirme que le décideur en matière de citoyenneté est tenu d’examiner s’il y a lieu de formuler une recommandation aux termes de cette disposition de la *Loi sur la citoyenneté*. En outre, selon M. Alsayegh, la Cour a statué que le paragraphe 5(4) s’appliquait à toutes les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* (voir *Frankowski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2000 CanLII 16037 (C.F. 1^{re} inst.)) qui ne renferment pas elles-mêmes les mots « malgré les autres dispositions de la présente loi ».

[20] M. Alsayegh invoque également le bulletin 031, qui enjoint aux agents d’évaluer en premier lieu si un demandeur est admissible à une recommandation d’attribution discrétionnaire de la citoyenneté aux termes du paragraphe 5(4). Il fait valoir que la décision en cause constituait une décision définitive rendue à l’égard de sa demande de citoyenneté. On aurait dû l’examiner avec toute l’attention nécessaire et voir s’il était possible de faire une telle recommandation (voir *Lee (Re)*, 1997 CanLII 16799 (C.F. 1^{re} inst.)).

[21] M. Alsayegh souligne de plus qu’il se retrouverait dans une situation de grave détresse s’il devait perdre son emploi actuel aux É.A.U., puisqu’il est apatride et

faith, in a region that is predominantly Muslim, and his wife is Syrian.

B. Respondent's position

Termination of Mr. Alsayegh's citizenship application

[22] The respondent submits that subsection 5(1) of the Act requires that applicants fulfill their obligations imposed by the IRPA. However, citizenship judges do not have the authority to make determinations under that act. Therefore, whether a citizenship applicant has fulfilled his obligations under the IRPA is evaluated by verifying that the competent authorities have not terminated his permanent residence or issued a removal order. The respondent asserts that a situation could arise where an applicant ceased to comply with the IRPA after a citizenship judge has rendered a positive decision.

[23] The respondent submits that a violation of one of the provisions of the IRPA, by an applicant, is sanctioned by a loss of permanent residence or by a removal order and that subsection 5(1) of the *Citizenship Act* does not in such situations allow the Minister to schedule the applicant to take his or her oath. The respondent also underlines that the Minister retains a residual authority to refuse citizenship even after a citizenship judge has issued a decision in the applicant's favour (see *Khalil v. Canada (Secretary of State)*, [1999] 4 F.C. 661 (C.A.)).

[24] The respondent argues that since Mr. Alsayegh is under a removal order, the Minister is precluded from allowing him to take the oath of citizenship and it is for that reason that the officer terminated his application. The respondent alleges that the officer's decision was not taken based on the email received from the CBSA officer indicating that the applicant had lost his permanent residence, but rather on the removal order.

[25] The respondent acknowledges that the *Citizenship Act* does not explicitly grant a citizenship officer the power to terminate or close files. However, he claims

chrétien dans une région à majorité musulmane et que son épouse est Syrienne.

B. Le défendeur

Annulation de la demande de citoyenneté de M. Alsayegh

[22] Le défendeur soutient que le paragraphe 5(1) de la Loi impose aux demandeurs de se conformer à toutes les obligations prévues par la LIPR. Les juges de la citoyenneté, toutefois, ne disposent pas du pouvoir de se prononcer sur cette question sous le régime de cette loi. Il faut donc s'assurer qu'un demandeur de citoyenneté s'est acquitté de ses obligations aux termes de la LIPR en vérifiant si les autorités compétentes ont mis fin à son statut de résident permanent, ou encore si une mesure de renvoi à été prise contre lui. Il peut ainsi arriver, selon le défendeur, qu'un demandeur cesse de se conformer à la LIPR après qu'un juge de la citoyenneté ait rendu une décision en sa faveur.

[23] Selon le défendeur, la violation par un demandeur d'une disposition de la LIPR est sanctionnée par la perte du statut de résident permanent ou par la prise d'une mesure de renvoi et, dans un tel cas, le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la citoyenneté* ne permet pas au ministre d'arrêter une date de prestation de serment pour le demandeur. Le défendeur souligne également que le ministre demeure investi du pouvoir résiduel de refuser la citoyenneté, même après qu'un juge de la citoyenneté ait rendu une décision en faveur d'un demandeur (voir *Khalil c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1999] 4 C.F. 661 (C.A.)).

[24] Le défendeur affirme que le ministre ne pouvait autoriser la prestation du serment de citoyenneté dans ce dossier puisque M. Alsayegh tombait sous le coup d'une mesure de renvoi, et que c'est pour ce motif que l'agent a mis fin à sa demande. Le défendeur ajoute que la décision de l'agent de la citoyenneté se fonde, non sur le courriel reçu de l'agent de l'ASFC qui l'informait de la perte du statut de résident permanent du demandeur, mais sur la mesure de renvoi.

[25] Le défendeur reconnaît que la *Loi sur la citoyenneté* ne confère pas explicitement aux agents de la citoyenneté le pouvoir de mettre fin à un dossier, mais

that appropriate action had to be taken since it was clear that Mr. Alsayegh could not take the oath of citizenship. In this case, according to the respondent, it was reasonable to close the file and terminate the processing of Mr. Alsayegh's application. The removal order rendered against him benefits from a presumption of validity and the possibility that it will be reversed is purely speculative.

[26] The respondent submits that the officer was entitled to rely on the existence of the removal order and need not consider the merits of Mr. Alsayegh's appeal. It was reasonable to terminate his application, rather than leaving it active, on grounds of administrative efficiency.

[27] The respondent dismisses Mr. Alsayegh's argument to the effect that the file should have been referred to a citizenship judge. He claims that although a citizenship judge will initially evaluate whether an applicant meets the requirements of subsection 5(1), it is the Minister who remains ultimately responsible for conferring citizenship. The respondent submits that it was self-evident that Mr. Alsayegh no longer met the requirements of subsection 5(1) and consequently, there was no valid reason for the Minister to refer the question back to a citizenship judge.

[28] The respondent submits that since a citizenship judge must approve or refuse an application within the 60-day timeframe, the legislative scheme does not foresee citizenship judges remaining seized of an application beyond that period. The respondent argues that there is no statutory authority for a citizenship judge to render a second decision on an application and in this case the judge's timeframe for rendering a decision had already expired, therefore it was inappropriate to refer the applicant's situation back.

[29] The respondent also argues that a citizenship judge would not have had the authority to defer refusing the application until a final decision of the Immigration Appeal Division (IAD) in view of the requirement to render his decision within 60 days of the referral of an application. The respondent submits that the exception

il soutient que des mesures appropriées devaient être prises puisque, manifestement, M. Alsayegh ne pouvait pas prêter le serment de citoyenneté. Il devenait raisonnable dans ce cas, selon le défendeur, de fermer le dossier de M. Alsayegh et de mettre fin au traitement de sa demande. La mesure de renvoi prise contre M. Alsayegh est présumée valide, et la possibilité de son invalidation est purement hypothétique.

[26] Le défendeur affirme par ailleurs qu'il était loisible à l'agent de fonder sa décision sur l'existence de la mesure de renvoi, et que ce dernier n'avait pas à considérer le bien-fondé de l'appel de M. Alsayegh. Il devenait raisonnable de mettre fin à la demande de M. Alsayegh, pour motif d'efficacité administrative, plutôt que de laisser le dossier ouvert.

[27] Le défendeur rejette aussi l'argument de M. Alsayegh voulant qu'on aurait dû renvoyer son dossier à un juge de la citoyenneté. En effet, bien qu'un juge de la citoyenneté évalue dans un premier temps si un demandeur satisfait aux exigences du paragraphe 5(1), c'est au ministre qu'il revient, ultimement, d'attribuer ou non la citoyenneté. Le défendeur affirme qu'il était bien évident que M. Alsayegh ne satisfaisait plus aux exigences du paragraphe 5(1) et qu'en conséquence, il n'y avait aucune raison valable pour que le ministre renvoie l'affaire à un juge de la citoyenneté.

[28] Le défendeur rappelle aussi qu'un juge de la citoyenneté devant approuver ou rejeter une demande dans les 60 jours de sa saisine, la loi ne prévoit pas qu'il en demeure investi au-delà de cette période. Le défendeur ajoute qu'il ne convenait pas de renvoyer M. Alsayegh devant un juge de la citoyenneté, étant donné qu'aucune disposition de la loi n'autorisait ce dernier à rendre une deuxième décision à l'égard d'une demande, et que le délai accordé pour rendre toute décision était déjà expiré.

[29] Le défendeur prétend en outre qu'un juge de la citoyenneté n'aurait pas disposé du pouvoir de suspendre le rejet de la demande jusqu'à ce que la Section d'appel de l'immigration (la SAI) ait rendu sa décision définitive, étant donné l'obligation qui lui impose de rendre sa décision dans les 60 jours de sa saisine. Par ailleurs,

found in subsection 14(1.1) [of the Act] does not apply in this case because the applicant was not awaiting an admissibility hearing. The respondent relies on two decisions of the Federal Court that established that when individuals are subject to a removal order without having undergone an admissibility hearing, their applications must be rejected (see *Hadaydoun*, cited above, and *Richi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 212, [2014] 3 F.C.R. 347).

[30] The respondent acknowledges that although in *Obi*, cited above, a deferral was allowed, the Federal Court clarified the issue in *Hadaydoun* and submits that an applicant subject to a removal order issued outside the context of an admissibility hearing cannot benefit from subsection 14(1.1) of the Act, even if he has appealed the removal order (see *Hadaydoun*, at paragraphs 25 to 28).

[31] Subsection 2(2) of the *Citizenship Act* clearly states that the issuance of a removal order pursuant to subsection 44(2) of the IRPA results in the rejection of a citizenship application without delay according to the respondent. He submits that the Citizenship Judge had already exercised her statutory authority by the time the officer was confronted with Mr. Alsayegh's change of circumstances and it was therefore open to the officer to implement appropriate measures to respond to these new facts.

Recommendation under subsection 5(4) of the *Citizenship Act*

[32] The respondent refutes Mr. Alsayegh's claim and submits that only the Governor in Council has the authority to direct the Minister to grant citizenship pursuant to subsection 5(4). The Minister has no authority to do so unless directed by the Governor in Council. The respondent claims that the *Citizenship Act* does not impose a duty to consider making a recommendation analogous to that of subsection 15(1). The respondent relies on *Huy v. Canada (Citizenship and Immigration)* [sub nom. *Phu v. Canada (Citizenship and Immigration)*], 2012 FC 755 (*Huy*), at paragraphs 19 to 22 to argue that a citizenship officer has no obligation to consider

selon le défendeur, l'exception énoncée au paragraphe 14(1.1) [de la Loi] n'est pas applicable puisqu'en l'espèce M. Alsayegh n'attendait pas la tenue d'une enquête. Le défendeur s'appuie sur deux décisions de la Cour fédérale qui établissent qu'il fallait rejeter les demandes des personnes sous le coup d'une mesure de renvoi sans même qu'une enquête ait été tenue (voir *Hadaydoun*, précité, et *Richi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 212, [2014] 3 R.C.F. 347).

[30] Le défendeur reconnaît qu'un sursis a été autorisé dans le jugement *Obi*, précité, mais il affirme que la Cour fédérale a tranché la question dans le jugement *Hadaydoun*. Un demandeur sous le coup d'une mesure de renvoi prise sans qu'il y ait eu une enquête ne soit en cause ne peut se prévaloir, même s'il a interjeté appel de la mesure, des dispositions du paragraphe 14(1.1) de la Loi (voir *Hadaydoun*, aux paragraphes 25 à 28).

[31] Il découle des dispositions bien claires du paragraphe 2(2) de la *Loi sur la citoyenneté*, selon le défendeur, que la prise d'une mesure de renvoi en application du paragraphe 44(2) de la LIPR entraîne sans autre délai le rejet de la demande de citoyenneté de l'intéressé. Le défendeur souligne que la juge de la citoyenneté avait déjà exercé son pouvoir discrétionnaire au moment où l'agent de la citoyenneté s'est trouvé saisi du changement de situation de M. Alsayegh, et qu'il était donc loisible à l'agent d'adopter les mesures appropriées pour donner suite à ces nouveaux faits.

Recommandation aux termes du paragraphe 5(4) de la *Loi sur la citoyenneté*

[32] Réfutant l'allégation de M. Alsayegh fondée sur cette disposition, le défendeur soutient que le gouverneur en conseil peut seul enjoindre au ministre d'attribuer la citoyenneté en application du paragraphe 5(4). Le ministre ne peut exercer ce pouvoir sans que le gouverneur en conseil ne lui enjoigne de ce faire. Le défendeur soutient que la *Loi sur la citoyenneté* n'impose pas, dans ce cas, comme au paragraphe 15(1), l'obligation d'examiner s'il y a lieu de recommander l'exercice du pouvoir. Le défendeur s'appuie sur le jugement *Huy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* [sub nom. *Phu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*],

making a recommendation under subsection 5(4) when refusing citizenship.

[33] The respondent also submits that the officer was not well placed to examine whether a recommendation under subsection 5(4) would be appropriate. He adds that it was Mr. Alsayegh's burden to show that his personal circumstances justify making such a recommendation and relies on *Maharatnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 15081 (F.C.T.D.), at paragraph 5 and *Saqer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1392, at paragraph 20.

[34] The respondent argues that the applicant had the right to raise issues relevant to subsection 5(4) considerations during his initial citizenship application. The citizenship officer did not need to comb through Mr. Alsayegh's file in search of evidence of hardship, especially since he was under a removal order for failure to meet his permanent residency obligations.

[35] Finally, the respondent alleges that re-applying for citizenship is the appropriate remedy even in cases where a removal order has been quashed on appeal (see *Hadaydoun*, at paragraph 30). Mr. Alsayegh will then be able to present arguments to justify an application of subsection 5(4) when filing a new citizenship application.

VI. Analysis

(1) *Did the citizenship officer err when he terminated Mr. Alsayegh's citizenship application?*

[36] The Court agrees with Mr. Alsayegh that he has not lost his permanent resident status yet because the removal order that was rendered against him has not come into force. Therefore, the officer's decision could not have been made pursuant to paragraph 5(1)(c) of

2012 CF 755 (*Huy*), aux paragraphes 19 à 22, pour soutenir qu'un agent de la citoyenneté n'est pas tenu, lorsqu'il refuse la citoyenneté, d'examiner s'il y a lieu de recommander l'exercice du pouvoir prévu au paragraphe 5(4).

[33] Le défendeur soutient aussi que l'agent n'était pas bien placé pour juger de l'opportunité de faire une recommandation aux fins du paragraphe 5(4). Il ajoute, en invoquant le jugement *Maharatnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15081 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 5, et *Saqer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1392, au paragraphe 20, qu'il incombait à M. Alsayegh de démontrer que sa situation personnelle justifiait la formulation d'une telle recommandation.

[34] Le défendeur prétend que M. Alsayegh avait le droit de présenter des arguments pour entraîner l'application du paragraphe 5(4) lorsqu'il a déposé initialement sa demande de citoyenneté. L'agent de la citoyenneté n'avait pas à passer au peigne fin le dossier de M. Alsayegh pour y trouver la preuve d'une situation de détresse, étant donné que, dans ce cas, ce dernier était sous le coup d'une mesure de renvoi parce qu'il ne s'était pas acquitté de ses obligations de résidence permanente.

[35] Enfin, le défendeur soutient que le recours approprié consiste à présenter une nouvelle demande de citoyenneté, même dans les cas où l'on annule en appel la mesure de renvoi (voir *Hadaydoun*, au paragraphe 30). Lorsqu'il présentera une nouvelle demande de citoyenneté, M. Alsayegh pourra alors faire valoir également des arguments pour justifier l'application du paragraphe 5(4).

VI. Analyse

1) *L'agent de la citoyenneté a-t-il mis fin, à tort, à la demande de citoyenneté de M. Alsayegh?*

[36] La Cour convient que M. Alsayegh n'a pas encore perdu son statut de résident permanent parce que la mesure de renvoi émise contre lui n'a pas encore pris effet. La décision de l'agent ne pouvait donc être fondée sur l'alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté* (voir

the *Citizenship Act* (see *Hadaydoun*, cited above, at paragraph 19). However, the officer’s decision was based on paragraph 5(1)(f). That paragraph reads as follows:

Grant of citizenship 5. (1) The Minister shall grant citizenship to any person who

...

(f) is not under a removal order and is not subject of a declaration by the Governor in Council made pursuant to section 20.

[37] In *Hadaydoun*, the Court examined the terms “under a removal order” used in paragraph 5(1)(f) and concluded that pursuant to paragraph 2(2)(c) of the *Citizenship Act*, an applicant remains under a removal order unless a final determination has been made and the result of it is to quash the removal order (see paragraph 23 of the decision). In other words, “[f]rom the time that a removal order is issued and for the period during which the removal order is under judicial review or appeal, the person is ineligible for citizenship under paragraph 5(1)(f) of the *Act*” (see paragraph 23 of the decision).

[38] In *Hadaydoun*, the removal order was issued against the applicant before his hearing in front of a citizenship judge. It was determined that the judge did not have jurisdiction to postpone the hearing until the appeal of the removal order was completed, because there exists no provision for delay or adjournment or extension of time to come to a determination on the application, once it is referred to the judge (see paragraph 24). However, in the present case a citizenship judge had already approved Mr. Alsayegh’s application. The issue is therefore whether a citizenship officer could terminate or close a file which had already been approved.

[39] Mr. Alsayegh submits that this is equivalent to officers rendering decisions on citizenship applications, a matter clearly outside their jurisdiction. The Court agrees. The respondent acknowledged in his memorandum that the *Citizenship Act* does not explicitly grant a

Hadaydoun, précité, au paragraphe 19). La décision était plutôt fondée sur l’alinéa 5(1)f), reproduit ci-après :

5. (1) Le ministre attribue la citoyenneté à toute personne qui, à la fois :

Attribution de la citoyenneté

[...]

f) n’est pas sous le coup d’une mesure de renvoi et n’est pas visée par une déclaration du gouverneur en conseil faite en application de l’article 20.

[37] Dans le jugement *Hadaydoun*, la Cour s’est penchée sur l’expression « sous le coup d’une mesure de renvoi » que l’on retrouve à l’alinéa 5(1)f) et elle a conclu qu’aux termes de l’alinéa 2(2)c) de la *Loi sur la citoyenneté*, un demandeur restait sous le coup d’une mesure de renvoi jusqu’à ce qu’une décision définitive prononçant l’annulation de cette mesure ait été rendue (voir le paragraphe 23 de la décision). Autrement dit, « [d]ès l’instant où une mesure de renvoi est prononcée et durant la période au cours de laquelle la mesure fait l’objet d’une révision judiciaire ou d’un appel, l’intéressé ne peut obtenir la citoyenneté suivant l’alinéa 5(1)f) de la Loi » (voir le paragraphe 23 de la décision).

[38] Dans le jugement *Hadaydoun*, la mesure de renvoi avait été prise contre le demandeur avant que ne se déroule son audience devant un juge de la citoyenneté. La Cour a statué que le juge ne pouvait pas reporter l’audience jusqu’à l’aboutissement du processus d’appel de la mesure de renvoi, parce qu’aucune disposition ne prévoyait une possibilité de report, d’ajournement ou de prorogation du délai de traitement d’une demande de citoyenneté une fois que le juge en a été saisi (voir le paragraphe 24). Dans le dossier devant nous, un juge de la citoyenneté avait déjà approuvé la demande de M. Alsayegh. La question est donc de savoir si un agent de la citoyenneté pouvait fermer ou clore un dossier alors que la demande avait déjà été acceptée.

[39] M. Alsayegh soutient qu’en fait, cela équivaut à permettre à des agents de statuer sur des demandes de citoyenneté, ce qui outrepassé manifestement leur compétence. La Cour partage cet avis. Le défendeur a reconnu dans son mémoire que la *Loi sur la citoyenneté*

citizenship officer the power to terminate or close files. However, the respondent asserts that this was nonetheless the appropriate action given that the applicant is under a removal order and is therefore ineligible for citizenship. The respondent argues that there is no statutory authority for a judge to render a second decision on an application and that the judge's 60-day timeframe to render a decision has already expired.

[40] The Court is not convinced by the respondent's argument based on the 60-day timeframe. The Citizenship Judge had 60 days to render a decision on Mr. Alsayegh's citizenship application and did so. Therefore, if the matter was remitted back to a citizenship judge for a second decision, based on the alleged "new facts", this delay would not be an issue.

[41] The Court acknowledges that even if the matter had been referred to a citizenship judge, the judge may have had to render a new decision on Mr. Alsayegh's citizenship, because he is currently under a removal order. However, the officer would not have exceeded his jurisdiction.

[42] It was unreasonable for the officer to close Mr. Alsayegh's file, especially in the particular circumstances of this case. Less than two months earlier, a citizenship judge had determined that Mr. Alsayegh was eligible. There remained only one formality to be completed and that was Mr. Alsayegh taking his oath. The Court finds that it was not open to the officer to close Mr. Alsayegh's file, which, in practice, set aside the judge's decision as the officer is clearly not empowered to take such action and reverse decisions taken by citizenship judges under the *Citizenship Act*.

- (2) *Was the citizenship officer under a duty to consider making a recommendation under subsection 5(4) of the Citizenship Act?*

n'octroyait pas explicitement aux agents le pouvoir de fermer des dossiers, mais soutient par ailleurs que fermer le dossier était malgré tout la mesure à prendre en l'espèce, puisque M. Alsayegh tombait sous le coup d'une mesure de renvoi. Il ne pouvait donc pas acquérir sa citoyenneté. Selon le défendeur, aucune disposition législative n'autorise un juge de la citoyenneté à rendre une deuxième décision à l'égard d'une demande, et le délai imparti de 60 jours pour prendre une décision était déjà expiré.

[40] L'argument du défendeur fondé sur le délai de 60 jours ne convainc pas la Cour. La juge de la citoyenneté disposait de 60 jours pour statuer sur la demande de citoyenneté de M. Alsayegh, et elle a rendu sa décision dans ce délai. Par conséquent, si l'on renvoyait l'affaire à un autre juge de la citoyenneté pour prendre une deuxième décision, sur le fondement des « faits nouveaux » allégués, ce délai ne serait pas un enjeu.

[41] La Cour reconnaît toutefois que même si l'affaire avait été renvoyée à un juge de la citoyenneté, celui-ci aurait peut-être dû rendre une nouvelle décision à l'égard de la demande de citoyenneté de M. Alsayegh, vu qu'il tombe actuellement sous le coup d'une mesure de renvoi. Toutefois, l'agent n'aurait pas outrepassé ses pouvoirs, dans ce cas.

[42] Il était déraisonnable pour l'agent de fermer le dossier de M. Alsayegh, tout spécialement vu les faits en l'espèce. Moins de deux mois plus tôt, une juge de la citoyenneté décidait que M. Alsayegh était admissible à la citoyenneté. Il ne restait plus qu'une formalité à remplir : la prestation du serment. La Cour conclut qu'il n'était pas loisible à l'agent de mettre fin au dossier de M. Alsayegh, et d'annuler ainsi en pratique la décision de la juge de la citoyenneté, puisqu'il est manifeste que la *Loi sur la citoyenneté* ne lui confère pas le droit de prendre une telle mesure et d'infirmer les décisions prises par des juges de la citoyenneté.

- 2) *L'agent de la citoyenneté était-il tenu d'examiner s'il y avait lieu de faire une recommandation aux termes du paragraphe 5(4) de la Loi sur la citoyenneté?*

[43] The Court notes that the respondent asserts that the officer was not well placed to examine whether a recommendation under subsection 5(4) would be appropriate, but argues that the officer was nonetheless well placed to close the file, notwithstanding the particular circumstances of the case.

[44] The Court finds that the case of *Huy*, cited above, is distinguishable because it involved the application for citizenship by a person adopted by a Canadian citizen, which is governed by section 5.1. The Court, in *Huy*, concluded that since it was not an application to be considered by a citizenship judge, the obligation under subsection 15(1) did not apply (see paragraph 21).

[45] The *Huy* case is therefore different from the case at bar. Mr. Alsayegh's application was considered by a citizenship judge, who did not need to consider subsection 5(4) at the time since he met all the requirements to be granted his Canadian citizenship. Subsection 5(4) comes into play when the judge is unable to approve an application under subsection 14(2) (see section 15 of the *Citizenship Act* and *Huy*, cited above, at paragraph 20). The Citizenship Judge approved Mr. Alsayegh's application. Therefore, the Court rejects the respondent's position that it was incumbent on the applicant to raise the issues relevant to subsection 5(4) considerations during his initial citizenship application.

[46] The respondent claims that it was Mr. Alsayegh's burden to justify such a recommendation. The Court finds that this was impossible in the present case, the officer having closed the file without affording Mr. Alsayegh the opportunity to make any representations. Furthermore, Bulletin 031 states that officers and agents need to decide whether an individual should be invited to submit a subsection 5(4) application by evaluating the particular circumstances of the individual's case. The documentary evidence does not suggest that the officer evaluated Mr. Alsayegh's particular circumstances and he was never invited to make such an application. The relevant part of Bulletin 031 reads as

[43] La Cour tient à souligner l'argumentation du défendeur, qui veut que l'agent ne soit pas bien placé pour se pencher sur l'opportunité de faire une recommandation aux termes du paragraphe 5(4), mais qu'il puisse néanmoins mettre fin au dossier, et ce, malgré la situation particulière en cause.

[44] La Cour croit que ce dossier se distingue de l'affaire *Huy*, précitée, parce que cette dernière portait sur la demande de citoyenneté présentée par une personne adoptée par un citoyen canadien, une question régie par l'article 5.1. La Cour a déterminé dans le jugement *Huy* que, comme il ne s'agissait pas d'une demande devant être examinée par un juge de la citoyenneté, l'obligation prévue au paragraphe 15(1) n'était pas applicable (voir le paragraphe 21).

[45] L'affaire *Huy* diffère ainsi de la nôtre. Une juge de la citoyenneté a examiné la demande de M. Alsayegh, et elle n'avait pas à tenir compte du paragraphe 5(4) à ce moment-là, puisque le demandeur satisfaisait à toutes les conditions nécessaires à l'obtention de la citoyenneté canadienne. Le paragraphe 5(4) entre en jeu lorsque le juge n'est pas en mesure d'approuver une demande aux termes du paragraphe 14(2) (voir l'article 15 de la *Loi sur la citoyenneté* et *Huy*, précité, au paragraphe 20). La juge de la citoyenneté avait approuvé la demande de M. Alsayegh. Par conséquent, la Cour rejette l'argument du défendeur voulant qu'il incombait à M. Alsayegh de soulever, lors de la présentation initiale de sa demande de citoyenneté, tout facteur utile à la mise en application éventuelle du paragraphe 5(4).

[46] Le défendeur affirme que M. Alsayegh avait le fardeau de justifier la recommandation d'une telle mise en application. La Cour conclut que cela était toutefois impossible en l'espèce, vu que l'agent avait mis fin au dossier sans avoir accordé l'occasion à M. Alsayegh de se faire entendre. En outre, le bulletin 031 prévoit que les agents doivent décider si une personne doit être invitée à soumettre une demande aux termes du paragraphe 5(4) en fonction de leur évaluation des circonstances particulières de l'intéressé. La preuve documentaire n'établit pas que l'agent a évalué la situation particulière de l'intéressé, ni qu'il l'a invité à présenter une telle demande. Le passage pertinent du

follows (see page 3 of Bulletin 031 in the applicant's record, page 1396):

When deciding whether an individual should be invited to submit a 5(4) application, officers and agents should use their own judgment based on their experience and expertise and make a determination by relying on their evaluation of the particular circumstances of the individual's case.

[47] As to the respondent's submission that the *Citizenship Act* does not impose a duty, on a citizenship officer, to consider making a recommendation analogous to that of subsection 15(1), the Court considers that by omitting to refer the file back to a citizenship judge and instead proceeding to close the file, the respondent prevented Mr. Alsayegh from having a judge determine whether or not to recommend an exercise of discretion under subsection 5(4) of the Act. It is, in this Court's view, unreasonable for the respondent to justify his failure to comply with the procedures in Bulletin 031 by stating that there exists no analogous duty.

[48] The Court agrees with Mr. Alsayegh that the officer's decision to terminate his application without giving any consideration to a recommendation for a discretionary grant of citizenship pursuant to subsection 5(4) is unreasonable and does not fall within the range of possible, acceptable outcomes, defensible in respect of the facts and the law.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

- (1) This application for judicial review is allowed; and
- (2) The impugned decision rendered by the citizenship officer is set aside and the file is referred back to render a decision taking into account these reasons for judgment.

bulletin 031 est le suivant (voir la page 3 du bulletin 031 figurant dans le dossier du demandeur, à la page 1396) :

Pour déterminer si une personne doit être invitée à soumettre une demande aux termes du paragraphe 5(4), les agents doivent faire preuve de jugement en se fondant sur leur expérience et leurs connaissances et rendre une décision en fonction de leur évaluation des circonstances particulières relatives au cas de la personne.

[47] Si on se penche sur l'argument du défendeur qui veut que la *Loi sur la citoyenneté* n'impose pas, au paragraphe 15(1), à un agent de la citoyenneté d'examiner s'il y a lieu de formuler une recommandation. La Cour estime qu'en omettant de renvoyer de nouveau l'affaire à un juge de la citoyenneté et en mettant plutôt fin au dossier, le défendeur a privé M. Alsayegh d'un examen par un juge sur l'opportunité de recommander l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 5(4) de la Loi. Il est déraisonnable pour le défendeur, selon la Cour, de justifier son défaut de se conformer à la procédure prévue au bulletin 031 en alléguant l'inexistence d'une obligation analogue.

[48] La Cour convient donc, avec M. Alsayegh, que la décision de l'agent de mettre fin à sa demande, sans examiner s'il y avait lieu de recommander l'attribution discrétionnaire de la citoyenneté aux termes du paragraphe 5(4) est déraisonnable et n'appartient pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

JUGEMENT

LA COUR STATUE :

- 1) La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie.
- 2) La décision rendue par l'agent de la citoyenneté est annulée et le dossier est renvoyé pour que soit rendue une décision qui tient compte des présents motifs.

APPENDIX

ANNEXE

The *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29La *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29

2. ...

2. [...]

Interpreta-
tion

(2) For the purposes of this Act,

(2) Pour l'application de la présente loi :

Interprétation

...

[...]

(c) a person against whom a removal order has been made remains under that order

c) une mesure de renvoi reste en vigueur jusqu'à, selon le cas :

(i) unless all rights of review by or appeal to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, the Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada have been exhausted with respect to the order and the final result of those reviews or appeals is that the order has no force or effect, or

(i) son annulation après épuisement des voies de recours devant la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, la Cour d'appel fédérale et la Cour suprême du Canada,

(ii) until the order has been executed.

(ii) son exécution.

...

[...]

Grant of
citizenship

5. (1) The Minister shall grant citizenship to any person who

5. (1) Le ministre attribue la citoyenneté à toute personne qui, à la fois :

Attribution
de la
citoyenneté

...

[...]

(c) is a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and has, within the four years immediately preceding the date of his or her application, accumulated at least three years of residence in Canada calculated in the following manner:

c) est un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et a, dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout, la durée de sa résidence étant calculée de la manière suivante :

(i) for every day during which the person was resident in Canada before his lawful admission to Canada for permanent residence the person shall be deemed to have accumulated one-half of a day of residence, and

(i) un demi-jour pour chaque jour de résidence au Canada avant son admission à titre de résident permanent,

(ii) for every day during which the person was resident in Canada after his lawful admission to Canada for permanent residence the person shall be deemed to have accumulated one day of residence;

(ii) un jour pour chaque jour de résidence au Canada après son admission à titre de résident permanent;

...

[...]

(f) is not under a removal order and is not the subject of a declaration by the Governor in Council made pursuant to section 20.

f) n'est pas sous le coup d'une mesure de renvoi et n'est pas visée par une déclaration du gouverneur en conseil faite en application de l'article 20.

...

[...]

Special cases

(4) In order to alleviate cases of special and unusual hardship or to reward services of an exceptional value to Canada, and notwithstanding any other provision of this Act, the Governor in Council may, in his discretion, direct the Minister to grant citizenship to any person and, where such a direction is made, the Minister shall forthwith grant citizenship to the person named in the direction.

(4) Afin de remédier à une situation particulière et inhabituelle de détresse ou de récompenser des services exceptionnels rendus au Canada, le gouverneur en conseil a le pouvoir discrétionnaire, malgré les autres dispositions de la présente loi, d'ordonner au ministre d'attribuer la citoyenneté à toute personne qu'il désigne; le ministre procède alors sans délai à l'attribution.

Cas particuliers

...

[...]

Consideration by citizenship judge

14. (1) An application for

14. (1) Dans les soixante jours de sa saisine, le juge de la citoyenneté statue sur la conformité — avec les dispositions applicables en l'espèce de la présente loi et de ses règlements — des demandes déposées en vue de :

Examen par un juge de la citoyenneté

(a) a grant of citizenship under subsection 5(1) or (5),

a) l'attribution de la citoyenneté, au titre des paragraphes 5(1) ou (5);

(b) [Repealed, 2008, c. 14, s. 10]

b) [Abrogé, 2008, ch. 14, art. 10]

(c) a renunciation of citizenship under subsection 9(1), or

c) la répudiation de la citoyenneté, au titre du paragraphe 9(1);

(d) a resumption of citizenship under subsection 11(1)

d) la réintégration dans la citoyenneté, au titre du paragraphe 11(1)

shall be considered by a citizenship judge who shall, within sixty days of the day the application was referred to the judge, determine whether or not the person who made the application meets the requirements of this Act and the regulations with respect to the application.

...

[...]

Interruption of proceedings

(1.1) Where an applicant is a permanent resident who is the subject of an admissibility hearing under the *Immigration and Refugee Protection Act*, the citizenship judge may not make a determination under subsection (1) until

(1.1) Le juge de la citoyenneté ne peut toutefois statuer sur la demande émanant d'un résident permanent qui fait l'objet d'une enquête dans le cadre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* tant qu'il n'a pas été décidé en

Interprétation de la procédure

	there has been a final determination whether, for the purposes of that Act, a removal order shall be made against that applicant.	dernier ressort si une mesure de renvoi devrait être prise contre lui.	
	...	[...]	
Recommendation re use of discretion	15. (1) Where a citizenship judge is unable to approve an application under subsection 14(2), the judge shall, before deciding not to approve it, consider whether or not to recommend an exercise of discretion under subsection 5(3) or (4) or subsection 9(2) as the circumstances may require.	15. (1) Avant de rendre une décision de rejet, le juge de la citoyenneté examine s'il y a lieu de recommander l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu aux paragraphes 5(3) ou (4) ou 9(2), selon le cas.	Exercice du pouvoir discrétionnaire
	<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , S.C. 2001, c. 27	<i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , L.C. 2001, ch. 27	
Preparation of report	44. (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.	44. (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.	Rapport d'interdiction de territoire
Referral or removal order	(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.	(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.	Suivi
	...	[...]	
Permanent resident	46. (1) A person loses permanent resident status	46. (1) Emportent perte du statut de résident permanent les faits suivants :	Résident permanent
	(a) when they become a Canadian citizen;	a) l'obtention de la citoyenneté canadienne;	
	(b) on a final determination of a decision made outside of Canada that they have failed to comply with the residency obligation under section 28;	b) la confirmation en dernier ressort du constat, hors du Canada, de manquement à l'obligation de résidence;	
	(c) when a removal order made against them comes into force;	c) la prise d'effet de la mesure de renvoi;	
	(c.1) on a final determination under subsection 108(2) that their refugee protection has ceased for any of the reasons described in paragraphs 108(1)(a) to (d); or	c.1) la décision prise, en dernier ressort, au titre du paragraphe 108(2) entraînant, sur constat des faits mentionnés à l'un des alinéas 108(1)a) à d), la perte de l'asile;	

(d) on a final determination under section 109 to vacate a decision to allow their claim for refugee protection or a final determination to vacate a decision to allow their application for protection.

...

d) l'annulation en dernier ressort de la décision ayant accueilli la demande d'asile ou celle d'accorder la demande de protection.

[...]

In force

49. (1) A removal order comes into force on the latest of the following dates:

(a) the day the removal order is made, if there is no right to appeal;

(b) the day the appeal period expires, if there is a right to appeal and no appeal is made; and

(c) the day of the final determination of the appeal, if an appeal is made.

49. (1) La mesure de renvoi non susceptible d'appel prend effet immédiatement; celle susceptible d'appel prend effet à l'expiration du délai d'appel, s'il n'est pas formé, ou quand est rendue la décision qui a pour résultat le maintien définitif de la mesure.

Prise d'effet

IMM-11316-12
2013 FC 512

IMM-11316-12
2013 CF 512

Construction and Specialized Workers' Union, Local 1611; International Union of Operating Engineers, Local 115 (*Applicants*)

Construction and Specialized Workers' Union, section locale 1611, et International Union of Operating Engineers, section locale 115 (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration Canada; the Minister of Human Resources and Skills Development Canada; HD Mining International LTD.; Canadian Dehua International Mines Group Inc.; and Huiyong Holdings (BC) Ltd. (*Respondents*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences, HD Mining International Ltd., Canadian Dehua International Mines Group Inc. et Huiyong Holdings (BC) Ltd. (*défendeurs*)

INDEXED AS: CONSTRUCTION AND SPECIALIZED WORKERS' UNION, LOCAL 1611 v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : CONSTRUCTION AND SPECIALIZED WORKERS' UNION, SECTION LOCALE 1611 c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Zinn, J.—Vancouver, April 9, 10, 11 and 12; Ottawa, May 21, 2013.

Cour fédérale, juge Zinn—Vancouver, 9, 10, 11 et 12 avril; Ottawa, 21 mai 2013.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons with Temporary Status — Temporary Foreign Worker Program — Labour market opinions — Judicial review of decision by Human Resources and Skills Development Canada officer made under Temporary Foreign Worker Program to issue positive labour market opinions (LMOs) to respondent HD Mining International Ltd. (HD Mining) pursuant to Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 203 — Officer finding that offers of employment likely to result in neutral or positive effect on labour market — Officer assessing LMOs by, inter alia, conducting labour market information research, identifying National Occupational Classification codes, assessing prevailing wage rates — Whether officer making reviewable error in issuing positive LMOs — Officer not fettering discretion — One's discretion not fettered simply because work monitored — Officer not making unreasonable assessment when considering factors set out in Regulations, s. 203(3) — Officer's concerns in reasons meant to be tool for next officer to review LMO application — Officer may express concerns but nevertheless make positive determination — Officer's assessment, approach not unreasonably supporting conclusion of labour shortage for positions sought — Job requirements for lower-skilled mining positions not excessive — Recruitment by HD Mining genuine — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes ayant un statut temporaire — Programme des travailleurs étrangers temporaires — Avis sur le marché du travail — Contrôle judiciaire d'une décision par un agent de Ressources humaines et Développement des compétences Canada en vertu du Programme des travailleurs étrangers temporaires de rendre des avis sur le marché du travail (les AMT) favorables à l'endroit du défendeur HD Mining International Ltd. (HD Mining) au titre de l'art. 203 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) — L'agent a conclu que les offres d'emploi étaient susceptibles d'avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail — L'agent a évalué les demandes d'AMT, notamment en examinant l'information sur le marché du travail (IMT), en déterminant les codes de la Classification nationale des professions (CNP) et en évaluant les salaires courants pour les codes de la CNP applicables — Il s'agissait de savoir si l'agent a commis une erreur susceptible de contrôle en décidant de rendre un AMT favorable — L'agent n'a pas restreint son pouvoir discrétionnaire — Il n'y a pas entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du fait que le travail d'une personne fasse l'objet d'une surveillance — L'agent n'a tiré aucune conclusion déraisonnable lorsqu'il s'est penché sur les facteurs énoncés à l'art. 203(3) du Règlement — Les préoccupations de l'agent dans ses motifs avaient pour but d'être

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Human Resources and Skills Development Canada officer issuing positive labour market opinions (LMOs) under Temporary Foreign Worker Program to respondent HD Mining International Ltd. (HD Mining) pursuant to Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 203 — Canadian Dehua International Mines Group Inc. (CDI) initially failing to obtain work permits — Affiliate HD Mining resubmitting request for foreign workers — Officer finding that offers of employment likely to result in neutral or positive effect on labour market — Whether decision maker providing proper record under Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules (Immigration Rules), R. 17 — LMO applications from CDI not in certified tribunal record (CTR) — Position that only documents considered, relied upon by officer in assessing LMO applications to be included in CTR too narrow — What decision maker reviewed, could have reviewed, determinative — Document must be “before” decision maker — CDI LMO file herein undoubtedly “before” officer — Ought to have been disclosed in full — However, no evidence that anything possibly missing from CTR was or could have been material to decision under review — Had there been such evidence, appropriate to weigh materiality of any omission against prejudice suffered by corporate respondents — Record not over-inclusive — Record need not be carbon copy of administrative file kept by decision maker.

This was an application for judicial review of a decision by an officer of Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) made under the Temporary Foreign Worker Program (TFWP) to issue positive labour market opinions (LMOs) to the respondent HD Mining International

utiles à un autre agent qui examinerait une autre demande d'AMT — Un agent peut exprimer ses réserves tout en rendant une décision favorable — L'appréciation de l'agent et la démarche qu'il a adoptée n'étaient pas de manière déraisonnable la conclusion qu'il y avait pénurie de main-d'œuvre pour les emplois recherchés — Les exigences des emplois moins spécialisés n'étaient pas démesurées — Le processus de recrutement de HD Mining était authentique — Demande rejetée.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Un agent de Ressources humaines et Développement des compétences Canada a rendu en vertu du Programme des travailleurs étrangers temporaires des avis sur le marché du travail (les AMT) favorables à l'endroit du défendeur HD Mining International Ltd. (HD Mining) au titre de l'art. 203 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) — Canadian Dehua International Mines Group Inc. (CDI) n'a pas été initialement en mesure d'obtenir des permis de travail — Sa filiale, HD Mining, a présenté de nouveau les demandes pour des travailleurs étrangers — L'agent a conclu que les offres d'emploi étaient susceptibles d'avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail canadien — Il s'agissait de savoir si le décideur a produit un dossier conforme aux exigences prévues à la règle 17 des Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés (Règles en matière d'immigration) — Les demandes d'AMT de CDI n'étaient pas comprises dans la copie certifiée du dossier du tribunal (la CCDT) — La thèse voulant que seuls les documents que l'agent a examinés et sur lesquels il s'est fondé dans l'appréciation des demandes d'AMT devaient être compris dans la CCDT est trop étroite — Ce qui est déterminant, c'est ce que le décideur a examiné ou ce qu'il pouvait examiner — Le décideur doit « disposer » du document — Dans le cas présent le décideur « disposait » du dossier d'AMT de CDI — Le dossier aurait dû être communiqué dans son intégralité — Cependant, rien ne prouve que des éléments qui pourraient être omis de la CCDT étaient déterminants à l'égard de la décision faisant l'objet du présent examen ou auraient pu l'être — Si de tels éléments de preuve avaient existé, il aurait été indiqué de soupeser le caractère déterminant ou vraisemblablement déterminant de l'omission par rapport au préjudice que les sociétés défenderesses subiraient — Le dossier ne contient pas d'éléments superflus — Il n'est pas nécessaire que le dossier du tribunal soit une copie carbone du dossier administratif tenu par le décideur.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC) en vertu du Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTÉT) de rendre des avis sur le marché du travail (les AMT) favorables

Ltd. (HD Mining), pursuant to section 203 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations).

The respondent Canadian Dehua International Mines Group Inc. (CDI), a part-owner of HD Mining, initially applied for LMOs to extract a bulk sample from coal properties in British Columbia. CDI was not able to obtain those work permits and HD Mining subsequently resubmitted the request for 201 foreign workers. The officer decided that offers of employment by HD Mining to the workers would likely result in “a neutral or positive effect on the labour market in Canada”. The officer assessed the LMO applications by, *inter alia*, conducting labour market information (LMI) research, identifying the *National Occupational Classification* (NOC) codes that corresponded to the positions referenced in the applications, assessing the prevailing wage rates for the applicable NOCs, reviewing proof of recruitment and advertising, and conducting telephone interviews with representatives of HD Mining.

The applicants submitted, *inter alia*, that the respondent ministers did not provide a proper record because the certified tribunal record (CTR) was both under and over-inclusive; that the officer fettered his discretion; and that the officer made a number of unreasonable findings and conclusions when conducting his assessment.

The main issues were whether the decision maker provided a proper record under Rule 17 of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules* (Immigration Rules); and whether the officer made a reviewable error in deciding to issue positive LMOs.

Held, the application should be dismissed.

The LMO applications from CDI were not in the CTR. The respondent ministers' position that only documents considered and relied upon by the officer in assessing the LMO applications are to be included in the CTR was too narrow. Reliance *per se* is not the determinative factor. What is determinative is what the decision maker reviewed, or could have reviewed because it was put before him. Otherwise, paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act* is neutered. However, mere access to a document is not sufficient; it must be “before” the decision maker. Here, the CDI LMO file was undoubtedly “before” the officer because he sought it out and to some extent reviewed it. It ought to have been disclosed in full by the Minister. However, it was not possible to

à l'endroit du défendeur HD Mining International Ltd. (HD Mining) au titre de l'article 203 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement).

La défenderesse, Canadian Dehua International Mines Group Inc. (CDI), une propriétaire partiaire de HD Mining, a initialement demandé des AMT pour extraire un échantillon de mines de charbon en Colombie-Britannique. CDI n'a pas été en mesure d'obtenir ces permis de travail et HD Mining a présenté de nouveau les demandes pour 201 travailleurs étrangers. L'agent a décidé que les offres d'emploi faites par HD Mining aux travailleurs étaient susceptibles « d'avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail canadien ». L'agent a évalué les demandes d'AMT, notamment en examinant l'information sur le marché du travail (IMT), en déterminant les codes de la *Classification nationale des professions* (CNP) qui correspondaient aux postes mentionnés dans les demandes, en évaluant les salaires courants pour les codes de la CNP applicables, en examinant la preuve relative au recrutement et aux annonces, et en menant des entrevues téléphoniques avec des représentants de HD Mining.

Les demandeurs ont prétendu, notamment, que les ministres défendeurs n'ont pas remis un dossier adéquat parce qu'il manquait à la CCDT des éléments essentiels et parce qu'il comportait des éléments superflus, que l'agent a restreint son pouvoir discrétionnaire, et que l'agent a tiré un certain nombre d'inférences déraisonnables et qu'il est parvenu à des conclusions déraisonnables lorsqu'il a effectué son appréciation.

Il s'agissait de savoir principalement si le décideur a produit un dossier conforme aux exigences prévues à la règle 17 des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés* (Règles en matière d'immigration) et si l'agent a commis une erreur susceptible de contrôle en décidant de rendre un AMT favorable.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Les demandes d'AMT de CDI ne figuraient pas dans la CCDT. La thèse des défendeurs, selon laquelle seuls les documents que l'agent a examinés et sur lesquels il s'est fondé dans l'appréciation des demandes d'AMT présentées par HD Mining devaient être compris dans la CCDT, était trop étroite. Le fait de se fonder sur un document n'est pas en soi le facteur déterminant. Ce qui est déterminant, c'est ce que le décideur a examiné ou ce qu'il pouvait examiner du fait qu'il en disposait. Sinon, l'application de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales* est impossible. Cependant, le simple accès à un document ne suffit pas; le décideur doit « disposer » de celui-ci. En l'espèce, il ne fait aucun doute que l'agent « disposait » du dossier d'AMT de CDI, car il

conclude that the omission of the remainder of the CDI file from the CTR was such as to warrant allowing the present judicial review application on this basis alone. There was no evidence that anything that may be missing from the CTR was or could have been material to the decision under review. The applicants did not propose a single plausible example of the kind of information that might have been contained in the CDI file that would have shown the officer's decision was unreasonable. Had it been found that there was material evidence omitted or likely omitted from the CTR, it would have been appropriate to weigh the materiality or likely materiality of the omission against the prejudice to be suffered by the corporate respondents if the decision was quashed for that reason alone. Such a consideration would be appropriate because the corporate respondents might suffer prejudice as a result of actions and decisions of the ministers over which they have no control. As parties with no control over the CTR, their interests ought also to be weighed against the interests of the applicants. There was no merit to the applicants' complaint that the record was over-inclusive because it included documents from other sources that the decision maker referred to and used in coming to his decision. The record need not be a carbon copy of the administrative file kept by the decision maker. Rather, paragraph 17(b) of the Immigration Rules describes that "all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal" must be produced.

The officer did not fetter his discretion. Simply because one's work is being monitored does not necessarily lead to a conclusion that one's discretion is thereby fettered. There was no evidence that any of the persons interested in the HD Mining LMO file directed the officer to do anything other than devote his time exclusively to the application and to expedite it.

The officer did not make any unreasonable assessment when considering the factors set out in subsection 203(3) of the Regulations. The officer found that the factor in paragraph 203(3)(b), i.e. the transfer of skills and knowledge to Canadians, weighed in HD Mining's favour. The fact that the officer expressed his concerns that non-English speaking foreign workers would have a negative impact on the creation or transfer of skills and knowledge to Canadians in his reasons was meant to be a useful tool for the next officer to review an LMO application from HD Mining. It would send the wrong message and arguably have a chilling effect on

l'avait recherché et qu'il l'avait examiné à un certain degré. Le ministre aurait dû communiquer l'intégralité du dossier. Cependant, il était impossible de conclure que l'omission d'inclure le reste du dossier de CDI dans la CCDT était telle qu'elle justifiait à elle seule d'accueillir la présente demande de contrôle judiciaire. Rien ne prouvait que des éléments qui pourraient être omis de la CCDT étaient déterminants à l'égard de la décision faisant l'objet du présent examen ou auraient pu l'être. Les demandeurs n'ont jamais proposé d'exemple plausible de type de renseignements que le dossier de CDI pouvait contenir et qui auraient pu démontrer que la décision de l'agent était déraisonnable. Si on avait conclu que des éléments de preuve déterminants avaient été omis ou vraisemblablement omis de la CCDT, il aurait été indiqué de soupeser le caractère déterminant ou vraisemblablement déterminant de l'omission par rapport au préjudice que les sociétés défenderesses subiraient si la décision devait être annulée pour ce seul motif. Il serait approprié d'effectuer un tel examen, parce que les sociétés défenderesses pourraient subir un préjudice en raison de mesures et de décisions prises par les ministres sur lesquelles elles n'ont aucun contrôle. À titre de parties n'ayant aucun contrôle sur la CCDT, leurs intérêts devraient aussi être mis en balance avec les intérêts des demandeurs. Les demandeurs ont eu tort d'affirmer que le dossier du tribunal comportait des éléments superflus du fait qu'il contenait des documents provenant d'autres sources que le décideur a consultés et qu'il a utilisés pour parvenir à sa décision. Il n'est pas nécessaire que le dossier du tribunal soit une copie carbone du dossier administratif tenu par le décideur. L'alinéa 17b) des Règles en matière d'immigration prévoit plutôt que « tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif » doivent être produits.

L'agent n'a pas restreint son pouvoir discrétionnaire. Le simple fait que le travail d'une personne fasse l'objet d'une surveillance n'amène pas forcément à conclure qu'il y a pour autant entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Rien n'indiquait que l'une ou l'autre des personnes qui s'intéressaient au dossier d'AMT de HD Mining avait donné à l'agent la consigne de faire quoi que ce soit d'autre que de se consacrer exclusivement à la demande et de la traiter avec célérité.

L'agent n'a tiré aucune conclusion déraisonnable lorsqu'il s'est penché sur les facteurs énoncés au paragraphe 203(3) du Règlement. L'agent a conclu que le facteur énoncé à l'alinéa 203(3)b), c'est-à-dire, le transfert de compétences et de connaissances, faisait pencher la balance en faveur de HD Mining. L'agent a fait part dans ses motifs de ses préoccupations quant à la possibilité que l'embauche de travailleurs étrangers ne parlant pas anglais nuise à la création d'emplois et au transfert de compétences et de connaissances aux Canadiens afin que celles-ci puissent être utiles à un autre agent qui examinerait une autre demande d'AMT présentée

administrative reasons to hold that an officer cannot express his or her concerns but nevertheless make a positive determination if, on balance, that is warranted. The officer's assessment and approach did not unreasonably support the conclusion that there was a labour shortage for these positions. There was no merit to the applicants' argument that the job requirements for the lower-skilled mining positions were "excessive." The applicants raised no reviewable error in the officer's wage rate determination. Finally, there was nothing to support the applicants' view that the recruitment was not genuine.

par HD Mining. Cela enverrait un mauvais message si elle concluait qu'un agent ne peut pas exprimer ses réserves tout en rendant une décision favorable si, somme toute, celle-ci est justifiée; cela pourrait avoir un effet paralysant sur les motifs administratifs. L'appréciation de l'agent et la démarche qu'il a adoptée n'étaient donc pas de manière déraisonnable la conclusion qu'il y avait pénurie de main-d'œuvre pour ces emplois. Il n'y avait aucun fondement à l'argument des demandeurs selon lequel les exigences des emplois moins spécialisés de travailleurs miniers étaient « démesurées ». Les demandeurs n'ont soulevé aucune erreur susceptible de contrôle dans la conclusion de l'agent au sujet des taux de salaires. Enfin, il n'y avait rien pour étayer la position des demandeurs selon laquelle le processus de recrutement n'était pas authentique.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1612(4) (as enacted by SOR/92-43, s. 19).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(d),(e).
Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22, RR. 6, 10, 17.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 72(2).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 200, 203.

CASES CITED

FOLLOWED:

Deng Estate v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2009 FCA 59, 79 Imm. L.R. (3d) 181.

APPLIED:

Patel v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FC 670; *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455, (1995), 180 N.R. 152 (C.A.), revg (1993), 63 F.T.R. 301 (F.C.T.D.); *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

CONSIDERED:

Canada (Minister of Human Resources Development) v. Eason, 2005 FC 1698, 286 F.T.R. 14; *Parveen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 7833, 168 F.T.R. 103 (F.C.T.D.); *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C., 1985, ch. F-7, art. 18.1(4)d,e).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(2).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 200, 203.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règle 1612(4) (éditée par DORS/92-43, art. 19).
Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22, règle 6, 10, 17.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Deng c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2009 CAF 59.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CF 670; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.), infirmant (1993), 63 F.T.R. 301 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Eason, 2005 CF 1698; *Parveen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 7833 (C.F. 1^{re} inst.); *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299.

REFERRED TO:

Zheng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 FCT 1152; *Khalife v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 221, [2006] 4 F.C.R. 437; *Machalikashvili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 622, 55 Imm. L.R. (3d) 33; *Kong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 73 F.T.R. 204, 23 Imm. L.R. (2d) 179 (F.C.T.D.); *Ahmed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 180; *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37, (2000), 187 D.L.R. (4th) 419 (C.A.); *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of a decision by an officer of Human Resources and Skills Development Canada made under the Temporary Foreign Worker Program to issue positive labour market opinions pursuant to section 203 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* to the respondent HD Mining International Ltd. Application dismissed.

APPEARANCES

Charles Gordon, Christopher Misura and Lorne Waldman for applicants.
Lorne Lachance, Helen C. H. Park and Kristin McHale for respondents Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Human Resources and Skills Development.
Aleksandar Stojicevic, Joan M. Young and Robin Junger for respondents HD Mining International Ltd. and Huiyong Holdings (BC) Ltd.
Laura Best and Darryl W. Larson for respondent Canadian Dehua International Mines Group Inc.

SOLICITORS OF RECORD

Glavin Gordon Clements, Vancouver, and Waldman & Associates, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Human Resources and Skills Development.
McMillan LLP, Vancouver, and Maynard Kischer Stojicevic, Vancouver, for respondents HD Mining International Ltd. and Huiyong Holdings (BC) Ltd.

DÉCISIONS CITÉES :

Zheng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFPI 1152; *Khalife c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 221, [2006] 4 R.C.F. 437; *Machalikashvili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 622; *Kong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 101 (1^{re} inst.) (QL); *Ahmed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 180; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent de Ressources humaines et Développement des compétences Canada en vertu du Programme des travailleurs étrangers temporaires de rendre à l'endroit du défendeur HD Mining International Ltd. des avis sur le marché du travail favorables au titre de l'article 203 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Charles Gordon, Christopher Misura et Lorne Waldman pour les demandeurs.
Lorne Lachance, Helen C. H. Park et Kristin McHale pour les défendeurs le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences.
Aleksandar Stojicevic, Joan M. Young et Robin Junger pour les défenderesses HD Mining International Ltd. et Huiyong Holdings (BC) Ltd.
Laura Best et Darryl W. Larson pour la défenderesse Canadian Dehua International Mines Group Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Glavin Gordon Clements, Vancouver, et Waldman & Associates, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences.
McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l., Vancouver, et Maynard Kischer Stojicevic, Vancouver, pour les défenderesses HD Mining International Ltd. et Huiyong Holdings (BC) Ltd.

Embarkation Law Group, Vancouver, for respondent Canadian Dehua International Mines Group Inc.

Embarkation Law Group, Vancouver, pour la défenderesse Canadian Dehua International Mines Group Inc.

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

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

[1] ZINN J.: The applicants challenge a decision made under Canada's Temporary Foreign Worker Program (TFWP) which is administered by Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) and Citizenship and Immigration Canada (CIC). It appears that this is the first time a positive decision made under the TFWP has ever been challenged.

[1] LE JUGE ZINN : Les demandeurs contestent une décision rendue en vertu du Programme des travailleurs étrangers temporaires (le PTÉT) du Canada, qui est géré par Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC) ainsi que par Citoyenneté et Immigration Canada (CIC). Il semble qu'il s'agisse de la première contestation d'une décision favorable rendue en vertu du PTÉT.

[2] The applicants were granted public interest standing by the Court to bring this application for leave and judicial review. Specifically, they challenge the decision of officer MacLean of HRSDC to issue positive labour market opinions (LMOs) under section 203 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations), to HD Mining International Ltd. (HD Mining). Officer MacLean issued these positive LMOs because he decided that offers of employment by HD Mining to 201 workers from China to do the work of extracting a bulk sample from HD Mining's coal properties near Tumbler Ridge, British Columbia (the Murray River Project), would likely result in "a neutral or positive effect on the labour market in Canada".

[2] La Cour a reconnu que les demandeurs avaient qualité pour agir dans l'intérêt public pour présenter la présente demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Ils contestent en particulier la décision de l'agent MacLean de RHDC de rendre des avis sur le marché du travail (les AMT) favorables au titre de l'article 203 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), à HD Mining International Ltd. (HD Mining). M. MacLean a rendu ces AMT favorables parce qu'il a conclu que les offres d'emploi faites par HD Mining à 201 travailleurs provenant de la Chine pour extraire un échantillon global de la mine de charbon de HD Mining située près de Tumbler Ridge, en Colombie-Britannique (la mine de la rivière Murray) étaient susceptibles « d'avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail canadien ».

[3] The novelty of this application, the recent public interest in the TFWP and the significance of the issues to the applicants, the corporate respondents and the ministers, made for a hard-fought application. All counsel are thanked for their comprehensive written and oral submissions. Five pre-hearing motions remained outstanding at the commencement of the hearing on the merits and were argued over a full day. Before the merits were heard, I issued oral rulings to be followed by formal reasons and orders for all but part of one motion which was reserved and is dealt with in these reasons for judgment.

[3] La nature inédite de la présente demande, l'intérêt que le public a récemment démontré à l'égard du PTÉT ainsi que l'importance des questions en litige pour les demandeurs, les sociétés défenderesses et les ministres ont fait que la demande fut chaudement débattue. La Cour remercie l'ensemble des avocats pour leurs observations écrites et orales détaillées. Cinq requêtes préalables à l'audience étaient toujours en suspens au début de l'audition de l'affaire sur le fond et elles ont fait l'objet d'un jour complet d'audience. Avant d'entendre les arguments sur le fond, j'ai rendu des décisions de vive voix devant être suivies de motifs et d'ordonnances écrits pour toutes les requêtes sauf une, laquelle fut mise en délibéré et est réglée dans les présents motifs du jugement.

BACKGROUND

The Parties

[4] The applicants are trade unions who represent mining workers in British Columbia. They do not represent any workers of HD Mining at the Murray River Project. As previously noted, they were granted public interest standing by order of Justice Campbell dated November 22, 2012, “because, realistically, no other means exist to engage judicial accountability with respect to the decision-making that has occurred within an important government strategy to maintain the economic health of Canada”.

[5] HD Mining describes its principal business activity as “mine properties development, mines development, [and] coal mining”. HD Mining applied for LMOs on March 2, 2012, and March 15, 2012, to bring 201 temporary foreign workers (TFWs) from China to Canada to fill 201 positions at the Murray River Project which were stated to be “necessary to work on the construction of the decline/shaft and complete bulk sample mining of coal” (the bulk sample work). Ten positive LMOs were issued by officer MacLean of HRSDC on April 25, 2012, and, as is noted above, it is his decision to issue these positive LMOs that is under review.

[6] The respondent Huiyong Holdings (BC) Ltd. is the controlling shareholder of HD Mining.

[7] Canadian Dehua International Mines Group Inc. (CDI) owns 40 percent of the shares of HD Mining. The Murray River Project was previously to have been undertaken by CDI. In March 2011, CDI applied for LMOs for 92 foreign workers most of whom, according to officer MacLean in his Bulk Request Assessment and Recommendation, a document described below, were underground coal miner and underground coal support and service workers. CDI received positive LMOs on April 15, 2011.

LE CONTEXTE

Les parties

[4] Les demandeurs sont des syndicats qui représentent des travailleurs des mines en Colombie-Britannique. Ils ne représentent aucun des travailleurs de HD Mining à la mine de la rivière Murray. Comme il a déjà été mentionné, la Cour leur a reconnu qualité pour agir dans l'intérêt public par l'ordonnance du juge Campbell du 22 novembre 2012 [TRADUCTION] « parce que, de façon réaliste, il n'y a aucun autre moyen de faire contrôler par la Cour la décision rendue en vertu d'une importante stratégie gouvernementale visant à préserver la santé économique du Canada ».

[5] HD Mining décrit la principale activité de son entreprise comme étant [TRADUCTION] « le développement de biens-fonds miniers, la mise en valeur de mines et le charbonnage ». HD Mining a présenté des demandes d'AMT les 2 et 15 mars 2012, en vue de faire venir au Canada 201 travailleurs étrangers temporaires (TÉT) provenant de la Chine pour pourvoir 201 postes à la mine de la rivière Murray; ces postes, déclarait-on, étaient [TRADUCTION] « nécessaires pour le travail de construction de la rampe et du puits et pour terminer l'échantillonnage global du charbon » (le travail d'échantillonnage global). M. MacLean de RHDC a rendu 10 AMT favorables le 25 avril 2012 et, comme il a déjà été mentionné, le présent contrôle judiciaire porte sur sa décision de rendre ces AMT favorables.

[6] La défenderesse Huiyong Holdings (BC) Ltd. est l'actionnaire détenant le contrôle de HD Mining.

[7] Canadian Dehua International Mines Group Inc. (CDI) possède 40 p. 100 des actions de HD Mining. La mine de la rivière Murray devait auparavant être exploitée par CDI. En mars 2011, CDI a demandé des AMT pour 92 travailleurs étrangers, dont la plupart, selon ce qu'a écrit M. MacLean dans son document intitulé [TRADUCTION] « Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples », lequel sera décrit plus loin, étaient des mineurs de charbon de fond et des travailleurs de soutien et de services de fond. CDI a reçu des AMT favorables le 15 avril 2011.

[8] Officer MacLean writes that he was advised by HD Mining that CDI “was not able to secure work permits” for these 92 foreign workers and HD Mining subsequently “assumed responsibility for the development and operation” of the Murray River Project and “essentially” HD Mining resubmitted the request for 84 of the 92 original foreign workers, together with LMOs for an additional 117 foreign workers, for a total of 201 foreign workers. More will be said of this later; however, the basis for the difference in the number of foreign workers requested between CDI and HD Mining was stated to be that CDI, unlike HD Mining, “did not include the construction of the mine shaft simultaneously with the construction of the decline”. Officer MacLean, when assessing the HD Mining application, did consider information in the CDI LMO file. Again, more will be said of this later.

[9] The two respondent ministers, the Minister of HRSDC and the Minister of CIC each are responsible for a portion of the TFWP. HRSDC, through Service Canada, is responsible for issuing LMOs. CIC, based in part on the LMO, is responsible for issuing work permits to the foreign workers covered by the LMOs permitting them to enter and work in Canada.

The Temporary Foreign Worker Program

[10] The ministers write in their memorandum that the TFWP is designed to “facilitate the entry of foreign workers from other countries to fill labour shortages”. Workers under the TFWP require work permits issued by CIC pursuant to section 200 of the Regulations in order to enter Canada. Subparagraph 200(1)(c)(iii) of the Regulations stipulates that a CIC officer “shall issue a work permit to a foreign national if”, among other things, the foreign national “has been offered employment, and an officer has made a positive determination under paragraphs 203(1)(a) to (e)”.

[8] M. MacLean a écrit que HD Mining l’avait avisé que CDI [TRADUCTION] « n’était pas en mesure d’obtenir des permis de travail » pour ces 92 travailleurs étrangers, et HD Mining a par la suite [TRADUCTION] « assumé la responsabilité pour la mise en valeur et les activités » de la mine de la rivière Murray et, [TRADUCTION] « pour l’essentiel », HD Mining a présenté de nouveau les demandes pour 84 des 92 travailleurs étrangers initiaux, avec des AMT pour 117 autres travailleurs étrangers, pour un total de 201 travailleurs étrangers. Nous reviendrons sur ce sujet plus loin; toutefois, on a déclaré que la différence entre le nombre de travailleurs étrangers demandés par CDI et par HD Mining venait du fait que CDI, contrairement à HD Mining, [TRADUCTION] « n’avait pas inclus la construction du puits en même temps que celle de la rampe ». M. MacLean, pour apprécier la demande de HD Mining, a tenu compte des renseignements contenus dans le dossier d’AMT de CDI. Encore une fois, nous y reviendrons plus loin.

[9] Les deux ministres défendeurs, le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences ainsi que le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, ont chacun la charge d’une partie du PTÉT. RHDCC, par l’entremise de Service Canada, a la responsabilité de rendre les AMT. Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, en se fondant en partie sur l’AMT, est chargé de la délivrance des permis de travail aux travailleurs étrangers visés par les AMT, ce qui leur permet d’entrer et de travailler au Canada.

Le Programme des travailleurs étrangers temporaires

[10] Dans leurs mémoires, les ministres affirment que le PTÉT vise à [TRADUCTION] « faciliter l’entrée de travailleurs étrangers pour combler les pénuries de main-d’œuvre ». Pour entrer au Canada, les travailleurs visés par le PTÉT ont besoin de permis de travail délivrés par CIC en application de l’article 200 du Règlement. Le sous-alinéa 200(1)c)(iii) du Règlement dispose que l’agent de CIC « délivre un permis de travail à l’étranger si », notamment, l’étranger « a reçu une offre d’emploi et l’agent a rendu une décision positive conformément aux alinéas 203(1)a) à e) ».

[11] The positive determination required to be made by the CIC officer under paragraphs 203(1)(a) to (e) of the Regulations includes, in paragraph 203(1)(b), a determination by an officer “on the basis of an opinion provided” by HRSDC whether “the employment of the foreign national is likely to have a neutral or positive effect on the labour market in Canada”.

[12] The “opinion” provided by HRSDC is the LMO. Paragraphs 203(3)(a) to (f) of the Regulations stipulate the factors the officer is to consider when issuing an opinion as to whether “the employment of the foreign national is likely to have a neutral or positive effect on the labour market in Canada”:

203. ...

(3) ...

(a) whether the employment of the foreign national is likely to result in direct job creation or job retention for Canadian citizens or permanent residents;

(b) whether the employment of the foreign national is likely to result in the creation or transfer of skills and knowledge for the benefit of Canadian citizens or permanent residents;

(c) whether the employment of the foreign national is likely to fill a labour shortage;

(d) whether the wages offered to the foreign national are consistent with the prevailing wage rate for the occupation and whether the working conditions meet generally accepted Canadian standards;

(e) whether the employer has made, or has agreed to make, reasonable efforts to hire or train Canadian citizens or permanent residents; and

(f) whether the employment of the foreign national is likely to adversely affect the settlement of any labour dispute in progress or the employment of any person involved in the dispute.

HD Mining’s LMO Applications and the Assessment Process

[13] On March 2, 2012, HD Mining submitted an application for 84 TFWs it required to construct the decline

[11] Pour rendre une décision conformément aux alinéas 203(1)a) à e) du Règlement, l’agent de CIC examine, selon l’alinéa 203(1)b), « en se fondant sur l’avis » de RHDCC, si « l’exécution du travail par l’étranger est susceptible d’avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail canadien ».

[12] L’« avis » de RHDCC est l’AMT. Selon les alinéas 203(3)a) à f) du Règlement, l’agent fonde son avis sur la question de savoir si « l’exécution du travail par l’étranger est susceptible d’avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail canadien » sur les facteurs suivants :

203. [...]

(3) [...]

a) l’exécution du travail par l’étranger est susceptible d’entraîner la création directe ou le maintien d’emplois pour des citoyens canadiens ou des résidents permanents;

b) l’exécution du travail par l’étranger est susceptible d’entraîner le développement ou le transfert de compétences ou de connaissances au profit des citoyens canadiens ou des résidents permanents;

c) l’exécution du travail par l’étranger est susceptible de résorber une pénurie de main-d’œuvre;

d) le salaire offert à l’étranger correspond aux taux de salaires courants pour cette profession et les conditions de travail qui lui sont offertes satisfont aux normes canadiennes généralement acceptées;

e) l’employeur a fait ou accepté de faire des efforts raisonnables pour embaucher ou former des citoyens canadiens ou des résidents permanents;

f) le travail de l’étranger est susceptible de nuire au règlement d’un conflit de travail en cours ou à l’emploi de toute personne touchée par ce conflit.

Les demandes d’AMT de HD Mining et le processus d’appréciation

[13] Le 2 mars 2012, HD Mining a présenté une demande pour 84 TÉT dont elle avait besoin pour

at the Murray River Project. On March 15, 2012, it submitted a further application for 117 TFWs it required for shaft construction. In total, HD Mining sought 10 LMOs covering 201 TFWs in 6 job categories, as follows: 65 underground production and development miners, 16 underground conveyor operators, 14 underground coal ventilation workers, 8 underground coal dewater workers (mine service and support workers), 14 mechanics—mining machinery, 30 underground production and development miners, 16 underground conveyor operators, 7 underground coal ventilation workers, 16 underground coal mine timbermen, and 15 mechanics—mining machinery.

[14] On April 2, 2012, officer MacLean of Service Canada was assigned to process these requests. He worked full-time on these applications between April 10, 2012, and April 25, 2012. In his affidavit, sworn March 19, 2013, officer MacLean describes the process he followed in assessing these LMO applications. He conducted labour market information (LMI) research, identified the *National Occupational Classification* (NOC) codes that corresponded to the positions referenced in the applications, assessed the prevailing wage rates for the applicable NOCs, reviewed proof of recruitment and advertising, and conducted telephone interviews with representatives of HD Mining.

[15] In addition to independent research, as noted above officer MacLean accessed Service Canada's file on the LMO application submitted the previous year by CDI. He attests that "I was not the program officer who assessed and approved the 2011 CDI LMOs but I reviewed the file information and any LMI research conducted during the assessment of that file for background information". Officer MacLean was cross-examined on his access to and reliance on the CDI LMO file and, as discussed below, the fact that that entire file was not included in the certified tribunal record (CTR) is a significant matter of dispute.

construire la rampe de la mine de la rivière Murray. Le 15 mars 2012, elle a présenté une autre demande pour 117 TÉT pour construire le puits. Au total, HD Mining a sollicité 10 AMT pour 201 TÉT dans 6 catégories d'emploi, c'est-à-dire : 65 mineurs de fond à la préparation et à la production, 16 opérateurs de convoyeur de fond, 14 travailleurs de fond à la ventilation, 8 travailleurs de fond à la déshydratation du charbon (personnel d'entretien et de soutien des mines), 14 mécaniciens de machines de mines, 30 mineurs de fond à la préparation et à la production, 16 opérateurs de convoyeur de fond, 7 travailleurs de fond à la ventilation, 16 boiseurs de fond, et 15 mécaniciens de machines de mines.

[14] Le 2 avril 2012, on a affecté M. MacLean de Service Canada au traitement de ces demandes. Il y a travaillé à temps plein du 10 au 25 avril 2012. Dans son affidavit souscrit le 19 mars 2013, M. MacLean a décrit le processus qu'il avait suivi pour apprécier ces demandes d'AMT. Il a examiné l'information sur le marché du travail (IMT), déterminé les codes de la *Classification nationale des professions* (CNP) qui correspondaient aux postes mentionnés dans les demandes, évalué les salaires courants pour les codes de la CNP applicables, examiné la preuve relative au recrutement et aux annonces, et mené des entrevues téléphoniques avec des représentants de HD Mining.

[15] En plus d'effectuer une recherche indépendante, comme il a été mentionné ci-dessus, M. MacLean a eu accès au dossier de Service Canada au sujet de la demande d'AMT présentée par CDI l'année précédente. Il affirme ce qui suit : [TRADUCTION] « Je n'étais pas l'agent de programme qui avait apprécié et approuvé les AMT de CDI en 2011, mais j'ai examiné les renseignements au dossier ainsi que toute recherche d'IMT effectuée durant l'appréciation de ce dossier pour avoir de l'information générale. » M. MacLean a été contre-interrogé au sujet de l'accès au dossier d'AMT de CDI et de l'utilisation qu'il en avait fait et, comme cela sera analysé plus loin, le fait que l'ensemble de ce dossier n'était pas inclus dans la copie certifiée du dossier du tribunal (la CCDT) constitue une question en litige importante.

[16] Officer MacLean's assessment of the LMO applications is contained in "Assessment Notes" that he prepared and retained in the computer records of HRSDC. When his assessment was completed, he filled out an internal form entitled "Bulk Request Assessment and Recommendation" which briefly sets out a summary of the request, the wages and working conditions, recruitment efforts, and the officer's comments. He attests that HRSDC requires that this form be completed when an officer foresees "issuing a positive LMO involving more than 50 positions in a specific occupation". Officer MacLean transmitted his Bulk Request Assessment and Recommendation form by e-mail of April 23, 2012, to a number of persons stating that "[a]ny comments, guidance, objections, etc would be appreciated". No substantive feedback was received, and officer MacLean issued 10 positive LMOs to HD Mining covering the 201 TFWs.

PRE-HEARING MOTIONS

[17] As noted earlier, five outstanding motions were heard at the commencement of the hearing. Rulings and orders have issued on all except the motion— motion No. 2, which challenges the admissibility of affidavits sworn by Curtis Harold and Douglas Sweeney, which was taken under reserve.

Motion No. 2

[18] By motion filed March 28, 2013, CDI challenged the admissibility of the following:

- a. affidavit No. 1 of Curtis Harold, sworn March 8, 2013; and
- b. affidavit of Douglas Sweeney, sworn March 13, 2013.

[19] The applicants' purpose in filing the affidavits of Mr. Harold and Mr. Sweeney was to support its submission that HD Mining misrepresented to HRSDC the

[16] L'examen par M. MacLean des demandes d'AMT se trouve dans les [TRADUCTION] « Notes d'appréciation » qu'il a rédigées et conservées dans les dossiers informatiques de RHDCC. Après avoir terminé son appréciation, il a rempli un formulaire interne intitulé « Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples », lequel résume la demande, les salaires et les conditions de travail, les efforts de recrutement, ainsi que les commentaires de l'agent. Il a affirmé que RHDCC exige que ce formulaire soit rempli lorsqu'un agent envisage [TRADUCTION] « de rendre un avis favorable concernant plus de 50 postes dans une profession en particulier ». Le 23 avril 2012, M. MacLean a transmis son formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples par courriel à un certain nombre de personnes en déclarant ceci : [TRADUCTION] « J'aimerais recevoir vos commentaires, vos conseils, vos objections, etc. » M. MacLean n'a reçu aucun commentaire important et il a rendu 10 AMT favorables à HD Mining pour les 201 TÉT.

LES REQUÊTES PRÉALABLES À L'AUDIENCE

[17] Comme cela a déjà été mentionné, cinq requêtes en suspens ont été entendues au début de l'audience. Des décisions et des ordonnances ont été rendues à l'égard de toutes les requêtes, à l'exception de la deuxième requête, dans laquelle on contestait l'admissibilité d'affidavits souscrits par Curtis Harold et Douglas Sweeney, et qui avait été mise en délibéré.

La deuxième requête

[18] Au moyen d'une requête déposée le 28 mars 2013, CDI contestait l'admissibilité des éléments suivants :

- a. le premier affidavit de Curtis Harold, souscrit le 8 mars 2013;
- b. l'affidavit de Douglas Sweeney, souscrit le 13 mars 2013.

[19] L'objectif des demandeurs, en déposant les affidavits de M. Harold et de M. Sweeney, était d'étayer leur observation selon laquelle HD Mining avait fait de

nature of its mining operation at the Murray River Project. They submit that these affidavits show that HD Mining had represented to the B.C. Ministry of Natural Resource Operations, when it applied for a bulk sample permit, that the mining technique it would use for that purpose was room and pillar and not long-wall mining. This is said to be contrary to the statement in the letter submitted with the LMO applications, that “HD Mining will be utilizing a long-wall mining construction method” which had not been used in Canada.

[20] In the submission of the applicants, this evidence shows that HD Mining had obtained the LMOs through misrepresentation. Moreover, it was submitted, if the Court found that officer MacLean erred in his decision, this evidence went to whether the Court ought to, as HD Mining requested, exercise its discretion and refuse to set the LMOs aside.

[21] At the close of argument, I held that it was premature to rule on the admissibility of these affidavits without having heard full submissions on the merits. Having now heard the parties' submissions on the merits and having considered the parties' submissions on the motion, I find that these two affidavits are not admissible in the application. Moreover, as I discuss below, even if they had been admitted, they would have been given no weight as they are unreliable and do not support the claim of the applicants that HD Mining misrepresented anything to HRSDC.

Affidavit No. 1 of Curtis Harold, sworn March 8, 2013

[22] Mr. Harold is a business agent for one of the applicant unions. He attended at the offices of the B.C. Ministry of Natural Resource Operations “where arrangements had been made to make available materials submitted by HD Mining for the Murray River Project”.

fausses déclarations à RHDCC quant à la nature de son exploitation minière à la rivière Murray. Ils soutiennent que ces affidavits démontrent que HD Mining avait déclaré au ministère de l'Exploitation des ressources naturelles de la Colombie-Britannique, lorsqu'elle avait demandé un permis d'échantillonnage global, que la technique minière qu'elle utiliserait à cette fin était celle des chambres et des piliers, et non celle des longues tailles. On affirme que cela est contraire à l'énoncé qui se trouve dans la lettre présentée avec les demandes d'AMT, selon lequel : [TRADUCTION] « HD Mining emploiera une méthode de construction par longues tailles ». Cette technique n'avait pas été utilisée au Canada.

[20] Selon les observations des demandeurs, ces éléments de preuve démontrent que HD Mining avait obtenu les AMT au moyen de fausses déclarations. De plus, a-t-on soutenu, si la Cour concluait que M. MacLean avait commis une erreur dans sa décision, ces éléments de preuve soulèveraient la question de savoir si la Cour devrait, comme l'a demandé HD Mining, exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'annuler les AMT.

[21] À la fin des plaidoiries, j'ai jugé qu'il était prématuré de rendre une décision quant à l'admissibilité de ces affidavits sans avoir entendu toutes les observations sur le fond. Cela ayant maintenant été fait, et après avoir tenu compte des observations des parties à l'égard de la requête, je conclus que ces deux affidavits ne sont pas admissibles dans la présente demande. En outre, comme je le mentionne plus loin, même s'ils avaient été admis en preuve, je ne leur aurais accordé aucun poids, puisqu'ils étaient peu fiables et n'étaient pas la prétention des demandeurs selon laquelle HD Mining avait fait de fausses déclarations à RHDCC.

Le premier affidavit de Curtis Harold, souscrit le 8 mars 2013

[22] M. Harold est un agent pour un des syndicats demandeurs. Il s'était rendu aux bureaux du ministère de l'Exploitation des ressources naturelles de la Colombie-Britannique, [TRADUCTION] « où les documents présentés par HD Mining pour la mine de la rivière

Mr. Harold met Diane Howe, the deputy chief inspector of Mines, who had been informed that he would be coming to copy the application HD Mining had submitted for the Murray River Project.

[23] He says that Ms. Howe “took me to a table with a number of binders of documents” which she described as “the application I had requested”. He was also provided with “an electronic version of the application, which Ms. Howe copied”. Mr. Harold says that he was later informed by counsel for the applicants that he had been provided with “the wrong file”.

[24] Consequently, Mr. Harold re-attended at the Ministry offices and was directed by Ms. Howe to a table of binders. He says that “I confirmed with Ms. Howe that these materials had been received from HD Mining and were in relation to the Murray River Project, and I inspected the documents and confirmed this was the case”. Again, he was provided with an electronic version of the application file and was told to take the four large binders, rather than copy them, as they were copies of the original file. He says that he then sent both the electronic file and the paper file to the applicants’ lawyers.

[25] Although he swears that he was provided with both an electronic and paper copy of the Ministry’s file, he attaches only a small part of it to his affidavit, which makes it impossible for the Court to make any assessment whether the entire contents of the application supports what he claims.

[26] Specifically, Mr. Harold attached to his affidavit three exhibits, which he describes as follows:

10. I attach as Exhibit “A” to my affidavit a copy of the “Notice of Work Application: Murray River Coal Bulk Sample Project” dated June 30, 2011 which was included in both the electronic and paper versions of the materials I was provided by the Ministry of Natural Resource Operations on February 15, 2013, and including the support document

Murray devaient être disponibles ». M. Harold a rencontré Diane Howe, l’inspectrice en chef adjointe des mines, qui avait été informée qu’il viendrait faire une copie de la demande que HD Mining avait présentée pour la mine de la rivière Murray.

[23] Il affirme que M^{me} Howe [TRADUCTION] « m’a emmené à une table sur laquelle il y avait un certain nombre de cartables » qu’elle a décrits comme [TRADUCTION] « la demande que j’avais sollicitée ». On lui a également fourni [TRADUCTION] « une version électronique de la demande, dont M^{me} Howe avait fait une copie ». M. Harold affirme qu’il a par la suite été informé par les avocats des demandeurs qu’on lui avait donné [TRADUCTION] « le mauvais fichier ».

[24] Par conséquent, M. Harold est retourné aux bureaux du ministère, et M^{me} Howe l’a dirigé vers une table sur laquelle il y avait des cartables. Il affirme que : [TRADUCTION] « M^{me} Howe m’a confirmé que ces documents provenaient de HD Mining et concernaient la mine de la rivière Murray, et j’ai examiné les documents et confirmé que c’était le cas. » On lui a encore une fois fourni une version électronique du dossier de la demande et on lui a dit de prendre les quatre grands cartables, au lieu d’en faire des copies, puisqu’il s’agissait de copies du dossier original. Il affirme avoir ensuite expédié la version électronique et la version papier du dossier aux avocats des demandeurs.

[25] Bien qu’il affirme qu’on lui a donné une copie électronique et une copie papier du dossier en possession du ministère, il n’en joint que des extraits à son affidavit, ce qui fait que la Cour ne peut savoir si le contenu complet de la demande était sa prétention.

[26] Plus particulièrement, M. Harold a joint à son affidavit trois pièces qu’il décrit ainsi :

[TRADUCTION]

10. Je joins à mon affidavit, en tant que pièce A, une copie du document intitulé « Avis de demande de travaux : projet d’échantillonnage global de charbon de la rivière Murray », daté du 30 juin 2011, qui se trouvait dans les deux versions, électronique et papier, des documents que m’a fournis le ministère de l’Exploitation des ressources naturelles le

“First Aid and Mine Rescue Emergency Response”, but excluding the other support documents..

11. I attach as Exhibit “B”: to my affidavit a copy of the Attachment “C” to the Notice of Work Application, titled “Murray River Bulk Sample Design” which I was also provided by the Ministry of Natural Resource Operations on February 15, 2013. This document was only included in the paper version of the file that I copied.

12. I attach as Exhibit “C” to my affidavit a copy of extracts of the “Supplement to Notice of Work Application – Murray River Project Bulk Coal Sample” dated January 18, 2012, including the covering letter, List of Documents, Updated Equipment List, and Safety Procedures for Bulk Sample Mining. I was also provided this document by the Ministry of Natural Resource Operations on February 15, 2013. This document was only included in the paper version of the file that I copied.

13. The supplement to Notice of Work Application was the most recent document included in the materials that I was provided by the staff at the Ministry of Natural Resource Operations. I did ask if they had any further documents that pertained to the Murray River Project and I was told that I had been provided with all of the documents they had in relation to the Murray River Project.

[27] CDI opposes the admissibility of this affidavit and these exhibits, in part, based on a submission that the applicants, in filing this material, are trying to do an end-run around an earlier pre-hearing order of this Court. Before being granted leave in this application, the applicants sought leave to file an affidavit in reply attaching thereto as exhibits the two documents attached as exhibits A and B to Mr. Harold’s affidavit. Leave was refused by Justice Manson, who wrote that those documents “are outdated and do not reflect the supplemental information in respect of HD Mining’s operations provided to the Ministry of Energy, Mines and Natural Gas, in the period of January 2012 through January 2013, including the time the labour market opinions (LMOs) were applied for in March 2012”.

15 février 2013, y compris le document à l’appui intitulé « Intervention d’urgence en matière de premiers soins et de sauvetage dans la mine », mais excluant les autres documents à l’appui.

11. Je joins à mon affidavit, en tant que pièce B, une copie de la pièce C jointe à l’avis de demande de travaux, intitulée « Conception de l’échantillonnage global de la rivière Murray », que m’a aussi fournie le ministère de l’Exploitation des ressources naturelles le 15 février 2013. Ce document ne faisait partie que de la version papier du dossier dont j’ai fait une copie.

12. Je joins à mon affidavit, en tant que pièce C, une copie du « Supplément à l’avis de demande de travaux : projet d’échantillonnage global de charbon de la rivière Murray », daté du 18 janvier 2012, y compris la lettre d’accompagnement, la liste de documents, la liste mise à jour du matériel et les consignes de sécurité pour l’échantillonnage global. Ce document m’a aussi été fourni le 15 février 2013 par le ministère de l’Exploitation des ressources naturelles. Ce document ne faisait partie que de la version papier du dossier dont j’ai fait une copie.

13. Le supplément à l’avis de demande de travaux était le document le plus récent compris dans la documentation qui m’a été donnée par les fonctionnaires du ministère de l’Exploitation des ressources naturelles. Je leur ai demandé s’ils avaient d’autres documents concernant la mine de la rivière Murray et ils m’ont dit qu’ils m’avaient fourni tous les documents en leur possession relativement à la mine de la rivière Murray.

[27] CDI s’oppose à l’admissibilité de cet affidavit et de ces pièces, notamment en affirmant que les demandeurs, par le dépôt de cette documentation, tentent de contourner une ordonnance antérieure préalable à l’audience rendue par la Cour. Avant que l’autorisation relative à la présente demande soit accordée, les demandeurs avaient sollicité l’autorisation de déposer un affidavit en réponse auquel étaient jointes, en tant que pièces, les pièces A et B de l’affidavit de M. Harold. Le juge Manson avait refusé l’autorisation et avait écrit que ces documents [TRADUCTION] « ne sont pas à jour et ne reflètent pas les renseignements supplémentaires quant aux activités de HD Mining fournis au ministère de l’Énergie, des Mines et du Gaz naturel de janvier 2012 à janvier 2013, y compris au moment de la demande d’avis relatifs au marché du travail (AMT) en mars 2012 ».

[28] In finding that the applicants' proposed information was outdated, Justice Manson relied on information contained in affidavit 3 of Michael Xiao sworn February 22, 2013, which had been filed in response to the applicants' motion. In it Mr. Xiao swears to filing plans and drawings up to January 2013. The reference by HD Mining to that affidavit in its memorandum was the subject of a motion and it was ruled that the reference to it was improper.

[29] CDI also objects to the admissibility of Mr. Harold's affidavit on the basis that it includes hearsay evidence and contains materials not before the decision maker.

[30] Rule 10 of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (the Immigration Rules) speaks to an applicant filing "supporting affidavits verifying the facts relied on by the applicant in support of the application". Justice Manson noted that "this Court has granted some latitude in permitting documents to be provided beyond those before the decision maker"; however, an affidavit filed in support must be confined to facts within the personal knowledge of the deponent. Hearsay is admissible provided necessity and reliability are established: *Zheng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 1152. The applicants made no effort to establish that it was "necessary" that the affidavit with its attachments be sworn by someone other than the government official responsible for maintaining these official documents. I suspect no such argument was available because Ms. Howe, who would have been an appropriate affiant, was apparently very co-operative with and helpful to the applicants.

[31] Further, I do not find that this evidence is reliable. Mr. Harold swears that he was provided with a paper and an electronic copy but some of the exhibited documents are found only in one source. In particular, the Supplement to Notice of Work Application – Murray River Project Bulk Coal Sample dated January 18, 2012, which was not before Justice Manson, was found only

[28] Pour conclure que les renseignements proposés par les demandeurs n'étaient pas à jour, le juge Manson s'est appuyé sur les renseignements dans le troisième affidavit de Michael Xiao, souscrit le 22 février 2013, qui avait été déposé en réponse à la requête des demandeurs. Dans cet affidavit, M. Xiao affirme qu'il y a eu dépôt de plans et de schémas jusqu'en janvier 2013. Le fait que HD Mining ait fait mention de cet affidavit dans son mémoire fut l'objet d'une requête et on a jugé que cette mention était inappropriée.

[29] CDI s'oppose aussi à l'admissibilité de l'affidavit de M. Harold du fait qu'il comprend une preuve par oui-dire et qu'il contient des éléments dont le décideur ne disposait pas.

[30] La règle 10 des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (les Règles en matière d'immigration), renvoie à « un ou plusieurs affidavits établissant les faits invoqués à l'appui » de la demande. Le juge Manson a fait remarquer que [TRADUCTION] « la Cour a fait preuve d'une certaine latitude en permettant que des documents soient présentés en plus de ceux dont disposait le décideur »; toutefois, un affidavit déposé à l'appui d'une demande doit se limiter aux faits dont l'auteur a une connaissance personnelle. Le oui-dire est recevable, pourvu que l'on en démontre la nécessité et la fiabilité : *Zheng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1152. Les demandeurs n'ont fait aucun effort pour établir qu'il était « nécessaire » que l'affidavit comprenant ces pièces soit souscrit par quelqu'un d'autre que le fonctionnaire chargé de la conservation de ces documents officiels. Je suppose qu'on ne pouvait pas invoquer un argument de ce genre, parce qu'il semble que M^{me} Howe, qui aurait pu faire un tel affidavit, avait très bien collaboré avec les demandeurs et leur avait apporté son aide.

[31] En outre, je ne puis conclure que cette preuve est fiable. M. Harold affirme qu'on lui avait donné une copie papier et une copie électronique, mais certains des documents joints ne proviennent que d'une seule source. Plus précisément, le [TRADUCTION] « Supplément à l'avis de demande de travaux : projet d'échantillonnage global de charbon de la rivière Murray » du 18 janvier 2012, dont

in the paper version of the file. This makes suspect the truth of the statement that Ms. Howe has provided a full paper and electronic copy of the application.

[32] More troubling is the hearsay statement from Mr. Harold that he was told, by some unnamed person, that he had been “provided with all the documents they had in relation to the Murray River Project” and that the most recent document was the Supplement to Notice of Work Application – Murray River Project Bulk Coal Sample dated January 18, 2012. It is troubling because no source of this information is stated by Mr. Harold and because Justice Manson references information provided to the Ministry “in the period January 2012 through January 2013” (emphasis added). In light of this Court’s prior statement that there was information provided up to January 2013, evidence to the contrary, to be reliable, had to be based on personal knowledge, not hearsay.

[33] As the affidavit does not meet the test for an exception to the admissibility of hearsay evidence in applications under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), it is not admissible.

Affidavit of Douglas Sweeney, sworn March 13, 2013

[34] Mr. Sweeney is a former chief inspector of Mines for British Columbia. He swears that he was “in touch” with Ms. Howe and had requested that she provide him with “a copy of the Bulk Sample Permit that was issued to HD Mining for the Murray River Project, as well as the Notice of Work Application”. In Ms. Howe’s e-mail to him she writes:

Attached is a copy of the Bulk Sample permit for the Murray River project. I just checked on the [Notice of Work] and it is an immense document and sorry but I will not be able to get a copy for your review, we just don’t have the time or the folks that can help put it together in a timely way.

ne disposait pas le juge Manson, ne se trouvait que dans la version papier du dossier. Cela met en doute la véracité de la déclaration selon laquelle M^{me} Howe a fourni une copie complète, en format papier et en format électronique, de la demande.

[32] Ce qui est plus troublant, c’est la déclaration de M. Harold selon laquelle une personne non identifiée lui a dit que les fonctionnaires lui [TRADUCTION] « avaient fourni tous les documents en leur possession relativement à la mine de la rivière Murray » et que le document le plus récent était le [TRADUCTION] « Supplément à l’avis de demande de travaux : projet d’échantillonnage global de charbon de la rivière Murray » du 18 janvier 2012. Cela est troublant, parce que M. Harold ne donne aucune source pour ces renseignements et parce que le juge Manson fait mention de renseignements fournis au ministère [TRADUCTION] « de janvier 2012 à janvier 2013 » (non souligné dans l’original). À la lumière de l’énoncé antérieur de la Cour selon lequel des renseignements ont été fournis jusqu’en janvier 2013, la preuve du contraire, pour être fiable, devait être fondée sur une connaissance personnelle, et non sur du ouï-dire.

[33] Comme l’affidavit ne satisfait pas au critère pour constituer une exception quant à la non-admissibilité de la preuve par ouï-dire lors de demandes présentées au titre de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), il n’est pas admissible.

Affidavit de Douglas Sweeney, souscrit le 13 mars 2013

[34] M. Sweeney était inspecteur en chef des mines de la Colombie-Britannique. Il affirme qu’il [TRADUCTION] « communiquait » avec M^{me} Howe et qu’il lui avait demandé de lui remettre [TRADUCTION] « une copie du permis d’échantillonnage global qui avait été délivré à HD Mining pour la mine de la rivière Murray, ainsi que l’avis de demande de travaux ». M^{me} Howe a écrit ce qui suit dans le courriel qu’elle a envoyé à M. Sweeney :

[TRADUCTION] Veuillez trouver ci-jointe une copie du permis d’échantillonnage global pour la mine de la rivière Murray. Je viens tout juste d’examiner [l’avis de demande] et il s’agit d’un très gros document et, malheureusement, je ne serai pas capable d’obtenir une copie afin que vous puissiez l’examiner,

Mr. Sweeney goes on in his affidavit to attest that he “was, however, able to get a copy of the Notice of Work Application from the Steelworkers and from Mr. Gordon, as described above”. What is “described above” is that Mr. Gordon, counsel for the applicants provided him with a copy of:

Affidavit #3 of Michael Xiao, as well as with the Notice of Work Application, Murray River Coal Bulk Sample Project dated June 30, 2011 and submitted by HD Mining, as well as portions of the Supplement to the Notice of Work Applications, Murray River Coal Bulk Sample Project dated January 12, 2012 [*sic*], which portions included a covering letter addressed to Diane Howe, the Deputy Chief Inspector of Mines Reclamation and Permitting, a List of Documents, Updated Equipment List, and Bulk Sample Related Safety Procedures.

[35] This evidence raises additional concerns. First, according to Curtis Harold, on February 15, 2013, Ms. Howe provided him with an electronic copy of the Ministry’s file as well as a paper copy. That file material included the notice of work; however, very shortly thereafter Ms. Howe tells Mr. Sweeney that she can’t get him a copy because “we just don’t have the time or the folks that can help put it together in a timely way”. How can that be if a paper and an electronic version had already been assembled and given to Mr. Harold?

[36] Second, the bulk sample permit issued to HD Mining on March 15, 2012 which Ms. Howe sent to Mr. Sweeney was, one would assume, contained in the Ministry’s file; however, this permit was not included in the allegedly complete materials she provided to Mr. Gordon on February 15, 2013—11 months after the permit was issued. We know that it was not included because Mr. Gordon says that the most recent document the Ministry had, a copy of which was given to him, was

nous ne disposons tout simplement pas du temps ni du personnel nécessaires pour que l’on puisse rassembler tout cela en temps opportun.

M. Sweeney déclare ensuite dans son affidavit que [TRADUCTION] « comme il a déjà été mentionné, j’ai pu toutefois obtenir de la part des Métallos et de M^e Gordon une copie de l’avis de demande de travaux ». Ce qui avait « déjà été mentionné », c’était que M^e Gordon, l’avocat des demandeurs, lui avait déjà remis une copie des documents suivants :

[TRADUCTION] Le troisième affidavit de Michael Xiao, l’avis de demande de travaux, le projet d’échantillonnage global de charbon de la rivière Murray du 30 juin 2011 déposé par HD Mining, ainsi que des extraits du supplément à l’avis de demande de travaux : projet d’échantillonnage global de charbon de la rivière Murray du 12 janvier 2012 [*sic*], lesquels extraits comprenaient une lettre d’accompagnement adressée à Diane Howe, l’inspectrice en chef adjointe de la restauration des mines et des permis, une liste de documents, une liste mise à jour du matériel et les consignes de sécurité pour l’échantillonnage global.

[35] Cet élément de preuve soulève d’autres préoccupations. Premièrement, selon Curtis Harold, M^{me} Howe lui a remis une copie électronique et une copie papier du dossier du Ministère le 15 février 2013. Ces pièces comprenaient la demande de travaux; toutefois, très peu de temps après, M^{me} Howe a dit à M. Sweeney qu’elle ne pouvait pas lui fournir une copie parce que [TRADUCTION] « nous ne disposons tout simplement pas du temps ni du personnel nécessaires pour que l’on puisse rassembler tout cela en temps opportun ». Comment cela était-il possible, si une copie électronique et une copie papier avaient déjà été rassemblées et remises à M. Harold?

[36] Deuxièmement, le permis d’échantillonnage global qui a été délivré à HD Mining le 15 mars 2012, et que M^{me} Howe a envoyé à M. Sweeney, figurait, on peut supposer, dans le dossier du ministère; toutefois, ce permis ne figurait pas parmi les documents censément complets que M^{me} Howe avait remis à M. Gordon le 15 février 2013 — 11 mois après la délivrance du permis. Nous savons qu’il n’y figurait pas parce que M. Gordon affirme que le document le plus récent dont

the supplement to the notice of work application which is dated January 18, 2012.

[37] These concerns offer further reason to question the completeness of the materials Mr. Harold was given and has produced. It also brings sharply into question the accuracy of the hearsay statement provided to Mr. Harold in his affidavit that the supplement to the notice of work dated January 18, 2012, was the most recent document in the Ministry files.

[38] In any event, Mr. Sweeney swears, based on his review of “portions of the Supplement to The Notice of Work Application dated January 12, 2012 [*sic*]”, including the updated equipment list and bulk sample related safety procedures, that “there is no indication in these documents that long wall mining will be used” nor does the equipment “list any long wall mining machinery”. I agree with CDI that Mr. Sweeney is offering an opinion based on these documents when he has not been qualified to provide one. Further, he is basing his opinion on documents that the Court has previously found to be “outdated”.

[39] In addition to those opinions, Mr. Sweeney lastly offers his opinion in paragraph 7 of his affidavit that “under paragraph 2(d) of the Bulk Sample Permit” HD Mining would be prevented from changing the method of bulk sampling. However, there is no paragraph 2(d) of the bulk sample permit. This may, as was submitted by the applicants, have been in error and he may have meant to reference paragraph 2(c); nonetheless, it does little to support any view that he has offered reliable evidence, even if it was not objectionable as opinion evidence.

[40] For these reasons, I find that the affidavit of Mr. Sweeney is not admissible. In any event, had it been accepted, it would have been given no weight. It is simply not reliable evidence as it relies in large part on

disposait le ministère, et dont copie lui avait été remise, était le supplément à l’avis de demande de travaux du 18 janvier 2012.

[37] Ces préoccupations constituent une autre raison de mettre en doute le caractère complet des documents qui ont été remis à M. Harold et que celui-ci a déposés. Elles mettent également en doute l’exactitude de la déclaration relatée par M. Harold dans son affidavit voulant que le supplément à l’avis de demande de travaux du 18 janvier 2012 fût le document le plus récent figurant dans les dossiers du Ministère.

[38] Quoiqu’il en soit, M. Sweeney affirme, en se fondant sur l’examen qu’il a fait des « extraits du supplément à l’avis de demande de travaux du 12 janvier 2012 [*sic*] », y compris la liste mise à jour du matériel et les consignes de sécurité pour l’échantillonnage global, que [TRADUCTION] « rien dans ces documents n’indique qu’une exploitation par longues tailles sera faite » et que la liste de matériel [TRADUCTION] « ne comprend pas du matériel pour l’exploitation par longues tailles ». Je suis d’accord avec CDI pour affirmer que M. Sweeney formule une opinion fondée sur ces documents alors qu’il n’a pas les compétences pour en formuler une. De plus, il fonde son opinion sur des documents que la Cour a déjà jugés comme n’étant [TRADUCTION] « pas à jour ».

[39] En plus de ces opinions, M. Sweeney affirme en dernier lieu, au paragraphe 7, que [TRADUCTION] « selon l’alinéa 2d) du permis d’échantillonnage global », HD Mining ne pourrait pas changer de méthode d’échantillonnage global. Toutefois, le permis d’échantillonnage global ne comprend pas d’alinéa 2d). Comme les demandeurs le prétendent, il s’agissait peut-être d’une erreur et c’était peut-être de l’alinéa 2c) dont il voulait parler. Néanmoins, cela étaye peu l’opinion voulant qu’il ait produit une preuve digne de foi, même si elle n’était pas contestable à titre de preuve d’opinion.

[40] Pour ces motifs, je conclus que l’affidavit de M. Sweeney n’est pas admissible. De toute façon, même si je l’avais accepté, je ne lui aurais accordé aucune importance. Il ne s’agit tout simplement pas d’une

Mr. Harold's affidavit and its exhibits which I have found not to be reliable.

[41] Accordingly, I find that the affidavit No. 1 of Curtis Harold, sworn March 8, 2013, and the affidavit of Douglas Sweeney, sworn March 13, 2013, are inadmissible and are to be struck from the record.

ISSUES

[42] The parties raised a number of issues going to the merits of the application, which I summarize as the following:

1. Whether the Court has or should extend the time limit for seeking leave in this case;
2. Whether the decision maker has provided a proper record under Rule 17 of the Immigration Rules and, if it has not, what is the remedy for that breach?
3. Whether portions of officer MacLean's affidavit ought to be struck as an attempt to bolster the reasons for decision;
4. Whether HD Mining materially misrepresented the nature of the work in its LMO applications;
5. What is the appropriate standard of review of an officer's decision to grant a positive LMO; and
6. Whether officer MacLean made a reviewable error in deciding to issue positive LMOs to HD Mining.

ANALYSIS

1. Extension of Time

[43] The decision under review that positive LMOs would issue was made and communicated to HD Mining by correspondence dated April 25, 2012. Paragraph 72(2)(b) of IRPA provides that when an application

preuve digne de foi, car elle repose en grande partie sur l'affidavit de M. Harold et ses pièces, lesquels, selon moi, ne sont pas dignes de foi.

[41] Par conséquent, je conclus que le premier affidavit de Curtis Harold souscrit le 8 mars 2013 et l'affidavit de Douglas Sweeney souscrit le 13 mars 2013 ne sont pas admissibles; ils sont radiés du dossier.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[42] Les parties ont soulevé un certain nombre de questions portant sur le bien-fondé de la demande. Voici un résumé de ces questions :

1. La Cour a-t-elle prorogé, ou devrait-elle proroger, le délai prévu en l'espèce pour la demande d'autorisation?
2. Le décideur a-t-il produit un dossier conforme aux exigences prévues à la règle 17 des Règles en matière d'immigration et, dans le cas contraire, quel devrait être le redressement?
3. Des passages de l'affidavit de M. MacLean devraient-ils être radiés au motif qu'ils tentent d'étayer les motifs de sa décision?
4. HD Mining a-t-elle fait des déclarations inexactes importantes dans ses demandes d'AMT?
5. Quelle norme de contrôle convient-il d'appliquer à la décision d'un agent de rendre un AMT favorable?
6. M. MacLean a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en décidant de rendre un AMT favorable à HD Mining?

ANALYSE

1. Prorogation de délai

[43] La décision de rendre des AMT favorables qui fait l'objet du présent contrôle a été rendue et transmise à HD Mining par lettre datée du 25 avril 2012. L'alinéa 72(2)(b) de la LIPR prévoit que lorsqu'une

for leave and judicial review concerns a decision made in Canada, as this one was, the applicant is required to serve and file it “within 15 days ... after the day on which the applicant is notified of or otherwise becomes aware of the matter”. Paragraph 72(2)(c) provides that “a judge of the Court may, for special reasons, allow an extended time for filing and serving the application”.

[44] HD Mining says that it “strains credulity” to accept that the applicants did not have knowledge of the LMO decisions at an earlier date given that one of the applicant unions has members, and officials, and an office in Tumbler Ridge, and there was local media on this issue as early as spring 2011. This is speculative. The best evidence as to when the applicants first became aware of the positive LMOs having issued is found in the affidavit of Brian Cochrane, business manager of the International Union of Operating Engineers, Local 115 and affidavit No. 2 of Mark Olsen, business manager of the Construction and Specialized Workers’ Union, Local 1611, both of whom swear that they first became aware when the *Vancouver Sun* reported it on or about October 10, 2012. Both were cross-examined extensively but the evidence of neither was shaken. Accordingly, their evidence is accepted. By operation of paragraph 72(2)(b) of IRPA, the applicants’ time for serving and filing an application for leave and judicial review expired October 25, 2012.

[45] In their application for leave and judicial review, filed November 2, 2012, the applicants specifically requested an extension of time as required by the Immigration Rules. HD Mining, the only respondent that filed submissions, opposed both the leave and the extension of time request.

[46] Rule 6 of the Immigration Rules stipulates that “[a] request for an extension of time ... shall be made in the application for leave in accordance with Form IR-1” and that “[a] request for an extension of time shall be

demande d’autorisation et de contrôle judiciaire vise une décision rendue au Canada, comme c’est le cas en l’espèce, le demandeur doit la signifier et la déposer « dans les quinze [...] jours [...] suivant [...] la date où le demandeur en est avisé ou en a eu connaissance ». L’alinéa 72(2)c) prévoit que « le délai peut toutefois être prorogé, pour motifs valables, par un juge de la Cour ».

[44] HD Mining affirme qu’il [TRADUCTION] « est difficile de croire » que les demandeurs n’aient pas eu connaissance plus tôt des décisions relatives aux AMT étant donné que l’un des syndicats demandeurs compte des membres et des agents et possède un bureau à Tumbler Ridge, et que cette question a fait l’objet de discussions dans les médias locaux dès le printemps 2011. Il s’agit d’une hypothèse. La meilleure preuve quant au moment auquel les demandeurs ont appris que des AMT favorables avaient été remis figure dans l’affidavit de Brian Cochrane, directeur syndical de l’International Union of Operating Engineers, section locale 115, et dans le second affidavit de Mark Olsen, directeur syndical de la Construction and Specialized Workers’ Union, section locale 1611. Ceux-ci affirment qu’ils ont appris la nouvelle lorsque le *Vancouver Sun* en a fait mention le 10 octobre 2012 ou vers cette date. Ils ont tous deux fait l’objet d’un contre-interrogatoire serré et leurs témoignages n’ont pas été ébranlés. Par conséquent, leurs témoignages sont acceptés. Par application de l’alinéa 72(2)b) de la LIPR, le délai accordé aux demandeurs pour signifier et déposer une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire a expiré le 25 octobre 2012.

[45] Dans leur demande d’autorisation et de contrôle judiciaire déposée le 2 novembre 2012, les demandeurs ont sollicité explicitement une prorogation de délai comme l’exigent les Règles en matière d’immigration. HD Mining, la seule défenderesse qui a déposé des observations, s’est opposée à la fois à la demande d’autorisation et de prorogation de délai.

[46] La règle 6 des Règles en matière d’immigration dispose que « [t]oute demande visant la prorogation du délai [...] se fait dans la demande d’autorisation même, selon la formule IR-1 » et qu’« il est statué sur la

determined at the same time, and on the same materials, as the application for leave” (emphasis added). Justice Russell granted leave but did not specifically address the request for an extension of time in his order.

[47] HD Mining submits that the question of leave remains a live issue and, relying on *Deng Estate v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 59, 79 Imm. L.R. (3d) 181 (*Deng Estate*) and *Khalife v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 221, [2006] 4 F.C.R. 437 (*Khalife*), submits that “where the order granting leave to submit the application for judicial review is silent on this preliminary issue (as it is in this case), it should not be presumed that an extension of time has been granted”.

[48] In *Deng Estate*, the [Federal] Court of Appeal [at paragraph 16] expressly agreed with the following statement by Justice Tremblay-Lamer in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Eason*, 2005 FC 1698, 286 F.T.R. 14 [at paragraph 20], which, although it dealt with a decision of a member of the Pension Appeal Board, was stated by the [Federal] Court of Appeal to be a “similar situation” to the immigration matter before it:

However, as stated above, the member was silent on the issue of extension of time. The respondent suggests that as leave to appeal cannot be granted unless an extension of time is also granted, it can be inferred from the member’s decision to grant leave that she also granted an extension of time. I disagree. While Mr. Eason did apply for the extension of time and for leave, it cannot automatically be inferred that the member turned her mind to the issue of extension of time simply because she granted leave. The granting of an extension of time must be explicitly considered by the decision maker. A member exceeds his jurisdiction, or fails to exercise his jurisdiction, if he grants leave to appeal without also granting an extension of time within which to appeal. [Emphasis added.]

demande de prorogation de délai en même temps que la demande d’autorisation et à la lumière des mêmes documents versés au dossier ». Dans son ordonnance, le juge Russell a accordé l’autorisation, mais n’a pas expressément examiné la demande de prorogation de délai.

[47] HD Mining prétend que la question de l’autorisation n’a pas encore été réglée et, se fondant sur l’arrêt *Deng c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CAF 59 (*Deng*), et la décision *Khalife c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 221, [2006] 4 R.C.F. 437 (*Khalife*), elle prétend que [TRADUCTION] « lorsque l’ordonnance accordant l’autorisation de présenter la demande de contrôle judiciaire est muette quant à cette question préliminaire (comme c’est le cas en l’espèce), il ne faut pas présumer qu’une prorogation de délai a été accordée ».

[48] Dans l’arrêt *Deng*, la Cour d’appel [fédérale] [au paragraphe 16] a expressément souscrit à la déclaration suivante qu’a faite la juge Tremblay-Lamer dans la décision *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Eason*, 2005 CF 1698 [au paragraphe 20], qui, bien qu’elle eût trait à une décision rendue par un membre de la Commission d’appel des pensions, a été jugée par la Cour d’appel [fédérale] comme ayant trait à une « situation similaire » au dossier d’immigration dont elle était saisie :

Cependant, comme nous l’avons vu plus haut, le membre en question de la Commission est resté muet sur la question de la prorogation du délai. Le défendeur soutient que, l’autorisation d’interjeter appel ne pouvant être accordée à moins que ne soit aussi accordée une prorogation de délai, on peut inférer de la décision du membre d’accorder ladite autorisation qu’il a aussi accordé une telle prorogation. Je ne souscris pas à cette proposition. S’il est vrai que M. Eason a effectivement demandé à la fois une prorogation de délai et l’autorisation d’interjeter appel, on ne peut automatiquement conclure, du simple fait qu’il a accordé l’autorisation demandée, que le membre de la Commission a examiné la question de la prorogation de délai. L’instance de décision doit explicitement examiner la question de savoir s’il y a lieu d’accorder une prorogation de délai. Le membre de la Commission outrepassa sa compétence, ou ne l’exerce pas dûment, s’il accorde l’autorisation d’interjeter appel sans aussi consentir une prorogation du délai d’appel. [Non souligné dans l’original.]

[49] Absent the decision of the [Federal] Court of Appeal in *Deng Estate*, I would have thought that it would be proper to presume, in the absence of contrary evidence, that a leave judge considering an application that includes a request for an extension of time, properly applied the provisions of Rule 6 of the Immigration Rules and did not exceed his jurisdiction by granting leave when no extension of time had been granted. Absent *Deng Estate*, I would also have thought, given the express wording of Rule 6 that a request for an extension of time is to be heard “at the same time” as the leave application, that it is the leave judge alone and not the judge hearing the application that has jurisdiction to grant the extension of time. However, I feel that I am bound by the [Federal] Court of Appeal’s decision in *Deng Estate* and will thus determine whether to grant an extension of time because Justice Russell did not specifically address this request in his order granting leave.

[50] The requested extension of time is granted. I am satisfied that the test summarized in *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 670 (*Patel*) is met. Under that test, an applicant must establish “a) a continuing intention to pursue the application; b) that the application has some merit; c) that no prejudice arises from the delay; and d) that a reasonable explanation for the delay exists”: *Patel*, above, at paragraph 12.

[51] The evidence filed establishes a continuing intention to pursue the application once the applicants learned of the LMOs. Counsel was retained, including an expert in immigration law, efforts were made to gain access to the decisions at issue and research was conducted as to how to attack the impugned decisions. The application has some merit. Justice Russell, although he dismissed a motion for an injunction, found that a serious issue had been raised and found there to be an arguable issue when he granted leave. The fact that the parties argued the merits of the application for three nearly days itself points to there being an arguable case.

[49] N’eût été la décision rendue par la Cour d’appel [fédérale] dans *Deng*, j’aurais estimé qu’il conviendrait de présumer qu’en l’absence de preuve contraire, le juge saisi d’une demande d’autorisation qui comprend une demande de prorogation de délai a correctement appliqué les dispositions de la règle 6 des Règles en matière d’immigration et n’a pas outrepassé sa compétence en accordant l’autorisation alors qu’aucune prorogation de délai n’a été accordée. N’eût été de l’arrêt *Deng*, j’aurais également cru, compte tenu du libellé explicite de la règle 6 des Règles en matière d’immigration voulant qu’une demande de prorogation de délai doit être entendue « en même temps » que la demande d’autorisation, que seul le juge saisi de la demande d’autorisation, et non pas le juge qui entend la demande, a compétence pour accorder la prorogation de délai. Toutefois, j’estime que je suis lié par la décision rendue par la Cour d’appel [fédérale] dans *Deng* et je déciderai donc s’il convient d’accorder une prorogation de délai parce que le juge Russell n’a pas expressément examiné cette question dans son ordonnance accordant l’autorisation.

[50] La prorogation de délai demandée est accordée. Je suis convaincu qu’il est satisfait au critère résumé dans la décision *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 670 (*Patel*). Selon ce critère, un demandeur doit établir « a) une intention constante de poursuivre sa demande, b) que la demande est bien fondée, c) que le défendeur ne subit pas de préjudice en raison du délai et d) qu’il existe une explication raisonnable justifiant le délai » : *Patel*, précitée, au paragraphe 12.

[51] La preuve déposée indique que, dès qu’ils ont été mis au courant des AMT, les demandeurs ont eu l’intention de poursuivre la demande. Ils ont retenu les services d’un avocat, y compris un expert en droit de l’immigration, ils ont fait des efforts afin d’avoir accès aux décisions en litige et ils ont fait des recherches afin de voir comment contester les décisions. La demande est bien fondée. Le juge Russell, même s’il a rejeté une requête en injonction, a conclu qu’une question sérieuse avait été soulevée et a conclu qu’il y avait une question soutenable lorsqu’il a accordé l’autorisation. Le fait que les parties ont discuté de la question du bien-fondé de la

[52] Despite the best efforts of counsel for HD Mining, I am not convinced that it will suffer prejudice if the extension of time is granted. It argues that it has “spent tens of millions of dollars preparing the project” and that it has relied on the LMOs “in good faith and has arranged all of its planning and contracting according to a complex work plan with many interrelated steps leading to completion of the bulk sample”. Be that as it may, the prejudice that needs to be considered here is the prejudice, if any, that accrued between the deadline for bringing an application and the day the application was actually brought, not the entire period 15 days after the day when the LMO decisions were communicated to HD Mining. The applicants filed this application on November 2, 2012, meaning, based on my finding about the applicants’ state of knowledge, they were only just over a week late. HD Mining has not argued that any significant prejudice accrued to it during this short time. Granted, this situation is somewhat unique and potentially unfair to HD Mining since this application was brought by third parties, on a time frame coinciding with their subjective knowledge. Accordingly, a broader conception of prejudice may be warranted. However, even if one applied a broader concept of prejudice, there is no proof that any part of these expended funds will be lost if this application proceeds, or will be lost even if the application is successful. HD Mining expended these funds and made these preparations based on its belief that the Murray River Project was a viable coal mine that will generate substantial profit for the company. That remains unchanged. It may be that HD Mining will have to adjust its operation if this application is successful; however, any possible prejudice to HD Mining that might result must be weighed against the public interest in having the LMO decision reviewed by a court.

[53] Lastly, a reasonable excuse for the delay has been established. As submitted by the applicants, this is “first

demande pendant près de trois jours fait ressortir qu’il existe une cause soutenable.

[52] Malgré les efforts de l’avocat de HD Mining, je ne suis pas convaincu que celle-ci subira un préjudice si la prorogation de délai est accordée. Elle prétend qu’elle [TRADUCTION] « a dépensé des dizaines de millions de dollars afin de préparer le projet », qu’elle s’est fiée aux AMT [TRADUCTION] « de bonne foi et a structuré toute sa planification et ses ententes en fonction d’un plan de travail complexe comprenant de nombreuses étapes interdépendantes menant à l’extraction de l’échantillon global ». Quoi qu’il en soit, le préjudice qui doit être examiné en l’espèce est le préjudice, s’il en est, qui s’est produit entre la date prévue pour déposer une demande et la date à laquelle la demande a été déposée, et non pas au cours de la période complète de 15 jours suivant la date à laquelle les décisions relatives aux AMT ont été transmises à HD Mining. Les demandeurs ont déposé la présente demande le 2 novembre 2012, ce qui signifie, compte tenu de ma conclusion concernant leur connaissance, qu’ils n’étaient en retard que d’une semaine. HD Mining n’a pas prétendu qu’elle a subi un préjudice important durant ce court délai. Il est vrai que la présente situation est quelque peu particulière et potentiellement injuste pour HD Mining car la présente demande a été déposée par des tiers, dans un délai qui dépend de leur connaissance subjective. Par conséquent, il peut être justifié d’adopter une notion plus large du préjudice. Toutefois, même si on applique une notion plus large du préjudice, rien ne prouve qu’une partie des fonds qui ont été dépensés sera perdue si la présente demande est instruite ou sera perdue même si la demande est accueillie. HD Mining a dépensé ces fonds et fait tous ces préparatifs parce qu’elle croyait que la mine de la rivière Murray est une mine de charbon rentable dont elle tirera des bénéfices importants. Il n’y a pas de changement à cet égard. Il se peut que HD Mining ait à apporter des modifications à son exploitation si la présente demande est accueillie; toutefois, tout préjudice que HD Mining pourrait subir doit être évalué par rapport à l’intérêt qu’a le public à ce que la décision relative aux AMT soit examinée par une cour de justice.

[53] Enfin, il a été établi qu’une explication raisonnable justifiait le retard. Comme l’ont prétendu les

instance” litigation of a decision they did not have and is against parties the identity of which was uncertain. It is hardly surprising in such circumstances that the law firms retained would require some time to ascertain just how to attack the impugned decisions and on what basis. Moreover, what is a reasonable excuse will depend on the length of the delay. As I noted above, the applicants were just over a week late. That delay is relatively short in view of the complexities of this case. For these reasons, I grant the extension of time requested by the applicants.

2. The Record

[54] The applicants submit that the ministers have not provided a proper record because the CTR is both under and over-inclusive.

[55] Rule 17 of the Immigration Rules provides as follows:

17. Upon receipt of an order under Rule 15, a tribunal shall, without delay, prepare a record containing the following, on consecutively numbered pages and in the following order:

- (a) the decision or order in respect of which the application for judicial review is made and the written reasons given therefor,
- (b) all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal,
- (c) any affidavits, or other documents filed during any such hearing, and
- (d) a transcript, if any, of any oral testimony given during the hearing, giving rise to the decision or order or other matter that is the subject of the application for judicial review,

and shall send a copy, duly certified by an appropriate officer to be correct, to each of the parties and two copies to the Registry.

demandeurs, il s’agit d’un litige « inédit » relatif à une décision qu’ils n’avaient pas et qui portait sur des parties qui n’étaient pas clairement identifiées. Il n’est guère étonnant, dans de telles circonstances, que les cabinets d’avocats dont les services ont été retenus aient eu besoin d’un certain temps pour déterminer comment contester la décision et pour quels motifs. En outre, ce qui constitue une explication raisonnable dépendra de la durée du retard. Comme je l’ai déjà souligné, les demandeurs n’étaient en retard que d’une semaine. Ce retard est relativement court compte tenu de la complexité de la présente affaire. Pour ces motifs, j’accorde la prorogation de délai sollicitée par les demandeurs.

2. Le dossier

[54] Les demandeurs prétendent que les ministres n’ont pas remis un dossier adéquat parce qu’il manque à la CCDT des éléments essentiels et parce qu’il comporte des éléments superflus.

[55] La règle 17 des Règles en matière d’immigration est ainsi libellé :

17. Dès réception de l’ordonnance visée à la règle 15, le tribunal administratif constitue un dossier composé des pièces suivantes, disposées dans l’ordre suivant sur des pages numérotées consécutivement :

- a) la décision, l’ordonnance ou la mesure visée par la demande de contrôle judiciaire, ainsi que les motifs écrits y afférents;
- b) tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif,
- c) les affidavits et autres documents déposés lors de l’audition,
- d) la transcription, s’il y a lieu, de tout témoignage donné de vive voix à l’audition qui a abouti à la décision, à l’ordonnance, à la mesure ou à la question visée par la demande de contrôle judiciaire,

dont il envoie à chacune des parties une copie certifiée conforme par un fonctionnaire compétent et au greffe deux copies de ces documents.

[56] The applicants submit that the 922-page CTR filed and served by the Minister of HRSDC pursuant to Rule 17 of the Immigration Rules is under-inclusive because it does not include all of the documents that officer MacLean “looked at and consulted” when making his assessment of the HD Mining LMOs, namely, the entire file generated for the LMOs that were issued about a year earlier to CDI. They submit that the record is over-inclusive because the CTR includes documents that were admittedly copied from a file other than the HD Mining LMO file.

[57] I agree with the submission of the applicants that because no one other than the Minister in an immigration-related application is involved in the preparation of the tribunal record, a great deal of trust is reposed in him or her by the opposite party and by the Court to prepare a proper and complete record. I also agree with them that “an incomplete record alone could be grounds, in some circumstances, for setting aside a decision under review” (emphasis added): *Parveen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 7833, 168 F.T.R. 103 (F.C.T.D.), at paragraph 9, *per* Reed J.; and see also *Machalikashvili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 622, 55 Imm. L.R. (3d) 33; *Kong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 73 F.T.R. 204 (F.C.T.D.); and *Ahmed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 180.

[58] The ministers submit that the jurisprudence cited above shows that setting aside a decision on the basis of an incomplete record should be done only when the omitted material is “clearly essential,” “particularly material”, or “critical” to an issue and was relied upon by the decision maker. They submit that material alleged by the applicants to have been omitted from the CTR does not meet this test, even if it is relevant and ought to have been included in the CTR.

[56] Les demandeurs prétendent qu’il manque des éléments essentiels à la CCDT de 922 pages qui a été déposée et signifiée par le ministre de RHDCC en conformité avec la règle 17 des Règles en matière d’immigration, parce qu’elle ne comprend pas tous les documents que M. MacLean [TRADUCTION] « a examinés » lorsqu’il a évalué les AMT de HD Mining, à savoir l’ensemble du dossier relativement aux AMT qui avaient été remis environ un an plus tôt à CDI. Ils prétendent que le dossier comprend des éléments superflus parce que la CCDT comprend des documents qui, comme il a été reconnu, ont été copiés d’un dossier autre que le dossier d’AMT de HD Mining.

[57] Je souscris à la prétention des demandeurs voulant que, lors d’une demande en matière d’immigration, personne d’autre que le ministre ne participe à la constitution du dossier du tribunal et que, ainsi, la partie adverse et la Cour se fient grandement à lui pour qu’il constitue un dossier adéquat et complet. Je suis également d’accord avec eux pour affirmer qu’« un dossier incomplet pourrait, dans certaines circonstances, constituer un motif suffisant en soi d’annulation d’une décision faisant l’objet d’une demande de contrôle judiciaire » (non souligné dans l’original) : *Parveen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1999 CanLII 7833 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 9, le juge Reed; voir également *Machalikashvili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 622; *Kong c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 101 (1^{re} inst.) (QL); et *Ahmed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CFPI 180.

[58] Les ministres prétendent que, selon la jurisprudence susmentionnée, il n’est possible d’annuler une décision pour motif de dossier incomplet que lorsque les documents manquants sont « manifestement essentiels », « particulièrement déterminants » ou « cruciaux » quant à une question et que le décideur s’est fondé sur ceux-ci. Ils prétendent que les documents qui, selon les demandeurs, n’ont pas été inclus dans la CCDT ne satisfont pas à ce critère, même s’ils sont pertinents et même s’ils auraient dû être inclus dans la CCDT.

[59] Rule 17 of the Immigration Rules stipulates that in addition to the impugned decision, affidavits and documents filed during the hearing, and a transcript, if any, the CTR is to contain “all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal” (emphasis added). The ministers submit that guidance as to the test of relevance is found in the Court of Appeal decision *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (*Pathak*). In *Pathak*, the decision under review was a decision of the Canadian Human Rights Commission dismissing Mr. Pathak’s complaint. The CTR included everything that was before the Commission when it made that decision, including a report of a Commission investigator. However, in addition, the applicant sought to have included in the record all of the information that was before the investigator when he made his report.

[60] A judge of the Trial Division [(1993), 63 F.T.R. 301] directed the Canadian Human Rights Commission to file certified copies of documents relied upon by the investigator in preparing his report pursuant to the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, which provided that a party to a judicial review application could request documents of the decision maker. Rule 1612(4) [as enacted by SOR/92-43, s. 19] further provided that such requested documents “must be relevant to the application for judicial review.” Given the similarity of that language to that of Rule 17 of the Immigration Rules, I agree with the ministers that this authority offers guidance as to the test of relevance.

[61] The Court of Appeal in *Pathak* held that these additional documents were not relevant. It held that the investigator’s report must be presumed to be a faithful and complete summary of the evidence before him and it further noted that there was no attack in the notice of application on his report. Accordingly, it held that the evidence before him was not relevant to the matter under

[59] La règle 17 des Règles en matière d’immigration dispose qu’en plus de la décision contestée, des affidavits et des documents déposés lors de l’audition, et de la transcription, s’il y a lieu, la CCDT doit comprendre « tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif » (non souligné dans l’original). Les ministres prétendent que des directives concernant le critère de la pertinence figurent dans la décision rendue par la Cour d’appel dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (*Pathak*). Dans l’arrêt *Pathak*, il s’agissait du contrôle d’une décision de la Commission canadienne des droits de la personne par laquelle celle-ci avait rejeté la plainte de M. Pathak. La CCDT comprenait tous les documents dont la Commission était saisie lorsqu’elle a rendu cette décision, y compris un rapport de l’enquêteur de la Commission. Toutefois, le demandeur a en outre demandé que soient inclus dans le dossier tous les renseignements dont l’enquêteur était saisi lorsqu’il avait rédigé son rapport.

[60] Un juge de la Section de première instance [(1993), 63 F.T.R. 301] avait enjoint à la Commission canadienne des droits de la personne de déposer des copies certifiées des documents utilisés par l’enquêteur en rédigeant son rapport, et ce, en conformité avec les *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, qui prévoyait qu’une partie à une demande de contrôle judiciaire pouvait demander des pièces en la possession du décideur. La règle 1612(4) [éditée par DORS/92-43, art. 19] prévoyait de plus que ces pièces « doivent être pertinentes à la demande de contrôle judiciaire ». Compte tenu de la similarité de ce libellé avec celui de la règle 17 des Règles en matière d’immigration, je suis d’accord avec les ministres pour affirmer que cet arrêt nous éclaire en ce qui concerne le critère de la pertinence.

[61] La Cour d’appel, dans l’arrêt *Pathak*, a conclu que ces documents additionnels n’étaient pas pertinents. Elle a conclu qu’il faut présumer que le rapport de l’enquêteur est un résumé exact et complet de la preuve dont il était saisi et elle a de plus souligné que le rapport de l’enquêteur ne faisait l’objet d’aucune contestation dans l’avis de demande. Par conséquent, elle a conclu

review. At page 460, the Court of Appeal describes relevant documents for judicial review purposes in the following manner:

A document is relevant to an application for judicial review if it may affect the decision that the Court will make on the application. As the decision of the Court will deal only with the grounds of review invoked by the respondent, the relevance of the documents requested must necessarily be determined in relation to the grounds of review set forth in the originating notice of motion and the affidavit filed by the respondent.

[62] I pause to note that the Court of Appeal's assertion that relevance must of necessity be examined with an eye to the grounds of review set out in the application is a complete response to the suggestion of the applicants that there was something improper or nefarious in the ministers having prepared the tribunal record in light of and after having examined the grounds of review alleged by the applicants.

[63] With that basic framework in mind, the two factual issues that require determination are whether the CTR improperly excludes relevant documents which should have been part of the certified record, and whether the CTR improperly includes documents which ought not be part of the certified record.

Under-inclusive Record

[64] In their further memorandum of fact and law, the applicants submit that the CTR "omits critical documents on which the Officer admittedly relied" (emphasis added). The applicants' oral submission was more broadly stated; it was that "if Officer MacLean looked at and consulted the [CDI] file, we shouldn't be getting a portion of it, we should be getting the entire file". This is because, as I understand their submission, it is only if the applicants get access to the entire CDI file that they are able to make the argument that the officer "based [his] decision or order on an erroneous finding of fact that it made ... without regard for the material before [him]" (emphasis added), specifically the CDI file. Without the benefit of seeing the entire CDI file, of

que la preuve dont l'enquêteur était saisi n'était pas pertinente quant à l'affaire faisant l'objet d'un contrôle. À la page 460, la Cour d'appel décrit de la manière suivante les documents pertinents pour les besoins d'un contrôle judiciaire :

Un document intéresse une demande de contrôle judiciaire s'il peut influencer sur la manière dont la Cour disposera de la demande. Comme la décision de la Cour ne portera que sur les motifs de contrôle invoqués par l'intimé, la pertinence des documents demandés doit nécessairement être établie en fonction des motifs de contrôle énoncés dans l'avis de requête introductif d'instance et l'affidavit produits par l'intimé.

[62] Je tiens à souligner ici que l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle la pertinence doit nécessairement être examinée en tenant compte des motifs de contrôle énoncés dans la demande constitue une réponse complète à l'argument des demandeurs voulant qu'il était quelque peu inapproprié ou répréhensible que les ministres aient constitué le dossier du tribunal après avoir examiné et tenu compte des motifs de contrôle invoqués par les demandeurs.

[63] Compte tenu de ce cadre fondamental, les deux questions de fait qui doivent être tranchées sont la question de savoir si on a exclu à tort de la CCDT des documents pertinents qui auraient dû en faire partie, et celle de savoir si on a inclus à tort dans la CCDT des documents qui n'auraient pas dû en faire partie.

L'exclusion d'éléments essentiels dans le dossier

[64] Dans leur mémoire supplémentaire des faits et du droit, les demandeurs soutiennent que la CCDT [TRADUCTION] « ne comprend pas des documents cruciaux sur lesquels l'agent a reconnu s'être fondé » (non souligné dans l'original). Les demandeurs ont formulé leur plaidoirie orale de manière plus large : ils ont déclaré que [TRADUCTION] « si M. MacLean avait examiné et consulté le dossier de [CDI], nous ne devrions pas seulement avoir une partie de ce dossier, mais bien la totalité de celui-ci ». Il en est ainsi parce que, si je comprends bien leur observation, ce n'est que s'ils ont accès à l'ensemble du dossier de CDI qu'ils peuvent prétendre que l'agent [TRADUCTION] « a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de

course, it is entirely speculative to argue that the officer erred by failing to have regard to it; nevertheless, the applicants are prevented from making that argument since they have no idea what else may be contained in the CDI file. Thus, assuming the entire CDI file was “before” officer MacLean during his deliberations, this judicial review is somewhat frustrated and the decision cannot be fully held to account.

[65] The ministers take a narrower view. Their position is that what must be included in the CTR is what the officer considered and relied on in assessing the HD Mining LMO applications. They say all of the documents meeting this description were included in the CTR.

[66] With one exception, I agree that documents containing all of the information which the officer expressly considered and relied upon were included in the CTR. This is based on my finding that, on the balance of probabilities, from his reasons and the cross-examination, as excerpted below, officer MacLean considered and relied upon the following from the CDI LMO file:

a. The notes of the officer who assessed the CDI application, which included LMI and information regarding the CDI LMO application.

I did review the foreign worker system online notes that were prepared by the program officer who would assess that file. We would typically – I mean, in a case like this because they were linked would look at that previous application in the notes that were recorded, either was labour market information that was recorded on the foreign worker system as well, and I reviewed that.

Cross-examination of officer MacLean, March 25, 2013, page 11, at lines 3–11.

fait erronée, tirée [...] sans tenir compte des éléments dont il dispose » (non souligné dans l’original), plus précisément le dossier de CDI. Sans avoir pu consulter la totalité du dossier de CDI, il est évidemment purement conjectural de prétendre que l’agent a commis une erreur en omettant d’en tenir compte; les demandeurs ne peuvent néanmoins mettre de l’avant ce moyen, puisqu’ils n’ont aucune idée des autres éléments que le dossier de CDI pouvait contenir. Par conséquent, si l’on tient pour acquis que M. MacLean « disposait » de la totalité du dossier de CDI au cours de ses délibérations, le présent contrôle judiciaire est quelque peu contrecarré, et on ne peut examiner la décision de façon complète.

[65] Les ministres adoptent un point de vue plus étroit. Ils sont d’avis que la CCDT doit contenir les éléments dont l’agent a tenu compte et sur lesquels il s’est fondé dans l’appréciation des demandes d’AMT présentées par HD Mining. Ils affirment que tous les documents correspondant à cette description sont inclus dans la CCDT.

[66] Je conviens, à une exception près, que les documents contenant tous les renseignements dont l’agent a tenu compte et sur lesquels il s’est fondé de manière explicite étaient inclus dans la CCDT. Cela est fondé sur ma conclusion que, selon la prépondérance des probabilités, au vu de ses motifs et du contre-interrogatoire, dont des extraits sont reproduits ci-dessous, M. MacLean a tenu compte des éléments suivants du dossier d’AMT de CDI et s’est fondé sur eux :

a. Les notes de l’agent ayant examiné la demande de CDI, qui comprenaient l’IMT et les renseignements relatifs à la demande d’AMT de CDI :

[TRADUCTION] J’ai bel et bien examiné les notes en ligne du système relatif aux travailleurs étrangers qui ont été rédigées par l’agent de programme qui allait examiner ce dossier. En temps normal, je veux dire, dans un cas comme celui-ci, nous examinerions la demande antérieure dans les notes qui ont été consignées, parce que les demandes étaient liées, l’information sur le marché du travail avait été consignée au système relatif aux travailleurs étrangers aussi, et je l’ai examinée.

Contre-interrogatoire de M. MacLean, le 25 mars 2013, page 11, aux lignes 3 à 11.

b. The CDI LMO applications.

It's my recollection that, yes, I think I reviewed the [CDI] applications.

Cross-examination of officer MacLean, March 25, 2013, page 11, at lines 18–19.

c. The number of TFWs and the positions CDI requested.

Q You considered the numbers and the positions that were being applied for by CDI and compared them to what HD Mining was applying for?

A Yes.

Cross-examination of officer MacLean, March 25, 2013, page 11, at lines 25–28.

d. The experience requirements of the requested CDI positions.

Q You reviewed Dehua LMO applications, and indeed you even compared experience requirements between Canadian Dehua and HD Mining applications?

A ... I would have reviewed the experience requirements, or it would appear from this [being Exhibit A to his affidavit] that I compared the experience requirements under those positions.

Cross-examination of officer MacLean, March 25, 2013, page 12, at lines 24–27 and 35–38.

[67] Items a, c, and d above, the LMI, the number of TFWs and the positions CDI requested, and the experience requirements are contained in the notes of the officer who prepared the CDI files. These notes were produced in the CTR, at pages 834–922.

[68] Item b above, the CDI LMO applications, are not in the CTR. However, although officer MacLean says that he reviewed them, the only information he states

b. Les demandes d'AMT de CDI :

[TRADUCTION] C'est ce dont je me souviens, oui, je crois que j'ai examiné les demandes de [CDI].

Contre-interrogatoire de M. MacLean, le 25 mars 2013, page 11, aux lignes 18 et 19.

c. Le nombre de travailleurs étrangers temporaires et les postes demandés par CDI :

[TRADUCTION]

Q. Vous avez examiné les postes et le nombre de postes pour lesquels CDI a présenté une demande et les avez comparés à ceux pour lesquels HD Mining a présenté une demande?

R. Oui.

Contre-interrogatoire de M. MacLean, le 25 mars 2013, page 11, aux lignes 25 à 28.

d. Les exigences en matière d'expérience des postes demandés par CDI :

[TRADUCTION]

Q. Vous avez examiné les demandes d'AMT de Dehua, et vous avez effectivement comparé les exigences en matière d'expérience dans les demandes de Canadian Dehua et celles de HD Mining?

R. [...] J'aurais examiné les exigences en matière d'expérience, ou il semblerait, selon ceci [la pièce A de son affidavit], que j'ai comparé les exigences en matière d'expérience relativement à ces postes.

Contre-interrogatoire de M. MacLean, le 25 mars 2013, page 12, aux lignes 24 à 27 et 35 à 38.

[67] Les notes de l'agent ayant préparé les dossiers de CDI font état des points a, c et d ci-dessus, soit l'IMT, le nombre de travailleurs étrangers temporaires et les postes demandés par CDI, ainsi que les exigences en matière d'expérience. Ces notes ont été produites dans la CCDT, aux pages 834 à 922.

[68] Le point b ci-dessus, soit les demandes d'AMT de CDI, ne figure pas dans la CCDT. Cependant, bien que M. MacLean mentionne les avoir examinées, il

that he got from them was the number of TFWs, the positions CDI requested, and the experience requirements of the requested CDI positions. All of this information is also contained in the previous officer's notes at pages 834–922 of the CTR. While, technically, the LMO applications would have been the source of the previous officer's information and he only copied it in his notes; it would be an exceedingly technical objection that the CDI LMO applications were not produced. That is because there is simply no reason to believe the other officer copied this relatively straightforward information incorrectly.

[69] The one exception raised by the applicants, and only in oral reply, was the documentary source for the information concerning the changing scope of the Murray River Project between the time CDI and HD Mining submitted their LMO applications. In particular, officer MacLean accepted in his assessment notes that the new, higher number of positions requested by HD Mining (201 versus 91) was “genuine” partly because the descriptions of the project had changed—CDI's project did not include “the construction of the mine shaft simultaneously with the construction of the decline”. The source of this information is not clear; however, it may have, and apparently does emanate from a document in the CDI file which was not disclosed in the CTR.

[70] However, officer MacLean's opinion that the number of positions was “genuine” relates to subsection 200(5) of the Regulations, and in his assessment notes he specifically distinguishes between his opinion under that provision and paragraph 203(1)(b), which requires an assessment of whether “the employment of the foreign national is likely to have a neutral or positive effect on the labour market in Canada”. The applicants have framed their application as an attack on officer MacLean's latter determination and opinion, not his determination and opinion that the offers of employment were “genuine” under subsection 200(5). Accordingly,

affirme que les seuls renseignements qu'il a tirés de celles-ci étaient le nombre de travailleurs étrangers temporaires, les postes demandés par CDI et les exigences en matière d'expérience relativement à ces postes. Tous ces renseignements figurent aussi dans les notes de l'agent précédent, aux pages 834 à 922 de la CCDT. Bien qu'en principe l'agent précédent ait tiré ses renseignements des demandes d'AMT et qu'il ne les ait que copiés dans ses notes, ce serait s'attarder excessivement aux détails que de présenter une objection portant que les demandes d'AMT de CDI n'ont pas été produites. Il en est ainsi parce qu'il n'y a simplement aucune raison de croire que l'autre agent ait copié incorrectement ces renseignements relativement simples.

[69] La seule exception soulevée par les demandeurs, et uniquement dans leur réplique orale, portait sur la source documentaire des renseignements concernant le changement d'envergure de la mine de la rivière Murray entre le moment où CDI a présenté ses demandes d'AMT et celui où HD Mining a présenté les siennes. Plus particulièrement, M. MacLean a reconnu, dans ses notes d'appréciation, que le nouveau nombre de postes demandés par HD Mining, qui est plus élevé (201 par rapport à 91), était « authentique » notamment parce que la description du projet avait été modifiée : le projet de CDI ne comprenait pas [TRADUCTION] « la construction simultanée du puits et de la rampe ». Il n'est pas clair d'où provient cette information; cependant, il se pourrait qu'elle provienne d'un document dans le dossier de CDI qui n'a pas été versé à la CCDT, et il semblerait que ce soit le cas.

[70] Cependant, l'avis de M. MacLean selon lequel le nombre de postes était « authentique » se rapporte au paragraphe 200(5) du Règlement et, dans ses notes d'appréciation, il distingue expressément son avis en application de cette disposition de celui en application de l'alinéa 203(1)b), qui exige l'appréciation de la question de savoir si « l'exécution du travail par l'étranger est susceptible d'avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail canadien ». Les demandeurs ont formulé leur demande comme une contestation de la conclusion et de l'avis de M. MacLean quant à cette dernière disposition, et non de sa conclusion et de son

in line with *Pathak*, above, the documents from the CDI file which would seemingly contain the narrower description of the Murray River Project and which go to the “genuineness” finding are not relevant and need not have been disclosed.

[71] Thus, the only real issue remaining is the proper test for relevance and the extent of the Minister’s disclosure obligation. If, as the ministers argue, consideration of and reliance on a document establishes relevance, then they have discharged their responsibility in compiling the CTR since each mention in the officer’s reasons and cross-examination of information from the CDI file is corroborated with a document disclosed in the CTR. If, on the other hand, the applicants are correct and relevance and thus disclosure is triggered when the officer decides to look at a document or it is otherwise placed “before” him, the CTR is not complete because the officer had the CDI file before him but that entire file was not disclosed.

[72] There is no doubt that officer MacLean did consider at least some of the CDI LMO file. In his affidavit he states that he “reviewed the [Foreign Worker System] notes to file” and further states that “I was not the program officer who assessed and approved the 2011 CDI LMOs but I reviewed the file information and any LMI research conducted during the assessment of that file for background information” (emphasis added).

[73] In my view, the decision maker having reviewed the “file information”, the file ought to have been included in the CTR. The ministers’ position that only documents considered and relied upon by officer MacLean in assessing the HD Mining LMO applications are to be included in the CTR is too narrow. Reliance *per se* is not the determinative factor. What is

avis quant à la question de savoir si les offres étaient « authentiques » au sens du paragraphe 200(5). Par conséquent, en conformité avec l’arrêt *Pathak*, précité, les documents provenant du dossier de CDI qui comprendraient, semble-t-il, la description plus étroite de la mine de la rivière Murray et qui se rapportent à la conclusion quant à « l’authenticité » ne sont pas pertinents et n’avaient pas à être communiqués.

[71] Par conséquent, la seule véritable question qui reste à trancher est celle relative au critère approprié en ce qui a trait à la pertinence et à la portée de l’obligation de communication du ministre. Si, comme le prétendent les ministres, l’examen d’un document et le recours à celui-ci établissent sa pertinence, ils se sont alors acquittés de leur obligation dans la constitution de la CCDT, puisque chaque mention qui figure dans les motifs de l’agent et dans le contre-interrogatoire relativement aux renseignements compris dans le dossier de CDI est corroborée par un document communiqué dans la CCDT. En revanche, si les demandeurs ont raison et qu’un document est pertinent, et qu’il doit donc être communiqué, dès que l’agent décide d’examiner un document ou qu’il « dispose » de celui-ci, la CCDT n’est pas complète, parce que l’agent disposait du dossier de CDI, mais que celui-ci n’a pas été communiqué dans son intégralité.

[72] Il ne fait aucun doute que M. MacLean a effectivement examiné au moins une partie du dossier d’AMT de CDI. Il déclare dans son affidavit qu’il a [TRADUCTION] « examiné les notes au dossier [du système relatif aux travailleurs étrangers] », et il énonce aussi ce qui suit : [TRADUCTION] « Je n’étais pas l’agent de programme qui avait apprécié et approuvé les AMT de CDI en 2011, mais j’ai examiné les renseignements au dossier ainsi que toute recherche d’IMT effectuée durant l’appréciation de ce dossier pour avoir de l’information générale » (non souligné dans l’original).

[73] Je suis d’avis que le dossier aurait dû être inclus dans la CCDT, car le décideur a examiné les « renseignements au dossier ». La thèse des ministres, selon laquelle seuls les documents que M. MacLean a examinés et sur lesquels il s’est fondé dans l’appréciation des demandes d’AMT présentées par HD Mining devaient être compris dans la CCDT, est trop étroite. Le fait de se

determinative is what the decision maker reviewed, or could have reviewed because it was put before him. Otherwise, paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] is neutered: as the applicants argue, how can an applicant in most cases successfully argue that a decision maker based its decision on a finding of fact that it made “without regard to the material before it” if an applicant is not entitled to receive all of the material that was before it. However, mere access to a document is not sufficient; it must be “before” the decision maker. Here, the CDI LMO file was undoubtedly “before” officer McLean because he sought it out and to some extent reviewed it. It ought to have been disclosed in full by the Minister.

[74] However, for the reasons that follow, I am unable to conclude that the omission of the remainder of the CDI file from the CTR is such that this judicial review application ought to be allowed on this basis alone.

[75] Despite a vigorous cross-examination, there is no evidence that anything that may be missing from the CTR was or could have been material to the decision under review. Indeed, considering that CDI received positive LMOs, it is difficult to conceive what material information may have been in the CDI files that could significantly undermine officer MacLean’s decision such that it was unreasonable, which is the nature of the applicants’ challenge. At best, the applicants only speculate that the CDI file might contain contradictory information regarding the Murray River Project’s description. As noted above, however, that pertains to the opinion that the number of offers of employment was genuine under subsection 200(5) of the Regulations, which was not challenged in this application as framed by the applicants. Other than that speculative possibility, the applicants did not propose a single plausible example of the kind of information that might have been contained in the CDI file that would have shown the officer’s decision was unreasonable.

fonder sur un document n’est pas en soi le facteur déterminant. Ce qui est déterminant, c’est ce que le décideur a examiné ou ce qu’il pouvait examiner du fait qu’il en disposait. Sinon, l’application de l’alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7] est impossible : comme le prétendent les demandeurs en l’espèce, comment un demandeur peut-il, dans la plupart des cas, faire valoir avec succès que le décideur a fondé sa décision sur une conclusion de fait qu’il a tirée « sans tenir compte des éléments dont il dispose » si le demandeur n’a pas le droit de recevoir tous les éléments dont le décideur disposait? Cependant, le simple accès à un document ne suffit pas; le décideur doit « disposer » de celui-ci. En l’espèce, il ne fait aucun doute que M. MacLean « disposait » du dossier d’AMT de CDI, car il l’avait recherché et qu’il l’avait examiné à un certain degré. Le ministre aurait dû communiquer l’intégralité du dossier.

[74] Cependant, pour les motifs qui suivent, je ne peux conclure que l’omission d’inclure le reste du dossier de CDI dans la CCDT justifie à elle seule d’accueillir la présente demande de contrôle judiciaire.

[75] Malgré un contre-interrogatoire vigoureux, rien ne prouve que des éléments qui pourraient être omis de la CCDT étaient déterminants à l’égard de la décision faisant l’objet du présent examen ou auraient pu l’être. Effectivement, étant donné que CDI avait reçu des AMT favorables, il est difficile de concevoir quels renseignements déterminants pouvant figurer dans les dossiers de CDI auraient pu saper de façon appréciable la décision de M. MacLean de manière à la rendre déraisonnable; or, telle est la nature de la contestation des demandeurs. Dans le meilleur des cas, les demandeurs ne font que soulever l’hypothèse selon laquelle le dossier de CDI pouvait contenir des renseignements contradictoires concernant la description de la mine de la rivière Murray. Cependant, comme il a été mentionné précédemment, cela se rapporte à l’opinion selon laquelle le nombre d’offres d’emploi était authentique conformément au paragraphe 200(5) du Règlement, opinion qui n’était pas contestée dans la présente demande comme l’ont formulée les demandeurs. Hormis cette possibilité

[76] Thus, although I strongly agree with the applicants in general terms that it is highly problematic that “we don’t know what we don’t know”, so to speak, and the ministers cannot be condoned for taking such a narrow view of disclosure considering the trust that is reposed in them in preparing a complete and accurate CTR, in the particular circumstances of this case their failure is not material or significant and I will not grant the application on that basis alone.

[77] Moreover, I should also note that had I found that there was material evidence omitted or likely omitted from the CTR, it would have been appropriate, in my view, to weigh the materiality or likely materiality of the omission against the prejudice to be suffered by the corporate respondents if the decision was quashed for that reason alone. In my view, such a consideration would be appropriate because the corporate respondents might suffer prejudice as a result of actions and decisions of the ministers over which they have no control. As parties with no control over the CTR, their interests ought also to be weighed against the interests of these public interest applicants.

Over-inclusive Record

[78] In his reasons, officer MacLean did not refer to the source of the prevailing wage rates he used to arrive at his conclusion that those offered by HD Mining to the proposed TFWs would be comparable or better.

[79] The applicants submit that the CTR is over-inclusive because on cross-examination officer MacLean admitted that he could not find any document attached to the HD Mining files containing information on wage rates; however, he included in the CTR a document taken from another file—a print-out from the “Working

hypothétique, les demandeurs n’ont jamais proposé d’exemple plausible de type de renseignements que le dossier de CDI pouvait contenir et qui auraient pu démontrer que la décision de l’agent était déraisonnable.

[76] Par conséquent, bien que je partage fortement l’avis des demandeurs qu’en termes généraux, le fait que, pour ainsi dire, [TRADUCTION] « on ne connait pas ce que l’on ne connaît pas » pose un important problème et qu’il est inadmissible que les ministres aient adopté une interprétation aussi restrictive de la communication, étant donné qu’on se fie grandement à eux pour qu’ils préparent une CCDT qui soit complète et exacte, dans les circonstances particulières de la présente affaire, leur manquement n’est pas déterminant ou important et il ne s’agit pas d’un fondement qui suffit à lui seul pour que je fasse droit à la présente demande.

[77] De plus, je devrais aussi mentionner que, si j’avais conclu que des éléments de preuve déterminants avaient été omis ou vraisemblablement omis de la CCDT, il aurait été indiqué, à mon avis, de soupeser le caractère déterminant ou vraisemblablement déterminant de l’omission par rapport au préjudice que les sociétés défenderesses subiraient si la décision devait être annulée pour ce seul motif. Il serait à mon avis approprié d’effectuer un tel examen, parce que les sociétés défenderesses pourraient subir un préjudice en raison de mesures et de décisions prises par les ministres sur lesquelles elles n’ont aucun contrôle. À titre de parties n’ayant aucun contrôle sur la CCDT, leurs intérêts devraient aussi être mis en balance avec les intérêts des demandeurs d’intérêt public.

L’inclusion d’éléments superflus dans le dossier

[78] Dans ses motifs, M. MacLean n’a pas mentionné la source des salaires courants qu’il avait utilisés pour parvenir à sa conclusion que les taux offerts par HD Mining aux TÉT proposés seraient comparables ou supérieurs.

[79] Les demandeurs soutiennent que la CCDT contient des éléments superflus, parce que M. MacLean a admis lors du contre-interrogatoire qu’il ne pouvait trouver de documents contenant les salaires courants dans les dossiers de HD Mining; cependant, il a inclus dans la CCDT un document qu’il a pris d’un autre

in Canada” (WiC) website —since the information in this document “match[ed] the prevailing wage rates that were recorded in [his] assessment decisions for HD Mining”. In his affidavit, officer MacLean stated that his usual practice (and to his knowledge the practice of others) was to “use the wage information available on the [WiC] website”, and, as a result, “to not bother citing in his assessment notes the source of prevailing wage rate inquiry”.

[80] In my view, there is no merit to the applicants’ complaint that the record is over-inclusive or in some other way improper because it includes documents from other sources that the decision maker referred to and used in coming to his decision. The record need not be a carbon copy of the administrative file kept by the decision maker. Rather, paragraph 17(b) of the Immigration Rules describes that “all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal” must be produced (emphasis added).

[81] Not only is there no suggestion the wage rates are not a perfect match between officer MacLean’s decision and the print-out taken from the different administrative file, officer MacLean has sworn that it is his usual practice to use the wage rates from the WiC website (from which the print-out was made) in his assessment of temporary foreign workers files. There is no objective reason to doubt that the website (as reflected in the print-out) was the source of officer MacLean’s information, and there is every objective reason to believe it was. I am therefore satisfied that the website was, on a balance of probabilities, the source of officer MacLean’s information; the print-out was therefore “relevant to the matter” and in the tribunal’s possession within the meaning of paragraph 17(b), and is thus properly before this Court.

dossier, soit un imprimé tiré du site Web « Travailler au Canada », car les renseignements contenus dans ce document [TRADUCTION] « concordaient avec les salaires courants qu’il avait consignés dans ses appréciations en ce qui concerne HD Mining ». Dans son affidavit, M. MacLean a déclaré que sa façon de faire habituelle (qui est aussi, à sa connaissance, celle de ses collègues) consistait à [TRADUCTION] « utiliser les renseignements sur la rémunération qui sont disponibles au site Web [Travailler au Canada] » et, par conséquent, [TRADUCTION] « à ne pas se soucier de citer la source des renseignements concernant les salaires courants dans les notes d’appréciation ».

[80] Je suis d’avis que les demandeurs ont tort d’affirmer que le dossier du tribunal contient des éléments superflus ou qu’il est d’une manière ou d’une autre incorrect en raison du fait qu’il contient des documents provenant d’autres sources que le décideur a consultés et qu’il a utilisés pour parvenir à sa décision. Il n’est pas nécessaire que le dossier du tribunal soit une copie carbone du dossier administratif tenu par le décideur. L’alinéa 17b) des Règles en matière d’immigration prévoit plutôt que « tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif » doivent être produits (non souligné dans l’original).

[81] Non seulement rien ne donne à penser que les salaires courants figurant dans la décision de M. MacLean ne correspondent pas à ceux indiqués à l’imprimé provenant de l’autre dossier administratif, mais M. MacLean a aussi déclaré sous serment que sa façon de faire habituelle consistait à utiliser les salaires courants figurant au site Web « Travailler au Canada » (qui est la source de l’imprimé) lorsqu’il examine les dossiers relatifs aux travailleurs étrangers temporaires. Il n’y a pas de raison objective de douter que le site Web (comme en témoigne l’imprimé) fût la source des renseignements de M. MacLean, et tout porte à croire que c’était le cas. Il s’ensuit que je suis convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, les renseignements de M. MacLean provenaient du site Web; l’imprimé était donc « pertinent » et en la possession du tribunal au sens de l’alinéa 17b) des Règles en matière d’immigration. C’est donc à bon droit que la Cour en dispose.

3. Officer MacLean's Affidavit

[82] The applicants submit that portions of officer MacLean's affidavit should be struck because they are an attempt to bolster his decision, and also because of the questionable reliability of his allegations due to the passage of time and the amount of files he reviews. In particular, they ask this Court to strike paragraphs 28, 42, 51–54 and 57–61 of the affidavit.

[83] There is no question that an attempt to bolster one or more of the bases for a decision by way of affidavit in a judicial review proceeding is impermissible, and “smacks of an after-the-fact attempt to bootstrap [a] decision”: *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, at paragraph 41.

[84] Paragraph 28 of the affidavit states only “I did not deem it necessary to request or review the resumes [from selected Canadian candidates and all resumes received for the project]”. I agree with the submission of the applicants that this statement “is an attempt to bolster his failure to provide any rationale for not requesting those resumes”. Accordingly, it is struck from the record.

[85] Paragraphs 42 and 51–54 concern the source of the information for the prevailing wage rates—the WiC website. These paragraphs do not add to the bases for the decision, but rather provide the necessary context to enable the Court to determine what *was* actually the basis for the decision. Given that there is no dispute that the wages are a perfect match between the decision and the WiC print-out, as noted previously, there is every reason to believe that the prevailing wage rates were in fact determined from the WiC website, as the officer swears.

[86] Lastly, paragraphs 57–61 contain, in the applicants' submission, “attempts to provide further explanation for why [officer MacLean] granted positive LMOs to

3. L'affidavit de M. MacLean

[82] Les demandeurs soutiennent que des passages de l'affidavit de M. MacLean devraient être radiés, car ils visent à étoffer sa décision et parce que l'écoulement du temps et la quantité de dossiers qu'il examine jettent un doute sur la fiabilité de ses allégations. En particulier, ils demandent à la Cour de radier les paragraphes 28, 42, 51 à 54 et 57 à 61 de l'affidavit.

[83] Il ne fait aucun doute qu'il n'est pas permis d'étayer un ou plusieurs des fondements d'une décision au moyen d'un affidavit lors d'une instance de contrôle judiciaire, ni « d'étoffer après le fait [une] décision » : *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, au paragraphe 41.

[84] Le paragraphe 28 de l'affidavit ne contient que la mention suivante : [TRADUCTION] « Je n'ai pas jugé nécessaire de demander ou d'examiner les curriculum vitae [des candidats canadiens retenus et l'ensemble des curriculum vitae reçus pour le projet] ». Je souscris à l'observation des demandeurs, selon laquelle cette déclaration [TRADUCTION] « vise à pallier le fait qu'il n'a fourni aucune raison pour laquelle il n'avait pas demandé ces curriculum vitae ». Par conséquent, le paragraphe est radié du dossier.

[85] Les paragraphes 42 et 51 à 54 portent sur la provenance des renseignements concernant les salaires courants, soit le site Web « Travailler au Canada ». Ces paragraphes n'ajoutent rien aux motifs de la décision; ils fournissent plutôt le contexte nécessaire pour permettre à la Cour de déterminer ce qui était effectivement le fondement de la décision. Étant donné que, comme il a été mentionné précédemment, il n'est pas contesté que les taux de rémunération indiqués dans la décision correspondent parfaitement à ceux qui figurent dans l'imprimé tiré de « Travailler au Canada », tout porte à croire que les salaires courants avaient en fait été déterminés au moyen du site Web « Travailler au Canada », comme le déclare sous serment l'agent.

[86] En dernier lieu, selon les observations des demandeurs, les paragraphes 57 à 61 [TRADUCTION] « visent à fournir des explications supplémentaires quant à savoir

HD Mining in light of his noted-concerns with their LMO application in the Bulk Request Assessment and Recommendation” and to “bolster his reasons pertaining to HD Mining’s advertising efforts”. In my view, officer MacLean only explains the nature and intended audience of the Bulk Request Assessment and Recommendation form at paragraphs 57–59. At paragraph 60, he reiterates what is already contained in the reasons for his decision, namely, that he “was not aware of any TFWP policy imposing any requirement that specific languages must be spoken by foreign nationals”. At paragraph 61, on the other hand, officer MacLean does offer a supplement to his reasons by stating that minor variances in job descriptions on advertisements are fairly normal. Accordingly, paragraph 61 is struck from the record.

4. Was the Nature of the Work Misrepresented?

[87] The applicants submit that HD Mining misrepresented the nature of the work in its LMO applications, because in these it stated that it would be using long-wall mining when in the documents it filed with the British Columbia Ministry in relation to the Murray River Project it stated that it would be using the traditional room and pillar method. The applicants submit that “it is a breach of natural justice to allow a decision to stand when the [decision maker] acted upon false information provided by the applicant” and says that fundamental justice demands the Court’s intervention.

[88] Paragraph 18.1(4)(e) of the *Federal Courts Act* specifically provides that the Court may grant relief if satisfied that a decision maker “acted ... by reason of fraud or perjured evidence”. No such relief is requested in the application for leave and judicial review, nor is there any allegation in it that HD Mining was engaged in misrepresentation. The applicants say this ground was

pourquoi [M. MacLean] a remis des AMT favorables à HD Mining, compte tenu des préoccupations qu’il avait relevées au sujet de leurs demandes dans son formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples » et à [TRADUCTION] « étoffer ses motifs se rapportant aux efforts de recrutement de HD Mining ». À mon avis, aux paragraphes 57 à 59, M. MacLean ne fait qu’expliquer la nature du formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples et les lecteurs visés par ce formulaire. Au paragraphe 60, il reprend ce qui figurait déjà dans les motifs de sa décision, soit qu’il [TRADUCTION] « n’avait pas connaissance de politiques relatives au Programme des travailleurs étrangers temporaires qui ont pour effet d’exiger que les étrangers parlent des langues précises ». En revanche, au paragraphe 61, M. MacLean apporte effectivement un complément à ses motifs, en énonçant que la présence d’écarts mineurs dans les offres d’emploi est une chose relativement normale. Par conséquent, le paragraphe 61 est radié du dossier.

4. Y a-t-il eu fausse déclaration quant à la nature du travail?

[87] Les demandeurs soutiennent que HD Mining a fait une fausse déclaration quant à la nature du travail dans ses demandes d’AMT, parce qu’elle a affirmé dans ces demandes qu’elle aurait recours à l’exploitation par longues tailles, alors qu’elle mentionnait, dans les documents qu’elle avait présentés au ministère de la Colombie-Britannique concernant la mine de la rivière Murray, qu’elle aurait recours à la méthode traditionnelle d’exploitation par chambres et piliers. Les demandeurs prétendent que [TRADUCTION] « ne pas annuler une décision dans un cas où le [décideur] a agi en fonction de fausses déclarations fournies par le demandeur de l’AMT constitue un manquement à la justice naturelle »; ils affirment que la justice fondamentale impose l’intervention de la Cour.

[88] L’alinéa 18.1(4)(e) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit expressément que la Cour peut accorder une réparation si elle est convaincue que l’office fédéral « a agi [...] en raison d’une fraude ou de faux témoignages ». La demande d’autorisation et de contrôle judiciaire ne comprend pas de demande de réparation en ce sens, ni d’allégation selon laquelle HD Mining a fait

not raised initially because they were unaware of the alleged misrepresentation until they obtained the documents from the B.C. government after this application was commenced, that they raised the issue as soon as possible, and that the Court should exercise its discretion to consider it. When asked why paragraph 18.1(4)(e) had not been pled or relied upon even at this late stage, counsel responded: “we are aware of the difference and chose to plead misrepresentation and not to plead fraud”. I am hard pressed to characterize the applicants’ allegation of the conduct of HD Mining as one of either innocent or negligent misrepresentation, rather than fraudulent misrepresentation. Their allegation was put by counsel to be the following:

... what HD Mining is saying is, “Look, we’re using this highly specialized equipment that we have to bring in from China, and this has never been done anywhere in Canada”. And that’s not, My Lord, what the documents clearly indicate. And these are HD Mining’s documents. These are the documents that they submitted for the purpose of obtaining the permit that they needed from the provincial government to proceed with this project.

Given this characterization, the applicants ought to have sought an amendment to their application to plead paragraph 18.1(4)(e) to have specifically put HD Mining on notice of its allegation, rather than stated it, as it did for the first time, in its further memorandum.

[89] In any event, as the affidavits of Curtis Harold and Douglas Sweeney have been ruled inadmissible, there is no evidence before the Court on which a finding could be made that HD Mining made any misrepresentation as to the type of mining that it would be doing at the Murray River Project.

[90] Further, even if these affidavits were in evidence, they would have been given very little weight for the reasons set out in ruling them inadmissible, namely their

de fausses déclarations. Les demandeurs affirment qu’ils n’ont pas soulevé ce motif d’opposition initialement parce qu’ils n’avaient pas connaissance des fausses déclarations alléguées avant que les autorités de la Colombie-Britannique leur transmettent les documents après le dépôt de la présente demande, qu’ils ont soulevé la question dès que possible et que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de l’examiner. Lorsqu’on lui a demandé pourquoi il n’avait pas invoqué l’alinéa 18.1(4)(e), même à cette étape tardive, l’avocat a répondu ceci : [TRADUCTION] « Nous sommes au courant de la différence et nous avons choisi d’invoquer de fausses déclarations et de ne pas invoquer la fraude. » J’ai beaucoup de difficulté à décrire les allégations des demandeurs concernant la conduite de HD Mining comme étant des allégations de fausses déclarations faites de bonne foi ou de façon négligente, plutôt que des allégations de fausses déclarations frauduleuses. Voici comment l’avocat a décrit l’allégation des demandeurs :

[TRADUCTION] Voici ce que HD Mining affirme : « Voyez, nous avons recours à cette machinerie hautement spécialisée que nous devons faire venir de Chine, qui n’a jamais été utilisée au Canada. » Et ce n’est pas, Monsieur le juge, ce que les documents indiquent clairement. Et il s’agit des documents de HD Mining, qu’elle a déposés dans le but d’obtenir le permis des autorités provinciales qu’il leur fallait pour aller de l’avant avec ce projet.

Compte tenu de cette description, les demandeurs auraient dû demander l’autorisation de modifier leur demande afin d’invoquer l’alinéa 18.1(4)(e), dans le but d’aviser spécifiquement HD Mining de leur allégation, plutôt que de la formuler pour la première fois dans leur mémoire supplémentaire, comme ils l’ont fait.

[89] De toute façon, puisque les affidavits de MM. Curtis Harold et Douglas Sweeney ont été jugés irrecevables, la Cour ne dispose d’aucun élément de preuve lui permettant de conclure que HD Mining a fait quelque fausse déclaration que ce soit quant au type d’exploitation auquel elle aurait recours à la mine de la rivière Murray.

[90] De plus, même si ces affidavits avaient été déposés en preuve, je leur aurais accordé un poids très faible, et ce, pour les motifs exposés lorsque j’ai jugé qu’ils

hearsay character, their incompleteness, and concerns regarding the accuracy of the information contained therein. Misrepresentation, like fraud, requires clear, cogent, and convincing evidence if it is to be found. The evidence tendered by the applicants falls well short of that high standard.

5. Standard of Review

[91] The parties are in agreement that the standard of review of the officer's decision is reasonableness.

6. Is There a Reviewable Error?

[92] The applicants submit that officer MacLean's decision ought to be set aside on either of two broad bases.

[93] First, it is submitted that "the officer wasn't really making the decision, or at least his latitude of discretion was minimized to a significant extent". It is argued that officer MacLean's discretion was so fettered because of the supervision and direction he received.

[94] Second, it is submitted that officer MacLean made a number of unreasonable findings and reached unreasonable conclusions when conducting his assessment. In this respect the applicants described a number of areas of concern without specifically organizing them with reference to the factors an officer is required to consider under subsection 203(3) of the Regulations. They were identified in oral submissions as "a variety of issues, including whether the officer reversed the onus of proof; that excessive requirements were imposed for the jobs; that the assessment of prevailing wage rates was made without proper foundation, and is unreasonable; the impact of the requirement to speak Mandarin; and a lack of a proper plan to transition to Canadians; deficient advertising to recruit Canadians; and the fact that there were qualified Canadians who applied but were not hired". As much as is possible, I propose to

étaient irrecevables, soit le fait qu'il s'agit de ouï-dire, le fait qu'ils étaient incomplets, et les doutes concernant l'exactitude des renseignements qu'ils contenaient. Tout comme pour la fraude, des éléments de preuve clairs, solides et convaincants sont nécessaires pour conclure à l'existence d'une fausse déclaration. La preuve produite par les demandeurs est loin de satisfaire à cette norme exigeante.

5. La norme de contrôle applicable

[91] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable à la décision de l'agent est la norme de la décision raisonnable.

6. Y a-t-il une erreur susceptible de contrôle?

[92] Les demandeurs soutiennent que la décision de M. MacLean doit être annulée, et ce, pour deux motifs généraux.

[93] Premièrement, ils soutiennent que [TRADUCTION] « l'agent n'a pas véritablement rendu la décision, ou, à tout le moins, la marge de manœuvre dont il disposait a été réduite de manière considérable ». Ils prétendent que la supervision dont M. MacLean faisait l'objet et les consignes qu'il recevait ont eu pour effet d'entraver son pouvoir discrétionnaire.

[94] Deuxièmement, ils soutiennent que M. MacLean a tiré un certain nombre d'inférences déraisonnables et qu'il est parvenu à des conclusions déraisonnables lorsqu'il a effectué son appréciation. À ce sujet, les demandeurs ont soulevé un certain nombre de préoccupations, sans renvoyer de manière précise aux facteurs dont l'agent a l'obligation de tenir compte conformément au paragraphe 203(3) du Règlement. Lors des plaidoiries, ils ont décrit ces préoccupations comme étant [TRADUCTION] « un éventail de points litigieux, notamment la question de savoir si l'agent a inversé le fardeau de la preuve, les exigences démesurées qui avaient été imposées pour les postes, l'examen des taux de salaires courants qui avait été effectué sans fondement approprié et qui était déraisonnable, les répercussions de l'exigence de parler le mandarin, ainsi que l'absence d'un plan convenable de transition vers les Canadiens, le

deal with these concerns with reference to the six specific factors the officer was required to consider under subsection 203(3) of the Regulations because ultimately the question that is to be addressed is the reasonableness of the officer's opinion under paragraph 203(1)(b) of the Regulations that "the employment of the foreign national is likely to have a neutral or positive effect on the labour market in Canada" based on these six factors.

(1) *Did the Officer Fetter His Discretion?*

[95] The [Federal] Court of Appeal in *Stemijon*, above, at paragraph 24 wrote: "A decision that is the product of a fettered discretion must *per se* be unreasonable." The applicants submit that officer MacLean's decision is unreasonable because he fettered his discretion because he was "closely monitored and directed in his processing of the file" and because "absent approval of the managers, the Officer would not have given approval".

[96] Generally, when a decision maker is given discretion by law, as officer MacLean was, he or she cannot bind him or herself in the way that discretion will be exercised by internal policies or by obligation to others. However, this is not to say that such a decision maker cannot have regard to internal policies as to how that discretion ought to be exercised, or seek input from others.

Fettering By Obligation to Others

[97] The applicants, in their further memorandum, particularize their submission that officer MacLean fettered his discretion by obligation to others as follows:

caractère inadéquat des efforts de recrutement visant les Canadiens, et le fait que des Canadiens ayant les compétences nécessaires avaient fait des demandes d'emploi et n'ont pas été embauchés ». Je me propose, autant que possible, d'aborder ces préoccupations en renvoyant aux six facteurs précis dont l'agent avait l'obligation de tenir compte conformément au paragraphe 203(3) du Règlement, parce qu'en fin de compte, la question qu'il faut examiner est le caractère raisonnable de l'avis de l'agent en vertu de l'alinéa 203(1)(b) du Règlement, selon lequel il devait conclure, compte tenu de ces six facteurs, que « l'exécution du travail par l'étranger est susceptible d'avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail canadien ».

1) *L'agent a-t-il restreint son pouvoir discrétionnaire?*

[95] La Cour d'appel fédérale a énoncé ce qui suit au paragraphe 24 de l'arrêt *Stemijon*, précité : « Une décision qui découle d'un pouvoir discrétionnaire limité est [...] en soi déraisonnable. » Les demandeurs soutiennent que la décision de M. MacLean est déraisonnable parce qu'il a restreint son pouvoir discrétionnaire du fait qu'il était [TRADUCTION] « surveillé étroitement et qu'il a reçu des consignes dans le traitement du dossier » et que [TRADUCTION] « sans l'approbation des gestionnaires, l'agent n'aurait pas donné son approbation ».

[96] Règle générale, lorsque la loi confère un pouvoir discrétionnaire à un décideur, comme c'était le cas en l'espèce de M. MacLean, il ne peut restreindre l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par des politiques internes ou des obligations envers des tiers. Cependant, cela ne signifie pas qu'un tel décideur ne peut tenir compte de politiques internes relatives à la manière dont ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé ou qu'il ne peut consulter d'autres personnes.

La restriction en raison d'obligations envers des tiers

[97] Dans leur mémoire supplémentaire, les demandeurs apportent les précisions suivantes à leur observation selon laquelle M. MacLean a restreint son pouvoir discrétionnaire par des obligations envers des tiers :

(i) “Officer MacLean was being closely monitored and directed in his processing of the file by numerous managers, including by the most senior manager of whom he was aware for the Western Territories Region, as well as by officials from Citizenship and Immigration Canada and by officials of the Province of British Columbia”;

(ii) He was asked to expedite the file and there was a “request that the Officer treat the recruitment done by Canadian Dehua for the same project a year earlier, as valid for HD Mining in its 2012 LMO applications”, contrary to HRSDC policy; and

(iii) Officer MacLean prepared a Bulk Request Assessment and Recommendation form dated April 23, 2012, and sent it to “all 6 managers who were overseeing this file” and he agreed in cross-examination “that he would not approve the LMOs without approval of the managers, which is why the Bulk Request form was initially composed outside of the computer system normally used”.

[98] The ministers submit that the applicants’ “interpretation of the record presents an entirely unrealistic view of administrative operations with respect to labour market opinions in general” and is based on their speculation that there were “ulterior motives” behind every interaction between officer MacLean and others.

[99] In my view, the record simply does not support that officer MacLean fettered his discretion in any of the ways that have been alleged.

Closely Monitored and Directed

[100] I begin by observing that simply because one’s work is being monitored does not necessarily lead to a conclusion that one’s discretion is thereby fettered.

i) [TRADUCTION] « Lorsque M. MacLean a traité le dossier, de nombreux gestionnaires, y compris celui qui, à sa connaissance, était le gestionnaire occupant le poste le plus élevé dans la Région de l’Ouest et territoires, ainsi que des fonctionnaires de Citoyenneté et Immigration Canada et de la province de la Colombie-Britannique, le surveillaient étroitement et lui donnaient des consignes »;

ii) On lui a demandé d’accélérer le traitement du dossier, et il y avait une [TRADUCTION] « demande que l’agent considère le recrutement effectué par Canadian Dehua pour le même projet un an plus tôt comme valide à l’égard des demandes d’AMT de HD Mining présentées en 2012 », ce qui va à l’encontre de la politique de RHDCC;

iii) M. MacLean a préparé un formulaire « Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples » le 23 avril 2012 et l’a envoyé à [TRADUCTION] « la totalité des six gestionnaires supervisant ce dossier », et il a reconnu lors du contre-interrogatoire [TRADUCTION] « qu’il n’approuverait pas les AMT sans l’approbation des gestionnaires, ce qui explique pourquoi le formulaire de demandes multiples n’avait pas initialement été rempli dans le système informatique qui est utilisé en temps normal ».

[98] Les ministres soutiennent que la manière dont les demandeurs [TRADUCTION] « interprètent le dossier témoigne d’une vision totalement irréaliste des activités administratives se rapportant aux avis sur le marché du travail en général » et que cette interprétation repose sur l’hypothèse selon laquelle il y avait des « arrières-pensées » qui sous-tendaient toutes les interactions entre M. MacLean et d’autres personnes.

[99] Je suis d’avis que le dossier n’était tout simplement pas l’affirmation que M. MacLean ait restreint son pouvoir discrétionnaire de l’une ou l’autre des manières alléguées.

La surveillance étroite et les consignes reçues

[100] Il y a d’abord lieu de relever que le simple fait que le travail d’une personne fasse l’objet d’une surveillance n’amène pas forcément à conclure qu’il y a pour

Virtually everyone's work is monitored; some more closely than others.

[101] Officer MacLean acknowledged that the HD Mining LMO file was not a typical LMO file. As such, it is hardly surprising that his supervisor and superiors would be interested in how his assessment was progressing (cross-examination of officer MacLean, March 27, 2013, at page 39):

Q Do you agree with me that this was a significant file for the Vancouver office?

A I would agree with you in the sense that it was a sensitive – there was some sensitivity in – regarding the file. It was the numbers – there was a significant number of temporary foreign workers that were being requested at one time. The nature of the project itself meant that it was a complex file. So – and that's what I would have – I would agree to that statement.

[102] He also acknowledged that a number of employees of HRSDC were interested in the file and asked to be kept informed of its progress, and he did so. However, there is no evidence that any of those persons directed officer MacLean do anything other than to devote his time exclusively to the application and to expedite it.

Directed to Use CDI Recruitment Information

[103] I find that there is no evidence that officer MacLean was ever directed to use or rely on any of the materials relating to the former CDI LMO application. He was advised that he could use it, but in the end it was his decision alone whether he would and to what extent. This is evident from his diary note of April 11, 2012, in which he writes of his conversation with Dale Gill, the team leader who had assigned the file to him:

autant entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le travail de presque tous est surveillé; certains sont surveillés de manière plus étroite que d'autres.

[101] M. MacLean a reconnu que le dossier d'AMT de HD Mining n'était pas un dossier comme les autres. Par conséquent, il n'était guère surprenant que son superviseur et ses supérieurs s'intéressaient à la manière dont son appréciation progressait (contre-interrogatoire de M. MacLean, le 27 mars 2013, à la page 39) :

[TRADUCTION]

Q. Êtes-vous d'accord avec moi qu'il s'agissait d'un dossier important pour le bureau de Vancouver?

R. Je suis d'accord avec vous en ce sens qu'il était délicat — qu'il contenait certains éléments délicats. C'était en raison des nombres — on demandait un nombre important de travailleurs étrangers temporaires en même temps. La nature du projet en soi faisait en sorte qu'il s'agissait d'un dossier complexe. Donc — et c'est ce que j'ai — je suis d'accord avec cette affirmation.

[102] Il a aussi reconnu qu'un certain nombre de fonctionnaires de RHDCC s'intéressaient au dossier et qu'ils avaient demandé à être tenus au courant de la manière dont celui-ci progressait, ce qu'il avait fait. Cependant, rien n'indique que l'une ou l'autre de ces personnes ait donné à M. MacLean la consigne de faire quoi que ce soit d'autre que de se consacrer exclusivement à la demande et de la traiter avec célérité.

La consigne d'utiliser les renseignements sur le recrutement effectué par CDI

[103] Je conclus qu'il n'y a aucune preuve démontrant que M. MacLean ait reçu, à quelque moment que ce soit, la consigne d'utiliser les documents relatifs à la demande d'AMT que CDI avait présentée ou de se fonder sur ces documents. On lui a mentionné qu'il pouvait s'en servir, mais, en fin de compte, c'est lui seul qui allait décider s'il s'en servirait, et dans quelle mesure il le ferait. Cela ressort clairement des notes qu'il a consignées dans son journal le 11 avril 2012 au sujet de la conversation qu'il a eue avec Dale Gill, le chef d'équipe qui lui avait attribué le dossier :

Apr 11 spoke with Dale, she advised that received email? from Lisa Smith, advising that CIC were working on WP, requested that we expedite the file, Dale also mentioned possibly accepting old recruitment. Follow up on this and see if any other info communicated. Responded that will work exclusively on this file but not able to provide completion date at this time. [Emphasis added.]

In my view, this entry shows no direction to officer MacLean regarding the CDI recruitment information, merely a suggestion that he consider accepting it. The record shows that he did consider the CDI file and found some discrepancies between the positions and duties stated therein and those requested by HD Mining. His diary entries also show that he decided that he could not and would not rely exclusively on CDI recruitment materials:

Advised Lisa that was advised by Dale that could consider past recruitment conducted by previous ER but in light of additional #s being requested would need to consider recent recruitment in the decision. [Emphasis added.]

[104] In short, although a superior informed him that he “could” consider the CDI recruitment file, he was not directed to do so. Further, given that the first HD Mining application was largely a repeat of the former CDI application that had already been assessed, it may well be that he would have considered recruitment information in the CDI file in any event. I am satisfied that the record shows that officer MacLean made his own decision as to what aspects of the CDI file he would consider, and his discretion was not fettered by his supervisors in this respect.

Required Managerial Approval

[105] Officer MacLean sent an e-mail on April 19, 2012, to his team leader, Michael Au, the team leader in charge of the file, copied to Dale Gill, Kerry O’Neill and Lisa Smith, stating: “I will do my best to complete

[TRADUCTION] 11 avril : j’ai parlé à Dale, elle m’a mentionné qu’elle avait reçu un courriel? de Lisa Smith, qui l’avait dit que CIC travaillait aux PT et qu’elle demandait que l’on traite le dossier avec célérité. Dale a aussi fait mention de la possibilité d’accepter l’ancien recrutement. Faire un suivi à ce sujet et vérifier si d’autres infos ont été données. J’ai répondu que je travaillerai exclusivement à ce dossier, mais que j’étais incapable de donner une date d’achèvement à ce stade-ci. [Non souligné dans l’original.]

À mon avis, cette inscription n’indique pas que M. MacLean avait reçu des consignes concernant les renseignements sur le recrutement effectué par CDI, mais une simple suggestion qu’il en tienne compte. La preuve démontre qu’il a bel et bien examiné le dossier de CDI et qu’il a relevé des écarts entre les postes et les fonctions exposés dans ce dossier et ceux qui figuraient dans la demande de HD Mining. Les inscriptions de son journal indiquent aussi qu’il a jugé qu’il ne pouvait pas, et qu’il n’a pas voulu, se fonder exclusivement sur les documents sur le recrutement effectué par CDI :

[TRADUCTION] J’ai mentionné à Lisa que j’ai été avisé par Dale que je pouvais tenir compte du recrutement antérieur effectué par l’ancien employeur, mais qu’en raison du nombre supplémentaire de travailleurs demandés, je devrai tenir compte du recrutement récent dans la décision. [Non souligné dans l’original.]

[104] En résumé, bien qu’un supérieur l’ait informé du fait qu’il « pouvait » tenir compte du dossier sur le recrutement de CDI, il n’a pas reçu de consigne de le faire. En outre, étant donné que la première demande de HD Mining était en grande partie une répétition de la demande antérieure de CDI, laquelle avait déjà été appréciée, il se peut bien qu’il aurait examiné les renseignements sur le recrutement effectué par CDI de toute façon. Je suis convaincu qu’il ressort du dossier que M. MacLean a pris lui-même la décision quant aux aspects du dossier de CDI dont il tiendrait compte et que ses superviseurs n’ont pas entravé son pouvoir discrétionnaire à cet égard.

L’exigence de l’approbation des gestionnaires

[105] Le 19 avril 2012, M. MacLean a envoyé un courriel à son chef d’équipe, Michael Au, qui était responsable du dossier, avec des copies à Dale Gill, à Kerry O’Neill et à Lisa Smith, dans lequel il déclarait :

these recommendations by Friday and refer them thru my team leader for comment/guidance, etc.” In fact, it was only on the following Monday that officer MacLean finalized the assessments and by e-mail dated April 23, 2012, he forwarded his completed Bulk Request Assessment and Recommendation form “to summarize the ER request and officer assessment and concerns” to Michael Au, Janet Walsh and Howard Jones and continued saying that “any guidance, objections, etc. would be appreciated.”

[106] Officer MacLean in his affidavit states that a Bulk Request Assessment and Recommendation form is sent to an officer’s supervisor when the officer foresees issuing a positive LMO involving more than 50 positions in a specific occupation. He states that this form:

... allows program officers to bring to the attention of the management/supervisory team any areas of concern, or any high-profile or sensitive cases. Based on these forms a supervisor may decide that a particular file merits the involvement of a business consultant or may identify concerns with the program officer’s recommendation. Such concerns could trigger a discussion with the recommending program officer, and potential reconsideration. However, the program officer remains the final decision-maker even where a Bulk Request Assessment and Recommendation is completed. [Emphasis added.]

[107] In this case, the record shows that there were no comments at all regarding officer MacLean’s assessment or the concerns he raised. His team leader said in an e-mail, “you have the go ahead from the two managers to approve these applications” which was, in fact, exactly what officer MacLean indicated was his assessment—that they be approved. The LMOs were thus approved and issued by officer MacLean. Given that there was no substantive feedback from the supervisory personnel, it is shocking to suggest that the officer’s discretion was fettered. The decisions were rendered exactly as he had written them.

[TRADUCTION] « Je ferai de mon mieux pour terminer ces recommandations d’ici vendredi et les présenter, par l’entremise de mon chef d’équipe, pour commentaires, conseils, etc. » En fait, ce n’est que le lundi suivant que M. MacLean a complété les appréciations et, par un courriel du 23 avril 2012, il a transmis à Michael Au, à Janet Walsh et à Howard Jones le formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples qu’il avait rempli [TRADUCTION] « pour résumer la demande de l’employeur ainsi que l’appréciation et les préoccupations de l’agent », et il a ajouté que [TRADUCTION] : « J’aimerais recevoir vos conseils, vos objections, etc. »

[106] Dans son affidavit, M. MacLean déclare qu’un formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples est envoyé au superviseur d’un agent lorsque l’agent prévoit rendre un AMT favorable concernant plus de 50 postes dans une profession en particulier. Il déclare que ce formulaire :

[TRADUCTION] [...] permet aux agents de programme de porter à l’attention de l’équipe de gestion ou de supervision les préoccupations, ou les cas très médiatisés ou de nature délicate. En se fondant sur ces formulaires, un superviseur peut décider qu’un dossier particulier justifie l’intervention d’un expert-conseil en affaires ou peut avoir des préoccupations par rapport à la recommandation de l’agent de programme. De telles préoccupations pourraient entraîner une discussion avec l’auteur de la recommandation ainsi qu’un éventuel réexamen. Toutefois, l’agent de programme demeure l’ultime décideur, même lorsqu’un formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples est rempli. [Non souligné dans l’original.]

[107] En l’espèce, il ressort du dossier qu’aucun commentaire n’a été formulé au sujet de l’appréciation ou des préoccupations de M. MacLean. Dans un courriel, son chef d’équipe lui a déclaré qu’il [TRADUCTION] « avait le feu vert des deux gestionnaires pour l’approbation de ces demandes », ce qui correspondait, en fait, exactement à ce que M. MacLean avait mentionné être son appréciation — que les demandes soient approuvées. M. MacLean a donc approuvé et rendu les AMT. Étant donné l’absence de commentaires importants de la part des superviseurs, il est consternant qu’on ait laissé entendre qu’il y avait eu entrave au pouvoir discrétionnaire

de l'agent. Les décisions rendues étaient exactement telles qu'il les avait écrites.

Summary

[108] The position of the applicants on the fettering of officer MacLean's discretion by his superiors amounts to a submission that these superiors wanted positive LMOs to issue and were directing and controlling him to achieve that desired result. There is nothing in the record that establishes that. The applicants' submissions are based on mere speculation and conjecture.

(2) Was the Officer's Assessment Unreasonable?

[109] An officer's opinion under paragraph 203(1)(b) of the Regulations that "the employment of the foreign national is likely to have a neutral or positive effect on the labour market in Canada" shall, according to subsection 203(3), be based on the following six factors:

203. ...

(3)...

(a) whether the employment of the foreign national is likely to result in direct job creation or job retention for Canadian citizens or permanent residents;

(b) whether the employment of the foreign national is likely to result in the creation or transfer of skills and knowledge for the benefit of Canadian citizens or permanent residents;

(c) whether the employment of the foreign national is likely to fill a labour shortage;

(d) whether the wages offered to the foreign national are consistent with the prevailing wage rate for the occupation and whether the working conditions meet generally accepted Canadian standards;

(e) whether the employer has made, or has agreed to make, reasonable efforts to hire or train Canadian citizens or permanent residents; and

(f) whether the employment of the foreign national is likely to adversely affect the settlement of any labour dispute in progress or the employment of any person involved in the dispute.

Résumé

[108] La position des demandeurs quant à l'entrave au pouvoir discrétionnaire de M. MacLean de la part de ses supérieurs équivaut à une affirmation selon laquelle ces supérieurs désiraient que des AMT favorables soient rendus, et qu'ils dirigeaient M. MacLean et l'encadraient pour atteindre le but recherché. Rien dans le dossier ne le démontre. Les demandeurs ont fondé leurs observations sur de simples hypothèses et conjectures.

2) L'appréciation de l'agent était-elle déraisonnable?

[109] L'avis d'un agent au titre de l'alinéa 203(1)b) du Règlement selon lequel « l'exécution du travail par l'étranger est susceptible d'avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail canadien » doit, selon le paragraphe 203(3), être fondé sur les six facteurs suivants :

203. [...]

(3) [...]

a) l'exécution du travail par l'étranger est susceptible d'entraîner la création directe ou le maintien d'emplois pour des citoyens canadiens ou des résidents permanents;

b) l'exécution du travail par l'étranger est susceptible d'entraîner le développement ou le transfert de compétences ou de connaissances au profit des citoyens canadiens ou des résidents permanents;

c) l'exécution du travail par l'étranger est susceptible de résorber une pénurie de main-d'œuvre;

d) le salaire offert à l'étranger correspond aux taux de salaires courants pour cette profession et les conditions de travail qui lui sont offertes satisfont aux normes canadiennes généralement acceptées;

e) l'employeur a fait ou accepté de faire des efforts raisonnables pour embaucher ou former des citoyens canadiens ou des résidents permanents;

f) le travail de l'étranger est susceptible de nuire au règlement d'un conflit de travail en cours ou à l'emploi de toute personne touchée par ce conflit.

As noted earlier, I will deal with the various issues raised by the applicants within the context of these six factors, to the extent that this can be done in an orderly way.

203(3)(a) “whether the employment of the foreign national is likely to result in direct job creation or job retention for Canadian citizens or permanent residents”

[110] Officer MacLean makes an identical assessment on job creation for each of the LMO decisions, as follows:

Information provided with the LMO refers to creation of 500 on site jobs and creation of 1000 indirect jobs offsite. ER has confirmed immediate onsite staffing needs of approximately 294 for completion of construction/bulk sampling phase. ER has offered employment to 30 Canadian workers, expects to hire additional 56 Canadians based on ongoing recruitment efforts. ER is requesting 201 FW. ER expects that the total onsite employment will increase to approximately 500 when mine reaches full production in 2-3 years. Thus approximately an additional 200 jobs will [be] created, the majority of those will be concentrated in miner and support service worker occupations.

[111] The applicants do not raise any issues that directly go to this factor.

[112] The information in the officer's assessment notes is consistent with the cover letter sent to HRSDC with the LMO applications, and with telephone conversations between the officer and HD Mining on April 13 and 20, 2012. It is also consistent with his summary in the Bulk Request Assessment and Recommendation form. I agree with the submission of the ministers that this is a factor favouring a positive LMO.

203(3)(b) “whether the employment of the foreign national is likely to result in the creation or transfer of skills and knowledge for the benefit of Canadian citizens or permanent residents”

Comme je l'ai déjà été mentionné, je traiterai des diverses questions soulevées par les demandeurs en tenant compte de ces six facteurs, dans la mesure où cela peut se faire dans l'ordre.

203(3)a) : « l'exécution du travail par l'étranger est susceptible d'entraîner la création directe ou le maintien d'emplois pour des citoyens canadiens ou des résidents permanents »

[110] M. MacLean a fait une appréciation identique de la création d'emplois pour chacune des décisions relatives aux AMT :

[TRADUCTION] Les renseignements fournis avec les AMT font mention de la création de 500 emplois sur place et de 1 000 emplois indirects ailleurs. L'employeur a confirmé des besoins immédiats en dotation pour environ 294 postes afin de compléter la construction et l'échantillonnage global. L'employeur a offert de l'emploi à 30 travailleurs canadiens, il prévoit engager 56 autres Canadiens en fonction d'efforts de recrutement continus. L'employeur demande 201 travailleurs étrangers. L'employeur s'attend à ce que le total de l'emploi sur place atteigne environ 500 postes lorsque la mine sera en pleine production dans 2 ou 3 ans. Donc, environ 200 emplois additionnels seront créés; la majeure partie de ceux-ci sera concentrée dans les professions de mineur et de travailleur de soutien et de services.

[111] Les demandeurs ne soulèvent aucune question portant directement sur ce facteur.

[112] Les renseignements contenus dans les notes d'appréciation de l'agent correspondent à la lettre d'accompagnement envoyée à RHDCC avec les demandes d'AMT ainsi qu'aux conversations téléphoniques tenues entre l'agent et HD Mining les 13 et 20 avril 2012. Ils sont aussi compatibles avec son résumé qui se trouve dans le formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples. Je souscris à l'observation des ministres selon laquelle il s'agit d'un facteur appuyant un AMT favorable.

203(3)b) : « l'exécution du travail par l'étranger est susceptible d'entraîner le développement ou le transfert de compétences ou de connaissances au profit des citoyens canadiens ou des résidents permanents »

[113] The applicants submit that officer MacLean presumed that this factor was met, or in other words favoured HD Mining, absent the breach of some policy or some other reason negating that positive presumption. As a result, they say, officer MacLean did not find that the factor truly favoured HD Mining in a substantive sense; only that there were no particular policies or reasons which disqualified it. At various points in their submissions, the applicants referred to this error as the officer “reversing the onus of proof”.

[114] The following excerpt from the applicants’ memorandum of fact and law in support of leave particularizes this submission:

Thus, rather than require HD Mining to show, for instance, that having Mandarin as the predominant language in the mine would allow for the recruitment, training, or retention of Canadians, the Officer found instead that there was no policy which would allow for a refusal.

[115] The applicants, in their oral submissions, also characterized this concern as the officer fettering his discretion:

And in our submission the officer clearly had a discretion to refuse the LMOs on that basis. On the basis that the Mandarin in the work place would impede the transfer of work to Canadians and the hiring and retention of Canadians. And particularly given his concern, which is expressed immediately thereafter about there being little substantive information being provided about the training, and about concerns about the length of time the employer wished to take to transition to a Canadian workforce. But the officer clearly understands that he is unable to exercise that discretion because of an absence of any specific temporary foreign worker policy, which would allow for a refusal based on workplace language. And in our submissions that’s a clear fettering of his discretion. He could refuse based on the discretion that he has. The officer seems to understand that he can’t refuse unless there exists a specific policy allowing for a refusal.

[113] Les demandeurs soutiennent que M. MacLean a présumé que ce facteur était satisfait ou, en d’autres mots, qu’il appuyait HD Mining, en l’absence de tout manquement à une politique ou d’un autre motif réfutant cette présomption favorable. Par conséquent, soutiennent-ils, M. MacLean n’a pas conclu que le facteur appuyait véritablement HD Mining d’une manière fondamentale, mais seulement qu’il n’y avait aucune politique ou raison en particulier la disqualifiant. À divers moments pendant leurs observations, les demandeurs ont fait référence à cette erreur en affirmant que l’agent avait [TRADUCTION] « renversé le fardeau de la preuve ».

[114] L’extrait suivant, tiré du mémoire des faits et du droit des demandeurs à l’appui de l’autorisation, précise cette observation :

[TRADUCTION] Ainsi, plutôt que d’exiger de HD Mining qu’elle démontre, par exemple, que le fait que le mandarin soit la principale langue dans la mine permettrait le recrutement, la formation ou le maintien d’emplois de Canadiens, l’agent a plutôt conclu qu’il n’y avait aucune politique permettant de rejeter la demande.

[115] Dans leurs observations orales, les demandeurs ont également décrit cette préoccupation comme portant sur le fait que l’agent avait restreint son pouvoir discrétionnaire :

[TRADUCTION] Et notre observation, c’est que l’agent avait clairement un pouvoir discrétionnaire de refuser les AMT pour ce motif. Pour le motif que la présence du mandarin dans les lieux de travail générerait le transfert de travail à des Canadiens ainsi que l’embauche et le maintien d’emplois de Canadiens. Et compte tenu en particulier de sa préoccupation, qu’il exprime tout de suite après, au sujet du peu de renseignements pertinents fournis quant à la formation, et de ses préoccupations concernant la période dont l’employeur désire bénéficier pour la transition vers une main-d’œuvre canadienne. Mais l’agent comprend clairement qu’il n’est pas en mesure d’exercer ce pouvoir discrétionnaire, en raison de l’absence d’une politique précise relative aux travailleurs étrangers temporaires qui permettrait un refus fondé sur la langue de travail. Et nous prétendons qu’il s’agit d’une entrave claire à son pouvoir discrétionnaire. Il pourrait refuser en fonction du pouvoir discrétionnaire dont il dispose. L’agent semble croire qu’il ne peut refuser, à moins qu’il y ait une politique précise permettant un refus.

[116] The concerns that officer MacLean had regarding the Mandarin language requirement for the TFWs is found both in his Bulk Request Assessment and Recommendation form and in his assessment notes. In the former, he writes:

Lack of requirement for English for FWs in underground mining occupations, raises some concerns regarding the employer's ability to attract/train and transition to Canadian workers. The employer has stated that English language training will be provided, that interpreters and English speaking foremen will facilitate on the job training and transfer of skills to Canadians. Still it is reasonable to question ... how successful the employer will be in attracting, training or retaining Canadians, while the language of mine operation is predominantly Mandarin. However, I am unaware of any TWFP policy that would allow for a refusal based on workplace language. [Emphasis added.]

In his assessment notes for each LMO, he writes:

Transfer of skills: concerns regarding the ability of the employer to deliver transfer of skills due to FW not being proficient in English. ER asserts that on the job training and skill/ knowledge/ experience transfer will be facilitated by English speaking foreman and FW miners/support and service workers thru use of interpreters attached to the work units. ... Transition to Canadian workforce: information attached to the LMO and confirmed by the employer ER, asserts change over will occur at 10% per year over the 1st 10 years a potentially 40 year mine life. Again no substantive information provided as how ER will meet this goal. Decision: LMO has met program requirements for genuineness under IRPA 200(5) and IRPA 203(3), wages, working conditions, recruitment, no labour dispute. Job creation and transfer of skills were also considered as benefits to Canada, notwithstanding officers comments recorded above. Bulk Request Assessment and Recommendation 23Apr forwarded bulk request assessment and recommendation to team leader and local manager(s), noting concerns, but recommending confirmation for all LMO's requested. A 2 year duration is appropriate as it will cover off the duration of the bulk sampling project, and allow for a subsequent review of the employers progress in hiring and training of Canadians. [Emphasis added.]

[116] Les préoccupations qu'avait M. MacLean concernant l'exigence du mandarin pour les TÉT se trouvent dans le formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples et dans ses notes d'appréciation. Dans le premier document, il écrit :

[TRADUCTION] L'absence d'exigence quant à l'anglais pour les TÉ, pour les postes liés à l'exploitation minière souterraine, soulève quelques préoccupations concernant la capacité de l'employeur d'attirer et de former des travailleurs canadiens et d'effectuer la transition. L'employeur a déclaré qu'une formation linguistique en anglais serait offerte, et que des interprètes et des contremaîtres parlant anglais faciliteraient la formation professionnelle et le transfert de compétences aux Canadiens. Il est tout de même raisonnable de se demander [...] jusqu'à quel point l'employeur réussira à attirer, à former et à retenir des Canadiens, alors que la principale langue de l'exploitation minière est le mandarin. Toutefois, je ne connais aucune politique relative au PTÉT qui permettrait un refus en fonction de la langue de travail. [Non souligné dans l'original.]

Dans ses notes d'appréciation pour chacun des AMT, il écrit :

[TRADUCTION] Transfert des compétences : des préoccupations concernant la capacité de l'employeur de procéder au transfert de compétences parce que les TÉ ne maîtrisent pas l'anglais. L'employeur prétend que la formation professionnelle ainsi que le transfert de compétences, de connaissances et d'expérience seront facilités par des contremaîtres et par des mineurs et des travailleurs de soutien et de services étrangers parlant anglais, par l'entremise d'interprètes affectés aux unités de travail [...] Transition à la main-d'œuvre canadienne : selon les renseignements joints à l'AMT et confirmés par l'employeur, la transition se fera à un taux de 10 p. 100 par année pendant les dix premières années d'une exploitation minière pouvant durer 40 ans. Encore une fois, aucun renseignement pertinent n'a été fourni sur la manière dont l'employeur atteindra ce but. Décision : l'AMT a satisfait aux exigences du programme quant à l'authenticité au titre du paragraphe 200(5) et quant au salaire, aux conditions de travail, à l'embauche et à l'absence de conflit de travail au titre du paragraphe 203(3) de la LIPR. La création d'emplois et le transfert de compétences ont également été considérés comme des avantages pour le Canada, malgré les commentaires de l'agent qui précèdent. Le formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples du 23 avril transmettait l'appréciation et les recommandations quant à des demandes multiples au chef d'équipe et aux gestionnaires régionaux, constatait des préoccupations, mais recommandait la confirmation de tous les AMT demandés. Une durée de 2 ans est appropriée, puisque cela comprendra la durée du projet d'échantillonnage global et permettra un examen subséquent des progrès réalisés par

[117] Officer MacLean clearly had concerns that non-English speaking TFWs would have a negative impact on the creation or transfer of skills and knowledge to Canadians. HD Mining tried to overcome these concerns by pointing out that interpreters would be used and that foremen would be English- and Mandarin-speaking. They also provided some limited information about training at local educational institutions and had attached to their applications a long-term plan for the training of and transition to a one hundred percent Canadian workforce, which I also discuss further below in relation to the factor at paragraph 203(3)(e). These measures went some way to address the officer's concerns but, as he writes: "Still it is reasonable to question ... how successful the employer will be in attracting, training or retaining Canadians, while the language of mine operation is predominantly Mandarin" (emphasis added). It is relevant to note that at this point in his analysis, the officer has not concluded that the employer would have no success in attracting, training, and retraining Canadians; rather, he concludes that the degree of its success is open to question. This finding is made just before the statement the applicants attack—"I am unaware of any TFWP policy that would allow for a refusal based on workplace language". The applicants interpret this statement as meaning that since there is no such policy, officer MacLean, who would otherwise disallow the application, feels that he must weigh this factor in favour of the applicant. I do not share that interpretation.

[118] I firstly note that notwithstanding the extensive cross-examination of officer MacLean by the applicants, I cannot find that he was specifically asked what he meant by the impugned comment. In any event, as I see it, in the above-questioned passage, officer MacLean expresses that he has concerns that the transfer of skills and work to Canadians will be limited by the Mandarin language of the workplace, but accepts that there will be some skills transfer. As such, this factor weighs in the applicant's favour, even if only slightly, and officer

L'employeur dans l'embauche et la formation de Canadiens.
[Non souligné dans l'original.]

[117] M. MacLean était manifestement préoccupé par la possibilité que l'embauche de TÉT ne parlant pas anglais nuise à la création d'emplois et au transfert de compétences et de connaissances aux Canadiens. HD Mining a tenté de répondre à ces préoccupations en soulignant qu'elle embaucherait des interprètes et que les contremaîtres parleraient l'anglais et le mandarin. Elle a aussi fourni quelques renseignements au sujet de la formation dans des établissements d'enseignement locaux et a joint à ses demandes un plan à long terme pour la formation de la main-d'œuvre canadienne et une transition vers une telle main-d'œuvre à 100 p. 100, ce que j'analyserai davantage plus loin, par rapport au facteur énoncé à l'alinéa 203(3)e). Ces mesures répondaient quelque peu aux préoccupations de l'agent, mais, comme il l'a écrit : [TRADUCTION] « Il est tout de même raisonnable de se demander [...] jusqu'à quel point l'employeur réussira à attirer, à former et à retenir des Canadiens, alors que la principale langue de l'exploitation minière est le mandarin » (non souligné dans l'original). Il convient de noter qu'à ce stade de son analyse, l'agent n'a pas conclu que l'employeur ne réussirait pas à attirer, à former et à retenir des Canadiens; il a plutôt conclu qu'il y avait lieu de se demander jusqu'à quel point l'employeur y réussirait. Cette conclusion est tirée tout juste avant l'énoncé contesté par les demandeurs : [TRADUCTION] « Toutefois, je ne connais aucune politique relative au PTÉT qui permettrait un refus en fonction de la langue de travail. » Les demandeurs interprètent cet énoncé comme signifiant que, puisqu'une telle politique n'existe pas, M. MacLean, qui aurait par ailleurs rejeté la demande, se sentait obligé de considérer que ce facteur favorise le demandeur d'AMT. Je ne partage pas cette interprétation.

[118] Je fais d'abord remarquer que malgré le contre-interrogatoire approfondi auquel les demandeurs ont soumis M. MacLean, je ne peux pas conclure qu'on lui a expressément demandé ce qu'il voulait dire par le commentaire contesté. De toute façon, à mon avis, dans le passage contesté qui précède, M. MacLean exprime ses préoccupations quant au fait que le transfert de compétences et de travail aux Canadiens serait limité par l'usage du mandarin comme langue de travail, mais il reconnaît qu'il y aura un certain transfert de compétences.

MacLean notes that there is no policy that would dictate that he say that it does not weigh in its favour (and reject the application). That is not a reversal of onus as alleged; it is a statement of fact.

[119] Indeed, officer MacLean, quite responsibly in my view, notes his concerns in this regard so that another officer considering a subsequent LMO application from HD Mining will inquire into and assess the success it has had in skills transfer to Canadians notwithstanding the initial Mandarin language of the workplace (cross-examination of officer MacLean, March 25, 2013, at pages 32–33):

Q. But what persisted as a concern was the impact that a predominantly Mandarin workplace language would have on the ability of HD Mining to recruit and train Canadian workers; correct?

A. Well, I would say that that was a concern, and I would say that this is in regards to, you know, my style of note-taking, my style in terms of writing the decision. Some of it in terms of the concern was that any subsequent labour market opinions it was more of a going-forward period. They had met the program requirements. I was confirming those applications. I had concerns in regards to transitioning because of language and that language may present some barriers. The employer had provided what steps they had taken to address that.

Those concerns, Mr. Clements, were there in the sense that as going forward if I am – and as is my practice when I'm confirming an application, if I have some concerns that would not cause a refusal of an application, then I'll note them, and that the next officer that may assess an application from that company can review those notes to say this previous officer had some concerns regarding language. So that may form part of the questions that they would ask the employer in terms of a subsequent application. So how is it working in terms of transitioning? How is it working in regards to workplace language? That's how I would categorize. When I tend to write concerns, they would mostly be going forward. In other words, that somebody in subsequent dealings with the company may review that and bring those back up.

Ainsi, ce facteur favorise le demandeur d'AMT, bien que ce ne soit que légèrement, et M. MacLean fait remarquer qu'il n'existe pas de politique qui l'obligerait à dire que cela ne le favorise pas (et à rejeter la demande). Cela ne constitue pas un renversement du fardeau, comme on l'a allégué; il s'agit d'un énoncé de fait.

[119] En fait, M. MacLean, de façon très responsable selon moi, fait part de ses préoccupations à cet égard de telle sorte qu'un autre agent qui examinera une demande ultérieure d'AMT présentée par HD Mining vérifiera et évaluera le succès que celle-ci a obtenu lors du transfert de compétences aux Canadiens malgré que le mandarin fût la langue de travail initiale (contre-interrogatoire de M. MacLean, le 25 mars 2013, aux pages 32 et 33) :

[TRADUCTION]

Q. Mais ce qui était toujours source d'inquiétudes, c'était l'incidence qu'aurait l'utilisation prédominante du mandarin comme langue de travail sur la capacité de HD Mining à recruter et à former des travailleurs canadiens, n'est-ce pas?

R. Bien, je dirais que cela était source d'inquiétudes, et je dirais que cela a trait, vous savez, à ma façon de prendre des notes, ma façon de rédiger la décision. Certaines de ces inquiétudes avaient trait à des avis sur le marché du travail qui pourraient être rendus à l'avenir; il s'agissait d'inquiétudes quant à l'avenir. Ils avaient satisfait aux exigences du programme. Je confirmais ces demandes. J'étais préoccupé par la question de la transition en raison de la langue et parce que la langue peut créer certains obstacles. L'employeur avait dit quelles mesures il avait prises afin de régler ce problème.

Ces inquiétudes, M^c Clements, étaient présentes parce que, en ce qui concerne l'avenir — et comme j'en ai l'habitude lorsque je confirme une demande, si j'ai certaines réserves qui n'entraînent pas le refus d'une demande, alors j'en prends note, et le prochain agent qui examinera une demande présentée par cette société pourra examiner ces notes et verra que l'agent antérieur était préoccupé par la question de la langue. Cela pourra faire partie des questions qu'ils poseront à l'employeur lors d'une autre demande. Alors, comment cela va-t-il en ce qui a trait à la transition? Comment cela va-t-il en ce qui a trait à la langue de travail? C'est comme cela que je le vois. Lorsque je prends note d'inquiétudes, celles-ci ont généralement trait à l'avenir. En d'autres mots, une autre personne qui aura affaire à la société pourra prendre connaissance de ces inquiétudes et en discuter avec celle-ci.

[120] On the whole, therefore, I do not find that officer MacLean's assessment of this factor is unreasonable. He found this factor weighed in HD Mining's favour, if only slightly, based on their transition plan, the discussions they had had with a local training institution, and the use of English-speaking foremen, but nevertheless had some concerns about this plan and about how the use of Mandarin would affect HD Mining's ability to attract and train Canadians. This finding is intelligible and falls within the range of possible acceptable outcomes based on the material that was before the officer. Moreover, as I noted above, officer MacLean expressing his concerns in his reasons was meant to be a useful tool for the next officer to review an LMO application from HD Mining, which was to occur within roughly two years. In my view, this Court would be sending the wrong message and it would arguably have a chilling effect on administrative reasons to hold, in effect, that an officer cannot express his or her concerns but nevertheless make a positive determination if, on balance, that is warranted.

203(3)(c) “whether the employment of the foreign national is likely to fill a labour shortage”

[121] Officer MacLean makes an identical assessment on the issue of a labour shortage for each of the LMO decisions, as follows:

Available LMI reviewed, speaks to challenges in finding workers in this industry due to growth of industry and aging workforce. Mining Industry Human Resources Council (MiHR) report on Labour Market Demand Projects dated Jun 2008, details the expected mining labour force shortage for British Columbia over period 2008-2017 and refers to labour shortages in this industry across Canada. See also LMI research completed by another officer for related employer SF 7752445 which supports ongoing labour shortages in industry and specifically underground coal mining [i.e. the CDI application].

[120] Donc, dans l'ensemble, selon moi, l'appréciation de ce facteur faite par M. MacLean n'est pas déraisonnable. Il a conclu que ce facteur faisait pencher la balance en faveur de HD Mining, un tant soit peu, compte tenu de son plan de transition, des discussions qu'elle a eues avec un établissement d'enseignement local, et de l'utilisation de contremaîtres anglophones, mais il avait néanmoins certaines réserves quant à ce plan et se demandait quelle incidence aurait l'utilisation du mandarin sur la capacité de HD Mining à attirer et former des Canadiens. Cette conclusion est intelligible et appartient aux issues possibles acceptables compte tenu des documents dont l'agent était saisi. En outre, comme je l'ai déjà souligné, M. MacLean a fait part de ses préoccupations dans ses motifs afin que celles-ci puissent être utiles à un autre agent qui examinerait une autre demande d'AMT présentée par HD Mining, ce qui allait se produire environ deux ans plus tard. Selon moi, la Cour enverrait un mauvais message si elle concluait, en fait, qu'un agent ne peut pas exprimer ses réserves tout en rendant une décision favorable si, somme toute, celle-ci est justifiée; cela pourrait avoir un effet paralysant sur les motifs administratifs.

203(3)c) : « l'exécution du travail par l'étranger est susceptible de résorber une pénurie de main-d'œuvre »

[121] M. MacLean fait une appréciation identique quant à la question de la pénurie de main-d'œuvre pour chacune des décisions relatives aux AMT :

[TRADUCTION] L'IMT disponible examinée fait mention de difficultés à trouver des travailleurs dans cette industrie en raison de la croissance de l'industrie et de la main-d'œuvre vieillissante. Le rapport du Conseil des ressources humaines de l'industrie minière (RHIM) sur les projections de la demande de main-d'œuvre, de juin 2008, donne des précisions sur la pénurie de main-d'œuvre attendue dans le secteur minier en Colombie-Britannique pour la période 2008-2017 et mentionne qu'il y a pénurie de main-d'œuvre dans cette industrie dans l'ensemble du Canada. Voir également la recherche en matière d'IMT qui a été faite par un autre agent relativement à l'employeur lié SF 7752445 qui confirme les pénuries de main-d'œuvre qui sévissent actuellement dans l'industrie, plus particulièrement dans le secteur des mines de charbon souterraines [c.-à-d. la demande de CDI].

[122] The applicants acknowledge that there is a shortage of some skilled underground mine workers in Canada but say that not all of the TFW positions are skilled and face shortages. However, they take no issue with officer MacLean's reliance on the documentary evidence, which he understood as establishing a shortage across all mining positions, or point to any part of it as supporting their assertion. Rather, the only issue they raise that is arguably relevant to the finding of a labour shortage is that of the "excessive" job requirements for the lower-skilled positions. In particular, they submit that HD Mining sought excessive qualifications for these positions from Canadian applicants and that this artificially depressed the number of qualified Canadians who could apply and were qualified, which gives the impression that there was a labour shortage for the lower-skilled positions, when in fact this *may* not be the case. The applicants' submission that the requirements were "excessive" is based on their interpretation of NOC 8411. They submit that rather than requiring HD Mining to establish that its requirements were reasonable, the officer placed the onus on the Minister to show that they were not:

Level of experience required may vary depending on type of mining and specific job being performed. Insufficient information to support a refusal based on job requirements being excessive. [Emphasis added.]

[123] Taken in isolation it may appear that officer MacLean is placing the burden on the Minister to establish that the job requirements are excessive; however, when read in context, this is not the case. The entire passage from which the applicants have extracted the impugned sentence is as follows:

Job offer/requirements; duties and requirements, minimum 3 years underground coal mining experience are related to the specific worker job title. ER rationale for job requirements, performance of these jobs requires this level of experience, ensure safety of workers, initial construction phase of mine requires experienced workers. Unable to locate any

[122] Les demandeurs reconnaissent qu'il y a pénurie de certains travailleurs de mines souterraines spécialisés au Canada, mais ils affirment que ce ne sont pas tous les emplois des travailleurs étrangers temporaires qui sont spécialisés et font l'objet d'une pénurie. Toutefois, ils n'ont rien à redire au fait que M. MacLean se soit fié à la preuve documentaire, laquelle, selon ce qu'il croyait comprendre, indiquait qu'il y avait pénurie dans l'ensemble des emplois de travailleur minier, et ne peuvent renvoyer à aucune partie de celle-ci à l'appui de leur prétention. Le seul problème qu'ils soulèvent qui pourrait être pertinent quant à la conclusion qu'il y a pénurie de main-d'œuvre est celui des exigences d'emploi [TRADUCTION] « démesurées » en ce qui concerne les emplois les moins spécialisés. Ils prétendent notamment que HD Mining exigeait des compétences démesurées pour ces emplois de la part des postulants canadiens et que cela diminuait de façon artificielle le nombre de Canadiens possédant ces compétences qui pouvaient postuler, ce qui donnait l'impression qu'il y avait pénurie de main-d'œuvre pour les emplois moins spécialisés, alors qu'en réalité cela n'est peut-être pas le cas. La prétention des demandeurs voulant que les exigences étaient « démesurées » est fondée sur leur interprétation du code 8411 de la CNP. Ils prétendent que plutôt que d'exiger que HD Mining démontre que ses exigences étaient raisonnables, l'agent a imposé au ministre le fardeau de démontrer qu'elles ne l'étaient pas :

[TRADUCTION] L'expérience exigée peut varier selon le type d'exploitation minière et le type de travail qui est effectué. Renseignements insuffisants pour justifier un refus au motif que les exigences de l'emploi sont démesurées. [Non souligné dans l'original.]

[123] Pris isolément, il peut sembler que M. MacLean impose au ministre le fardeau de démontrer que les exigences d'emploi sont démesurées; toutefois, lorsqu'on tient compte du contexte, ce n'est pas le cas. Le passage où apparaît la phrase contestée est ainsi libellé :

[TRADUCTION] Offre d'emploi/exigences; tâches et exigences, expérience de travail d'au moins trois ans dans des mines de charbon liée au poste. Raison de l'employeur pour ces exigences d'emploi, l'exécution de ces tâches exige ce niveau d'expérience, assure la sécurité des travailleurs, l'étape initiale de la construction de la mine nécessite des travailleurs

standardized job description for any of these job offers. Based on information reviewed in assessment of file would appear that experience, knowledge, can be specific to type of mining, underground versus open pit, hard rock versus soft rock, etc. and not necessarily any natural mobility between open pit and underground mining. Level of experience required may vary depending on type of mining and specific job being performed. Insufficient information to support as refusal based on job requirements being excessive.

[124] In my view, in this passage officer MacLean is simply noting that his research has shown that job requirements vary in mining between underground and open-pit mining, and hard rock and soft rock mining; that the employer has provided an explanation for the requirements it placed on these jobs, which is that experienced workers during the construction phase of the project will help ensure the safety of workers; and that, in light of this, he has no reason to find that the requirements HD Mining is requiring of its workers are excessive. He is not, in my view, doing anything more than saying that although they are higher than the NOC standard, explanations have been offered and he has no reason to find otherwise. This is not a reversal of onus. Moreover, this is consistent with his evidence on cross-examination where he states that the NOC requirements are used by program officers as a guide and they do not require that an applicant provides a mirror image of the NOC classification: see cross-examination of officer MacLean, March 25, 2013, at pages 26–27.

[125] More importantly, the applicants have not accurately focused on what is contained in NOC 8411. NOC 8411 is a skill level C classification. The applicants note that the NOC guide provides that a job will be at skill level C if the education and training is either “Completion of secondary school and some short-duration courses or training specific to the occupation *or* Some secondary school education, with up to two years of on-the-job training, training courses or specific work experience.” HD Mining’s requirements for the

qualifiés. Incapable de trouver une description de poste normalisée pour l’une ou l’autre de ces offres d’emploi. Compte tenu des renseignements examinés dans l’appréciation du dossier, il semblerait que l’expérience, les connaissances, peuvent être propres au type d’exploitation minière, mine souterraine par opposition à carrière, roche dure par opposition à roche tendre, etc., et il n’est pas nécessairement facile de passer d’une carrière à une mine souterraine. L’expérience exigée peut varier selon le type d’exploitation minière et le type de travail qui est effectué. Renseignements insuffisants pour justifier un refus au motif que les exigences de l’emploi sont démesurées.

[124] Selon moi, dans ce passage, M. MacLean ne fait que souligner que sa recherche a démontré que les exigences d’emploi dans le secteur minier varient selon le type de mine, à savoir une mine souterraine ou une carrière, une mine de roche dure ou de roche tendre; il souligne que l’employeur a fourni une explication quant aux exigences qu’il a fixées relativement à ces emplois, à savoir que l’embauche de travailleurs qualifiés durant la construction permettra d’assurer la sécurité des travailleurs et que, compte tenu de ceci, il n’a aucune raison de conclure que les exigences de HD Mining relativement à ses travailleurs sont démesurées. Selon moi, il ne fait que dire que bien que ces exigences soient plus élevées que celles qui sont prévues dans la CNP, des explications ont été données et il n’a aucune raison de conclure autrement. Il ne s’agit pas d’un renversement du fardeau de la preuve. En outre, cela est conforme au témoignage qu’il a rendu en contre-interrogatoire où il a déclaré que les agents de programme se servent des exigences prévues dans la CNP comme guide et qu’ils n’exigent pas qu’un demandeur réponde parfaitement aux exigences prévues dans la CNP : voir le contre-interrogatoire de M. MacLean, le 25 mars 2013, aux pages 26 et 27.

[125] Plus important encore, les demandeurs n’ont pas suffisamment porté attention à ce qu’indique la CNP 8411. La CNP 8411 est une classification dont le niveau de compétences est « C ». Les demandeurs soulignent que la CNP prévoit qu’un emploi aura le niveau de compétences C si les exigences quant aux études et à la formation sont : « Diplôme d’études secondaires et cours de courte durée ou formation propre à la profession *ou* Études secondaires partielles et jusqu’à deux ans de formation en cours d’emploi, de cours de formation

NOC 8411 classified positions were a secondary school diploma and three years related underground mining experience. Thus, they argue, HD Mining's requirements were far too high.

[126] However, what the applicants fail to address is that skill level C covers a variety of unskilled and low skilled positions. NOC 8411, which is specific to "Underground mine service and support workers", lists the following under employment requirements:

- a. "Completion of secondary school is usually required."
- b. "Previous formal training of up to six weeks followed by periods of on-the-job training as a helper or in support occupations is usually required."
- c. "Previous experience as a mine labourer is usually required."
- d. "May be certified in the basic common core program in Ontario."
- e. "Company licensing or certification is often required for occupations in this unit group."

[127] When the requirements sought by HD Mining are compared to these more specific education and training requirements contained specifically in NOC 8411 (and not merely the guidelines for skill level C positions generally), one sees no real deviation at all: HD Mining required a secondary school diploma and previous, related experience, as is "usually required" according to NOC 8411. The officer's assessment and approach did not therefore unreasonably support the conclusion, corroborated by the available labour market research compiled by him and the previous officer, that there was a labour shortage for these positions. There is simply no merit to the applicants' argument that the job requirements for the lower-skilled positions were "excessive."

ou d'expérience de travail particulière ». Les exigences de HD Mining relativement aux emplois visés par la CNP 8411 étaient un diplôme d'études secondaires et trois années d'expérience de travail dans des mines souterraines. Par conséquent, ils prétendent que les exigences de HD Mining étaient beaucoup trop élevées.

[126] Toutefois, les demandeurs n'ont pas constaté que le niveau de compétences C vise un éventail de postes non spécialisés et peu spécialisés. La CNP 8411, qui vise le « personnel d'entretien et de soutien des mines souterraines », énumère les conditions d'accès à l'emploi suivantes :

- a. « Un diplôme d'études secondaires est habituellement exigé. »
- b. « Une formation théorique pouvant aller jusqu'à six semaines, suivie de périodes de formation en cours d'emploi, est habituellement exigée des aides ou du personnel de soutien. »
- c. « L'expérience en tant que manœuvre de mine est habituellement exigée. »
- d. « Un certificat peut être obtenu du programme de formation "Tronc commun de base" en Ontario. »
- e. « Un permis ou un certificat de la compagnie sont souvent exigés pour les postes de ce groupe de base. »

[127] Lorsque l'on compare les exigences fixées par HD Mining aux exigences plus précises en matière d'études et de formation figurant dans la CNP 8411 (et non pas simplement les lignes directrices concernant les postes de niveau de compétences C en général), on ne constate aucune divergence : HD Mining a exigé un diplôme d'études secondaires et une expérience antérieure pertinente, comme cela est « habituellement exigé » selon la CNP 8411. L'appréciation de l'agent et la démarche qu'il a adoptée n'étaient donc pas de manière déraisonnable la conclusion, corroborée par la recherche sur le marché du travail que lui et l'ancien agent avaient effectuée, qu'il y avait pénurie de main-d'œuvre pour ces emplois. Il n'y a tout simplement

203(3)(d) “whether the wages offered to the foreign national are consistent with the prevailing wage rate for the occupation and whether the working conditions meet generally accepted Canadian standards”

[128] The applicants make two submissions. First, that officer MacLean in his reasons “offers no source or any other basis for his determination of prevailing wage rates” and second, if it is accepted that he looked to the WiC website run by the Government of Canada, he failed to follow HRSDC policy by not looking at various sources.

[129] HRSDC’s Temporary Foreign Worker Program Manual, section 3.5.3.4, provides that officers are to “review the wages that an employer offers and compare them to wages paid to Canadians and permanent residents in the same occupation and geographical area based on objective LMI from Statiscan, HRSDC/Service Canada, provincial ministries, and other reliable sources.”

[130] Officer MacLean looked only at the WiC website for information. At paragraph 46 of his affidavit, he attests that “[i]t is my usual practice – and as far as I am aware, that of all program officers – to use the same process for assessing wage information: namely, they use the wage information available on the WiC website”. In his cross-examination on March 25, 2013, he stated (at page 114): “My understanding of the program requirements were that prevailing wage was defined as the average wage in a geographic region and that we were at that time using Working in Canada as a single source of prevailing wage rate inquiry. ... That’s how I conducted my wage assessment.”

aucun fondement à l’argument des demandeurs selon lequel les exigences des emplois moins spécialisés étaient « démesurées ».

203(3)(d) : « le salaire offert à l’étranger correspond aux taux de salaires courants pour cette profession et les conditions de travail qui lui sont offertes satisfont aux normes canadiennes généralement acceptées »

[128] Les demandeurs avancent deux arguments : premièrement, que M. MacLean, dans ses motifs, [TRADUCTION] « ne fait mention d’aucune source ni d’aucun fondement à l’appui de sa détermination des taux de salaires courants », et, deuxièmement, si on accepte qu’il a consulté le site Web « Travailler au Canada » du gouvernement du Canada, qu’il a omis de se conformer à la politique de RHDCC en ne consultant pas diverses sources.

[129] Le Manuel du Programme des travailleurs étrangers temporaires de RHDCC, à l’article 3.5.3.4, prévoit que les agents « étudient les salaires qu’un employeur offre et les comparent à ceux versés aux Canadiens et aux résidents permanents occupant le même poste dans la même zone géographique. Pour ce faire, ils se servent d’information exacte et objective sur le marché du travail obtenue auprès de Statistique Canada, de RHDCC/Service Canada, ministères provinciaux ainsi que d’autres sources fiables. »

[130] M. MacLean n’a consulté que le site Web « Travailler au Canada » afin d’obtenir des renseignements. Au paragraphe 46 de son affidavit, il déclare ce qui suit : [TRADUCTION] « J’ai l’habitude, et pour autant que je sache il en va de même pour tous les agents de programme, de me servir de la même méthode pour évaluer les renseignements sur les taux de salaires : je me sers des renseignements sur les taux de salaires figurant au site Web “Travailler au Canada” ». Lors de son contre-interrogatoire du 25 mars 2013, M. MacLean a déclaré ce qui suit (à la page 114) : [TRADUCTION] « Si j’ai bien compris, selon le programme, les taux de salaires courants étaient les taux de salaires moyens dans

[131] I have dealt above with the evidence of the WiC website print-out and found that the source of officer MacLean's prevailing wage rate information was the WiC website. Although he fails to state this in the assessment notes, it does not follow that he had no source for this information. As also noted previously, LMO decisions are administrative decisions and the duty to give reasons is at the low end of the scale. Accordingly, his failure to state the source, given the evidence before the Court, is not a reason to set aside his decision.

[132] The alternative submission of the applicants is that the officer erred in failing to follow the HRSDC policy quoted above and consider multiple sources of wage information. In particular, collective agreements in place at two mines close to the Murray River Project show, so argue the applicants, that the wage information on the WiC site is not accurate, and officer MacLean should have looked at them.

[133] Paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act* provides that the Court may grant relief in this judicial review if it is satisfied that the officer "based [his] decision or order on an erroneous finding of fact that [he] made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before [him]".

[134] Based on the information that was "before [him]", the WiC website information, there can be no dispute that his decision on the prevailing wage rate was reasonable—the wages offered by HD Mining exceeded the prevailing wage rate indicated on that website. That satisfies the second clause in paragraph 18.1(4)(d). Thus, the issue raised by the applicants

une région géographique donnée, et nous nous servions à cette époque de Travailler au Canada comme unique source pour trouver les taux de salaires courants [...] C'est ainsi que je procédais pour effectuer mon évaluation des taux de salaires. »

[131] J'ai déjà traité de la preuve de l'imprimé d'une page du site Web « Travailler au Canada » et j'ai conclu que les renseignements que détenait M. MacLean sur les taux de salaires courants provenaient de ce site Web. Bien qu'il ne le mentionne pas dans ses notes d'appréciation, cela ne veut pas dire qu'il ne disposait d'aucune source quant à ces renseignements. Comme je l'ai déjà souligné, les décisions relatives aux AMT sont de nature administrative et l'obligation de fournir des motifs est relativement peu exigeante. Par conséquent, compte tenu de la preuve dont la Cour est saisie, le fait que M. MacLean n'ait fait aucune mention de sa source ne constitue pas un motif d'annulation de sa décision.

[132] Les demandeurs prétendent, subsidiairement, que l'agent a commis une erreur en ne se conformant pas à la politique de RHDCC susmentionnée et en ne consultant pas diverses sources de renseignements sur les taux de salaires. Plus précisément, les conventions collectives en vigueur à deux mines situées près de la mine de la rivière Murray révèlent, selon les demandeurs, que les renseignements sur les taux de salaires figurant au site « Travailler au Canada » ne sont pas exacts, et M. MacLean aurait dû examiner ces conventions.

[133] Selon l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour peut accorder un redressement lors du présent contrôle judiciaire si elle est convaincue que l'agent « a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose ».

[134] Compte tenu de l'information « dont il disposait », c'est-à-dire le site Web « Travailler au Canada », il est incontestable que la décision de M. MacLean sur les taux de salaires courants était raisonnable : les salaires offerts par HD Mining dépassaient les salaires courants indiqués sur ce site Web. Cela satisfait au deuxième volet de l'alinéa 18.1(4)d). Ainsi, la préoccupation soulevée par les demandeurs au

about the wages paid at the two unionized mines in close proximity to the Murray River Project must go to whether officer MacLean made his finding “in a perverse or capricious manner”.

[135] While it is true that officer MacLean was aware of these two mining operations that were in close proximity to the Murray River Project, I am unable to agree with the applicants that he ought to have sought wage information from them and that his failure to do so meant his wage rate finding was made in either a perverse or capricious manner. First, officer MacLean testified that he took “prevailing wage rate” to mean the average wages for the occupation, which is not an unreasonable interpretation. As such he would have been aware that there were some who paid higher and some who paid lower wages than shown on the WiC website. Even if he had seen the wages paid at the two nearby mines, the fact that these two unionized operations paid higher is thus not necessarily significant to the “prevailing” rate. On the contrary, choosing data *ad hoc* and anecdotally might very well have resulted in a less reliable finding. Officer MacLean had no reason to question the accuracy of the WiC website, which, as the respondent ministers point out, is a government website compiled from various objective sources. Accordingly, although I admitted as evidence in this application the wage rate information taken from these collective agreements despite the fact that they were not in the record before officer MacLean, they do not demonstrate that he made his wage rate finding in a perverse or capricious manner. In short, the applicants have raised no reviewable error in officer MacLean’s wage rate determination.

203(3)(e) “whether the employer has made, or has agreed to make, reasonable efforts to hire or train Canadian citizens or permanent residents”

[136] The applicants submit that the advertising for these 201 employees was not properly done. They submit that the raised qualifications would have prevented some

sujet de la rémunération versée aux deux mines syndiquées se trouvant tout près de la mine de la rivière Murray doit renvoyer à la question de savoir si M. MacLean a tiré sa conclusion « de façon abusive ou arbitraire ».

[135] Il est vrai que M. MacLean avait connaissance des deux exploitations minières qui sont situées tout près de la mine de la rivière Murray, mais je ne suis pas d’accord avec les demandeurs pour dire que M. MacLean aurait dû leur demander de fournir de l’information sur les salaires ou que le défaut de le faire signifie que la conclusion sur les salaires courants a été tirée de façon abusive ou arbitraire. D’abord, M. MacLean a témoigné qu’il avait interprété l’expression « taux de salaires courants » comme signifiant les salaires moyens pour la profession, interprétation qui n’est pas déraisonnable. Il comprenait donc que certaines personnes recevraient davantage que les salaires indiqués au site Web « Travailler au Canada », et d’autres moins. Même si M. MacLean avait eu connaissance des salaires payés aux deux mines situées à proximité, le fait que les salaires étaient plus élevés à ces deux exploitations syndiquées n’influence pas nécessairement les taux de salaires « courants ». Au contraire, le fait de choisir des données au cas par cas ou des données anecdotiques aurait très bien pu entraîner une conclusion moins fiable. M. MacLean n’avait aucune raison de mettre en doute l’exactitude du site Web, lequel — comme l’ont souligné les ministres défendeurs — est un site Web de l’État qui présente des données provenant de diverses sources objectives. Par conséquent, même si, pour la demande, j’ai permis qu’on dépose en preuve de l’information tirée des conventions collectives au sujet des salaires, et ce, malgré le fait qu’elle ne faisait pas partie du dossier dont disposait M. MacLean, cette information ne démontre pas que M. MacLean avait tiré sa conclusion sur les taux de salaires courants de façon abusive ou arbitraire. En résumé, les demandeurs n’ont soulevé aucune erreur susceptible de contrôle dans la conclusion de M. MacLean au sujet des taux de salaires.

203(3)e) : « l’employeur a fait ou accepté de faire des efforts raisonnables pour embaucher ou former des citoyens canadiens ou des résidents permanents »

[136] Les demandeurs soutiennent que les efforts de recrutement pour les 201 postes en question n’ont pas été faits de manière appropriée. Selon eux, les exigences

Canadians from being qualified. I have already addressed, above, the qualifications and found them to be reasonable and in keeping with what would be expected in the industry, based on NOC 8411.

[137] The applicants further submit that HD Mining's failure to advertise all positions within the three-month window as required by HRSDC policy also prevented Canadians from applying. Again, I have previously dealt with the decision of the officer not to require reposting and his reliance on CDI's recruitment efforts as well as his experience and knowledge. The officer is entitled to use his discretion when examining the advertising an applicant has made both in terms of its timing and accuracy. Officer MacLean did so and, as he stated, was looking at whether he felt that "any different outcome would arise" if the recruitment was done differently. There is nothing on the record that establishes that he was wrong in his assessment that sufficient efforts had been made to recruit Canadians, either when he made that assessment or in hindsight. As a result, in the circumstances of this case and to invoke a concept otherwise readily invoked by the applicants, it might very well have been a "fettering of discretion" to strictly follow HRSDC recruitment policies, i.e. if the information otherwise indicated that HD Mining's recruitment efforts were "reasonable".

[138] In my view, the applicants have examined the rather meticulous analysis of officer MacLean regarding the deficiencies in the advertising done by HD Mining, and argue that the decisions he made were unreasonable only because a contrary view could have been taken. I don't doubt that another officer may have taken the view that HD Mining had to re-advertise for those few positions where the job title was slightly misstated, or where the advertising was slightly stale-dated, but that does not make this officer's decision to the contrary unreasonable. As the Supreme Court said regarding the reasonableness standard of review in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59: "There might be

élevées empêchaient certains Canadiens de postuler. Je me suis déjà prononcé, ci-dessus, sur les exigences et j'ai conclu qu'à la lumière de la CNP 8411, elles étaient raisonnables et conformes aux attentes dans cette industrie.

[137] De plus, les demandeurs soutiennent que le défaut de HD Mining d'annoncer tous les postes durant la période de 3 mois fixée par la politique de RHDCC a aussi empêché des Canadiens de présenter leur candidature. Là encore, je me suis déjà prononcé sur la décision de l'agent de ne pas exiger un nouvel affichage des offres d'emploi et sur le fait qu'il se soit fondé sur les efforts d'embauche de CDI ainsi que sur son expérience et ses connaissances. Lorsqu'un agent se penche sur les offres d'emploi d'un demandeur d'AMT, il peut faire preuve de discrétion quant à leur durée ou leur exactitude. C'est ce qu'a fait M. MacLean et, comme il l'a expliqué, il s'est demandé si [TRADUCTION] « le résultat aurait été différent » si les efforts de recrutement avaient été menés autrement. Rien dans le dossier ne démontre qu'il a eu tort de conclure que des efforts suffisants avaient été faits pour recruter des Canadiens, et ce, autant lors de son appréciation qu'avec du recul. Par conséquent, dans les circonstances de l'espèce et pour reprendre un concept invoqué à maintes reprises par les demandeurs, on pourrait très bien soutenir que M. MacLean aurait « restreint son pouvoir discrétionnaire » s'il avait appliqué strictement les politiques de RHDCC en matière de recrutement, c'est-à-dire si les autres renseignements démontraient que les efforts de recrutement de HD Mining étaient « raisonnables ».

[138] À mon avis, les demandeurs ont examiné l'analyse assez exhaustive de M. MacLean au sujet des lacunes des efforts de recrutement de HD Mining, puis ils ont soutenu que les décisions de M. MacLean étaient déraisonnables pour la simple raison qu'il aurait pu arriver à la décision contraire. Il ne fait aucun doute qu'un autre agent aurait pu décider que HD Mining devait reprendre le processus pour les quelques postes dont le titre était un peu erroné ou dont les annonces étaient quelque peu périmées, mais cela ne signifie pas que la décision contraire de M. MacLean était déraisonnable. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada au sujet de la norme de contrôle de la décision raisonnable dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*,

more than one reasonable outcome. ... as long as the process and the outcome fit comfortably with the principles of justification, transparency and intelligibility, it is not open to a reviewing court to substitute its own view of a preferable outcome.”

[139] The applicants also point to a comment made in the Bulk Request Assessment and Recommendation form by officer MacLean as evidence that his determination under this factor was unreasonable:

Transition to a Canadian workforce: employer estimates that the transition to a Canadian workforce will occur at 10% per year, but has provided little substantive details how this goal will be achieved.

[140] The transition plan in the LMO application at page 289 of the CTR reveals that the transition to a Canadian workforce involves a “multi-year training process during which local Canadian workers would be trained in the skills required for this method of mining [i.e. long-wall mining]”. It illustrates that proposed transition by a chart which shows that the 10 percent per year transition to Canadians will begin only after the second year of the mine’s full operation. It does not happen at all during the sampling phase that was at issue for this officer. Given that his positive LMO will expire before there is to be any transition to a Canadian workforce, it was reasonable for the officer, in my view, not to require more of HD Mining in terms of specifics. In order to continue with their TFW workforce, if the mine goes into full production, HD Mining will have to establish to the satisfaction of another officer that they do have a workable and reasonable transition plan. Accordingly, I am unable to agree with the applicants that officer MacLean’s issuance of the positive LMOs in light of his concerns about a transition plan was unreasonable.

[141] The applicants also submit that officer MacLean ought to have been suspicious of the recruitment efforts in Canada given the few Canadians hired or

2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59 : « Il peut exister plus d’une issue raisonnable. Néanmoins, si le processus et l’issue en cause cadrent bien avec les principes de justification, de transparence et d’intelligibilité, la cour de révision ne peut y substituer l’issue qui serait à son avis préférable. »

[139] Les demandeurs soutiennent aussi qu’une observation faite par M. MacLean dans son formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples démontre que sa conclusion quant à ce facteur était déraisonnable :

[TRADUCTION] Transition à la main-d’œuvre canadienne : l’employeur estime que la transition aura lieu à raison de 10 p. 100 par année, mais il a fourni peu de détails concrets pour expliquer comment il atteindra cet objectif.

[140] Le plan de transition joint à la demande d’AMT (page 289 de la CCDT) révèle que la transition à un effectif canadien exigera un [TRADUCTION] « processus de formation sur plusieurs années, durant lequel des travailleurs canadiens locaux obtiendront les compétences nécessaires à ce type d’exploitation minière [c.-à-d. l’exploitation par longues tailles] ». La transition proposée est illustrée par un tableau selon lequel la transition à un effectif canadien, à raison de 10 p. 100 par année, n’allait commencer qu’après la deuxième année d’exploitation complète de la mine. Ce processus n’aura pas lieu du tout pendant la phase du projet dont M. MacLean était saisi : l’extraction d’un échantillonnage global. Comme l’AMT favorable expirera avant le début de toute transition vers un effectif canadien, j’estime qu’il était raisonnable que M. MacLean n’exige pas davantage de détails de la part de HD Mining. Si la pleine exploitation de la mine devait commencer, pour pouvoir continuer d’avoir recours à des TÉT, HD Mining devrait convaincre un autre agent qu’elle dispose d’un plan de transition valable et raisonnable. Par conséquent, je ne peux pas souscrire à l’argument des demandeurs selon lequel M. MacLean a agi déraisonnablement en rendant des AMT favorables malgré ses préoccupations quant au plan de transition.

[141] Les demandeurs avancent aussi que M. MacLean aurait dû se méfier des efforts de recrutement faits au Canada compte tenu du faible nombre de Canadiens

interviewed, despite HD Mining having received many resumes. The officer did not have the resumes but could have requested them. The applicants' own analysis shows, they say, that a number of these resumes were from Canadians who were "*prima facie* qualified" to be hired by HD Mining.

[142] The program officer is not a human resources specialist or a recruitment officer. I would be very surprised if a review of the resumes would have been any more meaningful to the officer than to the Court. Frankly, an employer must be given some latitude in its hiring even within the TFWP. The real question is whether there was anything before the officer from which he should reasonably have concluded that the applicant had failed to make reasonable efforts to hire Canadians. In approaching that question, one must keep in mind that there was a labour shortage in the mining industry, that CDI's application had been approved only 12 months earlier for the same project, and that CDI and HD Mining both did recruitment. The applicants' submission is that the few persons interviewed from those who applied ought to have raised the officer's suspicion that the recruitment was not genuine. I find nothing to support that view given the background described and particularly given that the decision was being made by an experienced program officer. Further, despite the submissions made by counsel, I do not share the view that the low number of interviews alone would have reasonably raised a concern that the recruitment process was not genuine or sincere.

203(3)(f) "whether the employment of the foreign national is likely to adversely affect the settlement of any labour dispute in progress or the employment of any person involved in the dispute"

[143] There is no labour dispute at the Murray River Project. This factor is irrelevant.

ayant obtenu des entrevues ou ayant été embauchés, et ce, malgré les nombreux curriculum vitae que HD Mining avait reçus. L'agent ne disposait pas de ces curriculum vitae, mais il aurait pu les demander. Les demandeurs affirment que, selon leur propre analyse, un bon nombre de ces curriculum vitae provenaient de Canadiens qui [TRADUCTION] « semblaient qualifiés à première vue » pour être embauchés par HD Mining.

[142] L'agent de programme n'est pas un spécialiste des ressources humaines ni un agent de recrutement. Je serais très surpris si l'examen des curriculum vitae était plus utile pour l'agent qu'il ne l'a été pour la Cour. Sincèrement, l'employeur doit avoir une certaine latitude pour décider qui embaucher, même en vertu du PTÉT. La véritable question est celle de savoir si l'agent disposait d'éléments selon lesquels il devait raisonnablement conclure que le demandeur d'AMT n'avait pas fait d'efforts raisonnables pour embaucher des Canadiens. Lorsque l'on se penche sur cette question, il faut garder à l'esprit qu'il y avait une pénurie de main-d'œuvre dans le secteur minier, que la demande de CDI pour le même projet avait été approuvée tout juste 12 mois auparavant et que CDI et HD Mining faisaient toutes deux du recrutement. Les demandeurs soutiennent que le faible nombre de personnes ayant obtenu une entrevue par rapport au nombre de candidats aurait dû éveiller les soupçons de M. MacLean quant à l'authenticité du processus de recrutement. À mon avis, rien n'étaye cette position, compte tenu du contexte et, surtout, du fait que la décision a été rendue par un agent de programme d'expérience. En outre, malgré les observations des avocats, je ne suis pas d'avis que le faible nombre d'entrevues aurait raisonnablement dû, à lui seul, soulever des préoccupations quant à l'authenticité ou à la validité du processus de recrutement.

203(3)(f) : « le travail de l'étranger est susceptible de nuire au règlement d'un conflit de travail en cours ou à l'emploi de toute personne touchée par ce conflit »

[143] Aucun conflit de travail n'a cours à la mine de la rivière Murray. Ce facteur n'est pas pertinent.

Summary

[144] The officer did not fetter his discretion when assessing the LMO application from HD Mining, or make any unreasonable assessment when considering the factors set out in subsection 203(3) of the Regulations. Further, as counsel for the applicants conceded, it is not necessary that an applicant meet every one of the six factors listed in subsection 203(3)—the decision maker must examine and assess each and then perform a weighing exercise to decide whether the LMO will issue. This is exactly what officer MacLean did. As he notes in the Bulk Request Assessment and Recommendation form, even if the job creation and skill transfer factors did not weigh in favour of a positive opinion, all of the others did and the LMO would still issue.

[145] For these reasons, the application will be dismissed.

CERTIFIED QUESTIONS

[146] The parties were given an opportunity to propose a question of general importance for certification; only HD Mining responded. It proposed the following questions:

1. Does the Federal Court of Canada [*sic*], as a statutory court, have the authority to grant an Applicant who is not directly affected by the Tribunal's decision public interest standing on judicial review under section 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, which limits applications for judicial review to the Attorney General and persons "directly affected"?

2. If a Tribunal's Certified Tribunal Record (CTR) is found to have any omissions, is the ability of the court to quash the underlying decision any different in cases where the applicant is one to whom the decision relates as opposed to cases where the applicant is challenging approvals issued to a third party?

Résumé

[144] L'agent n'a pas restreint son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a examiné la demande d'AMT de HD Mining et il n'a tiré aucune conclusion déraisonnable lorsqu'il s'est penché sur les facteurs énoncés au paragraphe 203(3) du Règlement. En outre, comme l'ont reconnu les avocats des demandeurs, il n'est pas nécessaire que le demandeur d'AMT satisfasse à chacun des six facteurs énoncés au paragraphe 203(3). Le décideur doit plutôt analyser et apprécier chacun des critères, puis les mettre en balance afin de décider s'il y a lieu de rendre un AMT favorable. C'est exactement ce que M. MacLean a fait. Comme il l'a souligné dans son formulaire Appréciation et recommandations quant à des demandes multiples, même si les facteurs de la création d'emplois ou du transfert de compétences ne militaient pas en faveur d'une décision favorable, tous les autres critères le faisaient et il était justifié de rendre un AMT favorable.

[145] Pour tous ces motifs, la demande sera rejetée.

QUESTIONS À CERTIFIER

[146] La Cour a donné aux parties l'occasion de proposer des questions graves de portée générale à certifier. Seule HD Mining l'a fait. Elle a proposé les questions suivantes :

[TRADUCTION]

1. Le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* limite le droit de présenter une demande de contrôle judiciaire au procureur général et à « quiconque est directement touché ». La Cour fédérale du Canada [*sic*] a-t-elle, à titre de cour créée par la loi, le pouvoir d'accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public à un demandeur qui n'est pas directement touché par la décision de l'office fédéral?

2. Si l'on conclut que la copie certifiée du dossier du tribunal (CCDT) est incomplète, le pouvoir de la Cour d'annuler la décision sous-jacente diffère-t-il selon le fait que le demandeur est touché par la décision ou qu'il conteste une approbation accordée à un tiers?

3. Can the Federal Court of Canada [*sic*] on judicial review quash work visas or authorizations under the *Immigration and Refugee Protection Act* on the basis of an impugned labour market opinion in circumstances where the holders of such work visas or authorizations have not been made Respondents or otherwise been provided notice of and an opportunity to participate in the judicial review?

4. Can the Federal Court rely on evidence that is not in the Certified Tribunal Record to assess the reasonableness of a statutory decision maker's decision?

5. Is a public interest applicant subject to a different test on the extension of time for seeking leave for judicial review than a person directly affected?

6. Is the fact an applicant is seeking litigation funding from non-parties a "reasonable explanation" for the delay in filing a party's application for leave for judicial review and a proper basis for a court to grant an extension of time?

7. In the case of a corporate entity, can an extension of time for filing an application for leave for judicial review be granted upon the applicants asserted lack of early knowledge of the decision in circumstances where the only evidence before the court is that a single official of the corporate entity was personally unaware of the decision?

[147] CDI expressed "substantial agreement" with the positions expressed by HD Mining. The applicants filed written submissions in opposition to the proposed questions.

[148] No question will be certified. The jurisdiction of the Federal Court to grant public interest standing under the *Federal Courts Act* has been determined: *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.). Given the findings and the disposition of this application for judicial review, none of the other proposed questions, even if of a general nature, would be determinative of an appeal and thus are not proper questions to certify: *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

3. La Cour fédérale du Canada [*sic*] peut-elle, en contrôle judiciaire, annuler des visas de travail ou des autorisations qui avaient été délivrés en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* sur le fondement d'un avis sur le marché du travail contesté si les titulaires des visas de travail ou des autorisations n'ont pas été désignés comme défendeurs ou autrement avisés et n'ont pas eu l'occasion de participer au contrôle judiciaire?

4. La Cour fédérale peut-elle se servir d'éléments de preuve qui ne font pas partie de la CCDT pour évaluer le caractère raisonnable de la décision prise en vertu de la loi par un décideur?

5. Lorsqu'il veut obtenir la prorogation du délai pour présenter une demande d'autorisation de contrôle judiciaire, le demandeur qui représente l'intérêt public est-il assujéti au même critère que la personne qui est directement touchée par la décision?

6. Le fait qu'un demandeur cherche à obtenir du financement auprès de tiers pour exercer un recours est-il une « explication raisonnable » pour le dépôt tardif par ce demandeur d'une demande d'autorisation de contrôle judiciaire et un motif valable pour que la Cour accorde une prorogation de délai?

7. Lorsqu'il s'agit d'une personne morale, la prorogation du délai pour déposer une demande d'autorisation de contrôle judiciaire peut-elle être accordée sur le fondement de l'assertion du demandeur selon laquelle il n'avait pas eu connaissance en temps opportun de la décision lorsque la Cour ne dispose que de la preuve d'un seul représentant de la personne morale voulant qu'il n'avait pas lui-même connaissance de la décision?

[147] CDI a dit qu'elle [TRADUCTION] « souscrit pour l'essentiel » aux positions exprimées par HD Mining. Dans leurs observations écrites, les demandeurs s'opposent aux questions posées.

[148] Aucune question ne sera certifiée. Le pouvoir de la Cour fédérale de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales* est reconnu (voir *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.)). Compte tenu des conclusions de la Cour et de l'issue de la demande de contrôle judiciaire en cause, aucune des autres questions proposées, même si elles étaient de portée générale, ne serait déterminante en appel, et il ne serait donc pas approprié de les certifier (voir *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL)).

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. Paragraphs 28 and 61 of the affidavit of officer MacLean, and the affidavits of Curtis Harold and Douglas Sweeney, are struck from the record;
2. The application is dismissed; and
3. No question is certified.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. Les paragraphes 28 et 61 de l'affidavit de l'agent MacLean, ainsi que les affidavits de Curtis Harold et de Douglas Sweeney, sont radiés.
2. La demande est rejetée.
3. Aucune question n'est certifiée.

T-1734-11
2013 FC 520

T-1734-11
2013 CF 520

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Bronwyn Cruden and the Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)

Bronwyn Cruden et la Commission canadienne des droits de la personne (*défenderesses*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CRUDEN

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CRUDEN

Federal Court, Zinn J.—Ottawa, January 23, 24 and May 21, 2013.

Cour fédérale, juge Zinn—Ottawa, 23 et 24 janvier et 21 mai 2013.

Editor's Note: This decision has been affirmed on appeal (A-214-13, 2014 FCA 131), reasons for judgment handed down May 20, 2014.

Note de l'arrêviste : Cette décision a été confirmée en appel (A-214-13, 2014 CAF 131), les motifs du jugement ayant été prononcés le 20 mai 2014.

Human Rights — Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision finding that Canadian International Development Agency (CIDA), Health Canada (HC) having discriminated against complainant on basis of disability contrary to Canadian Human Rights Act — Although Tribunal finding that complainant's diabetes would have caused CIDA undue hardship to accommodate complainant in Afghanistan, upholding her complaints against HC (under Act, s. 7(b)), CIDA (under Act, ss. 7(b), 10(a)) based on finding of existence of procedural shortcomings in accommodation process — Tribunal also finding that application of medical assessment guidelines leading to or significantly contributing to HC's negative assessment of complainant's medical suitability to be posted to Afghanistan; creating discrimination — Applicant, working for CIDA, interested in postings abroad to conduct field work — During temporary duty assignment in Kandahar, complainant having hypoglycemic incident; returned to Canada — Given medical incident, new section written for HC's Occupational Health Assessment Guide addressing postings to Afghanistan for temporary duty — HC conducting pre-deployment medical assessment of complainant; finding her unfit to be redeployed to Afghanistan; CIDA agreeing with HC's recommendation — Complainant filing complaints with Human Rights Commission against CIDA, HC — Whether: Tribunal erring in finding existence of failure to accommodate under Act on procedural grounds in light of prior finding that substantive accommodation of complainant not possible without undue hardship; Tribunal's finding that application of Afghanistan Guidelines to complainant by Health Canada discriminatory contradicted by own finding that complainant could not be accommodated without undue hardship; proper legal or evidentiary basis for remedies ordered existing herein — Tribunal's decision

Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne qui a conclu que l'Agence canadienne de développement international (ACDI) et Santé Canada (SC) ont agi de façon discriminatoire envers la plaignante du fait de sa déficience, en contravention de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Même si le Tribunal a estimé que le diabète de la plaignante aurait entraîné la prise de mesures d'accommodement lors de l'affectation éventuelle de cette dernière en Afghanistan et que ces mesures auraient constitué une contrainte excessive pour l'ACDI, il a maintenu la validité des plaintes contre SC (en vertu de l'art. 7b) de la Loi) et contre l'ACDI (en vertu des art. 7b) et 10a) de la Loi) par suite de sa conclusion selon laquelle l'ACDI ne s'était pas bien acquittée de son obligation procédurale quant à la prise de mesures d'accommodement — Le Tribunal a également conclu que l'application d'une série de directives concernant les évaluations médicales avait mené, ou grandement contribué, à l'évaluation négative par SC de l'aptitude, sur le plan médical, de la plaignante à une affectation en Afghanistan, donnant lieu à de la discrimination — La plaignante, qui travaille pour l'ACDI, était intéressée par des affectations à l'étranger pour effectuer du travail sur le terrain — Durant son affectation temporaire à Kandahar, la plaignante a été victime d'un incident hypoglycémique et a été renvoyée au Canada — Compte tenu de l'incident médical, une nouvelle section du Guide de l'évaluation de la santé au travail (GEST) de SC s'appliquant aux affectations temporaires en Afghanistan a été rédigée — SC a effectué une évaluation médicale avant affectation de la plaignante et a conclu que son état de santé ne lui permettait pas d'être réaffectée en Afghanistan; l'ACDI était d'accord avec la recommandation de SC — La plaignante a déposé devant la Commission canadienne des droits de la personne des plaintes

unreasonable — No reasonable interpretation of Act permitting Tribunal to examine complaint, parties' actions once finding that accommodation not possible without undue hardship — British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU (Meiorin) not supporting existence of separate, procedural duty in accommodation process which can be breached notwithstanding substantive finding of undue hardship — Only one duty existing: duty to accommodate employee to point of undue hardship — Regarding Afghanistan Guidelines, Tribunal's finding of discrimination relating to process HC using, not result to which Guidelines pointing — Absent finding of discriminatory practice in result achieved when Guidelines applied to complainant, Tribunal having no jurisdiction to order remedies it did — Given finding of undue hardship in present case, no discriminatory practice existing; complaint having to be dismissed — Remedies ordered against CIDA, HC made without jurisdiction — Accordingly, Tribunal having no authority to award any remedy — Application allowed.

This was an application for judicial review of a Canadian Human Rights Tribunal decision finding that the Canadian International Development Agency (CIDA) and Health Canada (HC) had discriminated against the complainant on the basis of disability contrary to the *Canadian Human Rights Act*. Although the Tribunal found that the complainant's diabetes would have caused CIDA undue hardship to accommodate the complainant in Afghanistan, it upheld her complaints against HC (under paragraph 7(b) of the Act) and CIDA (under paragraphs 7(b) and 10(a) of the Act) based on its finding that there were "procedural" shortcomings in the accommodation process. The Tribunal also found that the application of a set of medical assessment guidelines led to or significantly contributed to HC's negative assessment of the complainant's medical suitability to be posted to Afghanistan. It found that these medical assessment guidelines were discriminatory because

contre l'ACDI et SC — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu défaut de prendre des mesures d'accommodement aux termes de la Loi pour des motifs à caractère procédural vu sa conclusion précédente selon laquelle il n'était pas possible de fournir à la plaignante, sans contrainte excessive, de véritables mesures d'accommodement; si la conclusion du Tribunal selon laquelle l'application des Directives sur l'Afghanistan par SC était discriminatoire envers la plaignante contredisait sa propre conclusion selon laquelle on ne pouvait pas prendre des mesures d'accommodement à l'égard de la plaignante sans contrainte excessive; si les mesures de réparation ordonnées reposaient sur l'existence en l'espèce d'un fondement juridique ou d'éléments de preuve valables — La décision du tribunal était déraisonnable — Il n'existe aucune interprétation raisonnable de la Loi qui autorise le Tribunal à poursuivre l'examen d'une plainte et des actions des parties une fois qu'il a établi que la prise de mesures d'accommodement est impossible sans contrainte excessive — L'arrêt Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin) n'étaye pas l'argument selon lequel il existe une obligation procédurale distincte dans le processus d'accommodement qui peut être violée, malgré une conclusion de fond selon laquelle il existe une contrainte excessive — Il n'existe qu'une seule obligation : l'obligation de fournir des mesures d'accommodement à un employé sans subir de contrainte excessive — En ce qui concerne les Directives sur l'Afghanistan, la conclusion du Tribunal ayant trait à la discrimination visait le processus suivi par SC et non le résultat obtenu par l'application des directives — Vu la conclusion d'absence d'acte discriminatoire qui a été tirée en fonction de l'application des Directives à la plaignante, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'ordonner les mesures de réparation contenues dans sa décision — Compte tenu de la conclusion relative à la contrainte excessive en l'espèce, il n'existait pas d'acte discriminatoire et la plainte devait être rejetée — Par conséquent, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'accorder des mesures de réparation — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne qui a conclu que l'Agence canadienne de développement international (ACDI) et Santé Canada (SC) ont agi de façon discriminatoire envers la plaignante du fait de sa déficience, en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Même si le Tribunal a estimé que le diabète de la plaignante aurait entraîné la prise de mesures d'accommodement en Afghanistan et que ces mesures auraient constitué une contrainte excessive pour l'ACDI, il a maintenu la validité des plaintes contre SC (en vertu de l'alinéa 7b) de la Loi) et contre l'ACDI (en vertu des alinéas 7b) et 10a) de la Loi) par suite de sa conclusion selon laquelle l'ACDI ne s'était pas bien acquittée de son obligation « procédurale » quant à la prise de mesures d'accommodement. Le Tribunal a aussi conclu que l'application d'une série de directives concernant

they did not permit individualized assessments notwithstanding that the complainant's assessment under these guidelines was ultimately consistent with the substantive duty to accommodate.

The complainant joined CIDA's corporate section in the Afghanistan Task Force and she wanted to become involved in development work in the field. The complainant was on a temporary duty assignment in Kabul, Afghanistan for a month, receiving no medical assessment prior to this assignment and completed it without incident. The complainant also completed a second temporary duty assignment in Kandahar again without prior medical assessment. During this assignment, the complainant had a hypoglycemic incident while sleeping and she was provided with medical assistance at Kandahar Airfield. Despite the complainant's objections, her temporary duty assignment was ended and she was returned to Canada. The complainant had an interest in several one-year postings that were to become available in Afghanistan. CIDA requested that the complainant be medically assessed by HC to determine her fitness to be re-deployed to Afghanistan.

As a result of the complainant's medical incident in Afghanistan, a HC medical officer wrote a new section for HC's Occupational Health Assessment Guide to address postings to Afghanistan for temporary duty. A statement that employees did not meet medical requirements if they had a medical condition that would likely lead to a life-threatening medical emergency if access to treatment was interrupted for a short period of time was included in the Guidelines. HC conducted a pre-deployment medical assessment of the complainant finding that she was not fit to be redeployed to Afghanistan and sent CIDA its recommendation that the complainant not be posted to Afghanistan. CIDA agreed with this and informed the complainant that she had not been selected to be redeployed to Afghanistan. Despite the complainant's requests, CIDA did not want to exercise its discretion and allow her to be deployed to Afghanistan; it followed HC's recommendation instead. The complainant filed her complaints with the Human Rights Commission that CIDA and HC had discriminated against her in breach of the Act. She underwent a medical examination with an independent endocrinologist who was asked to take into account the Afghanistan Guidelines in his report. The endocrinologist concluded that while the complainant did not meet the requirements of the Afghanistan Guidelines, she was nevertheless fit to work and travel in Afghanistan under

les évaluations médicales avait mené, ou grandement contribué, à l'évaluation négative par SC de l'aptitude, sur le plan médical, de la plaignante à une affectation en Afghanistan. Il a estimé que ces directives concernant les évaluations médicales étaient discriminatoires parce qu'elles ne permettaient pas d'évaluations individualisées, malgré le fait que l'évaluation de l'état de santé de la plaignante en vertu desdites directives était, en dernière analyse, conforme à l'obligation substantielle de prévoir des mesures d'accommodement.

La plaignante s'est jointe à la section organisationnelle de l'ACDI au sein du Groupe de travail sur l'Afghanistan et souhaitait jouer un rôle dans le travail de développement sur le terrain. Elle avait déjà effectué un remplacement temporaire d'un mois à Kaboul, en Afghanistan. Elle n'avait subi aucune évaluation médicale avant d'obtenir cette affectation et a fait le travail sans aucun problème. La plaignante a entamé une deuxième affectation temporaire à Kandahar. Encore une fois, elle a obtenu cette affectation sans évaluation médicale préalable. Durant cette affectation, la plaignante a été victime d'un incident hypoglycémique pendant son sommeil et a obtenu une aide médicale à l'aérodrome de Kandahar. Malgré les objections de la plaignante, l'ACDI a mis un terme à son affectation temporaire et l'a renvoyée au Canada. La plaignante avait fait part de son intérêt à l'égard de plusieurs affectations d'un an en Afghanistan qui devaient être offertes. Afin de confirmer que la plaignante pouvait être affectée de nouveau en Afghanistan, l'ACDI a demandé que SC effectue une évaluation médicale.

Par suite de l'incident médical dont a été victime la plaignante en Afghanistan, un médecin de SC a rédigé une nouvelle section du Guide de l'évaluation de la santé au travail s'appliquant aux affectations en Afghanistan pour le service temporaire. Le Guide comprenait un énoncé selon lequel l'employé ne répondait pas aux exigences médicales s'il souffrait d'un problème de santé qui pourrait entraîner une urgence médicale et mettre en péril sa vie si l'accès aux traitements prescrits était interrompu pendant une courte période. SC a effectué une évaluation médicale avant affectation de la plaignante et a conclu que son état de santé ne lui permettait pas d'être réaffectée en Afghanistan; SC a recommandé à l'ACDI que la plaignante ne soit pas affectée en Afghanistan. L'ACDI était d'accord avec cette recommandation et a informé la plaignante que sa candidature à une réaffectation en Afghanistan n'avait pas été retenue. Malgré les demandes de la plaignante, l'ACDI n'a pas voulu exercer son pouvoir discrétionnaire et l'autoriser à être affectée en Afghanistan; elle a plutôt suivi la recommandation de SC. La plaignante a déposé ses plaintes devant la Commission canadienne des droits de la personne selon lesquelles l'ACDI et SC avaient eu une attitude discriminatoire à son égard, en violation des dispositions de la Loi. La plaignante a subi un examen médical auprès d'un endocrinologue indépendant qui a été appelé à tenir compte dans son rapport des Directives sur l'Afghanistan

certain conditions. The complainant applied for three overseas postings, including a posting in Afghanistan, but she was not selected.

The Tribunal concluded that the complainant had established a *prima facie* case that she was adversely differentiated by HC's assessment process and guidelines on the grounds of her disability according to paragraph 7(b) of the Act and that she had established a *prima facie* case of discrimination against CIDA under paragraph 10(a) of the Act. It examined whether CIDA's refusal to post the complainant given her medical condition was a *bona fide* occupational requirement (BFOR). It found that if it were not for its refusal to post the complainant to Afghanistan, CIDA would have experienced undue hardship because of the complainant's profile and medical needs as a diabetic if posted into a war zone. Despite its finding that it would have caused CIDA undue hardship to post the complainant to Afghanistan, the Tribunal found that CIDA and HC violated a separate procedural duty it understood to be owed in the accommodation process. The Tribunal ordered several remedies including a recommendation that the Guidelines be amended to ensure that not all persons with a chronic condition be excluded.

The issues were whether the Tribunal erred in finding that there had been a failure to accommodate under the Act on procedural grounds in light of its prior finding that substantive accommodation of the complainant was not possible without undue hardship; whether the Tribunal's finding that the application of the Afghanistan Guidelines to the complainant by Health Canada was discriminatory was contradicted by its own finding that she could not be accommodated without undue hardship; and whether there was a proper legal or evidentiary basis for the remedies ordered.

Held, the application should be allowed.

The Tribunal's decision was unreasonable and had to be set aside. If the Tribunal was interpreting the Act when it found that there was a procedural duty of accommodation that can be breached notwithstanding that accommodation was impossible without undue hardship in this case, then that interpretation was plainly unreasonable. The provisions of the Act are clear and unambiguous: if a person cannot be accommodated without undue hardship then the alleged discriminatory practice

alors en vigueur. L'endocrinologue a conclu que la plaignante ne satisfaisait pas aux exigences des Directives sur l'Afghanistan, mais qu'elle était néanmoins en mesure de travailler et de voyager en Afghanistan à certaines conditions. La plaignante a présenté des demandes relativement à trois affectations à l'étranger, y compris une affectation en Afghanistan, mais elle n'a pas été choisie.

Le Tribunal a conclu que la plaignante avait réussi à établir qu'elle avait à première vue été victime d'une différence de traitement défavorable à cause des directives et des processus d'évaluation de SC du fait de sa déficience, au sens de l'alinéa 7b) de la Loi et qu'elle avait établi une preuve *prima facie* de discrimination contre l'ACDI au regard de l'alinéa 10a) de la Loi. Il a vérifié si le refus de l'ACDI d'affecter la plaignante à cause de son problème de santé reposait sur des exigences professionnelles justifiées (EPJ). Selon le Tribunal, n'eût été son refus d'affecter la plaignante en Afghanistan, l'ACDI aurait subi une contrainte excessive en raison du profil et des besoins médicaux de celle-ci en tant que personne souffrant de diabète si elle avait été affectée dans une zone de guerre. Malgré sa conclusion que l'ACDI aurait eu à subir une contrainte excessive en affectant la plaignante en Afghanistan, le Tribunal a estimé que l'ACDI et SC avaient manqué à une obligation procédurale distincte qui, à son avis, était rattachée au processus d'accommodement. Le Tribunal a ordonné la prise de plusieurs mesures de réparation, y compris une recommandation que le Guide soit modifié pour s'assurer que toute personne souffrant d'une affection chronique ne soit pas écartée.

Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu défaut de prendre des mesures d'accommodement aux termes de la Loi pour des motifs à caractère procédural vu sa conclusion précédente selon laquelle il n'était pas possible de fournir à la plaignante, sans contrainte excessive, de véritables mesures d'accommodement; si la conclusion du Tribunal selon laquelle l'application des Directives sur l'Afghanistan par SC était discriminatoire envers la plaignante contredisait sa propre conclusion selon laquelle on ne pouvait pas prendre des mesures d'accommodement à son égard sans contrainte excessive; et si les mesures de réparation ordonnées reposaient sur un fondement juridique ou des éléments de preuve valables.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La décision du Tribunal était déraisonnable et elle devait être annulée. Si le Tribunal interprétait la Loi lorsqu'il a conclu à l'existence d'une obligation procédurale en matière d'accommodement qui pouvait être violée bien que les mesures d'accommodement aient été impossibles sans contrainte excessive en l'espèce, alors cette interprétation était tout à fait déraisonnable. Les dispositions de la Loi ne présentent aucune ambiguïté : s'il est impossible de répondre aux besoins d'une

is based on a BFOR; if it is based on a BFOR then it is not a discriminatory practice; and if it is not a discriminatory practice, the Tribunal “shall” dismiss the complaint. There was no reasonable interpretation of the Act that permitted the Tribunal to continue to examine a complaint and the actions of the parties once it found that accommodation was not possible without undue hardship.

The Supreme Court of Canada’s decision in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU (Meiorin)*, as relied on by the Tribunal, did not support the proposition that there exists a separate, procedural duty in the accommodation process which can be breached notwithstanding a substantive finding of undue hardship and which would attract remedies on its own. It merely stated that a court or tribunal can look at the procedure employed in the accommodation process as a practical tool for deciding whether an employer has established on an evidentiary basis undue hardship. In practical terms, if an employer has not engaged in any accommodation analysis or attempts at accommodation at the time a request by an employee is made, it is likely to be very difficult to satisfy a tribunal on an evidentiary level that it could not have accommodated that employee short of undue hardship. That is the very real and practical effect of the evidentiary burden to establish a BFOR resting with the employer. The evidentiary significance of the procedure used by the employer is what the Supreme Court meant in *Meiorin* when it stated that the procedure, if any, that was adopted may often be useful to consider as a practical matter. Furthermore, *Meiorin* supported the opposite conclusion reached by the Tribunal; given the phrase therein “procedure, if any, which was adopted”, it acknowledged that an employer may not have engaged in any accommodation analysis and still be able to establish undue hardship.

The present case was exceptional since the Tribunal was satisfied that it would have caused CIDA undue hardship despite finding that CIDA did not engage in a sufficiently robust accommodation analysis. Nevertheless, there is but one duty: the duty to accommodate an employee to the point of undue hardship. The finding that it would have caused CIDA undue hardship to accommodate the complainant in Afghanistan should have ended the Tribunal’s inquiry as the effect of that finding was that there was no discriminatory practice and the complaint had to be dismissed.

personne sans contrainte excessive, l’acte discriminatoire allégué s’appuie sur des EPJ; si l’impossibilité de fournir des mesures d’accommodement s’appuie sur des EPJ, il n’existe aucun acte discriminatoire; et s’il n’y a pas d’acte discriminatoire, le Tribunal « rejette » la plainte. Il n’existait aucune interprétation raisonnable de la Loi qui autorisait le Tribunal à poursuivre l’examen d’une plainte et des actions des parties une fois qu’il avait établi que la prise de mesures d’accommodement était impossible sans contrainte excessive.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin)*, invoqué par le Tribunal, n’a pas étayé l’argument selon lequel il existe une obligation procédurale distincte dans le processus d’accommodement qui peut être violée, malgré une conclusion de fond selon laquelle il existe une contrainte excessive, et qui donnerait lieu à des mesures de réparation. La Cour suprême déclare simplement qu’une cour de justice ou un tribunal administratif peut examiner la procédure adoptée dans le cadre du processus d’accommodement comme outil pratique qui permet d’établir si un employeur a réussi à prouver — selon la preuve au dossier — l’existence d’une contrainte excessive. Dans la pratique, si un employeur n’a effectué aucune analyse sur la prise de mesures d’accommodement possibles ou n’a pas cherché à accorder de telles mesures lors de la présentation d’une demande en ce sens par un employé, il lui sera probablement très difficile de convaincre un tribunal, éléments de preuve à l’appui, qu’il n’aurait pas pu fournir de mesures d’accommodement à l’employé sans subir une contrainte excessive. C’est là l’effet bien réel et très concret du fait que le fardeau de la preuve en ce qui concerne l’existence d’EPJ incombe à l’employeur. Le rôle de la procédure utilisée par l’employeur en ce qui concerne l’établissement de la preuve est celui que lui accordait en ces termes la Cour suprême dans l’arrêt *Meiorin* lorsqu’elle a déclaré qu’il peut souvent se révéler utile, en pratique, d’examiner la procédure, s’il en est. De plus, la phrase énoncée dans l’arrêt *Meiorin*, soit « la procédure, s’il en est, qui a été adoptée » valide une conclusion opposée à celle qui a été tirée par le Tribunal; selon ce paragraphe, un employeur pourrait n’avoir effectué aucune analyse quant aux mesures d’accommodement et être quand même capable d’établir l’existence d’une contrainte excessive.

La présente affaire revêtait un caractère exceptionnel étant donné que le Tribunal était convaincu que l’ACDI aurait subi une contrainte excessive *malgré* sa conclusion que cette dernière n’avait pas effectué une analyse suffisamment poussée au sujet des mesures d’accommodement. Néanmoins, il n’existe qu’une seule obligation : l’obligation de fournir des mesures d’accommodement à un employé sans subir de contrainte excessive. La conclusion selon laquelle l’ACDI aurait subi une contrainte excessive en fournissant à la plaignante les mesures d’accommodement demandées

As to the Afghanistan Guidelines, the Tribunal's finding of discrimination related to the process HC used, not the result to which the Guidelines pointed. While the wording of the Guidelines may require revision, absent a finding of a discriminatory practice in the result achieved when the Guidelines are applied to the complainant or some other reasonably identifiable future individual or class of individuals, the Tribunal had no jurisdiction to order the remedies it did. The application of the Guidelines did not discriminate against the complainant as she could not be accommodated in a posting to Afghanistan without undue hardship.

The remedies ordered against CIDA were made without jurisdiction. The Tribunal found that without CIDA's refusal to post the complainant to Afghanistan, CIDA would have experienced undue hardship, meaning that CIDA's refusal constituted a BFOR. Accordingly, the Tribunal had no authority to award any remedy. CIDA's duty was simply to impose restrictions and make refusals that were justifiable as a BFOR, which it did. As well, the remedies ordered against HC were also made without jurisdiction given the Tribunal's finding that the complainant could not be accommodated without undue hardship and there was no basis for finding that the Guidelines or HC discriminated against the complainant.

relativement à son affectation en Afghanistan aurait dû mettre fin à l'instruction de l'affaire par le Tribunal étant donné que cette conclusion avait pour effet d'établir qu'il n'existait pas d'acte discriminatoire et la plainte devait être rejetée.

En ce qui concerne les Directives sur l'Afghanistan, la conclusion du Tribunal ayant trait à la discrimination visait le processus suivi par SC et non le résultat obtenu par l'application des Directives. Même si la formulation des Directives sur l'Afghanistan doit être revue, vu la conclusion d'absence d'acte discriminatoire qui a été tirée en fonction de l'application des Directives à la plaignante ou à tout autre individu ou groupe d'individus qu'il pourrait être raisonnable de cibler, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'ordonner les mesures de réparation contenues dans sa décision. L'application des Directives sur l'Afghanistan n'a pas entraîné de discrimination à l'égard de la plaignante étant donné qu'aucune mesure d'accommodement ne pouvait être prise à son égard sans contrainte excessive dans le cadre d'une affectation en Afghanistan.

Le Tribunal n'avait pas compétence pour ordonner des mesures de réparation contre l'ACDI. Le Tribunal a conclu que si l'ACDI n'avait pas refusé d'affecter la plaignante en Afghanistan, elle aurait subi une contrainte excessive, ce qui signifie que le refus de l'ACDI était fondé sur des EPJ. Par conséquent, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'accorder des mesures de réparation. Le rôle de l'ACDI consistait simplement à imposer les restrictions et à formuler les refus qui se justifiaient au titre des EPJ, et c'est ce qu'elle a fait. De plus, étant donné sa conclusion selon laquelle il était impossible pour l'employeur d'offrir à la plaignante des mesures d'accommodement sans contrainte excessive et que rien ne permettait de conclure que l'application des Directives ou les actions de SC avaient entraîné de la discrimination à l'endroit de la plaignante, le Tribunal n'avait pas non plus compétence pour ordonner des mesures de réparation contre SC.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7(b), 10(a), 15, 40(1), 53(1),(2).

CASES CITED

DISTINGUISHED:

ADGA Group Consultants Inc. v. Lane (2008), 91 O.R. (3d) 649, 295 D.L.R. (4th) 425 (Div. Ct.).

CONSIDERED:

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3, (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Canadian Human Rights*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.O. (1985), ch. H-6, art. 7b), 10a), 15, 40(1), 53(1),(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

ADGA Group Consultants Inc. v. Lane (2008), 91 R.J.O. (3^e) 649, 295 D.L.R. (4th) 425 (C. div.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3; *Canada (Commission canadienne des droits de la*

Commission) v. Canada (Attorney General), 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, affg. *Canada (Attorney General) v. Mowat*, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579; *Emergency Health and Services Commission v. Cassidy*, 2011 BCSC 1003, 72 CHRR D/433.

REFERRED TO:

Cruden v. Canadian International Development Agency & Health Canada, 2012 CHRT 5; *Koeppl v. Canada (Department of National Defence)*, 1997 CanLII 1443, 32 CHRR D/107 (C.H.R.T.).

APPLICATION for judicial review of a Canadian Human Rights Tribunal decision (2011 CHRT 13) finding that the Canadian International Development Agency and Health Canada had discriminated against the complainant on the basis of disability contrary to the *Canadian Human Rights Act*. Application allowed.

APPEARANCES

Alexandre Kaufman for applicant.
David Yazbeck for respondent Bronwyn Cruden.
Daniel Poulin for respondent Canadian Human Rights Commission.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, LLP/s.r.l., Ottawa, for respondent Bronwyn Cruden.
Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

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

[1] ZINN J.: Ms. Cruden, an employee of the Canadian International Development Agency (CIDA), wished to be posted to Afghanistan. CIDA refused to post her to Afghanistan partly on the basis of a medical assessment done by Health Canada (HC) that determined that because of her diabetes, she was medically unfit for that posting. Ms. Cruden filed complaints of discrimination against CIDA and HC with the Canadian Human Rights Commission.

personne) c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, confirmant *Canada (Procureur général) c. Mowat*, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579; *Emergency Health and Services Commission v. Cassidy*, 2011 BCSC 1003, 72 CHRR D/433.

DÉCISIONS CITÉES :

Cruden c. Agence canadienne de développement international et Santé Canada, 2012 TCDP 5; *Koeppl c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, 1997 CanLII 1443 (T.C.D.P.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (2011 TCDP 13) qui a conclu que l'Agence canadienne de développement international et Santé Canada ont agi de façon discriminatoire envers la plaignante du fait de sa déficience, en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Alexandre Kaufman pour le demandeur.
David Yazbeck pour la défenderesse Bronwyn Cruden.
Daniel Poulin pour la défenderesse la Commission canadienne des droits de la personne.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, s.e.n.c.r.l., s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse Bronwyn Cruden.
Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la défenderesse la Commission canadienne des droits de la personne.

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

[1] LE JUGE ZINN : M^{me} Cruden, employée de l'Agence canadienne de développement international (ACDI), voulait être affectée en Afghanistan. L'ACDI a refusé de le faire en partie à cause d'une évaluation médicale de Santé Canada (SC), selon laquelle elle ne pouvait occuper ce poste pour des raisons médicales, car elle était diabétique. M^{me} Cruden a déposé devant la Commission canadienne des droits de la personne des plaintes de discrimination contre l'ACDI et SC.

[2] In this application, CIDA and HC are asking the Court to quash the decision of the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) [*Cruden v. Canadian International Development Agency & Health Canada*, 2011 CHRT 13] which found that they had discriminated against Ms. Cruden on the basis of disability, contrary to the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA). The relevant provisions of the CHRA are attached to these reasons as Appendix A.

[3] Although the Tribunal found that because of her diabetes it would have caused CIDA undue hardship to accommodate Ms. Cruden in Afghanistan, it upheld her complaints against HC (under paragraph 7(b) of the CHRA) and CIDA (under paragraphs 7(b) and 10(a) of the CHRA) based on its finding that there were “procedural” shortcomings in the accommodation process.

[4] With respect to CIDA, the central issue in this application is whether, in their employment, employees enjoy—apart from the “substantive” right to be accommodated by their employers up to the point of undue hardship—a separate “procedural” right to accommodation that can be independently breached and attract remedies under the CHRA even when their employer cannot accommodate the disability without undue hardship.

[5] In the decision under review, the Tribunal also found that the application of a set of medical assessment guidelines led to, or significantly contributed to HC’s negative assessment of Ms. Cruden’s medical suitability to be posted to Afghanistan. The Tribunal found these medical assessment guidelines were discriminatory because they did not permit individualized assessments, notwithstanding that Ms. Cruden’s assessment under these guidelines was ultimately consistent with the substantive duty to accommodate.

[2] Dans le cadre de la présente demande, l’ACDI et SC demandent à la Cour d’annuler la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) [*Cruden c. Agence canadienne de développement international et Santé Canada*, 2011 TCDP 13] a conclu qu’ils avaient agi de façon discriminatoire envers M^{me} Cruden du fait de sa déficience, en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (LCDP). Les dispositions pertinentes de la LCDP sont annexées aux présents motifs à l’annexe A.

[3] Même si le Tribunal a estimé que le diabète de M^{me} Cruden aurait entraîné la prise de mesures d’accommodement lors de l’affectation éventuelle de cette dernière en Afghanistan et que ces mesures auraient constitué une contrainte excessive pour l’ACDI, il a maintenu la validité des plaintes contre SC (en vertu de l’alinéa 7b) de la LCDP) et contre l’ACDI (en vertu des alinéas 7b) et 10a) de la LCDP) par suite de sa conclusion selon laquelle l’ACDI ne s’était pas bien acquittée de son obligation « procédurale » quant à la prise de mesures d’accommodement.

[4] En ce qui concerne l’ACDI, la question centrale dans le cadre de la présente demande est de savoir si, dans le cadre de leur emploi, les employés possèdent — outre le droit « substantiel » à ce que leur employeur prenne des mesures d’accommodement en leur faveur qui n’imposent pas à ce dernier une contrainte excessive — un droit « procédural » distinct à des mesures d’accommodement qui peut être violé de façon indépendante et donner lieu à des mesures de réparation en vertu de la LCDP, même lorsque leur employeur n’est pas en mesure d’offrir des mesures d’accommodement sans contrainte excessive.

[5] Dans la décision faisant l’objet du présent contrôle, le Tribunal a aussi conclu que l’application d’une série de directives concernant les évaluations médicales avait mené, ou grandement contribué, à l’évaluation négative par SC de l’aptitude, sur le plan médical, de M^{me} Cruden à une affectation en Afghanistan. Le Tribunal a estimé que ces directives concernant les évaluations médicales étaient discriminatoires parce qu’elles ne permettaient pas d’évaluations individualisées, malgré le fait que l’évaluation de l’état de santé de M^{me} Cruden en vertu

[6] With respect to HC, the central issue in this application is whether Ms. Cruden can be said to have suffered adverse differentiation under paragraph 7(b) of CHRA by the application of guidelines HC developed, even though the result of the application of these guidelines to her accords with the decision of the Tribunal that she could not be accommodated in the job she sought.

[7] For the reasons that follow, with the exception of the finding that the Afghanistan Guidelines have the potential to be discriminatory on a forward-looking basis, I find that the Tribunal's decision is unreasonable and must be set aside because having found that Ms. Cruden's disability could not be accommodated without undue hardship, her human rights complaint had to be dismissed. The Tribunal had no residual jurisdiction to make the findings and issue the remedial actions it did.

Background

[8] CIDA manages Canada's international development assistance program. It has a corporate section and a programming section. Ms. Cruden, who has a background in communications, joined CIDA's corporate section in 2007 in the Results and Accountability section of the Afghanistan Task Force. Ms. Cruden wished to become involved in development work in the field, which falls within CIDA's programming section. Given her background and lack of field experience, that transition was problematic. She planned to use her experience and position in the corporate section to obtain a field posting to Afghanistan. Postings to Afghanistan were possible, even without previous experience in the field or background because it was not a sought-after posting due to the extremely difficult and war-like conditions in Afghanistan.

desdites directives était, en dernière analyse, conforme à l'obligation substantielle de prévoir des mesures d'accommodement.

[6] En ce qui concerne SC, la question principale en l'espèce est de savoir s'il est possible de dire que M^{me} Cruden a été défavorisée en cours d'emploi aux termes de l'alinéa 7b) de la LCDP du fait de l'application des directives élaborées par SC, même si le résultat de l'application de ces directives à sa situation confirme la décision du Tribunal selon laquelle il n'était pas possible de lui accorder des mesures d'accommodement dans le cadre du poste qu'elle cherchait à occuper.

[7] Pour les motifs qui suivent, à l'exception de la conclusion que les Directives sur l'Afghanistan présentent un potentiel discriminatoire en termes prospectifs, je conclus que la décision du Tribunal est déraisonnable et qu'elle doit être annulée. En effet, comme l'ACDI ne pouvait pas prendre, sans contrainte excessive, des mesures d'accommodement à l'égard de M^{me} Cruden, la plainte de celle-ci fondée sur les droits de la personne devait être rejetée. Le Tribunal ne disposait pas de la compétence résiduaire qui lui aurait permis de tirer les conclusions auxquelles il est parvenu et d'accorder les mesures de réparation qu'il a retenues.

Contexte

[8] L'ACDI gère le programme d'aide au développement international du Canada. Elle comporte une section organisationnelle et une section des programmes. M^{me} Cruden, qui a une formation en communications, a commencé à travailler à la section organisationnelle de l'ACDI en 2007, à l'Unité d'examen des résultats et de la reddition de comptes du Groupe de travail sur l'Afghanistan. M^{me} Cruden souhaitait jouer un rôle dans le travail de développement sur le terrain, qui relève de la section des programmes de l'ACDI. Étant donné ses antécédents et son manque d'expérience sur le terrain, cette mutation posait problème. Elle avait l'intention de faire valoir son expérience et son poste à la section organisationnelle pour obtenir une affectation en Afghanistan. Les affectations dans ce pays étaient possibles, même sans expérience préalable dans le domaine

[9] As a result of those conditions, persons posted to Afghanistan by CIDA were given periods of leave during which others replaced them on temporary duty assignments. Ms. Cruden was on such a temporary duty assignment in Kabul, Afghanistan, from August 6, 2007, to September 7, 2007. She received no medical assessment prior to this temporary duty assignment and completed it without incident.

[10] On January 20, 2008, Ms. Cruden commenced a second temporary duty assignment with the Kandahar Provincial Reconstruction Team in Kandahar, Afghanistan. Again, she did so with no prior medical assessment. It was to be a six-week assignment; however, on February 11, 2008, Ms. Cruden had a hypoglycemic incident while sleeping. A co-worker alerted a Canadian Forces medical officer who administered intravenous glucose. Ms. Cruden was given medical assistance at the Kandahar Airfield (KAF), and it was recommended by the doctors there that she be repatriated to Canada. Although Ms. Cruden informed CIDA that she disagreed with the assessment and wished to complete her assignment, CIDA ended her temporary duty assignment and returned her to Canada.

[11] Ms. Cruden had previously expressed an interest in several one-year postings that were to become available in Afghanistan later in 2008. Soon after her return to Canada, to support her desire to be posted, Ms. Cruden obtained a letter from her physician, Dr. Arnout, who wrote that she was “mentally and physically capable of continuing her work in Afghanistan”. In order to ascertain Ms. Cruden’s fitness to be re-deployed to Afghanistan, CIDA requested that Ms. Cruden be medically assessed by HC.

ou sans formation pertinente, étant donné qu’il ne s’agissait pas d’affectations recherchées à cause des conditions extrêmement difficiles et de la situation de guerre en Afghanistan.

[9] À cause de cette situation, les personnes affectées en Afghanistan par l’ACDI obtenaient des périodes de congé pendant lesquelles elles étaient remplacées temporairement. M^{me} Cruden avait déjà effectué un remplacement temporaire de cette nature à Kaboul, du 6 août 2007 au 7 septembre 2007. Elle n’avait subi aucune évaluation médicale avant d’obtenir cette affectation temporaire et a fait le travail sans aucun problème.

[10] Le 20 janvier 2008, M^{me} Cruden a entamé une deuxième affectation temporaire avec l’Équipe provinciale de reconstruction à Kandahar, en Afghanistan. Encore une fois, elle a obtenu cette affectation sans évaluation médicale préalable. L’affectation devait durer six semaines; cependant, le 11 février 2008, M^{me} Cruden a été victime d’un incident hypoglycémique pendant son sommeil. Une collègue de travail a appelé un médecin militaire des Forces canadiennes qui a administré à la plaignante du glucose par voie intraveineuse. M^{me} Cruden a obtenu une aide médicale à l’aérodrome de Kandahar (KAF) et les médecins ont recommandé son rapatriement au Canada. M^{me} Cruden a informé l’ACDI qu’elle était en désaccord avec l’évaluation et qu’elle souhaitait terminer son affectation, mais l’ACDI a mis un terme à son affectation temporaire et l’a renvoyée au Canada.

[11] M^{me} Cruden avait précédemment fait part de son intérêt à l’égard de plusieurs affectations d’un an en Afghanistan qui devaient être offertes plus tard en 2008. Peu après son retour au Canada et en vue d’étayer sa demande d’affectation, M^{me} Cruden a obtenu une lettre de son médecin, la D^{re} Arnout, qui a écrit qu’elle était [TRADUCTION] « mentalement et physiquement apte à poursuivre son travail en Afghanistan ». Afin de confirmer que M^{me} Cruden pouvait être affectée de nouveau en Afghanistan, l’ACDI a demandé que SC effectue une évaluation médicale.

[12] As a result of Ms. Cruden's medical incident in Afghanistan, her need for medical intervention, and her removal to Canada, Major Robin Thurlow of the Canadian Expeditionary Force Command, on February 26, 2008, expressed his concern that no pre-deployment medical assessments were conducted for deployments to Afghanistan lasting less than one year.

[13] As a result of Ms. Cruden's medical incident in Afghanistan, a HC medical officer wrote a new section for HC's Occupational Health Assessment Guide (OHAG) to address postings to Afghanistan, entitled "Medical Evaluation Guidelines for Posting, Temporary Duty or Travel to Afghanistan (Hardship Post level 5 with Hostility Bonus)" (the Afghanistan Guidelines). A first draft of the Afghanistan Guidelines was circulated on March 18, 2008. The following statement in the Afghanistan Guidelines under the heading "Absolute medical requirements" played a significant role in these proceedings:

Employees do not meet the medical requirements for assignment or posting:

...

- If they have a medical condition that would likely lead to a life-threatening medical emergency if access to prescribed medication and/or other treatment is interrupted for a short period of time.

[14] The same day, HC conducted a pre-deployment medical assessment of Ms. Cruden and five of its physicians unanimously agreed that Ms. Cruden was not fit to be re-deployed to Afghanistan. Roughly three weeks later, HC wrote to CIDA with its recommendation that Ms. Cruden not be posted to Afghanistan. Although HC acknowledged in its letter to CIDA that Dr. Arnout submitted information indicating that Ms. Cruden's condition was currently stable, it reasoned that because she was at risk of destabilization due to her condition, she might require sophisticated care or treatment not available at that post.

[12] À cause de l'incident médical dont avait été victime M^{me} Cruden en Afghanistan, du fait qu'une intervention médicale s'était révélée nécessaire et de son renvoi au Canada, le major Robin Thurlow du Commandement de la Force expéditionnaire du Canada s'est dit inquiet, dans un message rédigé le 26 février 2008, du fait que les personnes affectées en Afghanistan pour une période de moins d'un an ne subissaient aucun examen médical préalable.

[13] Par suite de l'incident médical dont a été victime M^{me} Cruden en Afghanistan, le médecin de SC a rédigé une nouvelle section du Guide de l'évaluation de la santé au travail (GEST) s'appliquant aux affectations en Afghanistan, intitulée « Directives concernant les évaluations médicales en vue d'une autorisation préalable à une affectation, à un service temporaire ou à un voyage en Afghanistan dans des endroits dangereux de niveau 5 avec indemnité pour risque d'hostilité » (les Directives sur l'Afghanistan). Une première version des Directives sur l'Afghanistan a été diffusée le 18 mars 2008. L'extrait suivant des Directives sur l'Afghanistan, sous la rubrique « Exigences médicales absolues », a joué un rôle important dans la présente affaire :

L'employé ne répond pas aux exigences médicales relatives à l'affectation ou au service :

[...]

- s'il souffre d'un problème de santé qui pourrait entraîner une urgence médicale et mettre en péril sa vie si l'accès aux médicaments ou à d'autres traitements prescrits était interrompu pendant une courte période.

[14] Le même jour, SC a effectué une évaluation médicale avant affectation de M^{me} Cruden et cinq de ses médecins ont conclu à l'unanimité que l'état de santé de M^{me} Cruden ne lui permettait pas d'être réaffectée en Afghanistan. Même si SC reconnaissait dans sa lettre à l'ACDI que la D^{re} Arnout avait fourni des renseignements indiquant que l'état de santé de la plaignante était alors stable, elle a conclu que vu le risque de déstabilisation de son état, M^{me} Cruden pourrait avoir besoin de soins et de traitements spécialisés qui n'étaient pas offerts au lieu d'affectation.

[15] On April 10, 2008, CIDA informed Ms. Cruden that she had not been selected for the position of Director of Kandahar, one of the deployments for which she had recently applied.

[16] Ms. Cruden had also applied for the position of Manager of Results and Accountability, a position in Canada which required periodic travel to Afghanistan. There was a concern within CIDA about this travel requirement because, following HC's assessment, it would remove Ms. Cruden from the competition for this position.

[17] On April 16, 2008, CIDA informed Ms. Cruden that HC had recommended against her re-deployment to Afghanistan. Ms. Cruden sought more information as to the respective roles and responsibilities of CIDA and HC and was informed by HC that while it had responsibility to provide recommendations based on its health assessments, the ultimate decision concerning her deployment to Afghanistan rested with CIDA. Ms. Cruden then asked CIDA to exercise its discretion and allow her to be deployed to Afghanistan. On May 21, 2008, CIDA decided that it would follow HC's recommendation that Ms. Cruden was not medically fit for a deployment to Afghanistan. In order to permit Ms. Cruden to compete for the position of Manager of Results and Accountability, however, the requirement to travel to Afghanistan was removed.

[18] Ms. Cruden then asked CIDA if there had ever been a situation where it did not follow HC's recommendation and also inquired as to whether CIDA would ask HC for an advance fitness assessment for its future overseas postings.

[19] CIDA's response was that it followed HC's assessments in almost all cases because its managers, not being medically trained, were not "in any position to re-evaluate [HC's] determination". It did confirm that it is ultimately CIDA's managers who have the final say

[15] Le 10 avril 2008, l'ACDI a informé M^{me} Cruden que sa candidature au poste de directrice de Kandahar, une des affectations qu'elle avait demandée peu de temps auparavant, n'avait pas été retenue.

[16] M^{me} Cruden avait aussi présenté une demande pour le poste de gestionnaire de l'Unité d'examen des résultats et de la reddition de comptes, un poste au Canada qui exigeait des déplacements périodiques en Afghanistan. L'ACDI entretenait certaines préoccupations au sujet de cette obligation d'effectuer des déplacements parce que M^{me} Cruden serait exclue du concours relatif à ce poste en raison de l'évaluation de SC.

[17] Le 16 avril 2008, l'ACDI a informé M^{me} Cruden que SC s'était prononcé contre sa réaffectation en Afghanistan. M^{me} Cruden a cherché à obtenir plus de renseignements au sujet des rôles et responsabilités respectifs de l'ACDI et de SC. SC lui a répondu que même s'il avait la responsabilité de fournir des recommandations fondées sur ses évaluations médicales, la décision définitive concernant son affectation en Afghanistan appartenait à l'ACDI. M^{me} Cruden a alors demandé à l'ACDI d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de l'autoriser à être affectée en Afghanistan. Le 21 mai 2008, l'ACDI a décidé qu'elle suivrait la recommandation de SC selon laquelle M^{me} Cruden n'était pas médicalement apte à une affectation en Afghanistan. Afin de permettre à M^{me} Cruden de participer au concours pour le poste de gestionnaire de l'Unité d'examen des résultats et de la reddition de comptes, l'exigence des déplacements en Afghanistan a cependant été supprimée.

[18] M^{me} Cruden a alors demandé à l'ACDI s'il était déjà arrivé que cette dernière ne suive pas une recommandation de SC et elle a aussi cherché à savoir si l'ACDI demanderait à l'avenir à SC une évaluation préalable de l'état de santé pour ses affectations à l'étranger.

[19] L'ACDI a répondu qu'elle respectait presque toujours les évaluations de SC parce que les gestionnaires de l'ACDI, qui ne possédaient pas de formation médicale, [TRADUCTION] « n'étaient pas en mesure de réévaluer un avis médical [de SC] ». Elle confirmait

on posting assignments, “taking into account both the situation at the post and the medical fitness of the employee”. Lastly, CIDA declined to issue advance fitness assessment requests on Ms. Cruden’s behalf since the assessments were only valid for six months and would be of little or no use for speculative future postings.

[20] On June 22, 2008, Ms. Cruden emailed CIDA telling it that she had spent the weekend reflecting on its strategy to address her situation “via an accommodation route,” and stated:

I am not a “blonde” — I can clearly see that the accommodation route is the most viable strategy as very few people are able to see it as discrimination. What you have to understand is that I have never allowed myself to accept that I am anything but “normal”. That strategy requires me to not only accept publicly that I am “disabled”, but that I also require someone else to accommodate me in some way in order for me to be able to function. ...

As a result, I have decided to send this over to the [Public Service Commission] and [Human Rights Commission] in case they are interested in investigating it further and spend my own efforts on finding a new path for myself.

[21] On August 26, 2008, departing from its earlier response on the issue of advance fitness requests, CIDA wrote to Ms. Cruden saying that HC had indicated a willingness to review countries where posting might be possible despite her diabetes.

[22] On September 25, 2008, Ms. Cruden met with a HC medical officer and provided the officer with a list of 19 countries given to her by CIDA that were expected to have postings available in the near future. During this meeting, Ms. Cruden also learned from the medical officer that it was possible to request an internal review of her circumstances with HC’s Medical Advisory

que les gestionnaires de l’ACDI avaient effectivement le dernier mot en ce qui concerne les affectations et que, pour ce faire, [TRADUCTION] « ils tenaient compte à la fois de la situation au lieu d’affectation et de l’état de santé de l’employé ». Enfin, l’ACDI refusait de donner suite aux demandes d’évaluation préalables de l’état de santé formulées par M^{me} Cruden étant donné que les évaluations n’étaient valables que pour six mois et qu’elles n’auraient par conséquent qu’une utilité faible ou nulle relativement à des affectations futures.

[20] Le 22 juin 2008, M^{me} Cruden a envoyé à l’ACDI un courriel pour expliquer qu’elle avait passé la fin de semaine à réfléchir à la stratégie qu’elle adopterait à l’égard de sa situation [TRADUCTION] « en passant par la voie des mesures d’accommodement ». Voici un extrait du courriel :

[TRADUCTION] Je ne suis pas stupide—en effet, il est évident pour moi que la voie des mesures d’accommodement est la stratégie la plus valable étant donné que très peu de gens peuvent voir dans ma situation l’existence d’une discrimination. Vous devez comprendre que je ne me suis jamais considérée moi-même autrement que comme une personne « normale ». Cette stratégie m’oblige non seulement à reconnaître publiquement que je suis « handicapée », mais aussi que j’ai besoin que quelqu’un m’accorde des mesures d’accommodement d’une façon ou d’une autre afin que je puisse fonctionner [...]

Par conséquent, j’ai décidé de soumettre l’affaire à la [Commission de la fonction publique] et à la [Commission des droits de la personne], au cas où ces dernières seraient intéressées à approfondir la question, et de trouver moi-même une autre façon de m’en sortir.

[21] Le 26 août 2008, contredisant sa réponse antérieure relative à la question des demandes d’évaluation médicales préalables, l’ACDI a écrit à M^{me} Cruden pour lui dire que SC s’était déclaré prêt à établir une liste des pays où des affectations seraient possibles malgré son diabète.

[22] Le 25 septembre 2008, M^{me} Cruden a rencontré un médecin de SC et a remis à ce dernier une liste de 19 pays, établie par l’ACDI, dans lesquels des affectations étaient envisageables dans un proche avenir. Au cours de cette rencontre, M^{me} Cruden a aussi appris du médecin qu’il était possible de demander une révision interne de sa situation au Comité consultatif médical

Committee (HC-MAC). She was later assured by HC that it would respect the decision of the HC-MAC, whatever it might be. Accordingly, Ms. Cruden sought a review by HC-MAC.

[23] On November 8, 2008, Ms. Cruden filed her complaints with the Commission that CIDA and HC had discriminated against her in breach of the CHRA. The wording of the complaints against CIDA and HC were identical:

I have been denied an assignment because of a disability that does not affect my job performance and that requires no accommodation, and no person or Agency has been willing to offer me any assistance in light of this issue.

Note that this is now the third time in the some 27 years that I have been diabetic that I have had to face discrimination by the Government. As a result, I am charging that discrimination against diabetics is systemic in Canada and that the Human Rights Commission (HRC) should investigate the matter more broadly.

[24] The conduct complained of by Ms. Cruden was (1) that she was not being considered as an individual by the Afghanistan Guidelines, which created a blanket prohibition against type 1 diabetics; and (2) CIDA's refusal to re-post her to Afghanistan. As relief, Ms. Cruden sought a posting to Afghanistan, an apology from certain individuals in CIDA and HC, and a ruling about "what form of discrimination against diabetics is allowable". As for "accommodation", although Ms. Cruden complained that at that point she had been waiting six weeks for a response from HC regarding her list of nineteen countries, she noted immediately thereafter that she was "not looking for accommodation".

[25] On November 28, 2008, HC responded to Ms. Cruden concerning the possible nineteen countries she had provided. HC had found that five were considered suitable, five were considered unsuitable, and three were listed as missions with concerns which would require individual assessment. For the remaining six

de SC (CCM-SC). SC lui a par la suite confirmé qu'il respecterait la décision du CCM-SC, quelle qu'elle soit. Par conséquent, M^{me} Cruden a demandé une révision au CCM-SC.

[23] Le 8 novembre 2008, M^{me} Cruden a déposé ses plaintes devant la Commission; elle soutenait que l'ACDI et SC avaient eu une attitude discriminatoire à son égard, en violation des dispositions de la LCDP. Le libellé des plaintes contre l'ACDI et SC était identique :

[TRADUCTION] Une affectation m'a été refusée à cause d'une déficience qui n'a aucun effet sur mon rendement au travail et qui n'exige aucune mesure d'accommodement; de plus, aucune personne et aucun organisme n'ont été prêts à m'accorder de l'aide dans cette affaire.

Je suis diabétique depuis 27 ans. C'est la troisième fois au cours de cette période que le gouvernement agit de façon discriminatoire à mon endroit. Par conséquent, j'estime que la discrimination à l'égard des diabétiques est systémique au Canada et que la Commission des droits de la personne (CDP) doit enquêter de façon plus large sur la question.

[24] Plus précisément, M^{me} Cruden a contesté 1) le fait que les Directives sur l'Afghanistan ne permettaient pas que sa situation soit traitée individuellement, ce qui entraînait une interdiction généralisée visant les personnes souffrant de diabète de type 1; 2) le refus de l'ACDI de la réaffecter en Afghanistan. Comme mesures de réparation, M^{me} Cruden a demandé une affectation en Afghanistan, des excuses de la part de certains fonctionnaires de l'ACDI et de SC et une décision sur les [TRADUCTION] « types de discrimination acceptables à l'égard des diabétiques ». En ce qui concerne les « mesures d'accommodement », même si M^{me} Cruden se plaignait du fait qu'à ce moment-là elle avait attendu pendant six semaines une réponse de SC au sujet de sa liste de dix-neuf pays, elle soulignait tout de suite après qu'elle [TRADUCTION] « ne cherchait pas à obtenir des mesures d'accommodement ».

[25] Le 28 novembre 2008, SC a répondu à M^{me} Cruden au sujet de la liste des dix-neuf pays qu'elle avait fournie. SC avait conclu que cinq de ces pays étaient considérés comme appropriés, cinq comme non appropriés et trois comme des missions préoccupantes, qui rendraient obligatoire une évaluation individuelle.

missions, it said that insufficient information had been received from the responsible regional medical officer and that an addendum would follow. It appears that neither HC or CIDA, or Ms. Cruden, followed up on the suitability of the remaining six countries.

[26] On January 16, 2009, HC-MAC rendered its recommendation that Ms. Cruden undergo a medical examination with an independent endocrinologist that would include a review of her history, clinical status, and detailed reports on medical conditions in Afghanistan. The HC-MAC further said that if the independent medical endocrinologist was of the opinion that a posting to Afghanistan would not put her or others at risk, that it would sign off on her case as meeting the medical requirements for this posting. However, if the independent endocrinologist was of the opinion that a posting to Afghanistan was medically inadvisable, HC's recommendation would stand. On February 15, 2009, Ms. Cruden informed HC that she would be willing to go through the medical exam recommended by HC-MAC towards "mid-summer" 2009. In fact, she chose not to undergo that examination until September 22, 2009, when she was examined by Dr. Hugues Beaugard, an independent endocrinologist in Montréal. HC sent Dr. Beaugard Ms. Cruden's history and a description of the available medical facilities in Afghanistan, and identified the questions it wanted Dr. Beaugard to answer.

[27] In his report dated September 29, 2009, Dr. Beaugard noted that Ms. Cruden faced exposure to health risks slightly more elevated than non-diabetics even though she effectively managed her condition of type 1 diabetes. He was of the opinion that she was fit for deployment to Afghanistan due to the fact that the health risks could be reduced to an "acceptable level" so long as she could bring the equipment she needed, and she was fit without restrictions to work at the Kandahar Airfield.

[28] On November 5, 2009, HC asked Dr. Beaugard to clarify the content of his report taking into account the Afghanistan Guidelines. In its original request to Dr. Beaugard it had stated: "We would ask that you take the document 'Medical Evaluation Guidelines

Pour les six autres missions, SC déclarait que les informations reçues des médecins régionaux responsables étaient insuffisantes et qu'un addenda suivrait après réception de plus amples renseignements. Il semble que ni SC, ni l'ACDI et ni M^{me} Cruden n'aient fait un suivi sur les possibilités relatives aux six pays restants.

[26] Le 16 janvier 2009, le CCM-SC a rendu sa recommandation, soit que M^{me} Cruden devait subir un examen médical auprès d'un endocrinologue indépendant, incluant un examen de ses antécédents, son état clinique et des rapports détaillés relatifs à la situation sur le plan médical en Afghanistan. Le CCM-SC ajoutait que si l'endocrinologue indépendant exprimait l'avis qu'une affectation en Afghanistan ne poserait pas de risques pour la plaignante ou d'autres personnes, il considérerait que son cas répondrait aux exigences médicales relatives à cette affectation. Par contre, s'il exprimait l'avis que l'affectation était médicalement déconseillée, la recommandation initiale serait maintenue. Le 15 février 2009, la plaignante a informé SC qu'elle serait prête à subir l'examen médical vers le milieu de l'été 2009. En fait, elle n'a subi cet examen que le 22 septembre 2009, auprès du D^r Hugues Beaugard, endocrinologue indépendant à Montréal. SC avait envoyé au D^r Beaugard l'historique médical de M^{me} Cruden et une description des installations médicales en Afghanistan; il avait indiqué de plus les questions auxquelles il voulait que le D^r Beaugard réponde.

[27] Dans son rapport daté du 29 septembre 2009, le D^r Beaugard a indiqué que la plaignante était exposée à des risques de santé légèrement plus élevés que les non-diabétiques, même si elle gérait efficacement son diabète de type 1. Il était d'avis que la plaignante pouvait être affectée en Afghanistan parce qu'il était possible de réduire les risques pour la santé à un « niveau acceptable », dans la mesure où elle pouvait apporter le matériel dont elle avait besoin et qu'elle était apte à travailler sans restriction à l'aérodrome de Kandahar.

[28] Le 5 novembre 2009, SC a demandé au D^r Beaugard de clarifier le contenu de son rapport médical en tenant compte des Directives sur l'Afghanistan alors en vigueur. Dans sa demande originale au D^r Beaugard, SC s'était exprimé en ces

for Posting, Temporary Duty, or Travel to Afghanistan' into consideration when making your decisions, as we are required to use these guidelines when making our decisions".

[29] On November 19, 2009, Dr. Beauregard responded that the Afghanistan Guidelines would make Ms. Cruden unfit for deployment:

Ms. Cruden is a type 1 diabetic and she needs insulin to stay alive. If she goes into hypoglycaemia, she absolutely needs carbohydrate immediately to recover, and if she is deprived of insulin, she will develop ketoacidosis, go into a coma and will die after a certain number of days (number that cannot be precisely determined, but probably represents a "short period of time").

It appears clear, considering the content of this part of the document, that Ms. Cruden do [*sic*] not fulfil the medical requirements stated.

Dr. Beauregard remained of the view that Ms. Cruden could manage her diabetes in the prevailing conditions in order to bring any risk within "acceptable levels":

In my evaluation and recommendations, I focused on the fact that she had the willingness and the ability to prevent those two dramatic situations from occurring, but as in many situations, reaching a risk free environment is not possible even if she is not posted in Afghanistan. In my recommendation, I refer to the concept of "acceptable risk": By this I mean that she is able to face the degree of risk involved in Afghanistan and to manage her diabetes in the conditions prevailing in that country.

[30] CIDA also sought further clarification from Dr. Beauregard concerning implications for travel to remote areas. On November 24, 2009, Dr. Beauregard replied that the risk of Ms. Cruden travelling was acceptable, as long as she could have extra food and insulin to carry with her, but that he could not comment on the risks inherent to the political instability of the area.

termes : [TRADUCTION] « Veuillez, s'il vous plaît, tenir compte du document "Directives concernant les évaluations médicales en vue d'une autorisation préalable à une affectation, à un service temporaire ou à un voyage en Afghanistan" lorsque vous prendrez vos décisions, étant donné que nous sommes tenus d'utiliser ces lignes directrices lorsque nous prenons nos décisions ».

[29] Le 19 novembre 2009, le Dr Beauregard a répondu qu'eu égard aux Directives sur l'Afghanistan, M^{me} Cruden ne pourrait pas être affectée en Afghanistan :

[TRADUCTION] M^{me} Cruden souffre de diabète de type 1 et elle a besoin d'insuline pour demeurer en vie. Si elle se retrouve en état d'hypoglycémie, elle aura absolument besoin de glucides pour se rétablir et, si elle est privée d'insuline, elle souffrira d'acidocétose, se retrouvera dans un état comateux et mourra quelques jours plus tard (le nombre de jours ne peut être établi avec précision, mais il s'agit probablement d'une « courte période »).

Il semble évident, vu le libellé de cette partie du document, que M^{me} Cruden ne satisfait pas aux exigences médicales qui y sont énoncées.

Cependant, le Dr Beauregard disait demeurer convaincu que la plaignante pouvait quand même être affectée là-bas, car elle était capable de gérer son diabète dans les conditions existantes de façon à réduire tout risque à des niveaux acceptables.

[TRADUCTION] Dans mon évaluation et mes recommandations, j'ai mis l'accent sur le fait qu'elle avait la volonté et la capacité d'éviter de se trouver dans ces deux situations extrêmes mais, comme c'est souvent le cas, il n'existe aucun environnement exempt de tout risque, même si elle n'est pas affectée en Afghanistan. Dans mes recommandations, j'évoque le concept de « risque acceptable » : je veux dire qu'elle est en mesure d'affronter le type de risque qui existe en Afghanistan et de gérer son diabète dans la situation qui existe dans ce pays.

[30] L'ACDI a aussi demandé au Dr Beauregard des éclaircissements sur les répercussions de déplacements dans des régions éloignées. Le Dr Beauregard a répondu que les risques qu'assumerait M^{me} Cruden en voyageant étaient acceptables dans la mesure où elle pouvait apporter un surplus de nourriture et d'insuline. Cependant, il a ajouté qu'il ne pouvait pas se prononcer sur les risques inhérents à l'instabilité politique dans la région.

[31] On December 16, 2009, HC informed CIDA that Dr. Beauregard concluded that Ms. Cruden did not meet the requirements of the Afghanistan Guidelines, but was nevertheless fit to work and travel in Afghanistan if she (i) has access to medication, testing equipment and backup supplies at all times; (ii) lives and sleeps in a room with a person aware of her condition; and (iii) has extra food and medication for travel. It concluded by saying that the final decision whether or not to post Ms. Cruden to Afghanistan was CIDA's.

[32] On September 24, 2009, Ms. Cruden had applied for three overseas postings for the 2010–2011 posting cycle: one in Afghanistan, one in Nepal, and one in Vietnam. On December 30, 2009, Ms. Cruden was advised that she was screened out of the Nepal competition because of her lack of experience, and from the Vietnam competition because she ranked “low relative to [the other 23] candidates”. On January 11, 2010, CIDA informed Ms. Cruden that in light of the information it received from HC, no further consideration would be given to posting her to Afghanistan, unless there was a change in her medical condition.

[33] Ms. Cruden's complaints against HC and CIDA were consolidated and heard by the Tribunal over 12 days in January 2011. It heard testimony from 11 witnesses. The Tribunal issued its decision and reasons on September 23, 2011: *Cruden v. Canadian International Development Agency & Health Canada*, 2011 CHRT 13. The Tribunal divided its analysis into two parts: the complaint against HC and the complaint against CIDA. The decision concludes with various remedies ordered against both.

The Complaint Against HC

[34] The Tribunal concluded that Ms. Cruden had established a *prima facie* case that she “was adversely differentiated by HC's assessment process and

[31] Le 16 décembre 2009, SC a informé l'ACDI que le D^r Beauregard avait conclu que M^{me} Cruden ne satisfaisait pas aux exigences des Directives sur l'Afghanistan, mais qu'elle était néanmoins en mesure de travailler et de voyager en Afghanistan aux conditions suivantes : i) avoir accès en tout temps à des médicaments, à du matériel de contrôle et à des fournitures de réserve; ii) vivre et dormir dans une pièce avec une personne au courant de son problème de santé; et iii) disposer d'aliments et de médicaments supplémentaires pour ses déplacements. Le ministère a conclu que la décision définitive d'affecter ou non M^{me} Cruden en Afghanistan relevait de l'ACDI.

[32] Le 24 septembre 2009, M^{me} Cruden a présenté des demandes relativement à trois affectations à l'étranger pour le cycle des affectations 2010–2011 : une en Afghanistan, une au Népal et une autre au Vietnam. Le 30 décembre 2009, M^{me} Cruden a été informée qu'elle avait été exclue du concours relatif au Népal à cause de son manque d'expérience et aussi du concours relatif au Vietnam parce qu'elle avait obtenu une note [TRADUCTION] « faible par rapport à celles des [23 autres] candidats ». Le 11 janvier 2010, l'ACDI a informé M^{me} Cruden que vu l'information qu'elle avait reçue de SC, son affectation en Afghanistan ne ferait l'objet d'aucun autre examen à moins d'un changement de son état de santé.

[33] Les plaintes de M^{me} Cruden contre SC et l'ACDI ont été regroupées et instruites par le Tribunal sur une période de 12 jours en janvier 2011. Le Tribunal a entendu 11 témoins. Il a publié sa décision et ses motifs le 23 septembre 2011 : *Cruden c. Agence canadienne de développement international et Santé Canada*, 2011 TCDP 13. Le Tribunal a scindé son analyse en deux parties : la plainte contre SC et la plainte contre l'ACDI. La décision se termine par la description des mesures de réparation que SC et l'ACDI devaient mettre en œuvre.

La plainte déposée contre SC

[34] Le Tribunal a conclu que M^{me} Cruden avait réussi à établir qu'elle avait à première vue « été victime d'une différence de traitement défavorable à cause des

guidelines on the grounds of her disability according to section 7(b) of the *CHRA*.” The Tribunal’s reasoning in this regard can be found at paragraph 72 of its reasons. In short, it found a *prima facie* case was established since the Afghanistan Guidelines provided that “no one with a chronic medical condition is allowed to be posted to Afghanistan”; Ms. Cruden has a chronic medical condition, type 1 diabetes mellitus; “diabetes is encompassed by the definition of disability in the *CHRA*”; and Ms. Cruden was prevented from being posted to Afghanistan because of the application of the Afghanistan Guidelines to her disability.

[35] The Tribunal reasoned that [at paragraph 71] “[o]nce a *prima facie* case is established, the onus then shifts to the respondent to provide a reasonable explanation that demonstrates either that the conduct did not occur as alleged or was non-discriminatory.” It found that HC had neither established that the conduct complained of did not occur as alleged or was non-discriminatory: see paragraphs 73–89 of the Tribunal’s reasons. The Tribunal noted several procedural failings in the way HC dealt with Ms. Cruden’s case, including having raised her expectations and its delay. The Afghanistan Guidelines were found to be discriminatory because their wording and application had been “absolute” or “mandatory” and thus, reasoned the Tribunal, did not permit “individualized” assessments as is required by human rights law.

The Complaint Against CIDA

[36] The Tribunal also concluded that Ms. Cruden had established a *prima facie* case of discrimination against CIDA [at paragraph 90]: “CIDA pursued a medical assessment practice, pursuant to HC’s policies and guidelines, which deprived [Ms. Cruden] of an employment opportunity on a prohibited ground of discrimination: her disability. Therefore, a *prima facie*

directives et des processus d’évaluation de SC du fait de sa déficience, au sens de l’alinéa 7b) de la LCDP ». Le raisonnement du Tribunal à ce sujet est exposé au paragraphe 72 de ses motifs. En résumé, il a conclu ce qui suit : les arguments de M^{me} Cruden étaient à première vue fondés étant donné que, selon les Directives sur l’Afghanistan, « une personne souffrant d’un problème de santé chronique ne peut pas être affectée en Afghanistan »; M^{me} Cruden souffre d’un problème de santé chronique, le diabète de type 1; « [é]tant une déficience physique, le diabète tombe sous le coup de la définition du mot “déficience” que l’on trouve dans la LCDP »; l’affectation de M^{me} Cruden en Afghanistan a été bloquée à cause de l’application des Directives sur l’Afghanistan à sa déficience.

[35] Selon le Tribunal [au paragraphe 71], « [u]ne fois qu’une preuve *prima facie* a été établie, il incombe alors à l’intimé de donner une explication raisonnable qui montre soit que la conduite alléguée n’a pas eu lieu, soit qu’elle n’était pas discriminatoire ». Il a estimé que SC n’avait démontré ni que les comportements reprochés ne s’étaient pas produits de la façon alléguée ni qu’ils étaient non discriminatoires : voir les paragraphes 73 à 89 des motifs du Tribunal. Le Tribunal a souligné plusieurs manquements procéduraux dans la façon dont SC a traité le dossier de M^{me} Cruden, y compris la création d’attentes chez elle et la lenteur de la procédure. Les Directives sur l’Afghanistan ont été jugées discriminatoires parce que, à cause de leur libellé et de leur application, elles étaient « absolues » ou « impératives » et que, selon le Tribunal, elles ne permettaient pas l’évaluation « individualisée » qu’exigent les dispositions législatives et la jurisprudence en matière de droits de la personne.

La plainte déposée contre l’ACDI

[36] Le Tribunal a aussi conclu que M^{me} Cruden avait établi une preuve *prima facie* de discrimination contre l’ACDI [au paragraphe 90] : « l’ACDI a poursuivi, conformément aux politiques et aux directives de SC, une pratique relative aux évaluations médicales qui a privé [M^{me} Cruden] d’une occasion d’emploi pour un motif de distinction illicite : sa déficience. Par

case of discrimination has been established under section 10(a) of the *CHRA*.”

[37] It further found that she had [at paragraph 91] “established that a distinction was made between her and her co-workers on the basis of her disability by the application of the *Afghanistan Guidelines*. This distinction was harmful to [Ms. Cruden’s] career because she lost the opportunity to work and gain field experience in Afghanistan,” this was “adverse differentiation” under paragraph 7(b) of the *CHRA* and accordingly she had established a *prima facie* case of discrimination against CIDA under that paragraph. Accordingly, it fell to CIDA [at paragraph 92] “to prove that these *prima facie* discriminatory practices were based on a *bona fide* occupational requirement” (BFOR).

[38] Section 15 of the *CHRA* provides that it is not a discriminatory practice “if... any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to employment is... based on” a BFOR, the burden of establishing which lies with the employer. For any such practice to be based on a BFOR, it must be “established that accommodation of the needs of an individual or a class of individuals affected would impose undue hardship on the person who would have to accommodate those needs, considering health, safety and cost.”

[39] The Tribunal examined whether CIDA’s refusal to post Ms. Cruden because of her medical condition was a BFOR using the tri-partite test articulated in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (*Meiorin*), at paragraph 54:

- (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;
- (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and

conséquent, une preuve *prima facie* de discrimination a été établie au regard de l’alinéa 10a) de la LCDP ».

[37] Il a ajouté que M^{me} Cruden avait [au paragraphe 91] « établi qu’une distinction [avait] été faite entre elle et ses collègues de travail du fait de sa déficience par l’application des Directives sur l’Afghanistan ». Cette distinction a été préjudiciable pour la carrière de M^{me} Cruden parce que cette dernière a perdu l’occasion de travailler et d’acquérir une expérience de terrain en Afghanistan; elle a été « défavorisée » au sens de l’alinéa 7b) de la LCDP et, par conséquent, elle a établi une preuve *prima facie* à l’encontre de l’ACDI à cause d’une discrimination au sens de cet alinéa. Par conséquent, il incombait à l’ACDI [au paragraphe 92] « de prouver que ces pratiques discriminatoires à première vue étaient fondées sur une exigence professionnelle justifiée » (EPJ).

[38] Selon l’article 15 de la LCDP, « les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l’employeur qui démontre qu’ils découlent d’exigences professionnelles justifiées » ne constituent pas des actes discriminatoires. C’est à l’employeur qu’il incombe de démontrer l’existence d’EPJ. Il y réussit « s’il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d’une personne ou d’une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité ».

[39] Le Tribunal a vérifié si le refus de l’ACDI d’affecter M^{me} Cruden en Afghanistan à cause de son problème de santé reposait sur des EPJ en appliquant le critère à trois volets énoncé dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (*Meiorin*), au paragraphe 54, aux termes duquel l’employeur doit démontrer :

- (1) qu’il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l’exécution du travail en cause;
- (2) qu’il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu’elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;

(3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

[40] The parties agreed that the first two elements of the *Meiorin* test were met. As to the third element, the Tribunal reasoned as follows [at paragraph 103]:

The analysis at this [third] stage looks at “...first, the procedure [...] which was adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer’s reasons for not offering any such standard” (*Meiorin* at para. 66). Therefore, I will examine, first, the procedure adopted by CIDA to assess the complainant’s condition and possible accommodation and, second, whether accommodating the complainant in Afghanistan would cause CIDA undue hardship.” [Emphasis added.]

[41] The Tribunal concluded that CIDA had not met its “procedural duty” to accommodate Ms. Cruden for many reasons, including the following:

- “CIDA did not respond to [Ms. Cruden’s] initial request to exercise its discretion to allow her to go to Afghanistan” [at paragraph 104];
- “CIDA did not inform [Ms. Cruden] of, nor were the CIDA officials who testified familiar with, the procedures outlines in *FSD9* [“Foreign Service Directive 9 – Medical and Dental Examinations”], HC’s medical assessment process or the *OHAG*” [at paragraph 104];
- “CIDA was actively implicated in the changes that were ultimately seen in the *Afghanistan Guidelines*” [at paragraph 105];
- “CIDA did not lead evidence that it explored all reasonable accommodation measures at the time of [Ms. Cruden’s] request. Although CIDA discussed

(3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu’il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l’employeur subisse une contrainte excessive.

[40] Les parties ont convenu qu’il était satisfait aux deux premiers volets du critère *Meiorin*. En ce qui concerne le troisième volet, voici quel était le raisonnement du Tribunal [au paragraphe 103] :

À ce stade, l’analyse porte sur « [...] d’abord, la procédure [...] qui a été adoptée pour étudier la question de l’accommodement et, ensuite, la teneur réelle d’une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l’employeur n’a pas offert une telle norme » (*Meiorin*, au paragraphe 66). Par conséquent, j’examinerai, en premier lieu, la procédure que l’ACDI a adoptée pour évaluer le problème de santé de la plaignante et les mesures d’accommodement possibles et, en second lieu, si le fait de prendre des mesures d’accommodement en faveur de la plaignante en Afghanistan causerait à l’ACDI une contrainte excessive. [Non souligné dans l’original.]

[41] Le Tribunal a conclu que l’ACDI ne s’était pas acquittée de son « obligation procédurale » en matière d’accommodement à l’égard de M^{me} Cruden pour de nombreux motifs, notamment :

- « L’ACDI n’a pas répondu à la demande initiale de [M^{me} Cruden], c’est-à-dire d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour lui permettre d’aller en Afghanistan » [au paragraphe 104];
- « L’ACDI n’a pas informé [M^{me} Cruden] des procédures décrites dans la DSE9 [Directive sur le service extérieur n° 9 — Examens médicaux et dentaires], du processus d’évaluation médicale de SC ou du GEST, et les fonctionnaires de l’ACDI qui ont témoigné ne les connaissaient pas » [au paragraphe 104];
- « L’ACDI a pris une part active dans les changements que l’on a finalement intégrés dans les Directives sur l’Afghanistan » [au paragraphe 105];
- « L’ACDI n’a pas soumis de preuve qu’elle a analysé toutes les mesures d’accommodement raisonnables au moment où [M^{me} Cruden] a présenté sa demande.

removing the travel requirements of her job [which it did], this did not address the complainant's need for operational field experience to advance her career. When [Ms. Cruden] asked for a list of countries to which she could be posted, it took CIDA over two months to determine that HC would take sufficient charge of this determination. It took another two months for HC to determine that insufficient information had been received with respect to six of the nineteen countries, and that an addendum would follow once the information was received. HC never provided the addendum and CIDA did not make efforts to insure [*sic*] that an answer to this inquiry was provided" [at paragraph 106];

- "CIDA did not seek another independent medical opinion" [at paragraph 107];
- "CIDA did not attempt up to the point of undue hardship to ensure that the complainant would obtain her second or third choice for a posting overseas" [at paragraph 108]; and
- "CIDA made attempts to accommodate [Ms. Cruden] but did not offer her any alternative other than applying for other postings and a position in the Afghanistan task force in Ottawa without travel requirements" [at paragraph 109].

[42] On the other hand, the Tribunal concluded that accommodating Ms. Cruden in a posting in Afghanistan would have caused CIDA "undue hardship" [at paragraph 117]:

There is sufficient evidence before me to find that CIDA considered the possibility of implementing these conditions and arrived at the conclusion that it was not possible. The evidence indicates significant health and safety risks for the complainant in working in Afghanistan, as well as safety risks for those fighting the war in Afghanistan should they have to assist the complainant. For the following reasons, I find that it would pose an undue hardship on CIDA to have to accommodate the complainant in Afghanistan. [Emphasis added.]

Même si l'ACDI a discuté de la possibilité d'éliminer les exigences en matière de voyage de son poste, cela ne répondait pas au besoin qu'avait [M^{me} Cruden] d'acquérir une expérience de terrain opérationnelle qui lui permettrait d'obtenir de l'avancement sur le plan professionnel. Quand [M^{me} Cruden] a demandé à recevoir une liste de pays où elle pourrait être affectée, il a fallu plus de deux mois à l'ACDI pour décider que SC se chargerait de cette décision. Il a fallu deux autres mois avant que SC décide que l'on n'avait pas reçu assez d'informations au sujet de six des dix-neuf pays retenus, et qu'un addenda serait produit après avoir reçu les informations nécessaires. SC n'a jamais fourni l'addenda et l'ACDI n'a rien fait pour veiller à ce que l'on réponde à cette demande » [au paragraphe 106];

- « L'ACDI n'a pas cherché à obtenir un autre avis médical indépendant » [au paragraphe 107];
- « L'ACDI n'a pas tenté, jusqu'à contrainte excessive, de veiller à ce que la plaignante obtienne son deuxième ou son troisième choix d'affectation à l'étranger » [au paragraphe 108];
- « L'ACDI a fait des efforts pour prendre des mesures d'accommodement en faveur de [M^{me} Cruden], mais ne lui a offert aucune solution de rechange autre que celle de présenter sa candidature en vue d'autres affectations et d'un poste au sein du Groupe de travail sur l'Afghanistan à Ottawa, sans exigence de voyage » [au paragraphe 109].

[42] Par ailleurs, le Tribunal a conclu que la prise de mesures d'accommodement en faveur de M^{me} Cruden dans le cadre d'une affectation en Afghanistan entraînerait pour l'ACDI une « contrainte excessive » [au paragraphe 117] :

J'ai en main suffisamment de preuves pour conclure que l'ACDI a envisagé la possibilité de mettre en œuvre ces conditions et est arrivée à la conclusion que c'était impossible. La preuve fait état des risques sérieux que court la plaignante sur le plan de la santé et de la sécurité en travaillant en Afghanistan, ainsi que les risques pour la sécurité que courent les personnes combattant en Afghanistan s'il faut qu'elles portent assistance à la plaignante. Pour les motifs qui suivent, je conclus que, pour l'ACDI, le fait d'avoir à prendre des mesures

[43] The numerous reasons cited by the Tribunal in support of this conclusion included:

- If she “needed evacuation, [Ms. Cruden] would be in greater risk” [at paragraph 119];
- “[I]t was a challenge to have [Ms. Cruden] work inside the wire without any travelling requirement because that meant other employees had to travel more to compensate, which increased their exposure to the dangers in the area” [at paragraph 119];
- “[Ms. Cruden] would [be] expose[d] to increased stress, infections, and risks of injury that require more medical attention for a person with type 1 diabetes” [at paragraph 119];
- “Dr. Dupré [“an endocrinologist expert on behalf of the Respondents”] ... did not [*sic*] see any possibility for accommodation. He wrote in his report concerning the risk of severe hypoglycaemic event, that it was inevitable for [Ms. Cruden]” [at paragraph 120];
- The credible evidence of a Colonel (surgeon) and Major in the Canadian Forces with operational experience in Afghanistan was that “the medical facilities in Afghanistan are limited and are operating at full capacity” [at paragraph 122]; and “[a] commander may curtail military operations if he is made aware that a facility is [operating at or near full capacity] and would be unable to treat casualties” [at paragraph 131];
- “There are no Canadian medical facilities at the Canadian embassy in Kabul. Moreover, there is no ambulance or 911 services [*sic*]. In any emergency situation, a patient would require transportation by armoured car. The journey may also be delayed due to conflict. Afghan hospitals are considered too dangerous for western nationals” [at paragraph 124];

d’accommodement en faveur de la plaignante en Afghanistan constituerait une contrainte excessive. [Non souligné dans l’original.]

[43] Voici une partie des nombreux motifs invoqués par le Tribunal à l’appui de cette conclusion :

- Si elle avait eu besoin d’« être évacuée », [M^{me} Cruden] serait « plus à risque » [au paragraphe 119];
- « [I]l était difficile de faire en sorte que [M^{me} Cruden] travaille à l’intérieur du périmètre de sécurité sans aucune exigence de déplacement parce que cela voulait dire que d’autres employés auraient à se déplacer davantage pour compenser, ce qui les exposerait davantage aux dangers présents dans le secteur » [au paragraphe 119];
- « [M^{me} Cruden aurait été exposée] à un stress accru, à des infections et à des risques de blessure qui requièrent plus d’attention médicale si la personne souffre du diabète de type 1 » [au paragraphe 119];
- « Le D^r Dupré [spécialiste en endocrinologie, pour le compte des intimés] [...] a dit [n’]entrevoir aucune possibilité d’accommodement. Dans son rapport concernant le risque d’un grave incident hypoglycémique, il a écrit que, dans le cas de [M^{me} Cruden], un tel risque était inévitable » [au paragraphe 120];
- Selon le témoignage crédible d’un colonel (chirurgien) et d’un major des Forces canadiennes ayant une expérience du terrain en Afghanistan, « en Afghanistan, les installations médicales sont restreintes et fonctionnent à plein rendement » [au paragraphe 122]; et « [i]l se pouvait qu’un commandant suspende une opération militaire s’il apprenait qu’une installation avait atteint le stade rouge et ne pourrait pas traiter de victimes » [au paragraphe 131];
- « À l’ambassade du Canada à Kaboul, il n’existe aucune installation médicale canadienne. De plus, il n’y a pas de services d’ambulance ou d’appels d’urgence de type 911. Dans n’importe quelle situation d’urgence, un patient doit être transporté dans un véhicule blindé. Il est possible aussi que le voyage soit retardé à cause d’un conflit. Les hôpitaux afghans sont considérés

- “[I]f a person with type 1 diabetes gets shot there are additional risks to their health. Risks of being injured or shot, even in the PRT [Provincial Reconstruction Team compound], were said to be ‘real not slim’” [at paragraph 133] and “civilian employees working in Afghanistan are under constant threat of attack” [at paragraph 134];
 - “KAF gets shelled fairly regularly . . . [and] during [a nine month period] there were 70 rocket attacks on the KAF. At the time of the hearing of this case, Major Thurlow testified that the KAF had recently suffered a rocket attack that landed in the dining facilities, injuring several people and killing one person” [at paragraph 135];
 - “The PRT compound is also under threat of attack. . . ‘firefights occur 300 to 400m away from the walls of the PRT, requiring employees to stay in bunkers’ . . . in 2009, everyone at the PRT was evacuated because of a threat of a major attack” [at paragraph 137];
 - “The constant threat of attack also impacts on medical evacuations. Medical evacuations can be done either by armoured vehicle or by helicopter. Given the dangers of travelling by vehicle, most medical evacuations are done by helicopter” [at paragraph 138]. “Each [helicopter] mission requires two helicopters to be flown. . . One helicopter will land while the other provides protection. According to Major Thurlow: . . . ‘Interdiction is common—not unexpected. These helicopters are shot at—all helicopters are shot at. If they’re flying around they are shot at. It’s a dangerous job’” [at paragraph 139]; and
- comme trop dangereux pour les ressortissants occidentaux » [au paragraphe 124];
 - « Selon la preuve, lorsqu’une personne souffrant du diabète de type 1 est touchée par une balle, cela représente des risques accrus pour sa santé. Les risques d’être blessé ou touché par une balle, même dans l’EPR [l’Équipe provinciale de reconstruction], étaient, a-t-on dit, [TRADUCTION] “réels, et non pas minces” » [au paragraphe 133] et « les employés civils travaillant en Afghanistan vivent sous la menace constante d’une attaque » [au paragraphe 134];
 - « [L]e KAF est bombardé assez régulièrement [...] [et] le KAF a essayé durant ce ce temps [une période de neuf mois] 70 attaques à la roquette. Au moment de l’audition de la présente affaire, le Major Thurlow a déclaré que le KAF avait subi récemment une attaque à la roquette qui avait touché les installations de repas, blessant plusieurs personnes et tuant une autre » [au paragraphe 135];
 - « Le complexe qu’occupe l’EPR est lui aussi sous la menace d’une attaque. Les D^{es} Callary et Baxter ont signalé que [TRADUCTION] “des échanges de coup de feu ont lieu à une distance de 300 à 400 mètres des murs du complexe, ce qui oblige les employés à rester dans des abris fortifiés”. Bob Johnston a déclaré qu’en 2009, toutes les personnes présentes dans les installations de l’EPR ont été évacuées à cause de la menace d’une attaque d’envergure » [au paragraphe 137];
 - « La constante menace d’une attaque a également une incidence sur les évacuations sanitaires. Ces dernières peuvent être faites soit par véhicule blindé soit par hélicoptère. Vu les dangers d’un déplacement par véhicule, la plupart des évacuations médicales se font par hélicoptère [au paragraphe 138]. « Chaque mission nécessite l’utilisation de deux hélicoptères [...]. L’un des deux hélicoptères se pose pendant que l’autre le protège. Selon le major Thurlow : [TRADUCTION] “[...] Les mesures d’interdiction sont fréquentes — pas imprévues. On tire sur ces hélicoptères — on tire sur tous les hélicoptères. Quand ils volent, on leur tire dessus. C’est un travail dangereux” » [au paragraphe 139];

• “Major Thurlow added that Improvised Explosive Devices (IED) constitute another danger faced by soldiers performing medical evacuations. On one occasion, while making their way back to the helicopter after placing a casualty on a stretcher, two stretcher bearers became amputees when they stepped on an IED” [at paragraph 140].

[44] The Tribunal continued with 20 additional, safety-related paragraphs on its way to concluding that accommodating Ms. Cruden in Afghanistan would have caused not only CIDA, but also Canadian Forces personnel “undue hardship” in the circumstances. Nevertheless, the Tribunal held that [at paragraphs 161–163]:

... CIDA has breached its procedural duty to explore all reasonable accommodation measures for [Ms. Cruden] and, as a result, a violation of sections 7 and 10 of the *CHRA* has been made out against CIDA.

For its part, HC developed the *Afghanistan Guidelines*, which do not reflect equality between all members of society. In the course of employment, [Ms. Cruden] suffered adverse differentiation on the basis of her disability by the application of the *Afghanistan Guidelines*. On this basis, HC has violated section 7(b) of the *CHRA*.

Therefore, both complaints are substantiated and the Tribunal will consider appropriate remedial action to eliminate these discriminatory practices.

Remedies

Overtime, Bonuses, etc.

[45] Ms. Cruden claimed considerable compensation for overtime, bonuses, and allowances that she says she would have earned had she been posted to Afghanistan. The Tribunal did not allow these expenses in light of its finding that posting Ms. Cruden to Afghanistan would have caused CIDA undue hardship.

• « Le major Thurlow a ajouté que les engins explosifs improvisés (EEI) sont un autre danger auquel sont confrontés les militaires qui procèdent à une évacuation médicale. À une occasion, en revenant à leur hélicoptère après avoir couché une victime sur une civière, deux brancardiers ont dû être amputés après avoir mis le pied sur un tel engin » [au paragraphe 140].

[44] Suivent 20 autres paragraphes relatifs à la sécurité dans lesquels le Tribunal explique pourquoi il est parvenu à la conclusion que la prise de mesures d’accommodement pour M^{me} Cruden en Afghanistan aurait entraîné non seulement pour l’ACDI, mais aussi pour le personnel des Forces canadiennes, une « contrainte excessive » dans les circonstances. Malgré cela, le Tribunal a quand même déclaré ce qui suit [aux paragraphes 161 à 163] :

Néanmoins, cette dernière a manqué à son obligation procédurale d’étudier toutes les mesures d’accommodement possibles pour [M^{me} Cruden] et, de ce fait, une violation des articles 7 et 10 de la LCDP a été établie contre l’ACDI.

Pour sa part, SC a établi les Directives sur l’Afghanistan, qui ne reflètent pas l’égalité entre tous les membres de la société. En cours d’emploi, [M^{me} Cruden] a été victime d’une différence de traitement défavorable du fait de sa déficience par l’application de ces Directives. Pour cette raison, SC a violé l’alinéa 7b) de la LCDP.

En conséquence, les deux plaintes sont justifiées et le Tribunal envisagera des mesures de redressement appropriées en vue d’éliminer ces actes discriminatoires.

Les mesures de réparation

Heures supplémentaires, primes, etc.

[45] M^{me} Cruden a demandé une indemnité considérable au titre des heures supplémentaires, primes et allocations qui, selon elle, lui auraient été accordées si elle avait été affectée en Afghanistan. Le Tribunal n’a pas accueilli ces demandes d’indemnité vu sa conclusion selon laquelle l’affectation de M^{me} Cruden en Afghanistan aurait entraîné une contrainte excessive pour l’ACDI.

[46] On the other hand, the Tribunal found that [at paragraph 169] “were [it] not for the adverse differential treatment that [Ms. Cruden] received during the whole medical assessment and posting process” she “would have obtained a position in another country” and it was “reasonable to assume she would have been at a PM-06 level”. Although the Tribunal did “not have sufficient material before [it] to quantify [the amount she would have earned]”, it decided to “remain seized of the matter” until the parties could make submissions as to the appropriate quantum.

Pain and Suffering

[47] Ms. Cruden claimed the maximum allowable amount for pain and suffering—\$20,000. The Tribunal awarded her \$5,000 from each respondent because [at paragraph 170] “by the way [Ms. Cruden’s] situation was handled by both respondents.”

Wilful and Reckless Discrimination

[48] Ms. Cruden claimed the maximum allowable amount for wilful and reckless discrimination—\$20,000. The Tribunal conceded that Ms. Cruden cited no case law nor made extensive submissions to support her claim; nevertheless it awarded Ms. Cruden \$5,000 from each respondent because:

- “HC told [Ms. Cruden] they would accept the independent medical opinion whatever it may be. They were aware of what they said and modified their approach when the opinion was not what they expected” [at paragraph 171];
- “[HC] also worded the ‘Absolute medical requirements’ and admitted at the hearing that it was a poor choice of words... [and] could mislead someone doing an assessment” [at paragraph 171];
- “HC did not try to correct the wording of the guidelines when they submitted the information to Doctor

[46] Le Tribunal a cependant conclu que [au paragraphe 169] « si [M^{me} Cruden] n’avait pas été victime de la différence de traitement défavorable qu’elle a subie pendant tout le processus d’évaluation médicale et d’affectation, elle aurait obtenu un poste dans un autre pays ». Il était donc « raisonnable de présumer que la plaignante se serait trouvée au niveau PM-06 ». Même si le Tribunal n’avait « pas assez de documents en main pour quantifier la quantité moyenne de temps supplémentaire [qu’elle aurait effectué] », il a décidé de demeurer « sais[i] de l’affaire » jusqu’à ce que les parties fournissent des observations sur le montant approprié.

Le préjudice moral

[47] M^{me} Cruden a demandé l’indemnité maximale admissible pour un préjudice moral, soit 20 000 \$. Le Tribunal lui a accordé 5 000 \$ de la part de chaque intimé à cause de [au paragraphe 170] « la façon dont les deux intimés se sont occupés de la situation ».

L’indemnité pour un acte discriminatoire délibéré et inconsidéré

[48] M^{me} Cruden a demandé l’indemnité maximale admissible pour un acte discriminatoire délibéré et inconsidéré, soit 20 000 \$. Le Tribunal a reconnu que M^{me} Cruden n’avait présenté aucune jurisprudence à l’appui de sa demande pas plus que des arguments détaillés; il lui a néanmoins accordé 5 000 \$, de chacun des intimés, pour les raisons suivantes :

- « SC a dit à [M^{me} Cruden] qu’il souscrirait à l’avis médical indépendant, quel qu’il soit. SC était au courant de ce qu’il avait dit et a modifié son approche quand l’avis n’a pas été celui auquel il s’attendait » [au paragraphe 171];
- « [SC] a également rédigé les “exigences médicales absolues” et a reconnu à l’audience qu’il s’agissait d’un mauvais choix de mots qui, en fait, pouvait induire en erreur une personne qui procédait à une évaluation » [au paragraphe 171];
- « SC n’a pas essayé de rectifier le texte des directives lorsqu’il a transmis les renseignements au D^r Beaugard,

Beauregard, nor did they give him section one of the *OHAG*, which says that the guidelines are instructive not mandatory” [at paragraph 171];

- “HC knew what they were doing” [at paragraph 171];
- “On its part, CIDA refused to respond to [Ms. Cruden’s] email requesting it to exercise its discretionary power to post her to Afghanistan” [at paragraph 171]; and
- “CIDA cannot ignore the fact that no additional information was given to [Ms. Cruden] on other overseas postings” [at paragraph 171].

Sick Leave Credits

[49] The Tribunal ordered the reinstatement of 55 days sick leave credit to reimburse Ms. Cruden for the sick leave she took in the summer of June 2009 because of the discrimination of which she complained.

Vacation Day Credits

[50] Ms. Cruden sought reinstatement of [at paragraph 173] “vacation time credits totalling 15 days taken in order to prepare for and attend proceedings related to her complaint. Pursuant to paragraph 53(2)(c) of the *CHRA*, [the Tribunal] order[ed] the reinstatement of the 15 vacation day credits.”

Appointment and Deployment

[51] Ms. Cruden was [at paragraph 174] “seeking an appointment to a position at the EX-01 level within CIDA, pursuant to paragraph 53(2)(b) of the *CHRA* [and also] deployment to an operational position within CIDA’s Geographic Programs Branch (GPB), pursuant to paragraph 53(2)(b) of the *CHRA* and requests to be posted to a family-friendly country of her choice.”

[52] The Tribunal concluded that [at paragraph 175] “if it were not for her disability she would have obtained

pas plus qu’il n’a remis à ce dernier la première section du GEST, où il est dit que les directives sont de nature instructive et non impérative » [au paragraphe 171];

- « SC savait donc ce qu’il faisait » [au paragraphe 171];
- « Pour sa part, l’ACDI a refusé de répondre au courriel dans lequel la plaignante lui demandait d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de l’affecter en Afghanistan » [au paragraphe 171];
- « L’ACDI ne peut ignorer le fait qu’aucun renseignement additionnel n’a été communiqué à [M^{me} Cruden] au sujet d’autres affectations à l’étranger » [au paragraphe 171].

Les crédits de congés de maladie

[49] Le Tribunal a ordonné le rétablissement des 55 jours de crédits de congés de maladie à M^{me} Cruden relativement au congé de maladie qu’elle a pris en juin 2009 à cause du stress lié à la discrimination dont elle s’était plainte.

Les crédits de jours de vacances

[50] M^{me} Cruden a demandé aussi [au paragraphe 173] « que l’on rétablisse les crédits de jours de vacances totalisant 15 jours, période qu’elle [avait] prise pour se préparer et assister aux procédures liées à sa plainte. Conformément à l’alinéa 53(2)c) de la LCDP, [le Tribunal a ordonné] le rétablissement des crédits relatifs à 15 jours de vacances ».

La nomination et l’affectation

[51] M^{me} Cruden avait demandé [au paragraphe 174] « qu’on la nomme à un poste de niveau EX-01 à l’ACDI, conformément à l’alinéa 53(2)b) de la LCDP [et] qu’on la déploie à un poste opérationnel au sein de la Direction générale des programmes géographiques (DGPG) de l’ACDI, conformément à l’alinéa 53(2)b) de la LCDP, et qu’elle soit affectée à un pays de son choix où elle pourrait amener sa famille ».

[52] Le Tribunal a conclu que M^{me} Cruden [au paragraphe 175], « sans sa déficience, aurait obtenu une

a posting to Afghanistan or elsewhere because of her abilities to perform the duties required” and therefore it ordered that Ms. Cruden be deployed [at paragraph 176] “in the GPB at the PM-06 level” and that CIDA “work with [Ms. Cruden] to post her in a friendly country within her top three choices where there are appropriate medical facilities and no medical restrictions that she will face.”

Personnel File

[53] Ms. Cruden asked that any reprimand related to the pursuit of her claim be removed from her file. The Tribunal declined because the behaviour and comments she made about CIDA management which led to the reprimand were not [at paragraph 177] “done within appropriate boundaries”.

Legal Fees

[54] Ms. Cruden sought compensation for legal fees in the amount of \$2 712.68. Citing *Canada (Attorney General) v. Mowat*, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579, wherein the Federal Court of Appeal held that the Tribunal did not have the authority to make an award of costs under the provisions of the CHRA, the Tribunal declined to award legal costs.

Systemic Remedies

[55] The Tribunal reasoned that the Afghanistan Guidelines [at paragraph 181] “must be clarified to ensure that their interpretation does not lead doctors in excluding every person with a chronic condition” and that “[t]he wording of the ‘Absolute medical requirements’ should be changed to reflect a high medical standard for posting to Afghanistan, while not instituting a complete ban.” Accordingly, the Tribunal ordered [at paragraph 182]:

- (a) That HC amend the *OHAG* to remove any references in the *Afghanistan Guidelines* to “Absolute medical requirements”, and to instead adopt an approach that simply lists factors that are to be considered as part of an overall

affectation en Afghanistan ou ailleurs à cause de son aptitude à exécuter les fonctions requises ». Il a donc ordonné que M^{me} Cruden obtienne une affectation [au paragraphe 176] « à la DGPG au niveau PM-06 » et a ordonné à l’ACDI de « prendre avec elle les mesures nécessaires pour l’affecter dans un pays ami, faisant partie de ses trois premiers choix où il y a des installations médicales appropriées et où elle ne sera soumise à aucune restriction médicale ».

Dossier personnel

[53] M^{me} Cruden a demandé que toute réprimande relativement à sa plainte soit retirée de son dossier. Le Tribunal a refusé de faire droit à sa demande à cause de son comportement et de ses commentaires au sujet de la direction de l’ACDI qui avaient entraîné la réprimande, indiquant [au paragraphe 177] qu’« il y a des limites à respecter ».

Honoraires juridiques

[54] M^{me} Cruden a demandé une indemnité pour les honoraires juridiques de 2 712,68 \$. Citant l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Mowat*, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579, dans lequel la Cour d’appel fédérale a conclu que le Tribunal n’était pas habilité à adjuger des dépens en vertu des dispositions de la LCDP, le Tribunal a refusé d’accorder un montant au titre des honoraires juridiques.

Mesures de réparation systémiques

[55] Selon le Tribunal, les Directives sur l’Afghanistan [au paragraphe 181] « [devaient] être clarifiées afin de garantir que leur interprétation n’amène pas les médecins à écarter toute personne souffrant d’une affection chronique » et « [l]e libellé des “exigences médicales absolues” [devait] être changé afin de refléter l’existence d’un critère médical strict pour les affectations en Afghanistan, mais sans instaurer une interdiction complète ». Par conséquent, le Tribunal a ordonné [au paragraphe 182] :

- a) que SC modifie le GEST de façon à éliminer dans les *Directives sur l’Afghanistan* toute mention d’« exigences médicales absolues » et qu’il adopte plutôt une démarche qui énumère simplement les facteurs qui doivent être

- individualized assessment, with an express recognition that no single factor will necessarily be determinative;
- (b) That HC amend its policies, or create a new policy, requiring that in cases where a treating specialist physician provides an opinion on employee fitness that differs from the initial opinion of the OHMO, and HC does not agree with the specialist, HC will:
- (i) consult with the treating specialist to explore the bases for the different opinions;
 - (ii) if still not in agreement, promptly offer to send the employee for an independent medical examination by a specialist in the appropriate field;
 - (iii) if dissatisfied with the independent specialist, consult with the independent specialist to explore the bases for the different opinions, and
 - (iv) ultimately, if no resolution has been reached, place before the employing department full, objective and impartial descriptions of all the recommendations as to fitness rendered by the various physicians who were consulted during the process;
- (c) That HC and CIDA amend their policies, or create a new policy, to clearly state that the *CHRA* and the “duty to accommodate to the point of undue hardship” must be considered and applied whenever recommendations or decisions are being made with respect to the medical fitness of civilian employees for postings, regardless of where those postings might be;
- (d) That CIDA amend its policies, or create a new policy, so as to put a mechanism in place to ensure that all employees who apply for postings (and for temporary duty assignments, in the case of Afghanistan) are first made aware:
- (i) that all successful candidates will be required to undergo a pre-deployment medical assessment by HC, or by another provider if CIDA deems appropriate;
 - (ii) that if they receive a negative assessment, they will have the right under *FSD9* to submit a written opinion from a treating physician to HC which will then provide a reassessment to CIDA, possibly after
- pris en considération dans le cadre d’une évaluation individualisée générale, tout en reconnaissant expressément qu’aucun facteur unique ne sera nécessairement déterminant;
- b) que SC modifie ses politiques ou en crée une nouvelle, afin d’exiger que, dans les cas où un médecin spécialiste traitant donne, au sujet de l’aptitude d’un employé, un avis qui diffère de l’avis initial du MST et où SC ne souscrit pas à l’avis du spécialiste :
- i) qu’il consulte le spécialiste traitant afin d’analyser les fondements des avis différents;
 - ii) que, s’il n’est toujours pas d’accord, il offre sans délai de faire subir à l’employé un examen médical indépendant par un spécialiste du domaine approprié;
 - iii) que, s’il est insatisfait de l’avis du spécialiste indépendant, il consulte ce dernier pour analyser les fondements des avis différents;
 - iv) que, en fin de compte, si aucun règlement n’est conclu, il soumette au ministère employeur une description complète, objective et impartiale de toutes les recommandations relatives à l’aptitude de l’employé qu’ont formulées les divers médecins qui ont été consultés lors du processus.
- c) que SC et l’ACDI modifient leurs politiques, ou en créent une nouvelle, afin d’indiquer clairement que la LCDP et l’« obligation d’accommodement jusqu’à contrainte excessive » doivent être prise en considération et appliquées chaque fois que l’on formule une recommandation ou que l’on prend une décision au sujet de l’aptitude médicale d’un employé civil à une affectation, quel que soit le lieu de cette affectation;
- d) que l’ACDI modifie ses politiques, ou en crée une nouvelle, de façon à mettre en place un mécanisme qui garantira que tous les employés qui présenteront leur candidature en vue d’une affectation (ainsi qu’en vue d’une affectation temporaire, dans le cas de l’Afghanistan) seront tout d’abord mis au courant :
- i) que tous les candidats retenus auront à subir une évaluation médicale préalable à leur déploiement, de la part de SC, ou d’un autre fournisseur si l’ACDI l’estime approprié;
 - ii) que s’ils obtiennent une évaluation négative, ils auront le droit aux termes de la *DSE9* de soumettre un avis écrit d’un médecin traitant à SC, qui transmettra alors une nouvelle évaluation à l’ACDI, peut-être

- | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>offering the employee an opportunity to undergo an independent medical examination;</p> <p>(iii) that if HC does not request an independent medical opinion, CIDA may itself offer the employee an opportunity to undergo an independent medical examination, the results of which will be provided to HC for further assessment;</p> <p>(iv) ultimately, the final decision about whether to put a candidate forward for head of mission concurrence lies with CIDA, and not with HC or any other department.</p> <p>(e) That HC provide training to all managers and OHMOs involved in conducting pre-deployment medical assessments on:</p> <p>(i) The application of the <i>FSD9</i> to their work; and</p> <p>(ii) The application of the <i>CHRA</i> to their work, including insofar as it relates to legal principles relating to the assessment of health and safety risks as a possible form of undue hardship;</p> <p>(f) That CIDA provide training to all managers and staff involved in making decisions about postings and temporary duty assignments on:</p> <p>(i) The application of the <i>FSD9</i> to their work; and</p> <p>(ii) The application of the <i>CHRA</i> to their work, including insofar as it relates to the assessment of health and safety risks as a possible form of undue hardship”;</p> | <p>après avoir offert à l’employé en question la possibilité de subir un examen médical indépendant;</p> <p>iii) que si SC ne demande pas un avis médical indépendant, l’ACDI pourra elle-même offrir à l’employé une possibilité de subir un examen médical indépendant, dont les résultats seront transmis à SC pour une évaluation additionnelle;</p> <p>iv) en fin de compte, c’est l’ACDI, et non SC ou un autre ministère, qui prendra la décision finale au sujet de la soumission d’un candidat à l’assentiment du chef de mission.</p> <p>e) que SC dispense une formation à tous les gestionnaires et tous les MST qui s’occupent de faire subir des évaluations médicales préalables à un déploiement sur :</p> <p>i) l’application de la <i>DSE9</i> à leur travail;</p> <p>ii) l’application de la <i>LCDP</i> à leur travail, dans la mesure, notamment, où elle se rapporte aux principes juridiques régissant l’évaluation des risques pour la santé et la sécurité en tant que forme possible de contrainte excessive;</p> <p>f) que l’ACDI dispense une formation à tous les gestionnaires et membres du personnel qui s’occupent de prendre des décisions au sujet des affectations, qu’elles soient temporaires ou non, sur :</p> <p>i) l’application de la <i>DSE9</i> à leur travail;</p> <p>ii) l’application de la <i>LCDP</i> à leur travail, dans la mesure, notamment, où elle se rapporte aux principes juridiques régissant l’évaluation des risques pour la santé et la sécurité en tant que forme possible de contrainte excessive.</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

The steps outlined in paragraph (a) to (f) were to be completed within one year of the decision. The Tribunal remained seized until the parties confirmed that the terms of its order, or further orders, had been implemented.

[56] Although not part of the application before the Court, it is noted that clarification was requested with regards to the implementation of the order that CIDA deploy Ms. Cruden to a post in a friendly country within her top three choices. That clarification was rendered by decision dated March 1, 2012 [2012 CHRT 5]. It does not impact the issues before the Court.

Les mesures énumérées aux alinéas a) à f) devaient être prises au cours de l’année suivant la décision. Le Tribunal demeurait saisi de l’affaire jusqu’à ce que les parties aient confirmé la mise en application des conditions de l’ordonnance, ou de toute autre ordonnance future.

[56] Même s’il n’en était pas question dans la demande présentée à la Cour, il est à souligner que des précisions avaient été demandées au sujet de la mise en œuvre de l’ordonnance selon laquelle l’ACDI devait affecter M^{me} Cruden dans un pays ami faisant partie de ses trois premiers choix. Cette précision a été donnée dans une décision datée du 1^{er} mars 2012 [2012 TCDP 5]. Elle n’a pas d’incidence sur les questions dont la Cour est saisie.

Issues

[57] CIDA and HC identified the following eight issues in their memorandum:

- (i) What is the applicable standard of review?
- (ii) Was it reasonable for the Tribunal to find a breach of the *CHRA* on the basis of a failure to comply with a “procedural duty” to accommodate?
- (iii) Was it reasonable for the Tribunal to find that the *Afghanistan Guidelines* were discriminatorily applied to the Respondent?
- (iv) Was it reasonable to order that the complainant be deployed to a PM-6 position in the Geographic Programs Branch within CIDA and be posted to a country of her choice?
- (v) Was it reasonable to order prescriptive remedies against Health Canada and CIDA as to how it must conduct health assessments, interact with external physicians and communicate with its employees?
- (vi) Was it reasonable to order that the Applicant establish written policies “satisfactory to” the complainant and the Commission?
- (vii) Was there any evidentiary basis upon which the Tribunal could order the payment of damages for “wilful and reckless” discrimination?
- (viii) Was it reasonable to order crediting of vacation credits for the preparation of the hearing?

[58] In my view, the many issues raised by the parties may appropriately be considered under the following four questions:

1. What is the appropriate standard of review of the Tribunal’s decision?
2. Did the Tribunal err in finding that there had been a failure to accommodate under the *CHRA* on procedural grounds in light of its prior finding that substantive accommodation of Ms. Cruden was not possible without undue hardship?

Questions en litige

[57] L’ACDI et SC ont exposé les huit questions suivantes dans leur mémoire :

- i) Quelle est la norme de contrôle applicable en l’espèce?
- ii) Était-il raisonnable que le Tribunal conclue à l’existence d’une violation de la LCDP sur le fondement d’un manquement à une « obligation procédurale » de prendre des mesures d’accommodement?
- iii) Était-il raisonnable que le Tribunal conclue que l’application des Directives sur l’Afghanistan était discriminatoire envers la défenderesse?
- iv) Était-il raisonnable d’ordonner que la plaignante soit nommée à un poste de niveau PM-6 de la Direction générale des programmes géographiques de l’ACDI et qu’elle soit affectée à un pays de son choix?
- v) Était-il raisonnable d’imposer, au moyen d’une ordonnance, à Santé Canada et à l’ACDI la façon dont ces derniers doivent effectuer les évaluations médicales, avoir des interactions avec les médecins de l’extérieur et communiquer avec leurs employés?
- vi) Était-il raisonnable d’ordonner l’élaboration de politiques écrites « qui soient satisfaisantes » pour la plaignante et la Commission?
- vii) Est-ce que la preuve permettait au Tribunal d’ordonner le versement d’une indemnité pour un « acte discriminatoire délibéré et inconsidéré »?
- viii) Était-il raisonnable d’ordonner le paiement de crédits de jours de vacances pour la préparation de l’audience?

[58] À mon avis, les nombreuses questions soulevées par les parties peuvent être résumées par les quatre questions suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle judiciaire applicable à la décision du Tribunal?
2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu’il y avait eu défaut de prendre des mesures d’accommodement aux termes de la LCDP pour des motifs à caractère procédural vu sa conclusion précédente selon laquelle il n’était pas possible de fournir à M^{me} Cruden, sans contrainte excessive, de véritables mesures d’accommodement?

3. Was the Tribunal's finding that the application of the Afghanistan Guidelines to Ms. Cruden by HC was discriminatory contradicted by its own finding that she could not be accommodated without undue hardship?

4. Was there a proper legal or evidentiary basis for the remedies ordered?

1. *Standard of Review*

[59] The parties are in agreement that the standard of review of the Tribunal's decision is reasonableness. The applicants submit that there is only one reasonable interpretation of the duty to accommodate as found in the CHRA while the respondents take the position that whether there is one or more than one interpretation, the interpretation rendered by the Tribunal is reasonable and ought not be disturbed.

[60] In *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*), which dealt with whether the Tribunal has jurisdiction to make an order of costs, the Supreme Court held that the Tribunal was generally entitled to deference respecting the interpretation of its home statute or the legal rules closely connected thereto. The Tribunal's decision, based on its interpretation of the CHRA, was that it had jurisdiction to award costs. The Supreme Court found otherwise, and held at paragraph 64 of its reasons that "the text, context and purpose of the legislation clearly shows that there is no authority in the Tribunal to award legal costs and there is no other reasonable interpretation of the relevant provisions."

[61] In this case, CIDA and HC submit that there is no reasonable interpretation that supports the Tribunal's conclusion that the CHRA creates both procedural and substantive rights and duties to accommodate such that one may be found in breach of the procedural duty even if found not to have breached the substantive duty. Accordingly, they say that while the standard of review

3. La conclusion du Tribunal selon laquelle l'application des Directives sur l'Afghanistan par SC était discriminatoire envers M^{me} Cruden contredisait-elle sa propre conclusion selon laquelle on ne pouvait pas prendre des mesures d'accommodement à l'égard de [M^{me} Cruden] sans contrainte excessive?

4. Est-ce que les mesures de réparation ordonnées reposaient sur un fondement juridique ou des éléments de preuve valables?

1. *Norme de contrôle*

[59] Les parties reconnaissent que la norme de contrôle pertinente en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Selon le demandeur, il n'y a qu'une seule interprétation raisonnable de l'obligation de fournir des accommodements en vertu de la LCDP. Les défendresses soutiennent quant à elles que peu importe qu'il y ait une interprétation ou plusieurs interprétations, celle du Tribunal est raisonnable et ne doit pas être modifiée.

[60] Dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*), qui portait sur la question de savoir si le Tribunal avait compétence pour adjuger des dépens, la Cour suprême a déclaré que le Tribunal avait droit en principe à la déférence en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive et des règles de droit qui s'y rattachent de près. Le Tribunal, qui s'appuyait sur son interprétation de la LCDP, avait estimé qu'il avait compétence pour adjuger des dépens. La Cour suprême, en désaccord avec cette décision, a indiqué au paragraphe 64 de ses motifs qu'il ressortait « nettement du texte de la loi, de son contexte et de son objet que le Tribunal ne possède pas le pouvoir d'adjuger des dépens, et les dispositions applicables ne se prêtent à aucune autre interprétation raisonnable ».

[61] En l'espèce, l'ACDI et SC soutiennent qu'aucune interprétation raisonnable n'étaye la conclusion du Tribunal selon laquelle la LCDP crée en matière de mesures d'accommodement des droits et obligations à la fois procéduraux et substantiels, de sorte qu'une violation d'une obligation procédurale est possible même s'il n'y a pas eu violation d'une obligation

is reasonableness, there is only one reasonable interpretation available and it is not made by the Tribunal.

2. Procedural and Substantive Duties to Accommodate

[62] In the decision under review, in holding that there are both procedural and substantive duties to accommodate, each of which may be breached independently of the other, the Tribunal was either engaged in (i) an interpretation of the wording of the relevant sections of the CHRA, or (ii) applying the decision of the Supreme Court in *Meiorin* to the facts before it. Regardless of which of these approaches was employed, I find that the Tribunal's decision was unreasonable and must be set aside.

Statutory Interpretation of the CHRA

[63] An understanding of the scheme of the CHRA is required in order to properly understand the duty to accommodate. The scheme of the CHRA relevant to this application is as follows:

(a) It is “discriminatory practices” that are prohibited by the CHRA. It is a discriminatory practice “in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee” because of disability: CHRA paragraph 7(b). It is also a discriminatory practice to “establish or pursue a policy or practice ... that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities” because of disability: CHRA, paragraph 10(a).

(b) But, it is not a discriminatory practice if the adverse differentiation, deprivation, or limitation, etc., is established by the employer to be based on a BFOR: CHRA, paragraph 15(1)(a).

(c) For a discriminatory practice to be based on a BFOR “it must be established that accommodation of the needs of an individual or a class of individuals affected would impose undue hardship on the person who would have

substantielle. Par conséquent, ils font valoir que même si la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, il n'existe qu'une seule interprétation raisonnable et que ce n'était pas celle du Tribunal.

2. Obligation procédurale et substantielle d'offrir des mesures d'accommodement

[62] Dans la décision qui fait l'objet du présent contrôle, le Tribunal, en jugeant qu'il existait à la fois une obligation procédurale et une obligation substantielle de fournir des mesures d'accommodement, dont chacune peut être violée indépendamment de l'autre, soit i) interprétait le libellé des dispositions pertinentes de la LCDP, soit ii) appliquait l'arrêt *Meiorin* de la Cour suprême aux faits qui lui avaient été présentés. Peu importe laquelle de ces deux approches a été suivie, je conclus que la décision du Tribunal était déraisonnable et qu'elle doit être annulée.

Interprétation législative de la LCDP

[63] Il faut comprendre le régime de la LCDP pour bien saisir la portée de l'obligation relative à la prise de mesures d'accommodement. Voici le régime de la LCDP qui s'applique à la présente demande :

a) Ce sont les « actes discriminatoires » qui sont interdits par la LCDP. Constitue un acte discriminatoire le fait de « défavoriser [un individu] en cours d'emploi » à cause d'une déficience : alinéa 7b) de la LCDP. Constitue aussi un acte discriminatoire « le fait [...] de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite [...] susceptible[s] d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus » à cause d'une déficience : alinéa 10a) de la LCDP.

b) Cependant, ne constituent pas des actes discriminatoires les refus, exclusions, expulsions, etc. de l'employeur découlant d'exigences professionnelles justifiées (EPJ) : alinéa 15(1)a) de la LCDP.

c) Pour qu'un acte discriminatoire soit cautionné par des EPJ, il doit être « démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la

to accommodate those needs, considering health, safety and costs”: CHRA, subsection 15(2).

(d) An individual or group of individuals who, on reasonable grounds, believe that a person “is engaging or has engaged in a discriminatory practice may file with the Commission a complaint”: CHRA, subsection 40(1).

(e) If the complaint of a discriminatory practice is not substantiated, “the member or panel conducting the inquiry shall dismiss the complaint” (emphasis added): CHRA, subsection 53(1). If the complaint of a discriminatory practice is substantiated, the member or panel may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice: CHRA, subsection 53(2).

[64] What is evident from the foregoing is the criticality of a finding of a discriminatory practice. It is an allegation of a discriminatory practice which grounds the complaint and it is the finding of a discriminatory practice that provides the Tribunal with jurisdiction to order remedial action. Moreover, and of particular relevance to this application, a BFOR finding negates, and is a complete defence to, any allegation of a discriminatory practice. In short, and in the context of this case, if CIDA establishes that it cannot accommodate Ms. Cruden’s disability in Afghanistan without undue hardship, then there is no discriminatory practice and no violation of the CHRA.

[65] In this case, HC did not recommend Ms. Cruden for posting in Afghanistan; CIDA agreed, and did not post her to Afghanistan. The Tribunal found that if it was not for its refusal to post Ms. Cruden to Afghanistan, CIDA would have experienced undue hardship because there were myriad pitfalls in posting a Type 1 diabetic with her profile and medical needs into a war zone. The finding of undue hardship is not contested by Ms. Cruden or the Commission.

personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité » : paragraphe 15(2) de la LCDP.

d) Un individu ou un groupe d’individus qui a des motifs raisonnables de croire qu’une personne « a commis un acte discriminatoire peut déposer une plainte devant la Commission » : paragraphe 40(1) de la LCDP.

e) Si la plainte d’acte discriminatoire n’est pas jugée fondée, « le membre instructeur rejette la plainte » (non souligné dans l’original) : paragraphe 53(1) de la LCDP. Le membre instructeur peut rendre une ordonnance contre la personne trouvée coupable d’un acte discriminatoire (paragraphe 53(2)).

[64] Il ressort clairement des extraits précédents qu’une conclusion relative à l’existence d’un acte discriminatoire est absolument essentielle. En effet, c’est une allégation d’acte discriminatoire qui motive la plainte et c’est la conclusion relative à l’existence d’un acte discriminatoire qui donne au Tribunal le pouvoir de prendre des mesures de réparation. De plus, élément particulièrement pertinent en l’espèce, une conclusion relative à des EPJ rend irrecevable toute allégation d’acte discriminatoire et constitue un moyen de défense complet. En résumé, et dans le contexte de la présente affaire, si l’ACDI établit qu’il lui est impossible de fournir des mesures d’accommodement relativement à la déficience de M^{me} Cruden en Afghanistan sans subir de contrainte excessive, alors il n’y a ni acte discriminatoire, ni violation de la LCDP.

[65] En l’espèce, SC n’a pas recommandé que M^{me} Cruden soit affectée en Afghanistan; l’ACDI a été d’accord avec ce choix et ne l’y a pas affectée. Selon le Tribunal, n’eût été son refus d’affecter M^{me} Cruden en Afghanistan, l’ACDI aurait subi une contrainte excessive parce que de nombreux écueils auraient accompagné l’affectation dans une zone de guerre d’une personne souffrant de diabète de type 1 ayant son profil et ses besoins médicaux. La conclusion d’une contrainte excessive n’est contestée ni par M^{me} Cruden ni par la Commission.

[66] Nevertheless, despite its finding that it would have caused CIDA undue hardship to post Ms. Cruden to Afghanistan, the Tribunal found that CIDA and HC violated a separate procedural duty it understood to be owed in the accommodation process. In particular, as discussed above, Ms. Cruden's expectations were raised, emails were not responded to promptly, and "CIDA did not ... [explore] all reasonable accommodation measures at the time of [Ms. Cruden's] request".

[67] If the Tribunal was interpreting the CHRA when it found that there is a procedural duty of accommodation that can be breached notwithstanding that accommodation is impossible without undue hardship, then that interpretation is plainly unreasonable. The provisions of the CHRA, as discussed previously, are clear and unambiguous: If a person cannot be accommodated without undue hardship then the alleged discriminatory practice is based on a BFOR; if it is based on a BFOR then it is not a discriminatory practice; and if it is not a discriminatory practice the Tribunal "shall" dismiss the complaint. In my view, there is no reasonable interpretation of the CHRA that permits the Tribunal to continue to examine a complaint and the actions of the parties once it has found, as it did in this case, that accommodation is not possible without undue hardship.

Meiorin

[68] If the source of this alleged procedural duty to accommodate does not lie in the CHRA, it might be thought that its source is the decision of the Supreme Court of Canada in *Meiorin*, which is referenced by the Tribunal in the following paragraphs of its decision [paragraphs 101–103]:

The third step of the *Meiorin* analysis examines "...whether the standard is required to accomplish a legitimate purpose, and whether the employer can accommodate the complainant without suffering undue hardship" (*Kelly* at para. 356; see also *McGill University Health Centre* at para. 14). The use of the term "undue" infers that some hardship is acceptable. It is only

[66] Néanmoins, malgré sa conclusion que l'ACDI aurait eu à subir une contrainte excessive en affectant M^{me} Cruden en Afghanistan, le Tribunal a estimé que l'ACDI et SC avaient manqué à une obligation procédurale distincte qui, à son avis, était rattachée au processus d'accommodement. Plus précisément, comme il a été mentionné précédemment, des attentes ont été créées chez M^{me} Cruden, les courriels de cette dernière n'ont pas reçu de réponse rapide et « l'ACDI n'a pas soumis de preuve qu'elle [avait] analysé toutes les mesures d'accommodement raisonnables au moment où [M^{me} Cruden] a présenté sa demande ».

[67] Si le Tribunal interprétait la LCDP lorsqu'il a conclu à l'existence d'une obligation procédurale en matière d'accommodement qui peut être violée bien que les mesures d'accommodement soient impossibles sans contrainte excessive, alors cette interprétation est tout à fait déraisonnable. En effet, les dispositions de la LCDP, comme nous l'avons vu, ne présentent aucune ambiguïté : s'il est impossible de répondre aux besoins d'une personne sans contrainte excessive, l'acte discriminatoire allégué s'appuie sur des EPJ; si l'impossibilité de fournir des mesures d'accommodement s'appuie sur des EPJ, il n'existe aucun acte discriminatoire; et s'il n'y a pas d'acte discriminatoire, le Tribunal « rejette » la plainte. À mon avis, il n'existe aucune interprétation raisonnable de la LCDP qui autorise le Tribunal à poursuivre l'examen d'une plainte et des actions des parties une fois qu'il a établi, comme ce fut le cas en l'espèce, que la prise de mesures d'accommodement est impossible sans contrainte excessive.

Meiorin

[68] Si la source de cette obligation procédurale alléguée de fournir des mesures d'accommodement n'est pas la LCDP, nous pourrions penser que cette source est l'arrêt *Meiorin* de la Cour suprême du Canada, auquel renvoie le Tribunal dans les paragraphes suivants de sa décision [aux paragraphes 101 à 103] :

Le troisième volet de l'analyse issue de l'arrêt *Meiorin* « [...] consiste à déterminer si la norme est exigée pour réaliser un but légitime, et si l'employeur peut composer avec la plaignante sans subir une contrainte excessive » (*Kelly*, au paragraphe 356; voir aussi *Centre universitaire de santé McGill*, au paragraphe 14). L'emploi du mot « excessive »

“undue hardship” that satisfies this test (see *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at page 984.). Generally, undue hardship means “disproportionate, improper, inordinate, excessive or oppressive” and is “... reached when reasonable measures of accommodation are exhausted and only unreasonable or impracticable options for accommodation remain” (*Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15 at paras. 130, 140). The complainant must facilitate the search for meaningful accommodation by responding to reasonable employer requests for relevant medical information regarding his or her limitations, in order to allow the employer to initiate a proposal (*Tweten v. RTL Robinson Enterprises Ltd.*, 2005 CHRT 8; and, *Graham v. Canada Post Corporation*, 2007 CHRT 40). However, an employee cannot dictate to an employer the precise terms of an accommodation and cannot expect a perfect solution (see *McGill University Health Centre*; and, *Hutchinson v. Canada (Minister of the Environment)*, 2003 FCA 133).

It may be ideal for an employer to adopt a practice or standard that is uncompromisingly stringent, but if it is to be justified it must accommodate factors relating to the unique capabilities and inherent worth and dignity of every individual, up to the point of undue hardship (*Meiorin* at para. 62.). Furthermore, when an employer is assessing whether it can accommodate an employee it must do an individualized assessment of the employee’s situation. In this regard, in *McGill University Health Centre*, the Supreme Court of Canada stated: “The importance of the individualized nature of the accommodation process cannot be minimized”.

The analysis at this stage looks at “...first, the procedure [...] which was adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer’s reasons for not offering any such standard” (*Meiorin* at para. 66). Therefore, I will examine, first, the procedure adopted by CIDA to assess the complainant’s condition and possible accommodation and, second, whether accommodating the complainant in Afghanistan would cause CIDA undue hardship.

[69] In my view, *Meiorin* simply does not reasonably support the proposition that there exists a separate, procedural duty in the accommodation process which can be breached notwithstanding a substantive finding of undue hardship and which would attract remedies on

implique qu’une certaine contrainte est acceptable. Ce n’est que lorsque la contrainte est « excessive » qu’elle satisfait à ce critère (voir *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, à la page 984). En général, une « contrainte excessive » signifie « disproportionné, illégitime, immodéré, excessif ou oppressif » et ce stade est atteint « [...] lorsque les moyens raisonnables d’accommoder ont été épuisés et qu’il ne reste que des options d’accommodement déraisonnables ou irréalistes » (*Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, aux paragraphes 130 et 140). La partie plaignante se doit de faciliter la recherche d’une mesure sérieuse en répondant aux demandes raisonnables que formule l’employeur en vue d’obtenir des renseignements médicaux pertinents sur ses limites et de lui permettre ainsi de formuler une proposition (*Tweten c. RTL Robinson Enterprises Ltd.*, 2005 TCDP 8 et *Graham c. Société canadienne des postes*, 2007 TCDP 40). Toutefois, un employé ne peut pas dicter à un employeur les conditions exactes d’une mesure d’accommodement et il ne peut pas s’attendre à ce que l’on trouve une solution parfaite (voir *Centre universitaire de santé McGill*, et *Hutchinson c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, 2003 CAF 133).

L’idéal serait peut-être qu’un employeur adopte une pratique ou une norme qui soit d’une rigidité absolue, mais pour qu’elle soit justifiée, il faut qu’elle prenne en compte des facteurs qui sont liés aux capacités uniques et à la valeur et à la dignité inhérentes de chaque individu, dans la mesure où cela n’impose aucune contrainte excessive (*Meiorin*, au paragraphe 62.). De plus, lorsqu’un employeur évalue s’il est en mesure de prendre une mesure d’accommodement en faveur d’un employé, il est tenu de procéder à une évaluation individualisée de la situation de cet employé. À cet égard, dans l’arrêt *Centre universitaire de santé McGill*, la Cour suprême du Canada a déclaré : [l]e caractère individualisé du processus d’accommodement ne saurait être minimisé ».

À ce stade, l’analyse porte sur « [...] d’abord, la procédure [...] qui a été adoptée pour étudier la question de l’accommodement et, ensuite, la teneur réelle d’une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l’employeur n’a pas offert une telle norme » (*Meiorin*, au paragraphe 66). Par conséquent, j’examinerai, en premier lieu, la procédure que l’ACDI a adoptée pour évaluer le problème de santé de la plaignante et les mesures d’accommodement possibles et, en second lieu, si le fait de prendre des mesures d’accommodement en faveur de la plaignante en Afghanistan causerait à l’ACDI une contrainte excessive.

[69] À mon avis, l’arrêt *Meiorin* n’étaye pas de façon raisonnable l’argument selon lequel il existe une obligation procédurale distincte dans le processus d’accommodement qui peut être violée, malgré une conclusion de fond selon laquelle il existe une contrainte

its own. In paragraph 66 of *Meiorin*, which is the passage referenced by the Tribunal, the Supreme Court is merely stating that a court or tribunal can look at the procedure employed in the accommodation process as a practical tool for deciding whether an employer has established—on an evidentiary basis—undue hardship:

Notwithstanding the overlap between the two inquiries, it may often be useful as a practical matter to consider separately, first, the procedure, if any, which was adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer's reasons for not offering any such standard: see generally Lepofsky, *supra*. [Some emphasis added.]

[70] That is not to say that the procedure used by the employer when considering accommodation cannot have significance in any given case; indeed, in practical terms, if an employer has not engaged in any accommodation analysis or attempts at accommodation at the time a request by an employee is made, it is likely to be very difficult to satisfy a tribunal on an evidentiary level that it could not have accommodated that employee short of undue hardship: See, e.g., *Koepfel v. Canada (Department of National Defence)*, 1997 CanLII 1443, 32 CHRR D/107 (C.H.R.T.), at paragraphs 212–228. That is the very real and practical effect of the evidentiary burden to establish a BFOR resting with the employer.

[71] Madam Justice Gray of the Supreme Court of British Columbia, in a judgment rendered after the decision under review, recognized this distinction. She stated in *Emergency Health and Services Commission v. Cassidy*, 2011 BCSC 1003, 72 CHRR D/433, at paragraphs 33 and 34:

Tribunal Member Lyster relied on *Meiorin* as authority for the proposition that an employer has both a procedural and substantive “duty” to accommodate a disabled employee to the point of undue hardship. However, in *Meiorin*, the Supreme Court of Canada did not consider whether the employer had

excessive, et qui donnerait lieu à des mesures de réparation. Au paragraphe 66 de l'arrêt *Meiorin*, auquel renvoie le Tribunal, la Cour suprême déclare simplement qu'une cour de justice ou un tribunal administratif peut examiner la procédure adoptée dans le cadre du processus d'accommodement comme outil pratique qui permet d'établir si un employeur a réussi à prouver — selon la preuve au dossier — l'existence d'une contrainte excessive :

[...] il peut souvent se révéler utile, en pratique, d'examiner séparément, d'abord, la procédure, s'il en est, qui a été adoptée pour étudier la question de l'accommodement, et, ensuite, la teneur réelle d'une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas offert une telle norme : voir, de manière générale, Lepofsky, *loc. cit.* [Certains soulignés sont ajoutés.]

[70] Cela ne veut pas dire que la procédure utilisée par un employeur lorsqu'il examine la possibilité de prendre des mesures d'accommodement n'a jamais d'importance; en fait, dans la pratique, si un employeur n'a effectué aucune analyse sur la prise de mesures d'accommodement possibles ou n'a pas cherché à accorder de telles mesures lors de la présentation d'une demande en ce sens par un employé, il lui sera probablement très difficile de convaincre un tribunal, éléments de preuve à l'appui, qu'il n'aurait pas pu fournir de mesures d'accommodement à l'employé sans subir une contrainte excessive : voir, p. ex., *Koepfel c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, 1997 CanLII 1443 (T.C.D.P.), aux paragraphes 212 à 228. C'est là l'effet bien réel et très concret du fait que le fardeau de la preuve en ce qui concerne l'existence d'EPJ incombe à l'employeur.

[71] Dans un jugement rendu postérieurement à la décision qui fait l'objet du présent contrôle, la juge Gray, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a reconnu l'existence de cette distinction. Voici un extrait de ses motifs dans la décision *Emergency Health and Services Commission v. Cassidy*, 2011 BCSC 1003, 72 CHRR D/433, aux paragraphes 33 et 34 :

[TRADUCTION] Le membre du Tribunal Lyster s'est appuyé sur l'arrêt *Meiorin* comme précédent justifiant l'argument selon lequel l'employeur assume à la fois une « obligation » procédurale et substantielle de prendre des mesures d'accommodement à l'égard d'un employé souffrant d'une déficience

treated Ms. Meiorin “fairly, and with due respect for her dignity, throughout the accommodation process”. The focus of the analysis was whether the Aerobic Standard was appropriate. McLachlin J. considered that standard both “procedurally”, relating to how the Aerobic Standard was set, and “substantively”, relating to whether the employee could be accommodated without undue hardship to the employer. The distinction between a procedural analysis and a substantive analysis was an analytical tool for determining whether the Aerobic Standard was a BFOR, and whether the claimant had been accommodated to the point of undue hardship.

While McLachlin J. wrote that it may often be useful to consider any procedure adopted in assessing accommodation, she did not write that such an analytical tool created a separate duty that can be breached. The single question remains of whether the employer could accommodate the employee without experiencing undue hardship. [Emphasis added.]

[72] I agree. The evidentiary significance of the procedure used by the employer is, in my view, what the Supreme Court meant in *Meiorin* when it said that “it may often be useful as a practical matter to consider ... the procedure, if any, which was adopted”.

[73] Moreover, the plain words of paragraph 66 of *Meiorin*—“the procedure, if any, which was adopted” (emphasis added)—supports the opposite conclusion to that reached by the Tribunal, because it contains an acknowledgement that an employer may not have engaged in any accommodation analysis and yet may still be able to establish undue hardship. It is clear that one can not be said to have met a procedural duty to accommodate when one has not engaged in any procedure at all.

[74] The respondents rely on the decision of the Ontario Divisional Court in *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane* (2008), 91 O.R. (3d) 649 (Div. Ct.) (*ADGA*), wherein it was found that the decision of the Ontario

jusqu’au point de contrainte excessive. Cependant, dans l’arrêt *Meiorin*, la Cour suprême du Canada n’a pas cherché à savoir si l’employeur avait traité M^{me} Meiorin « de façon équitable, avec tout le respect qui était dû à sa dignité, tout au long du processus d’accommodement ». En effet, l’essentiel de l’analyse portait plutôt sur la question de savoir si la norme aérobique était appropriée. La juge McLachlin a abordé la norme tant sur le plan « procédural », soit sur la façon dont la norme avait été établie, que sur le plan « substantiel », à savoir si les mesures d’accommodement auraient pu être prises sans contrainte excessive pour l’employeur. La distinction entre une analyse sur le plan procédural et une analyse sur le plan substantiel était un outil analytique qui permettait d’établir si la norme aérobique équivalait à des EPJ et si la demanderesse avait obtenu des mesures d’accommodement au point d’imposer une contrainte excessive.

Même si la juge McLachlin a écrit qu’il peut souvent se révéler utile d’examiner séparément la procédure adoptée pour évaluer les mesures d’accommodement, elle n’a pas affirmé que cet outil analytique créait une obligation séparée qui pouvait faire l’objet d’une violation. La véritable question demeure de savoir si l’employeur pouvait offrir des mesures d’accommodement à l’employée en cause sans subir de contrainte excessive. [Non souligné dans l’original.]

[72] Je suis d’accord. Le rôle de la procédure utilisée par l’employeur en ce qui concerne l’établissement de la preuve est celui que lui accordait en ces termes la Cour suprême dans l’arrêt *Meiorin* : « il peut souvent se révéler utile, en pratique, d’examiner [...] la procédure, s’il en est, qui a été adoptée ».

[73] De plus, le libellé même du paragraphe 66 de l’arrêt *Meiorin*, soit « la procédure, s’il en est, qui a été adoptée » (non souligné dans l’original), valide une conclusion opposée à celle qui a été tirée par le Tribunal; en effet, selon ce paragraphe, un employeur pourrait n’avoir effectué aucune analyse quant aux mesures d’accommodement et être quand même capable d’établir l’existence d’une contrainte excessive. Évidemment, il est impossible de soutenir qu’une personne s’est acquittée d’une obligation procédurale de fournir des mesures d’accommodement lorsqu’elle n’a amorcé aucune procédure.

[74] Les défenderesses s’appuient sur une décision de la Cour divisionnaire de l’Ontario, soit *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane* (2008), 91 R.J.O. (3^e) 649 (C. div.) (*ADGA*), dans laquelle il a été statué que

Human Rights Tribunal that the employer there had failed both the procedural and substantive duties to accommodate was reasonable. That case is distinguishable because the finding of the tribunal in that case was that the employer had discriminated against Mr. Lane by firing him from his employment without establishing that it could not accommodate his disability without undue hardship. Here the Tribunal found that CIDA and HC had established that accommodation was not possible without undue hardship.

[75] To a large extent the tribunal and court in *ADGA* examined the “procedures” used by the employer as evidence as to whether substantive accommodation was possible without undue hardship. In that case the employer did very little to either determine what the essential aspects of the job were, whether Mr. Lane could perform them, and if not what possible accommodation would be required. The tribunal found that there was a [at paragraph 127] “rush to judgment” by the employer and it had failed to prove that it could not accommodate Mr. Lane without undue hardship. To the extent that the Court’s decision suggests that there is a separate procedural duty of accommodation which can be breached even if the substantive duty has not, I respectfully disagree.

[76] As previously noted, the present case is exceptional since the Tribunal was satisfied that it would have caused CIDA undue hardship *despite* finding that CIDA did not engage in a sufficiently robust accommodation analysis. Nevertheless, there is but one duty: the duty to accommodate an employee to the point of undue hardship. The finding that it would have caused CIDA undue hardship to accommodate Ms. Cruden in Afghanistan should have ended the Tribunal’s inquiry as the effect of that finding was that there was no discriminatory practice.

la décision du Tribunal des droits de la personne de l’Ontario selon laquelle l’employeur avait manqué à ses obligations tant procédurales que substantielles de prendre des mesures d’accommodement était raisonnable. Les faits dans cette affaire ne sont pas les mêmes que ceux de l’espèce parce que le tribunal ontarien avait conclu que l’employeur avait agi de façon discriminatoire à l’endroit de M. Lane en le congédiant sans avoir démontré qu’il lui était impossible de répondre sans contrainte excessive à ses besoins relatifs à sa déficience. Or, en l’espèce, le Tribunal a conclu que l’ACDI et SC avaient établi que la prise de mesures d’accommodement n’était pas possible sans contrainte excessive.

[75] Le tribunal ontarien et la Cour divisionnaire dans la décision *ADGA* avaient examiné de façon assez poussée les « procédures » utilisées par l’employeur afin d’établir avec certitude si la prise de mesures d’accommodement concrètes était possible sans contrainte excessive. Dans cette affaire, l’employeur avait déployé bien peu d’efforts pour définir les aspects essentiels du poste, de façon à établir si M. Lane pouvait les assumer et, dans la négative, les mesures d’accommodement qui seraient requises. Le tribunal ontarien a conclu que l’employeur s’était [au paragraphe 127] [TRADUCTION] « prononcé de façon précipitée » et n’avait pas réussi à prouver qu’il ne pourrait pas offrir de mesures d’accommodement à M. Lane sans contrainte excessive. Dans la mesure où la décision de la Cour divisionnaire donne à penser qu’il existe une obligation procédurale distincte en matière de mesures d’accommodement qui peut être violée même si ce n’est pas le cas pour l’obligation substantielle, j’exprime respectueusement mon désaccord.

[76] Comme il a été mentionné précédemment, la présente affaire revêt un caractère exceptionnel étant donné que le Tribunal était convaincu que l’ACDI aurait subi une contrainte excessive malgré sa conclusion que cette dernière n’avait pas effectué une analyse suffisamment poussée au sujet des mesures d’accommodement. Néanmoins, il n’existe qu’une seule obligation : l’obligation de fournir des mesures d’accommodement à un employé sans subir de contrainte excessive. La conclusion selon laquelle l’ACDI aurait subi une contrainte excessive en fournissant à M^{me} Cruden les mesures

3. *The Afghanistan Guidelines*

[77] As mentioned above, the contentious provision in the Afghanistan Guidelines reads as follows under the heading “Absolute medical requirements”:

Employees do not meet the medical requirements for assignment or posting:

...

- If they have a medical condition that would likely lead to a life-threatening medical emergency if access to prescribed medication and/or other treatment is interrupted for a short period of time.

[78] The Tribunal found that HC violated paragraph 7(b) of CHRA which makes it a discriminatory practice “in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee, on a prohibited ground of discrimination.” As the Tribunal put it at paragraph 89 of its decision: “The application of these guidelines to the complainant resulted in her being discriminated against in the course of her medical assessment” (emphasis added). This statement as well as others in the decision which are set out below, makes it clear that the finding relating to these guidelines was to the process HC used, not the result to which the guidelines pointed (indeed, having found that Ms. Cruden could not be posted to Afghanistan without undue hardship—effectively the same result as the guidelines directed, that she was not medically fit to be posted to Afghanistan—such a finding would have been contradictory):

- “The complainant claims that the guideline and medical assessment process adversely differentiated against her on the basis of her disability, a prohibited ground of discrimination” (emphasis added) [at paragraph 67];

d’accommodement demandées relativement à son affectation en Afghanistan aurait dû mettre fin à l’instruction de l’affaire par le Tribunal étant donné que cette conclusion avait pour effet d’établir qu’il n’existait pas d’acte discriminatoire.

3. *Les Directives sur l’Afghanistan*

[77] Comme il a été souligné précédemment, nous repreneons la disposition contestée des Directives sur l’Afghanistan sous la rubrique « Exigences médicales absolues » :

L’employé ne répond pas aux exigences médicales relatives à l’affectation ou au service :

[...]

- s’il souffre d’un problème de santé qui pourrait entraîner une urgence médicale et mettre en péril sa vie si l’accès aux médicaments ou à d’autres traitements prescrits était interrompu pendant une courte période.

[78] Le Tribunal a conclu que SC avait contrevenu à l’alinéa 7b) de la LCDP qui assimile à un acte discriminatoire « s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait [...] de [...] défavoriser [un individu] en cours d’emploi ». Comme le Tribunal le souligne au paragraphe 89 de sa décision : « L’application de ces directives à la plaignante a eu pour résultat qu’elle a été victime de discrimination au cours de son évaluation médicale » (non souligné dans l’original). Cet énoncé de même que d’autres qui ont été formulés dans la décision et qui sont reproduits ci-après révèlent clairement que la conclusion relative à ces directives visait le processus suivi par SC et non le résultat obtenu par l’application des directives (vu la conclusion que M^{me} Cruden n’aurait pas pu être affectée en Afghanistan sans contrainte excessive — dans les faits, le même résultat que prévoyaient les directives en question, soit qu’elle n’était pas médicalement apte à être affectée en Afghanistan — cette conclusion aurait été contradictoire :

- « Cette dernière soutient que la directive et le processus d’évaluation médicale ont établi contre elle une différence de traitement défavorable du fait de sa déficience, un motif de distinction illicite » (non souligné dans l’original) [au paragraphe 67];

- “I find that there is a problem with the manner in which the ‘Absolute medical requirements’ of the *Afghanistan Guidelines*, are worded and therefore are open to more than one interpretation” [at paragraph 75];
- “Throughout the whole process the complainant’s dignity was not preserved” [at paragraph 86];
- “The intention of a guideline or policy may be legitimate, but the manner in which it is expressed or applied may be deficient” [at paragraph 87].

[79] For the reasons set out above, there is no independent and separate discriminatory practice as set out in the CHRA that rests only on the accommodation process or the manner in which a policy or guideline is applied in the accommodation process, unless of course the process itself or the application of the policy or guideline is conducted in a substantively discriminatory manner. But there is no such allegation here. In other words, there is no allegation that, for example, HC’s delay in responding to emails or raising Ms. Cruden’s hopes had anything to do with her disability or was, in other words, based on that prohibited ground of discrimination. Absent a finding that there was such a substantive discriminatory practice, this complaint against HC had to be dismissed. In short, it simply cannot be that HC’s “adverse differentiation” of Ms. Cruden—that is to say its recommendation that she not be posted to Afghanistan because of her diabetes (see paragraph 72 of the Tribunal’s reasons)—is not vindicated and completely rectified by the finding of undue hardship in relation to her employer, CIDA. Any other result defies logic and common sense.

[80] This is not to say that there may not be a situation in the future where the application of the *Afghanistan Guidelines* would result in an employee being prevented from a posting in Afghanistan even though that employee’s disability could be accommodated without undue hardship, but this is not that case. Moreover, the Tribunal did not even identify *any* potential situation where an employee may be disentitled to a posting to

- « À cet égard, je conclus qu’il y a un problème dans la façon dont les “exigences médicales absolues” des Directives sur l’Afghanistan sont libellées et que ces dernières donnent donc lieu à plus d’une interprétation » [au paragraphe 75];
- « Pendant tout le processus, on n’a pas préservé la dignité de la plaignante » [au paragraphe 86];
- « L’intention d’une directive ou d’une politique peut être légitime, mais la façon dont elle est exprimée ou appliquée peut être lacunaire » [au paragraphe 87].

[79] Pour les motifs susmentionnés, la LCDP ne prévoit pas d’acte discriminatoire indépendant et distinct qui repose uniquement sur le processus relatif à l’octroi de mesures d’accommodement ou la façon dont une politique ou une directive est appliquée dans le cadre du processus, sauf bien sûr si le processus lui-même ou l’application de la politique ou de la directive sont mis en œuvre de façon réellement discriminatoire. Mais aucune allégation de cette nature n’a été faite en l’espèce. En d’autres mots, il n’a pas été allégué, par exemple, que la lenteur de SC à répondre aux courriels ou la création d’attentes chez M^{me} Cruden avaient quelque chose à voir avec sa déficience ou étaient, autrement dit, fondées sur ce motif de distinction illicite. En l’absence d’une conclusion selon laquelle il y a eu un tel acte discriminatoire réel, cette plainte contre SC devait être rejetée. En résumé, la « différence de traitement défavorable » de M^{me} Cruden par SC — soit la recommandation qu’elle ne soit pas affectée en Afghanistan à cause de son diabète (voir le paragraphe 72 des motifs du Tribunal) — ne saurait être considérée comme non justifiée et est complètement palliée par la conclusion relative à l’existence d’une contrainte excessive pour son employeur, l’ACDI. Tout autre résultat s’oppose à la logique et au bon sens.

[80] Il ne faut pas en conclure que l’application des Directives sur l’Afghanistan n’empêchera jamais un employé d’être affecté en Afghanistan même si la déficience de ce dernier pouvait faire l’objet de mesures d’accommodement sans contrainte excessive, mais ce n’est pas le cas en l’espèce. De plus, le Tribunal n’a même pas décrit une seule situation potentielle où un employé pourrait se voir refuser une affectation en

Afghanistan by the application of the Afghanistan Guidelines but could still be accommodated in such a posting short of undue hardship to his or her employer. Unless one concrete example or at least general possibility is identified, it is baseless to assert, in the broadest sense, that the guidelines “differentiate adversely in relation to an employee”, which is the requirement in paragraph 7(b) of the CHRA, or “depriv[e] or ten[d] to deprive an individual or class of individuals” which is the requirement in paragraph 10(a).

[81] HC acknowledged at the hearing before the Tribunal that the “Absolute medical requirements” heading of the Afghanistan Guidelines was unfortunate as it did not capture the intention that it was a “guideline” and the Court was given to understand at the hearing of this application that it was under revision to reflect that fact. Any issue of compliance of the revised guideline with the CHRA will be addressed in the context of a specific fact situation that may arise in the future, i.e. where an employee claims they could be accommodated in an Afghanistan posting but is denied that opportunity through the application of the revised guideline.

[82] In summary, absent a finding of a discriminatory practice, Ms. Cruden’s complaint had to be dismissed. It may be, as the Tribunal found, that the wording of the Afghanistan Guidelines requires revision; however, absent a finding of a discriminatory practice in the result achieved when the guidelines are applied to Ms. Cruden or some other reasonably identifiable future individual or class of individuals, the Tribunal had no jurisdiction to order the remedies it did. The application of the Afghanistan Guidelines did not discriminate against Ms. Cruden as she could not be accommodated in a posting to Afghanistan without undue hardship, there was no discriminatory practice as a result, and the complaint ought to have been dismissed.

Afghanistan du fait de l’application des Directives sur l’Afghanistan tout en pouvant bénéficier de mesures d’accommodement sans contrainte excessive pour son employeur. Sauf si un exemple concret est cité ou si au moins une possibilité générale est évoquée, rien ne permet d’affirmer, au sens le plus large, que les directives ont pour effet de « défavoriser [un individu] en cours d’emploi », soit l’exigence formulée à l’alinéa 7b) de la LCDP, ou qu’elles sont « susceptible[s] d’annihiler les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu ou d’une catégorie d’individus », soit l’exigence formulée à l’alinéa 10a).

[81] SC a reconnu à l’audience devant le Tribunal que la formulation de la rubrique « Exigences médicales absolues » dans les Directives sur l’Afghanistan était malheureuse parce qu’elle ne rendait pas bien leur intention, soit qu’il s’agissait justement de « directives », et la Cour a pu comprendre lors de l’audition de la présente demande qu’une révision du texte était en cours afin de tenir compte de cette réalité. Toute question relative à la conformité des directives révisées à la LCDP sera abordée dans le contexte des faits particuliers qui pourraient survenir, c.-à-d., lorsqu’un employé alléguera que des mesures d’accommodement auraient pu être prises à son égard dans le cadre d’une affectation en Afghanistan, mais que cette occasion lui aurait été refusée par suite de l’application de la version révisée de ces directives.

[82] En résumé, vu l’absence de conclusions relatives à l’existence d’un acte discriminatoire, la plainte de M^{me} Cruden devait être rejetée. Il est possible, comme le Tribunal l’a conclu, que la formulation des Directives sur l’Afghanistan doit être revue; cependant, vu la conclusion d’absence d’acte discriminatoire qui a été tirée en fonction de l’application des Directives à M^{me} Cruden ou à tout autre individu ou groupe d’individus qu’il pourrait être raisonnable de cibler, le Tribunal n’avait pas le pouvoir d’ordonner les mesures de réparation contenues dans sa décision. L’application des Directives sur l’Afghanistan n’a pas entraîné de discrimination à l’égard de M^{me} Cruden étant donné qu’aucune mesure d’accommodement ne pouvait être prise à son égard sans contrainte excessive dans le cadre d’une affectation en Afghanistan; par conséquent, il n’y avait pas d’acte discriminatoire et la plainte aurait dû être rejetée.

4. Remedies Awarded

[83] The CHRA does not impose on employers a broad duty to manage and promote the careers of those who are prevented from holding certain positions, or enjoying certain benefits, for entirely justifiable, legitimate, and defensible reasons, simply because they possess a certain characteristic. Rather, the focus of the CHRA is on the negative—it is on the limitation or the refusal, and the removal of those limitations and refusals that unjustifiably limit individuals possessing certain characteristics. Here, the limitation was contained in the Afghanistan Guidelines and the refusal was CIDA's refusal to post Ms. Cruden to Afghanistan. As discussed at length above, the CHRA is clear in stating that if the limitation or refusal was based on a BFOR, there is no discriminatory practice. The Tribunal found that without the refusal in this case, CIDA would have experienced undue hardship. That means CIDA's refusal was a BFOR. Accordingly, the Tribunal had no authority to award any remedy. CIDA was under no duty under the provisions of the CHRA to manage Ms. Cruden's career to ensure she received posting experience. Its duty was to impose only those restrictions, and make only those refusals that were justifiable as a BFOR. This it did and the remedies ordered against CIDA were made without jurisdiction.

[84] Similarly, because of its finding that Ms. Cruden could not be accommodated without undue hardship there was no basis for the finding that the Afghanistan Guidelines or HC discriminated against Ms. Cruden. Accordingly, the remedies ordered against HC were also made without jurisdiction.

[85] The decision of the Tribunal is set aside in its entirety. In the ordinary course when a decision is set aside on judicial review, it is referred back to the tribunal to make a proper decision; however, that is not an appropriate result in this case. The Tribunal found that

4. Mesures de réparation accordées

[83] La LCDP n'impose pas aux employeurs l'obligation générale de gérer et de faire progresser la carrière des personnes qui ne peuvent occuper certains postes ou privées du droit à certains avantages pour des motifs tout à fait justifiables et légitimes simplement parce qu'ils possèdent une certaine caractéristique. La LCDP agit plutôt sur l'aspect négatif, c'est-à-dire qu'elle concerne les refus et les restrictions, de même que l'élimination de ces refus et restrictions qui écartent de façon injustifiable les individus qui possèdent certaines caractéristiques. En l'espèce, les restrictions figuraient dans les Directives sur l'Afghanistan et le refus était le refus de l'ACDI d'affecter M^{me} Cruden en Afghanistan. Comme je l'ai longuement expliqué, la LCDP indique clairement que si la restriction ou le refus était fondé sur des EPJ, il n'y a pas d'acte discriminatoire. Le Tribunal a conclu que si elle n'avait pas refusé la demande en l'espèce, l'ACDI aurait subi une contrainte excessive. Cela signifie que le refus de l'ACDI était fondé sur des EPJ. Par conséquent, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'accorder des mesures de réparation. L'ACDI n'est pas tenue, en vertu des dispositions de la LCDP, de gérer la carrière de M^{me} Cruden afin de garantir qu'elle accumule de l'expérience en occupant divers postes. Son rôle consistait simplement à imposer les restrictions et à formuler les refus qui se justifiaient au titre des EPJ. C'est ce qu'elle a fait et le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'ordonner des mesures de réparation contre l'ACDI.

[84] De la même façon, étant donné sa conclusion selon laquelle il était impossible pour l'employeur d'offrir à M^{me} Cruden des mesures d'accommodement sans contrainte excessive, rien ne permettait de conclure que l'application des Directives sur l'Afghanistan ou les actions de SC avaient entraîné de la discrimination à l'endroit de M^{me} Cruden. Par conséquent, le Tribunal n'avait pas non plus compétence pour ordonner des mesures de réparation contre SC.

[85] La décision du Tribunal est annulée au complet. Habituellement, lorsqu'une décision est annulée dans le cadre d'un contrôle judiciaire, elle est renvoyée au Tribunal afin que celui-ci rende une décision appropriée. Cependant, ce n'est pas l'issue qui convient en l'espèce.

CIDA had established at the hearing that Ms. Cruden could not be accommodated without undue hardship. As noted above, that finding was not challenged by either the Commission or Ms. Cruden. In light of that finding, there was no discriminatory practice and thus there can be no violation of the CHRA, as was alleged in the complaint. Accordingly, there is only one possible finding available to the Tribunal, to dismiss the complaint. Given that, no useful purpose is served by referring the complaint back to the Tribunal for a rehearing. Remedies on judicial review are discretionary and in the exercise of my discretion, given those facts, I find that it is appropriate to quash the decision in its entirety and not refer the complaint back to the Tribunal.

[86] The Attorney General is entitled to costs. If the parties are unable to agree on quantum, they may file written submissions, not exceeding five pages in length, within fifteen days of this judgment.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application is allowed, the decision of the Canadian Human Rights Tribunal dated September 23, 2011 is set aside, and the Attorney General is entitled to costs.

Appendix A

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6

Purpose

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by practices based on race, national or ethnic origin,

En effet, le Tribunal a établi que l'ACDI avait démontré à l'audience qu'il était impossible de prendre des mesures d'accommodement à l'égard de M^{me} Cruden sans contrainte excessive. Comme il a été mentionné précédemment, cette conclusion n'a été contestée ni par la Commission ni par M^{me} Cruden. Vu cette conclusion, il n'existait pas d'acte discriminatoire; par conséquent, il ne peut y avoir eu violation de la LCDP, comme il était allégué dans la plainte. Il n'y avait donc pour le Tribunal qu'une seule conclusion possible à tirer, soit le rejet de la plainte. Par conséquent, il ne sert à rien de renvoyer la plainte au Tribunal pour qu'une nouvelle audience soit tenue. Les réparations accordées dans le cadre des contrôles judiciaires sont discrétionnaires et, dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, je conclus qu'il convient d'annuler la décision au complet et de ne pas renvoyer la plainte au Tribunal vu les faits de l'espèce.

[86] Le procureur général a droit aux dépens. Si les parties sont incapables de s'entendre sur un montant, elles peuvent déposer des observations écrites d'au plus cinq pages dans les quinze jours du présent jugement.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande est accueillie, que la décision du Tribunal canadien des droits de la personne datée du 23 septembre 2011 est annulée et que le procureur général a droit aux dépens.

Annexe A

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6

Objet

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe,

	colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.	l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.	
	...	[...]	
Employment	<p>7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,</p> <p>(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or</p> <p>(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,</p> <p>on a prohibited ground of discrimination.</p> <p>...</p>	<p>7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :</p> <p>a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;</p> <p>b) de le défavoriser en cours d'emploi.</p> <p>[...]</p>	Emploi
Discriminatory policy or practice	<p>10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization</p> <p>(a) to establish or pursue a policy or practice, or</p> <p>(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,</p> <p>that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.</p> <p>...</p>	<p>10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :</p> <p>a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;</p> <p>b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.</p> <p>[...]</p>	Lignes de conduite discriminatoires
Exceptions	<p>15. (1) It is not a discriminatory practice if</p> <p>(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a <i>bona fide</i> occupational requirement;</p> <p>...</p>	<p>15. (1) Ne constituent pas des actes discriminatoires :</p> <p>a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées;</p> <p>[...]</p>	Exceptions

Accommo-
dation of
needs

(2) For any practice mentioned in paragraph (1)(a) to be considered to be based on a *bona fide* occupational requirement and for any practice mentioned in paragraph (1)(g) to be considered to have a *bona fide* justification, it must be established that accommodation of the needs of an individual or a class of individuals affected would impose undue hardship on the person who would have to accommodate those needs, considering health, safety and cost.

(2) Les faits prévus à l'alinéa (1)a) sont des exigences professionnelles justifiées ou un motif justifiable, au sens de l'alinéa (1)g), s'il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité.

Besoins des
individus

IMM-10952-12
2013 FC 1158

IMM-10952-12
2013 CF 1158

**Gift Tjitandjewa Kurija by his litigation guardian
Shayna Singer (*Applicant*)**

**Gift Tjitandjewa Kurija représenté par sa tutrice à
l'instance Shayna Singer (*demandeur*)**

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Annis J.—Toronto, October 17; Ottawa
November 14, 2013.

Cour fédérale, juge Annis—Toronto, 17 octobre; Ottawa,
14 novembre 2013.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (Board) decision refusing to reopen applicant's claim for refugee protection — Applicant 15 when arriving in Canada — However, claiming to be 18 as per passport — At refugee hearing, counsel for applicant informing Board of applicant's real age, fact applicant having difficulty understanding English — Board finding applicant speaking adequate English, applicant of age based on passport, other evidence — Designated representative thus ordered to leave proceedings — Board rejecting applicant's claim — Application to have claim reopened on basis hearing procedurally unfair, applicant should have been assigned designated representative pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 167(2) also rejected — Whether decision not to reopen claim reasonable — Board misdirecting itself by failing to consider mandatory nature of IRPA, s. 167(2), requirement to determine on basis of new evidence whether applicant under 18 at time of first hearing — Parliament enacting "bright line" fundamental fairness provision relating to widely recognized concern about capacity of minors to interact with legal system tasked with determining their rights — IRPA, s. 167(2) based upon recognition that minor in extraordinary circumstances of participating in proceedings regarding his or her own refugee claim lacking sufficient capacity to participate fully without special assistance, guidance from designated representative — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié refusant la réouverture de la demande d'asile du demandeur — Le demandeur était âgé de 15 ans lorsqu'il est arrivé au Canada — Cependant, il a prétendu avoir 18 ans selon son passeport — Lors de l'audience, le conseil du demandeur a informé la Commission de l'âge réel du demandeur et du fait que le demandeur éprouvait de la difficulté à comprendre l'anglais — La Commission a conclu que le demandeur parlait un anglais adéquat et qu'il était majeur d'après ses documents de voyage et d'autres éléments de preuve — La Commission a ordonné à la représentante désignée de quitter l'audience — La Commission a rejeté la demande du demandeur — La demande de réouverture de sa demande d'asile, au motif que, durant l'audience, les principes d'équité procédurale n'avaient pas été respectés et qu'il aurait dû bénéficier d'un représentant commis d'office conformément à l'art. 167(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), a été également rejetée — Il s'agissait de savoir si la décision de ne pas rouvrir la demande était raisonnable — La Commission a commis une erreur en ne tenant pas compte du caractère impératif de l'art. 167(2) de la LIPR lorsqu'elle a été appelée à déterminer, sur la foi des nouveaux éléments de preuve qui lui étaient présentés, si le demandeur avait 18 ans ou non au moment de la première audience — Le législateur a édicté une disposition non équivoque relative aux exigences d'équité fondamentale, qui découle d'une préoccupation largement reconnue concernant la capacité des personnes mineures de participer à part entière dans un système judiciaire dont le rôle est de déterminer leurs droits — L'art. 167(2) se fonde sur le fait qu'on reconnaît qu'une personne mineure se trouvant dans une situation exceptionnelle en étant appelée à participer à une instance relative à sa

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (Board) refusing to reopen the applicant's claim for refugee protection.

The applicant was 15 years old when he arrived in Canada. However, he claimed to be 18 years old and that was the age that appeared on his passport. At his refugee hearing, counsel informed the Board that the applicant was under 18 and had difficulty understanding English. However, the Board found that the applicant spoke adequate English and that he was of age based on his passport documents and other evidence. The designated representative was thus ordered to leave the proceedings, and the Board went on to find that the applicant was neither a refugee nor a person in need of protection. The applicant then sought to have his claim reopened on the basis that the hearing had been procedurally unfair and that he should have been assigned a designated representative pursuant to subsection 167(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). In rejecting that application, the Board declined to rely on the new evidence of the applicant's date of birth.

At issue was whether the Board's decision refusing to reopen the claim was reasonable in light of subsection 167(2) of the IRPA.

Held, the application should be allowed.

The Board misdirected itself by failing to consider the mandatory nature of subsection 167(2) on the requirement to determine on the basis of new evidence before it whether the applicant was under the age of 18 at the time of the first Board hearing. Subsection 167(2) is a mandatory provision, without exceptions, which allows no derogation by the effect of extraneous circumstances that might mitigate its requirements. Parliament's intention was to enact a "bright line" fundamental fairness provision, relating to a widely recognized concern about the capacity of minors to interact with a legal system tasked with determining their rights. Rule 20 and subsection 20(7) of the *Refugee Protection Division Rules*, which replaced rule 15 of the *Refugee Protection Division Rules* which were before the Board, support this strict approach. Moreover, subsection 167(2) is based upon a recognition that a minor in the extraordinary circumstances of participating in proceedings regarding his or her own refugee claim lacks sufficient capacity to participate fully without special assistance and guidance from a designated representative, to whom this task is assigned by the Rules. The Board

propre demande d'asile ne possède pas la capacité suffisante de participer pleinement à l'instance sans l'aide et les conseils spéciaux d'un représentant désigné — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de refuser de rouvrir la demande d'asile du demandeur.

Le demandeur était âgé de 15 ans lorsqu'il est arrivé au Canada. Cependant, il a affirmé avoir 18 ans et c'est cet âge qui figurait sur son passeport. Lors de l'audience, le conseil a informé la Commission que le demandeur n'avait pas 18 ans et qu'il éprouvait des difficultés à comprendre l'anglais. Cependant, la Commission a conclu que le demandeur parlait un anglais adéquat et qu'il était majeur d'après ses documents de voyage et d'autres éléments de preuve. La Commission a ordonné à la représentante désignée de quitter l'audience, puis elle a statué que le demandeur n'avait pas qualité de réfugié ni de personne à protéger. Le demandeur a ensuite demandé la réouverture de sa demande au motif que, durant l'audience, les principes d'équité procédurale n'avaient pas été respectés et qu'il aurait dû bénéficier d'un représentant commis d'office conformément au paragraphe 167(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). En rejetant cette demande, la Commission a refusé de tenir compte des nouveaux témoignages de preuve relatifs à la date de naissance du demandeur.

Il s'agissait de savoir si la décision de la Commission de refuser de rouvrir la demande était raisonnable compte tenu du paragraphe 167(2) de la LIPR.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La Commission a commis une erreur en ne tenant pas compte du caractère impératif du paragraphe 167(2) lorsqu'elle a été appelée à déterminer, sur la foi des nouveaux éléments de preuve qui lui étaient présentés, si le demandeur avait 18 ans ou non au moment de la première audience. Le paragraphe 167(2) est une disposition impérative, qui ne souffre aucune exception et qui ne permet aucune dérogation en raison de circonstances externes susceptibles d'atténuer les exigences qui en découlent. Le législateur avait l'intention d'édicter une disposition non équivoque relative aux exigences d'équité fondamentale, qui découle d'une préoccupation largement reconnue concernant la capacité des personnes mineures de participer à part entière dans un système judiciaire dont le rôle est de déterminer leurs droits. La règle 20 et le paragraphe 20(7) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, qui a remplacé la règle 15 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* sur lequel s'est fondée la Commission, appuient le recours à cette approche plus stricte. De plus, le paragraphe 167(2) se fonde sur le fait qu'on reconnaît qu'une personne mineure se trouvant dans

should have assessed not merely the record before the tribunal but all of the evidence, in order to determine whether the applicant was a minor.

une situation exceptionnelle en étant appelée à participer à une instance relative à sa propre demande d'asile ne possède pas la capacité suffisante de participer pleinement à l'instance sans l'aide et les conseils spéciaux d'un représentant désigné, qui est investi de ce rôle par les Règles. La Commission aurait dû évaluer non seulement le dossier mis à la disposition du premier tribunal, mais aussi l'ensemble de la preuve, afin de savoir si le demandeur était mineur ou non.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69(4) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(1), 167.

Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, rr. 15, 55.

Refugee Protection Division Rules, SOR/2012-256, r. 20.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69(4) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1), 167.

Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règles 15, 55.

Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2012-256, règle 20.

CASES CITED

APPLIED:

Boguzinskaite v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 779, 414 F.T.R. 159.

CONSIDERED:

Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 FCA 148, 289 N.R. 165; *Duale v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 150, 40 Imm. L.R. (3d) 165; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 134, 292 F.T.R. 28.

REFERRED TO:

Vashee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 1104, 280 F.T.R. 243.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (*X (Re)*, 2012 CanLII 99425) refusing to reopen the applicant's claim for refugee protection. Application allowed.

APPEARANCES

Aadil Mangalji for applicant.
Manuel Mendelzon for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Boguzinskaite c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 779.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CAF 148; *Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 150; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 134.

DÉCISION CITÉE :

Vashee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1104.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*X (Re)*, 2012 CanLII 99425) de refuser de rouvrir la demande d'asile du demandeur. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Aadil Mangalji pour le demandeur.
Manuel Mendelzon pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Long Mangalji LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

1. Introduction

[1] ANNIS J.: Mr. Kurija's claim for asylum in Canada was rejected by the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD [or Board]) on May 25, 2012. He applied to have his claim reopened, and this too was rejected on September 20, 2012 [*X (Re)*, 2012 CanLII 99425]. In the present application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), he contests the decision to refuse to reopen his claim.

[2] For the reasons which follow, the application is granted.

2. Factual background

[3] Gift Tjitandjewa Kurija testifies that he was born in Namibia on July 15, 1995. Fifteen years and nine months later, he arrived in Canada on April 29, 2011. His father's whereabouts are given as unknown. The applicant's mother Flowrens Kurija died in 2005 when he was ten.

[4] The applicant claims that he was targeted as a witness to a murder. After his location of hiding was disclosed, with the help of his grandmother he procured an air ticket and in early 2011 fled to Canada. He traveled with a passport indicating that his date of birth was January 20, 1993. His grandmother and his aunt had instructed him to claim to be 18 years old as otherwise they said that he would not be allowed to travel alone.

[5] Upon arrival in Canada, Mr. Kurija continued to claim to be 18 years old. However, his social worker at Covenant House, where he was initially housed, did not

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Long Mangalji LLP, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

1. Introduction

[1] LE JUGE ANNIS : La demande d'asile de M. Kurija au Canada a été rejetée par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SPR [ou le tribunal]) le 25 mai 2012. M. Kurija a demandé la réouverture de sa demande, ce qui lui a également été refusé, le 20 septembre 2012 [*X (Re)*, 2012 CanLII 99425]. Dans la présente demande fondée sur le paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), il conteste la décision refusant la réouverture de sa demande.

[2] Pour les motifs qui suivent, la demande est accueillie.

2. Les faits

[3] Gift Tjitandjewa Kurija a dit dans son témoignage être né en Namibie, le 15 juillet 1995. Quinze ans et neuf mois plus tard, il est arrivé au Canada, soit le 29 avril 2011. L'endroit où se trouve son père est considéré comme inconnu. La mère du demandeur, Flowrens Kurija, est décédée en 2005, quand il avait dix ans.

[4] Le demandeur affirme qu'il a été ciblé parce qu'il avait été témoin d'un meurtre. Après que l'endroit où il se cachait eut été découvert, il s'est procuré un billet d'avion avec l'aide de sa grand-mère et, au début de 2011, il s'est enfui au Canada. Il a voyagé muni d'un passeport indiquant que sa date de naissance était le 20 janvier 1993. Sa grand-mère et sa tante lui avaient donné pour instruction de prétendre qu'il avait 18 ans, sans quoi il ne serait pas autorisé à voyager seul.

[5] Une fois arrivé au Canada, M. Kurija a continué d'affirmer qu'il avait 18 ans. Cependant, la travailleuse sociale qui s'occupait de lui à Covenant House, où il a

believe from his appearance that he could be that old. He eventually admitted his real age to her. He was referred to Delisle Youth Services in August 2011 and his social worker there, Shayna Singer, obtained documents from Namibia showing his real date of birth. Ms. Singer was chosen as Mr. Kurija's designated representative before the Immigration and Refugee Board.

[6] At the hearing on May 11, 2012, counsel informed the Board member that Mr. Kurija was under 18 and had difficulty understanding English (although an interpreter had not been requested). However, the Board member made a finding that Mr. Kurija spoke adequate English and a finding that he was of age based on his passport documents and other evidence, and ordered the designated representative to leave the proceedings. The Board member found that Mr. Kurija was not a refugee or person in need of protection.

[7] Mr. Kurija then applied to have his claim reopened on the ground that the hearing had been procedurally unfair.

3. Contested decision

[8] The applicant's new counsel concluded that rather than proceed with judicial review Mr. Kurija should seek to have his claim reopened on the basis that he should have been assigned a designated representative pursuant to subsection 167(2) of the IRPA. In support of his application for reopening, Mr. Kurija provided the following documentation:

(a) An original copy of his abridged certificate of registration of birth indicating the place of birth and giving the date of birth as July 15, 1995. During the hearing, he only had a copy of this document, as he did not have the original. The Board member accorded no weight to the document because it was a copy. The original was sent by Mr. Kurija's aunt and a copy of it was presented to the Board at the reopening hearing. It has all the appearances of an official document, being on coloured paper bearing the crest of the Republic of Namibia, in two print colours, with a certification stamp of the Ministry

été hébergé au début de son séjour, ne croyait pas, en raison de son apparence physique, qu'il était aussi âgé. M. Kurija lui a finalement avoué son âge réel. Il a été dirigé vers l'organisme Delisle Youth Services en août 2011, et sa travailleuse sociale à cet endroit, Shayna Singer, a obtenu des documents de la Namibie indiquant sa vraie date de naissance. M^{me} Singer a été commise d'office comme représentante à M. Kurija devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

[6] À l'audience du 11 mai 2012, le conseil de M. Kurija a informé la Commission que ce dernier n'avait pas 18 ans et qu'il éprouvait des difficultés à comprendre l'anglais (même si aucun interprète n'avait été demandé). Cependant, le commissaire a conclu que M. Kurija parlait un anglais adéquat et qu'il était majeur d'après ses documents de voyage et d'autres éléments de preuve, de sorte qu'il a ordonné à la représentante désignée de quitter l'audience. Le commissaire a statué que M. Kurija n'avait pas qualité de réfugié ni de personne à protéger.

[7] M. Kurija a ensuite demandé la réouverture de sa demande au motif que, durant l'audience, les principes d'équité procédurale n'avaient pas été respectés.

3. La décision contestée

[8] Le nouvel avocat du demandeur a conclu qu'au lieu de demander le contrôle judiciaire, M. Kurija devait chercher à faire rouvrir sa demande au motif qu'il aurait dû bénéficier d'un représentant commis d'office conformément au paragraphe 167(2) de la LIPR. À l'appui de sa demande de réouverture, M. Kurija a produit les documents suivants :

a) L'original du certificat abrégé de naissance indiquant son lieu de naissance et précisant que sa date de naissance était le 15 juillet 1995. À l'audience, le demandeur n'a produit qu'une copie de certificat, parce qu'il n'avait pas l'original. La Commission n'a accordé aucun poids au document parce qu'il s'agissait d'une copie. L'original a été envoyé par la tante de M. Kurija, et un exemplaire de celui-ci a été présenté à la Commission à l'audition de la demande de réouverture. Il semble, selon toute apparence, qu'il s'agit d'un document officiel, puisqu'il est imprimé sur du papier couleur et qu'il

of Home Affairs, Department of Civil Affairs dated January 24, 2004 and affirming that it is a true extract from the birth register. It is dated long before the applicant fled to Canada.

(b) An affidavit by the applicant explaining why he originally stated that he was 18, based upon instructions from his grandmother. He also explained how the social worker had attended all of his meetings with his lawyer and how she had explained to the applicant matters which he found confusing, emphasizing his trust for her and comfort provided when she was available. He also testified to his confusion and inability to understand most of the events occurring during the hearing.

(c) An affidavit by his social worker explaining how she found out his age and the efforts that she went to so as to obtain documentation proving his real age. Of some import was the fact that she did not believe that the applicant was 18 because he looked much younger. She also testified that she found the Board member to be “extremely aggressive” and dismissive of what she was saying. She states that she was not given an opportunity to explain the situation or why she had believed that the applicant was under 18. In addition she testified to the applicant’s difficulties with the English language and his ability to understand matters involved in the legal proceedings, as well as her belief that she could have played a helpful role as his designated representative at the hearing.

(d) Email correspondence between the social worker and the embassy pre-dating the hearing and demonstrating attempts by the applicant to obtain proper documentation.

(e) Email correspondence between the social worker and his aunt. In this correspondence the aunt explains why the applicant’s relatives told him to lie about his age.

porte l’emblème de la République de Namibie en deux couleurs, de même qu’une estampille du ministère de l’Intérieur, service des affaires civiles, datée du 24 janvier 2004 et attestant qu’il s’agit d’un extrait certifié conforme du registre des naissances. Le document a été délivré bien avant la date à laquelle le demandeur s’est enfui au Canada.

b) Un affidavit rédigé par le demandeur dans lequel celui-ci explique pourquoi il a d’abord affirmé avoir 18 ans, suivant en cela les instructions de sa grand-mère. Il indique aussi que la travailleuse sociale a assisté à toutes ses rencontres avec son avocat et qu’elle lui a expliqué les points qu’il trouvait difficiles à comprendre, soulignant la confiance et le réconfort que lui procurait sa présence. Il précise par ailleurs qu’il était confus et incapable de comprendre la majeure partie de ce qui se passait à l’audience.

c) Un affidavit rédigé par sa travailleuse sociale dans lequel celle-ci explique comment elle a découvert l’âge du demandeur et quels efforts elle a déployés pour obtenir des documents prouvant son âge réel. Il est particulièrement important de souligner qu’elle ne croyait pas que le demandeur avait 18 ans parce qu’il paraissait beaucoup plus jeune. Elle fait valoir aussi que le commissaire était [TRADUCTION] « extrêmement agressif » et qu’il balayait du revers de la main ce qu’elle lui disait. Elle indique qu’elle n’a pas eu la possibilité d’expliquer la situation ou de faire valoir pourquoi elle estimait que le demandeur était d’âge mineur. En outre, elle fait état des difficultés qu’éprouvait le demandeur en anglais et de sa capacité de comprendre les points soulevés dans la procédure se disant en outre convaincue qu’elle aurait pu jouer un rôle utile à l’audience en qualité de représentante désignée.

d) Des courriels échangés entre la travailleuse sociale et l’ambassade à des dates antérieures à l’audience qui montrent les mesures prises par le demandeur en vue d’obtenir des documents appropriés.

e) Des courriels entre la travailleuse sociale et la tante du demandeur. Dans ceux-ci, la tante explique pourquoi les proches du demandeur lui ont dit de mentir sur son âge.

[9] On September 20, 2012, another Board member reviewed the initial reasons for decision and noted that the previous decision maker had provided reasons for finding on a balance of probabilities that the applicant was not a minor. The member declined to rely on the new evidence of the applicant's date of birth and accompanying evidence. The new Board found there was insufficient evidence put forth during the original hearing demonstrating that there had been sufficient inquiries or that the new information could not have been obtained prior to the first hearing with due diligence.

[10] The Board further commented [at paragraph 12] that "one of the documents suggests that the applicants' [sic] parents, on his behalf could have obtained official documents regarding his date of birth from the Namibia Home Affairs office" [footnote omitted]. It would appear that the Board was not aware that the applicant's mother was deceased and his father's whereabouts unknown.

[11] The Board also concluded that it was bound by the former rule 55 of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228 [repealed, SOR/2012-256, s. 73] (the Rules) to determine whether or not there had been a "failure to observe a principle of natural justice" by the RPD. It found that the previous decision maker had considered the submissions regarding the need for a designated representative and had found that the applicant was competent to proceed without one. The applicant had been represented by legal counsel. Therefore, there had been no failure of procedural fairness, and the request to reopen the claim was dismissed.

[12] The Board did not address the application of subsection 167(2), although referring to it. It noted that the (former) Rules at rule 15 addressed the circumstances in which the designation of a representative is required during RPD proceedings.

[9] Le 20 septembre 2012, un tribunal différemment constitué a examiné les motifs de la première décision et souligné que le premier décideur avait motivé la décision dans laquelle il concluait, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur n'était pas une personne mineure. Le tribunal a refusé de tenir compte des nouveaux témoignages de preuve relatifs à la date de naissance du demandeur et des éléments de preuve à cet égard. Il a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve présentés à l'audience initiale pour établir que des recherches suffisantes avaient été faites ou que les nouveaux renseignements n'auraient pu être obtenus avant la première audience en faisant preuve de diligence raisonnable.

[10] Le tribunal a affirmé [au paragraphe 12] en outre que « l'un des documents laisse croire que les parents du demandeur auraient pu obtenir, au nom du demandeur, des documents officiels concernant la date de naissance de celui-ci auprès du Bureau des affaires intérieures de la Namibie » [note en bas de page omise]. Il semble que le tribunal ne savait pas que la mère du demandeur était décédée et qu'on ne connaissait pas l'endroit où se trouvait son père.

[11] Le tribunal a conclu également que l'ancienne règle 55 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228 [abrogé, DORS/2012-256, art. 73] (les Règles) l'obligeait à établir s'il y avait eu un « manquement à un principe de justice naturelle » de la part de la SPR. Il a déterminé que le premier décideur avait pris en considération les observations concernant la nécessité qu'un représentant soit commis d'office et avait jugé que le demandeur avait la capacité de procéder sans l'aide d'un tel représentant. Le demandeur avait été représenté par un conseiller juridique. Par conséquent, il n'y avait eu aucun manquement à l'équité procédurale, et la demande de réouverture a été rejetée.

[12] Le tribunal n'a pas statué sur la demande fondée sur le paragraphe 167(2), mais il en a fait mention. Il a précisé que la règle 15 des (anciennes) Règles portait sur des cas où il est nécessaire de désigner un représentant dans une instance de la SPR.

4. Issues

[13] The issue is whether the Board's decision refusing to reopen the claim was reasonable in light of subsection 167(2) of the IRPA.

5. Standard of review

[14] The applicant proposes that correctness is the applicable standard for this judicial review because it involves both procedural fairness and a legislated requirement to appoint a designated representative, a question of pure law. The respondent argues that the deferential standard of reasonableness applies because the decision being reviewed is the one to reopen, or not, the claim, and not the decision to appoint, or not, a designated representative.

[15] I agree with the respondent to the extent that in respect of the Board's decision to reopen a refugee claim the standard is one of reasonableness. See *Boguzinskaite v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 779, 414 F.T.R. 159, at paragraphs 8–9:

The only issue in this application is whether the Board's decision not to reopen the refugee claims was reasonable. The standard of review is reasonableness: *Castillo v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1185 and *Nguyen v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 133.

The reinstatement of withdrawn refugee claims is dealt with in subsection 53(3) of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, which provides that the reinstatement must be allowed "if it is established that there was a failure to observe a principle of natural justice or if it is otherwise in the interests of justice to allow the application."

[16] However, the standard of review relating to the interpretation of subsection 167(2) of the IRPA, the objective of which provision is to ensure procedural fairness in the conduct of refugee procedures, is one of correctness.

4. Questions en litige

[13] La Cour est appelée à déterminer si le refus de la Commission de rouvrir la demande était raisonnable compte tenu du paragraphe 167(2) de la LIPR.

5. Norme de contrôle

[14] Selon le demandeur, c'est la norme de la décision correcte qui s'applique dans le cadre du présent contrôle judiciaire parce que ce dernier repose aussi bien sur une question d'équité procédurale ainsi que sur l'obligation légale de désigner un représentant, soit une question de droit pur. Le défendeur fait valoir que la norme du caractère raisonnable qui commande la retenue s'applique en l'espèce parce que la décision soumise au contrôle porte sur la réouverture de la demande d'asile et non pas sur la décision de désigner ou non un représentant.

[15] Je conviens avec le défendeur que, en ce qui a trait à la décision de la Commission sur la réouverture de la demande d'asile, la norme de contrôle est celle du caractère raisonnable. Voir *Boguzinskaite c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 779, aux paragraphes 8 et 9 :

La seule question en l'espèce est celle de savoir si la décision de la Commission de ne pas rouvrir les demandes d'asile était raisonnable. La norme de contrôle est celle de la raisonnable : *Castillo c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CF 1185, et *Nguyen c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CF 133.

Le rétablissement des demandes d'asiles [*sic*] qui ont été retirées fait l'objet du paragraphe 53(3) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, lequel prévoit que la demande de rétablissement peut être accueillie « soit sur preuve du manquement à un principe de justice naturelle, soit s'il est par ailleurs dans l'intérêt de la justice de le faire ».

[16] Cependant, la norme de contrôle relative à l'interprétation du paragraphe 167(2) de la LIPR, disposition qui vise à garantir l'équité procédurale des instances portant sur des demandes d'asile, est celle de la décision correcte.

6. Analysis

[17] I conclude that the Board misdirected itself by failing to consider the mandatory nature of subsection 167(2) on the requirement to determine on the basis of new evidence before it whether the applicant was under the age of 18 at the time of the first Board hearing. Section 167 reads as follows:

Right to
counsel

167. (1) A person who is the subject of proceedings before any Division of the Board and the Minister may, at their own expense, be represented by legal or other counsel.

Representa-
tion

(2) If a person who is the subject of proceedings is under 18 years of age or unable, in the opinion of the applicable Division, to appreciate the nature of the proceedings, the Division shall designate a person to represent the person. [Emphasis added.]

[18] The Federal Court of Appeal in *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 148, 289 N.R. 165, had occasion to consider the similar predecessor provision to subsection 167(2), that being subsection 69(4) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, which read as follows:

69. ...

Representa-
tion

(4) Where a person who is the subject of proceedings before the Refugee Division is under eighteen years of age or is unable, in the opinion of the Division, to appreciate the nature of the proceedings, the Division shall designate another person to represent that person in the proceedings.

[19] The [Federal] Court of Appeal concluded that the provision was mandatory and the failure to designate a representative of the minor was an error that vitiated the decision, requiring it to be set aside, as described at paragraph 6 of its decision:

It is our view that subsection 69(4) of the *Immigration Act* imposes on the Board an obligation to designate a representative for any refugee claimant who meets the statutory criteria,

6. Analyse

[17] Je conclus que la Commission a commis une erreur en ne tenant pas compte du caractère impératif du paragraphe 167(2) lorsqu'elle a été appelée à déterminer, sur la foi des nouveaux éléments de preuve qui lui étaient présentés, si le demandeur avait 18 ans ou non au moment de la première audience. L'article 167 est libellé comme suit :

167. (1) L'intéressé qui fait l'objet de procédures devant une section de la Commission ainsi que le ministre peuvent se faire représenter, à leurs frais, par un conseiller juridique ou un autre conseil.

Conseil

(2) Est commis d'office un représentant à l'intéressé qui n'a pas dix-huit ans ou n'est pas, selon la section, en mesure de comprendre la nature de la procédure. [Je souligne.]

Représenta-
tion

[18] La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2002 CAF 148, a eu l'occasion d'examiner la disposition similaire que le paragraphe 167(2) a remplacée, soit le paragraphe 69(4) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, qui était libellé comme suit :

69. [...]

(4) La Section du statut commet d'office un représentant dans le cas où l'intéressé n'a pas dix-huit ans ou n'est pas, selon elle, en mesure de comprendre la nature de la procédure en cause.

Représenta-
tion

[19] La Cour d'appel [fédérale] a conclu que la disposition impose une obligation et que le défaut de désigner un représentant au mineur constitue une erreur qui vicie la décision, nécessitant que celle-ci soit annulée, comme elle le précise au paragraphe 6 de sa décision :

Nous sommes d'avis que le par. 69(4) de la *Loi sur l'immigration* impose une obligation à la Section du statut de réfugié de désigner un représentant pour toute personne qui

and that the obligation arises at the earliest point at which the Board becomes aware of those facts. In this case, the age of the minor claimant was apparent from the outset, and the matter of designating a representative for her should have been considered at least at the point at which abandonment proceedings were in contemplation, and certainly should have been done before the motion to re-open the claim was considered. The failure of the Board to do so was an error that vitiates the decision to refuse the motion. [Emphasis added.]

[20] I am aware that the case has not been applied for its wider principle on the basis of the distinguishing fact that the age of the minor claimant was apparent to the Board. However, it has been noted in several cases that this Court has adopted a strict interpretation of the Board's obligations and that failure to designate a representative for a minor has consistently resulted in an order for a new hearing or redetermination. See generally *Vashee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1104, 280 F.T.R. 243; *Duale v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 150, 40 Imm. L.R. (3d) 165 (*Duale*).

[21] I am similarly aware that there are cases that conclude there may be circumstances under which the failure to appoint a designated representative will not vitiate the underlying decision. See for example *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 134, 292 F.T.R. 28, where Justice Noël concluded that the failure to appoint such a representative will not always be fatal to the RPD decision, stating as follows at paragraph 34 of his reasons:

In the case at bar, I do not think the RPD's decision is vitiated, in view of the following facts:

- The applicant was 17 years and 10 months at the time of the hearing, 16 years and 5 months at the time he completed his PIF, and he was at all times able to understand the proceedings that were in progress;
- A representative was assigned to him before the hearing and he was allowed to meet with a social worker on the eve of the hearing;

revendique le statut de réfugié et qui répond aux critères établis par la loi. Cette obligation survient dès que la Section du statut de réfugié prend connaissance de ces faits. Dans le présent dossier, l'âge de la revendicatrice mineure était apparent dès le début des procédures et la Section du statut de réfugié aurait dû lui désigner un représentant au moment où des procédures de désistement ont été envisagées, ce qui aurait dû être fait à tout le moins avant le dépôt de la requête de réouverture de la revendication. Le défaut de la Section du statut de réfugié constitue une erreur qui a vicié la décision de refuser la requête. [Non souligné dans l'original.]

[20] Je suis conscient que cet arrêt n'a pas été retenu pour son principe général, étant donné la caractéristique distinctive de cette affaire, soit que l'âge de la revendicatrice mineure était en l'occurrence apparent. Cependant, il a été relevé dans plusieurs décisions que notre Cour a jugé que la SPR a une obligation stricte et que le défaut de désigner un représentant à un mineur a de façon constante donné lieu à une ordonnance renvoyant l'affaire pour une nouvelle audience ou un nouvel examen. Voir de façon générale les arrêts *Vashee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1104; *Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 150 (*Duale*).

[21] Je suis conscient également que des décisions nous enseignent que, dans certaines circonstances, le défaut de désigner un représentant ne viciera pas la décision sous-jacente. Voir, par exemple, la décision *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 134, où le juge Noël a déterminé que l'omission de désigner un représentant n'aura pas toujours pour effet de vicier la décision de la SPR; il s'exprime en ces termes au paragraphe 34 de ses motifs :

En l'espèce, je ne crois pas que la décision de la SPR est viciée compte tenu des faits suivants :

- Le demandeur était âgé de 17 ans et 10 mois au moment de l'audition, de 16 ans et 5 mois au moment de remplir son FPR et il était en tout temps en mesure de comprendre les procédures qui se déroulaient;
- Un représentant lui a été assigné avant l'audience et il a eu droit de rencontrer un travailleur social la veille de l'audition;

- The improbabilities in his story are too numerous and significant to conclude that the RPD decision is vitiated because he had not yet reached the age of 18.

In view of the circumstances of this case, I do not think it is necessary to overturn the RPD decision. However, I do stress the importance of compliance with subsection 167(2) of the IRPA and the Guidelines, as this Court has stated many times.

[22] With the greatest respect for my colleagues' views on this issue, it is my opinion that subsection 167(2) is a mandatory provision, without exceptions, which allows no derogation by the effect of extraneous circumstances that might mitigate its requirements. I conclude that Parliament's intention was to enact what I would describe as a "bright line" fundamental fairness provision, relating to a widely recognized concern about the capacity of minors to interact with a legal system tasked with determining their rights. Similar expressions of legislative concern pertaining to the capacity to properly defend the rights of minors or the assignment of liability for their conduct using 18 as a bright line age-boundary are found in various versions in a wide number of legal contexts in Canadian law, be it in criminal, contract, or family law.

[23] I place the proper representation of young immigrant claimants in refugee proceedings on the same plane as concerns over bias of a decision maker. By this I mean that it is a "knock-out" issue requiring the decision to be set aside, and furthermore an issue on which new evidence is admissible after the fact for the purpose of determining the partiality of the decision maker, or in this case, the age of the claimant.

[24] By analogy to the situation where concerns develop relating to the bias of the decision maker, the issue of the ability of the minor to fully participate in the proceedings is of the same fundamental significance. Be it in relation to understanding the proceedings, or in relation to properly communicating the applicant's thoughts,

- Les invraisemblances de son récit sont trop nombreuses et importantes pour en venir à la conclusion que la décision de la SPR est viciée du fait qu'il n'avait pas atteint l'âge de 18 ans.

Je ne crois pas, compte tenu des circonstances en l'espèce, qu'il y a lieu d'invalider la décision de la SPR. Cependant, j'insiste sur l'importance de respecter le paragraphe 167(2) LIPR et les *Directives*, comme cela a maintes fois été rappelé par cette Cour.

[22] En toute déférence pour l'opinion de mes collègues sur ce point, je considère que le paragraphe 167(2) est une disposition impérative, qui ne souffre aucune exception et qui ne permet aucune dérogation en raison de circonstances externes susceptibles d'atténuer les exigences qui en découlent. Je conclus que le législateur avait l'intention d'édicter ce que je décrirais comme une disposition non équivoque relative aux exigences d'équité fondamentale, qui découle d'une préoccupation largement reconnue concernant la capacité des personnes mineures de participer à part entière dans un système judiciaire dont le rôle est de déterminer leurs droits. Le souci du législateur de veiller à la défense adéquate des droits des mineurs ou à ce que la responsabilité de leurs actes leur soit imputée en fonction de la limite d'âge de 18 ans trouve écho sous différentes formes dans un large éventail de contextes juridiques en droit canadien, que ce soit en droit pénal, en droit des contrats ou en droit de la famille.

[23] La représentation adéquate des jeunes immigrants dans le cadre de demandes d'asile devrait selon moi être tout autant source de préoccupation que l'impartialité du décideur. Je veux dire par là qu'il s'agit d'un élément de nature à porter un coup fatal à la décision en cause rendant nécessaire son annulation; il s'agit en outre d'un point au sujet duquel des éléments de preuve nouveaux sont recevables après le fait, qu'il s'agisse d'évaluer la partialité du décideur ou, comme en l'espèce, l'âge du demandeur.

[24] Par analogie, la question de la capacité du mineur de participer pleinement à l'instance revêt la même importance fondamentale que la situation où surgissent des doutes quant à la neutralité du décideur. Que ce soit en ce qui concerne la compréhension de l'audience ou la communication appropriée des pensées, du point de

views and directions to his lawyer or the Board, the appointment of the representative has a fundamental impact on the fairness of the proceeding themselves. The impact of its absence cannot be second-guessed after the fact, because one cannot tell what the outcome would have been with the insertion of an informed and proactive representative to ensure that the client fully participated in the proceedings. Where minors are concerned, there is also an apprehension of unfairness if they are not fully engaged in the process.

[25] Moreover, while I recognize that regulations cannot be employed in order to interpret statutes, I nonetheless note that the current rule 20 of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256, which replaced rule 15 of the Rules which were before the Board in this case, would support a more strict approach to the application of the mandatory rule of the designated representative. The duties assigned to this person are described as follows:

20. ...

Responsibilities of representative

(10) The responsibilities of a designated representative include

(a) deciding whether to retain counsel and, if counsel is retained, instructing counsel or assisting the represented person in instructing counsel;

(b) making decisions regarding the claim or application or assisting the represented person in making those decisions;

(c) informing the represented person about the various stages and procedures in the processing of their case;

(d) assisting in gathering evidence to support the represented person's case and in providing evidence and, if necessary, being a witness at the hearing;

(e) protecting the interests of the represented person and putting forward the best possible case to the Division;

vue et des instructions du demandeur à son avocat ou à la Commission, la nomination du représentant a des répercussions fondamentales sur l'équité de l'instance même. Les conséquences de l'absence de représentant ne peuvent être évaluées après le fait, parce qu'on ne peut pas savoir quelle aurait été l'issue de la demande si un représentant informé et proactif avait été désigné pour veiller à ce que son client participe pleinement à l'instance. Le cas d'une personne mineure soulève également une crainte d'iniquité du fait que l'intéressé ne puisse pas pleinement s'engager dans le processus.

[25] En outre, même si je reconnais que des dispositions réglementaires ne peuvent servir à interpréter des lois, je souligne que la règle 20 actuellement en vigueur des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256, qui a remplacé la règle 15 sur lequel s'est fondée la Commission en l'espèce, appuierait le recours à l'approche plus stricte dans l'application de la règle impérative relative à la désignation d'un représentant. Les attributions de cette personne sont décrites comme suit :

20. [...]

(10) Les responsabilités d'un représentant désigné sont notamment les suivantes :

Responsabilités d'un représentant

a) décider s'il y a lieu de retenir les services d'un conseil et, le cas échéant, donner à celui-ci des directives, ou aider la personne représentée à lui donner des directives;

b) prendre des décisions concernant la demande d'asile ou toute autre demande ou aider la personne représentée à prendre de telles décisions;

c) informer la personne représentée des diverses étapes et procédures dans le traitement de son cas;

d) aider la personne représentée à réunir et à transmettre les éléments de preuve à l'appui de son cas et, au besoin, témoigner à l'audience;

e) protéger les intérêts de la personne représentée et présenter les meilleurs arguments possibles à l'appui de son cas devant la Section;

(f) informing and consulting the represented person to the extent possible when making decisions about the case; and

(g) filing and perfecting an appeal to the Refugee Appeal Division, if required.

f) informer et consulter, dans la mesure du possible, la personne représentée lorsqu'il prend des décisions relativement à l'affaire;

g) interjeter et mettre en état un appel devant la Section d'appel des réfugiés, si nécessaire.

[26] Similarly, subsection 20(7) of the current Rules also confirms the bright line aspect of the protections afforded young persons, by their termination on the minor becoming an adult.

20. ...

End of designation — person reaches 18 years of age

(7) The designation of a representative for a person who is under 18 years of age ends when the person reaches 18 years of age unless that representative has also been designated because the person is unable to appreciate the nature of the proceedings.

[27] I therefore conclude that subsection 167(2) speaks in mandatory terms without exceptions or limitations, as a direction to Board members not to engage in, for instance, analysis of whether the claimant is nearing the age of 18, being represented by a lawyer, or has given testimony which may raise credibility issues, as rationales excusing the need to appoint a designated representative. Given that such determinations can only be overturned on a deferential standard of review of reasonableness, such an interpretation of the provision would significantly debilitate its purpose, as it has in this case.

[28] Nor do I see this as too onerous a requirement to impose on the RPD. In this instance the designated representative was present and was in a position to assist the applicant and the Board. Rather than making an adverse credibility finding to the effect that the applicant had provided a false birth certificate, a finding which colours all of the Board's decision and which appears to be incorrect in light of the additional evidence, why should the Board not exercise its discretion liberally and permit the social worker to remain and assist the claimant?

[26] De même, le paragraphe 20(7) des Règles actuellement en vigueur confirme l'application stricte des protections offertes à une personne mineure puisque celles-ci prennent fin quand la personne atteint l'âge adulte.

20. [...]

(7) La désignation d'un représentant pour une personne âgée de moins de dix-huit ans prend fin lorsque celle-ci atteint cet âge, à moins que ce représentant ait également été désigné pour elle parce qu'elle n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure.

Fin de désignation — personne qui atteint l'âge de dix-huit ans

[27] Je conclus donc que le paragraphe 167(2) est libellé en termes impératifs, sans exceptions ni restrictions, de façon à indiquer à la Commission qu'elle ne doit pas se demander, par exemple, si le fait que le demandeur atteindra bientôt l'âge de la majorité, qu'il soit représenté par avocat, ou qu'il ait livré un témoignage pouvant soulever des doutes quant à sa crédibilité peut justifier de ne pas désigner un représentant. Étant donné que de telles déterminations peuvent seulement être infirmées suivant une norme qui nécessite la retenue, soit la norme du caractère raisonnable, une telle interprétation du paragraphe minerait considérablement son objectif, comme c'est arrivé en l'espèce.

[28] Je ne considère pas non plus qu'il s'agit d'une obligation trop lourde pour la SPR. En l'espèce, la représentante désignée était présente et était en mesure d'aider le demandeur et la Commission. Plutôt que de tirer une conclusion défavorable au sujet de la crédibilité du demandeur parce que celui-ci avait fourni un faux certificat de naissance, conclusion qui influe sur l'ensemble de la décision de la Commission et qui semble incorrecte à la lumière des éléments de preuve supplémentaires, pourquoi la Commission n'exercerait-elle pas son pouvoir discrétionnaire d'une façon libérale et ne

[29] Subsection 167(2) being a mandatory statutorily directed fundamental fairness provision, the reopening Board misdirected itself in failing to consider whatever evidence was introduced before it to determine whether the applicant was a minor at the time he appeared before the RPD. In the present case, therefore, it misdirected itself not only in failing to give consideration to the subsection 167(2) factors in its decision, but also in not considering the highly probative new evidence produced to support the applicant's submission that he was a minor at the time of the hearing.

[30] Moreover, on the point of the insufficiency of effort to obtain evidence, which is the crux of the reopening Board's decision, it is just because the claimant was a minor that it is not possible to attribute blame or negative credibility findings for failures to procure evidence establishing that he was under 18 years of age. Subsection 167(2) is based upon a recognition that a minor in the extraordinary circumstances of participating in proceedings regarding his or her own refugee claim lacks sufficient capacity to participate fully without special assistance and guidance from a designated representative, to whom this task is assigned by the Rules. That is why the statute imposes on the Board the necessity to appoint a designated representative to ensure that a minor can properly participate in the proceedings and not be blamed for failures such as not procuring evidence or even making untruthful statements if in an appropriate context such as flying to Canada on the necessary false pretence of being 18 years old.

[31] The reopening Board should have assessed not merely the record before the tribunal but all of the evidence old and new, in order to determine whether the

permettrait-elle pas à la travailleuse sociale de rester sur place et d'aider le demandeur?

[29] Étant donné que le paragraphe 167(2) est une disposition par laquelle le législateur impose une obligation d'équité fondamentale, le tribunal saisi de la demande de réouverture a commis une erreur en ne tenant pas compte des éléments de preuve qui lui ont été présentés pour qu'il détermine si le demandeur était d'âge mineur au moment de son audience devant la SPR. En l'espèce, il a non seulement commis une erreur en ne prenant pas en considération les facteurs énoncés au paragraphe 167(2), mais aussi en faisant fi des nouveaux éléments de preuve très probants produits à l'appui de la prétention du demandeur, à savoir qu'il était mineur à la date de l'audience.

[30] En outre, au sujet des efforts insuffisants déployés pour obtenir des éléments de preuve, l'élément crucial de la décision de la Commission sur la demande de réouverture, c'est justement parce que le demandeur était d'âge mineur qu'il n'est pas possible de le tenir responsable de son défaut d'avoir produit des éléments de preuve établissant qu'il avait moins de 18 ans ou de tirer de ce défaut des conclusions défavorables au sujet de sa crédibilité. Le paragraphe 167(2) se fonde sur le fait qu'on reconnaît qu'une personne mineure se trouvant dans une situation exceptionnelle en étant appelée à participer à une instance relative à sa propre demande d'asile ne possède pas la capacité suffisante de participer pleinement à l'instance sans l'aide et les conseils spéciaux d'un représentant désigné, qui est investi de ce rôle par les Règles. Voilà pourquoi le législateur impose à la Commission l'obligation de nommer un représentant désigné pour veiller à ce qu'un mineur puisse participer de façon appropriée à l'instance et ne pas être blâmé pour des manquements, entre autres le défaut de se procurer des éléments de preuve ou même d'avoir fait de fausses déclarations, s'ils ont été commis dans un contexte particulier, notamment avoir pris l'avion à destination du Canada en prétendant faussement, par nécessité, avoir 18 ans.

[31] Le tribunal saisi de la demande de réouverture aurait dû évaluer non seulement le dossier mis à la disposition du premier tribunal, mais aussi l'ensemble de

applicant was a minor. Having made a finding on the applicant's age, it needed to pronounce on the correctness of the first Board's finding, rather than pronouncing on whether that finding had been reasonable in light of the evidence available at the original hearing.

[32] Even if I am wrong in my characterization of the mandatory character of subsection 167(2) of the IRPA, in the present case I conclude that the designated representative would have been able to assist the applicant in understanding the questions put to him, advocate for him when he appeared confused, and point out the language difficulties, thus providing assistance to the Board. Credibility was the major issue at the hearing, and the social worker, who was to be the designated representative, would have been able to present relevant testimony about her conversations with the applicant's aunt and grandmother which would have supported his claim.

[33] I find that I am in a similar situation as Justice Dawson, in *Duale*, above, where at paragraph 20, she allowed a similar application of an under aged refugee decision on the basis that she could not "safely conclude that the failure to appoint a designated representative could not have had an adverse effect on the outcome of the claim."

8. Conclusion

[34] The application is granted and the file is remitted to a new member of the Immigration and Refugee Board for reconsideration, which should consider the additional evidence filed at the reopening hearing, to determine whether the applicant was a minor at the date of the hearing. If an affirmative decision is made, a new hearing should be directed before a different Board member with a designated representative appointed for the applicant at that hearing in accordance with subsection 167(2) of the IRPA despite his being 18 years of age or older.

la preuve — les éléments déjà produits et les nouveaux — afin de savoir si le demandeur était mineur ou non. Après avoir tiré sa conclusion sur l'âge du demandeur, il devait déterminer si la première décision était correcte, et non pas se prononcer sur le caractère raisonnable de cette décision à la lumière des éléments de preuve présentés lors de l'audience initiale.

[32] Même si je suis dans l'erreur quant au caractère impératif du paragraphe 167(2) de la LIPR, je conclus en l'espèce que la représentante désignée aurait été en mesure d'aider le demandeur à comprendre les questions qui lui étaient posées, à faire valoir ses droits quand il semblait confus et à faire savoir qu'il éprouvait des difficultés avec la langue, ce qui aurait aidé la Commission. La crédibilité était l'enjeu le plus important lors de l'audience, et la travailleuse sociale, qui aurait été aussi la représentante désignée, aurait pu offrir un témoignage pertinent au sujet de ses conversations avec la tante et la grand-mère du demandeur qui aurait appuyé la demande de ce dernier.

[33] Je conclus que je me trouve dans la même situation que la juge Dawson, dans la décision *Duale*, précitée, qui a accueilli au paragraphe 20 une demande similaire touchant une décision qui concernait un demandeur d'asile âgé de moins de 18 ans et qui a affirmé ce qui suit : « [J]e ne suis pas en mesure de conclure avec certitude que le défaut de nommer un représentant commis d'office n'avait pu influencer d'une façon défavorable sur l'issue de la revendication ».

8. Conclusion

[34] La demande est accueillie et le dossier est renvoyé à un nouveau tribunal de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour nouvel examen, lequel devra tenir compte des éléments de preuve supplémentaires présentés à l'audience sur la demande de réouverture, dans le but de déterminer si le demandeur était d'âge mineur à la date de l'audience. Si c'est le cas, une nouvelle audience devrait avoir lieu devant un autre tribunal, et un représentant sera désigné pour aider le demandeur lors de cette audience, conformément au paragraphe 167(2) de la LIPR, même si le demandeur a 18 ans ou plus.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is granted and the matter remitted to another Board member for redetermination;
2. The applicant's name in [the] style of cause is amended to Gift Tjitandjewa Kurija; and
3. The parties have indicated that there is no question of general importance to be certified.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie et l'affaire est renvoyée à un autre tribunal pour nouvelle décision;
2. Le nom du demandeur dans l'intitulé est modifié pour se lire Gift Tjitandjewa Kurija;
3. Les parties ont indiqué qu'il n'y avait pas de question de portée générale à certifier.

IMM-334-11
2013 FC 612

IMM-334-11
2013 CF 612

Mousbah Wanis El Werfalli (*Applicant*)

Mousbah Wanis El Werfalli (*demandeur*)

v.

c.

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: EL WERFALLI v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ : EL WERFALLI c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court, Mandamin J.—Toronto, August 24, 2011; Ottawa, June 6, 2013.

Cour fédérale, juge Mandamin—Toronto, 24 août 2011; Ottawa, 6 juin 2013.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Immigration and Refugee Board decision finding applicant inadmissible to Canada because person described in Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f), namely for “being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in terrorism” — Applicant, Libyan medical doctor — Fleeing Libya, working in Bosnia for Bosnian branch of Al-Haramain, Saudi charitable foundation — Eventually coming to Canada where making successful refugee claim, becoming permanent resident — Applying for Canadian citizenship — United Nations later placing Bosnian branch of Al-Haramain on list of Al Qaeda associates — Board finding applicant member of Al-Haramain office in Bosnia, reasonable grounds to believe organization engaging in terrorism — Board denying applicant’s motion to stay proceeding — Board disagreeing with applicant’s argument that because terrorist activity of Al-Haramain branch in Bosnia occurring after applicant leaving Bosnia, applicant could not be found to be member of that organization as envisioned in Act, s. 34(1)(f) — Whether Board erring in denying motion for stay of proceedings; in finding that applicant person described in Act, s. 34(1)(f) — Board not erring in denying motion for stay of proceedings — Balancing impact of delay in raising inadmissibility issues against prejudice suffered by applicant; finding that applicant could still mount meaningful defence — Board not properly interpreting Act, s. 34(1)(f); erring in treating Act, s. 34(1)(f) as creating two separate independent determinations — Act, s. 34(1)(f) requiring only one determination, i.e. membership in organization — Text of Act, s. 34(1)(f) examined, in particular tenses of word “engage”, “engaged”, “will engage” found therein — Context of Act, s. 34(1)(f) public safety, national security — If organization or persons in organization becoming associated with terrorism in future, no connection with individuals previously leaving organization — In case of organizations where reasonable grounds to believe organization will engage in terrorism in

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, qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada, étant une personne décrite à l’art. 34(1)f) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés comme un « membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre, s’est livrée ou se livrera au terrorisme » — Le demandeur est un médecin libyen — Il a fui la Libye et a travaillé en Bosnie pour la branche bosniaque de la fondation caritative saoudienne Al-Haramain — Il est finalement venu au Canada et y a présenté une demande d’asile qui a été accueillie et est devenu résident permanent — Il a fait une demande de citoyenneté canadienne — La branche bosniaque d’Al-Haramain a été par la suite inscrite sur la liste des groupes affiliés à Al-Qaïda par l’Organisation des Nations Unies — La Commission a conclu que le demandeur faisait partie du bureau d’Al-Haramain en Bosnie et qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que cette organisation s’est livrée au terrorisme — La Commission a rejeté la requête en suspension — La Commission n’a pas retenu l’argument du demandeur selon lequel, étant donné que les activités terroristes du bureau d’Al-Haramain en Bosnie avaient eu lieu après son départ de la Bosnie, il ne pouvait être considéré comme membre de cette organisation au sens de l’art. 34(1)f) — Il s’agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en rejetant la requête en suspension des procédures et en concluant que le demandeur était une personne visée à l’art. 34(1)f) — La Commission n’a pas commis d’erreur en rejetant la requête en suspension — La Commission a mis en balance les conséquences du délai pour soulever les questions d’interdiction de territoire et le préjudice subi par le demandeur et a jugé que ce dernier pouvait encore présenter une défense valable — La Commission n’a pas interprété correctement l’art. 34(1)f) de la Loi et a commis une erreur en considérant que l’art. 34(1)f) supposait l’existence de deux conclusions distinctes et indépendantes — L’art. 34(1)f)

future, point of reference must be during time of membership — In conclusion, Board erring in applying interpretation of s. 34(1)(f) that no temporal connection needed between applicant's membership, organization's involvement in terrorist activities after applicant leaving — Board's interpretation, as applied to facts of present case, not reasonable having regard to text, context, purpose of Act, s. 34(1)(f) — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board finding the applicant inadmissible to Canada because he is a person described in paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), namely for “being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in terrorism.” As a result of that decision, the applicant was made subject to a deportation order.

The applicant is a citizen of Libya and is a medical doctor. He fled Libya and found employment as a medical doctor and clinic administrator in Bosnia for the Bosnian branch of Al-Haramain, a Saudi charitable foundation. He was eventually let go because of downsizing, came to Canada where he was recognized as a refugee and became a permanent resident. He eventually applied for Canadian citizenship. Later, the United Nations placed the Bosnian branch of Al-Haramain on a list of Al Qaeda associates and this branch is still deemed to be an organization with links to terrorism. The applicant's citizenship was delayed because of admissibility concerns and the matter proceeded to an inadmissibility hearing.

The Board found that the applicant was a member of the Al-Haramain office in Bosnia and that there were reasonable grounds to believe that this organization engaged in terrorism. It found that he was thus a person described in paragraph 34(1)(f) of the Act. The applicant argued in particular that the delay of 14 years to address inadmissibility issues had prejudiced his ability to defend himself but the Board did not agree and denied the applicant's motion to stay the proceeding. The Board also disagreed with the applicant's argument that the

n'exige qu'une seule décision, à savoir si le demandeur est membre d'une organisation — Le libellé de l'art. 34(1)f) de la Loi a été examiné, plus particulièrement, les temps de l'expression « qu'elle est, a été ou sera l'auteur » qui y figure — Le contexte de l'art. 34(1)f) de la Loi est la sécurité publique et la sécurité nationale — Si l'organisation ou des personnes en faisant partie se livrent par la suite à des activités terroristes, aucun lien avec un membre ayant quitté l'organisation avant ne peut être établi — Les motifs raisonnables de croire qu'une organisation se livrera à des actes de terrorisme s'apprécient par rapport à la période où l'intéressé est membre — En conclusion, la Commission a commis une erreur en considérant que l'art. 34(1)f) ne nécessitait pas de rapport temporel entre l'appartenance du demandeur à une organisation et l'activité terroriste à laquelle celle-ci a été associée après le départ de ce dernier — Compte tenu du texte, du contexte et de l'objet de l'art. 34(1)f), l'interprétation que la Commission en a appliquée aux faits de l'espèce était déraisonnable — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi), c'est-à-dire en tant que « membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre, s'est livrée ou se livrera au terrorisme ». Par suite de cette décision, une mesure d'expulsion a été prise contre le demandeur.

Le demandeur est un citoyen de la Libye et est médecin. Il a fui la Libye et s'est trouvé un emploi comme médecin et directeur de clinique en Bosnie pour la branche bosniaque de la fondation caritative saoudienne Al-Haramain. Il a été ultérieurement licencié par suite d'une réduction des effectifs; il est venu au Canada, y a présenté une demande d'asile qui a été accueillie et est devenu résident permanent. Par la suite, il a fait une demande de citoyenneté canadienne. Plus tard, la branche bosniaque d'Al-Haramain a été inscrite sur la liste des groupes affiliés à Al-Qaïda par l'Organisation des Nations Unies, qui la considère toujours comme une organisation ayant des liens avec le terrorisme. Le traitement de la demande de citoyenneté du demandeur a été retardé, car elle suscitait des doutes au sujet de l'admissibilité de ce dernier et il y a eu enquête en matière d'interdiction de territoire.

La Commission a conclu que le demandeur faisait partie du bureau d'Al-Haramain en Bosnie et qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que cette organisation s'était livrée au terrorisme. Elle a conclu qu'il était par conséquent une personne visée à l'alinéa 34(1)f) de la Loi. Le demandeur a fait valoir en particulier que les 14 ans mis à soulever la question d'interdiction de territoire ont porté préjudice à sa capacité de se défendre, mais la Commission n'était pas d'accord et elle a rejeté la requête du demandeur en suspension. La Commission

terrorist activity of the Al-Haramain branch in Bosnia occurred after he left Bosnia and came to Canada and that he could thus not be found to be a member of that organization as envisioned in paragraph 34(1)(f).

The main issues were whether the Board erred in denying the motion for a stay of proceedings and in finding that the applicant was a person described in paragraph 34(1)(f) of the Act.

Held, the application should be allowed.

The Board did not err in denying the motion for a stay of proceedings. It balanced the impact of the delay against the prejudice suffered by the applicant; it found that the applicant could still mount a meaningful defence. Finally, the applicant's argument that he could have obtained evidence against the Board's determination would have been of little value; indeed the applicant was a member of Al-Haramain, an organization that, after his departure, would be connected to Al Qaeda, a terrorist organization.

The Board did not have regard for the proper interpretation of paragraph 34(1)(f) of the Act. In deciding that the applicant was a person described in paragraph 34(1)(f) of the Act, the Board made two separate and independent determinations: the applicant had been a member of the organization and the organization engaged in terrorist activities. In doing so, the Board did not ask itself whether there was any nexus between the applicant's membership in the organization and the organization's involvement in terrorist activities. The Board erred in treating paragraph 34(1)(f) as creating two separate independent determinations. Paragraph 34(1)(f) requires one determination, that of being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in terrorism. The paragraph is a single provision requiring regard for all its elements in an integrated manner. The difficulty arising from the Board's interpretation of paragraph 34(1)(f) was to associate individuals with future terrorism retroactively to the period of their membership without any regard to honest and lawful participation at the time of the membership.

As to the text of paragraph 34(1)(f), the words "being a member" refer to the time in which a person is a member. The proper interpretation thereof points to a period of membership during which there are reasonable grounds to believe the organization engages, has engaged or will engage in acts

n'a pas retenu non plus l'argument du demandeur selon lequel les activités terroristes du bureau d'Al-Haramain en Bosnie avaient eu lieu après son départ de la Bosnie et son arrivée au Canada et qu'il ne pouvait par conséquent être considéré comme membre de cette organisation au sens de l'alinéa 34(1)(f).

Il s'agissait principalement de savoir si la Commission a rejeté à tort la requête en suspension et a conclu à tort que le demandeur était une personne visée à l'alinéa 34(1)(f) de la Loi.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La Commission n'a pas commis d'erreur en rejetant la requête en suspension. Elle a mis en balance les conséquences du délai et le préjudice subi par le demandeur et jugé que ce dernier pouvait encore présenter une défense valable. Finalement, l'argument du demandeur voulant qu'il lui aurait été possible de se procurer des éléments de preuve qui auraient pu empêcher la Commission de conclure comme elle l'a fait avait peu de valeur; le demandeur était effectivement membre d'Al-Haramain, une organisation qui, après le départ de ce dernier, a eu des liens avec Al-Qaïda, une organisation terroriste.

La Commission n'a pas pris en compte l'interprétation correcte de l'alinéa 34(1)(f) de la Loi. En concluant que le demandeur était une personne visée à l'alinéa 34(1)(f) de la Loi, la Commission a formulé deux conclusions distinctes et indépendantes : le demandeur avait été membre de l'organisation, et l'organisation s'était livrée à des activités terroristes. Ce faisant, la Commission ne s'est pas demandé s'il existait un lien entre l'appartenance du demandeur à l'organisation et l'implication de celle-ci dans des activités terroristes. La Commission a erré en considérant que l'alinéa 34(1)(f) supposait l'existence de deux conclusions distinctes et indépendantes. Il faut décider une seule chose en vertu de l'alinéa 34(1)(f), à savoir si l'intéressé est membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte considéré comme terroriste. Il s'agit d'une disposition unique exigeant la prise en compte de tous ses éléments d'une façon intégrée. L'interprétation que la Commission a faite de l'alinéa 34(1)(f) posait problème parce qu'elle associait rétroactivement des gens à des activités terroristes qui n'existaient pas encore au moment où ils faisaient partie de l'organisation, sans tenir compte de la légitimité et de l'honnêteté de l'appartenance à ce moment.

S'agissant de l'alinéa 34(1)(f), les mots « être membre » renvoient au temps où la personne est membre. L'interprétation de cette disposition doit donc s'entendre d'une période d'appartenance pendant laquelle il y avait des motifs raisonnables de croire que l'organisation s'était livrée, se livrait ou allait se

of terrorism. The use of the past and present tenses of “engage” are clear—the untoward terrorist activity of the organization occurs before or during the period of membership. The words “will engage in terrorism” were problematic and required a more nuanced approach. Assistance was provided by the words “facts... may occur” in section 33, and they rule out hindsight. Section 33 contemplates a basis for considering future events that may occur and implies that, in the context of paragraph 34(1)(f), the finding is to be found as existing at the time of an individual’s membership.

The context of paragraph 34(1)(f) of the Act is public safety and national security. If an organization or persons in the organization become associated with terrorism in the future, there is no connection, without more, with individuals that previously left the organization; there is no nexus between the individual and terrorism. In the case of organizations where there are reasonable grounds to believe the organization will engage in terrorism in the future, the point of reference must be during the time of membership. This approach, while providing for a nexus between membership and future organizational activity associated with terrorism, does not include within paragraph 34(1)(f) individuals who are themselves innocent of the conduct of the organization in the future. Also, the prior lack of any involvement in terrorism by an organization may be regarded as a different circumstance such that paragraph 34(1)(f) has no application.

The respondent submitted that the timing of membership is not relevant to the Board’s determination of inadmissibility under paragraph 34(1)(f) of the Act. Rather, it is relevant to the Minister’s assessment of an application for relief under subsection 34(2). Subsection 34(2) provides the Minister with the discretion to decide that a person may be admitted to Canada notwithstanding their membership in an organization associated with terrorism where the Minister is satisfied their presence in Canada would not be detrimental to the national interest. The Minister is tasked with weighing the circumstances of such membership with national security and public safety consideration. In the applicant’s case, there is no taint to his membership. He did nothing wrong. There is no danger or threat that can be found on reasonable grounds to believe based on his membership in an organization that had no involvement with terrorism. The only role for the Minister in a subsection 34(2) application would be to decide whether to waive a parliamentary overreach in paragraph 34(1)(f). This cannot be correct. Ministerial discretion cannot override an enactment of Parliament. Subsection 34(2) was not intended to apply to the applicant’s situation.

livrer à des actes de terrorisme. Un sens clair se dégage de l’utilisation du présent et du passé composé : l’acte terroriste répréhensible se produit avant ou pendant l’appartenance de l’intéressé à l’organisation. La difficulté résidait dans les mots « sera l’auteur d’un acte » terroriste et l’interprétation de ces mots exigeait de procéder avec plus de nuance. L’article 33 éclaire la tâche interprétative. Il énonce : « [l]es faits [...] peuvent survenir » et l’emploi de ces mots exclut une appréciation après coup. L’article 33 envisage le fondement de l’appréciation de faits futurs pouvant survenir. Il suppose que, dans le contexte de l’alinéa 34(1)f), ce fondement existe au moment où l’intéressé est membre.

Le contexte de l’alinéa 34(1)f) de la Loi est la sécurité publique et la sécurité nationale. Si l’organisation ou des personnes en faisant partie se livrent par la suite à des activités terroristes, aucun lien avec un membre ayant quitté l’organisation avant ne peut être établi sans autre élément de preuve; il n’y a pas de lien entre l’intéressé et le terrorisme. Les motifs raisonnables de croire qu’une organisation se livrera à des actes de terrorisme s’apprécient par rapport à la période où l’intéressé est membre. Cette démarche, bien qu’elle permette d’établir un lien entre l’appartenance à une organisation et une activité terroriste future de celle-ci, n’inclut pas dans la catégorie visée à l’alinéa 34(1)f) des personnes innocentes de l’activité terroriste future de l’organisation. De plus, l’absence de toute activité terroriste antérieure par une organisation peut être considérée comme une situation différente faisant en sorte que l’alinéa 34(1)f) ne s’applique pas.

Le défendeur a soutenu que le moment où l’intéressé a été membre n’est pas pertinent pour déterminer s’il y a lieu de conclure à l’interdiction de territoire en application de l’alinéa 34(1)f) de la Loi. Il intervient plutôt dans l’évaluation par le ministre de la demande visée au paragraphe 34(2). Le paragraphe 34(2) investit le ministre du pouvoir discrétionnaire de décider qu’une personne peut être admise au Canada en dépit de son appartenance à une organisation associée au terrorisme lorsqu’il est convaincu que la présence de cette personne au Canada ne serait pas préjudiciable à l’intérêt national. Le ministre est chargé d’évaluer les circonstances entourant cette appartenance par rapport à la sécurité nationale et à la sécurité publique. S’agissant du demandeur, il n’y a rien de répréhensible dans son appartenance à l’organisation. Il n’a rien fait de mal. Il n’existe aucun motif raisonnable de croire à un danger ou à une menace découlant de son appartenance à une organisation qui n’avait pas de lien avec le terrorisme. Le seul rôle que jouerait le ministre s’il y avait une demande fondée sur le paragraphe 34(2) serait de déterminer s’il y a lieu de déroger à la portée excessive de l’alinéa 34(1)f). Il ne peut en être ainsi. Un pouvoir discrétionnaire ministériel ne peut prévaloir sur un texte législatif. Le paragraphe 34(2) n’a pas pour but de s’appliquer à la situation du demandeur.

In conclusion, the Board erred in applying an interpretation of paragraph 34(1)(f) that there was no need for a temporal connection between the applicant's membership and the organization's involvement in terrorist activities after the applicant left. The Board's interpretation, as applied to the facts of this case, was not reasonable having regard to the text, context and purpose of paragraph 34(1)(f).

En conclusion, la Commission a commis une erreur en considérant que l'alinéa 34(1)f) ne nécessitait pas de rapport temporel entre l'appartenance du demandeur à une organisation et l'activité terroriste à laquelle celle-ci a été associée après le départ de ce dernier. Compte tenu du texte, du contexte et de l'objet de l'alinéa 34(1)f), l'interprétation que la Commission a appliquée aux faits de l'espèce était déraisonnable.

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. 2(d), 7.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 34(1),(2), 35(1)(a), 44(2).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General), 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Al Yamani v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1457, 149 C.R.R. (2d) 340 (as to standard of review).

CONSIDERED:

Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297, (2000), 195 D.L.R. (4th) 422 (C.A.); *Gebreab v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 1213, 359 F.T.R. 296, aff'd 2010 FCA 274, 93 Imm. L.R. (3d) 28; *Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635; *Karakachian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 948, 364 F.T.R. 1; *Chwah v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1036, 323 D.L.R. (4th) 699; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Agraira*, 2011 FCA 103, 96 Imm. L.R. (3d) 20.

REFERRED TO:

Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration), 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85; *Sinnaiah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1576, 43 Imm. L.R. (3d) 269; *Kastrati v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1141; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R.

LOIS ET RÉGLEMENTS 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. 2d), 7.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 34(1),(2), 35(1)a), 44(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Al Yamani c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2006 CF 1457 (concernant la norme de contrôle judiciaire).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission), 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); *Gebreab c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 1213, conf. par 2010 CAF 274; *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635; *Karakachian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 948; *Chwah c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 1036; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Agraira*, 2011 CAF 103.

DÉCISIONS CITÉES :

Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85; *Sinnaiah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1576; *Kastrati c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1141; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Vimalenthirakumar c.*

339; *Vimalenthirakumar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1181; *Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 349, [2004] 3 F.C.R. 301; *Kozonguizi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 308; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board decision (2010 CanLII 96849) finding the applicant inadmissible to Canada because he is a person described in paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, namely for “being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in terrorism.” Application allowed.

APPEARANCES

Lorne Waldman and Jacqueline Swaisland for applicant.
Ian Hicks for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

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

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

[1] MANDAMIN J.: The applicant, Mr. El Werfalli, applies for judicial review of a decision by the Immigration Refugee Board (the Board) [2010 CanLII 96849] which found the applicant inadmissible to Canada because he is a person described in paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (the IRPA), namely, for “being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in” terrorism. As a result of that decision, Mr. El Werfalli was made subject to a deportation order issued on December 24, 2010.

[2] Mr. El Werfalli submits he has done nothing wrong and yet the Board found him inadmissible for being a member in a terrorist organization. He submits this finding is unfair and unjust. I agree with Mr. El Werfalli.

Canada (Citoyenneté et Immigration), 2010 CF 1181; *Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 349, [2004] 3 R.C.F. 301; *Kozonguizi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 308; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (2010 CanLII 96849) qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada en vertu de l’alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, c’est-à-dire en tant que « membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre, s’est livrée ou se livrera au terrorisme ». Demande accueillie.

ONT COMPARU

Lorne Waldman et Jacqueline Swaisland pour le demandeur.
Ian Hicks pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

[1] LE JUGE MANDAMIN : Le demandeur, M. El Werfalli, sollicite le contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission) [2010 CanLII 96849] concluant qu’il est interdit de territoire au Canada en vertu de l’alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR), c’est-à-dire en tant que « membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre, s’est livrée ou se livrera » au terrorisme. Par suite de cette décision, une mesure d’expulsion a été prise contre M. El Werfalli le 24 décembre 2010.

[2] M. El Werfalli soutient qu’il n’a rien fait de mal, mais que la Commission a néanmoins conclu qu’il était interdit de territoire pour appartenance à une organisation terroriste. Il fait valoir que cette conclusion est

This case turns on the proper interpretation of paragraph 34(1)(f) of the IRPA which precludes an inadmissibility finding on the facts in this case.

[3] Mr. El Werfalli is 44 years old and a citizen of Libya. He attended medical school at Al-Arab Medical University. He fled from Libya in 1993 because he feared reprisals over his political activism on human rights violations by the Gaddafi regime. He found employment as a medical doctor and medical clinic administrator for the Bosnian branch of Al-Haramain, a Saudi charitable foundation. He left in early 1996 because of organizational downsizing and came to Canada where he made a successful refugee claim. Mr. El Werfalli became a permanent resident in September 1999 and applied for citizenship in 2001. His Bosnian wife and their two children obtained Canadian citizenship in 2003.

[4] In 2002, the United Nations (UN) placed the Bosnian branch Al-Haramain on a list of Al Qaeda associates. The Bosnian branch was deemed then and is still considered by the United Nations to be an organization with links to terrorism although it now appears to be defunct. The evidence is that sometime in mid-1996 after Mr. El Werfalli's departure, some individuals within the Bosnian branch of Al-Haramain funnelled funds to Al Qaeda.

[5] Mr. El Werfalli's citizenship application precipitated the Minister's admissibility concerns because of his links to the Bosnian branch of Al-Haramain which became associated with Al Qaeda. Mr. El Werfalli's citizenship application was delayed and he was summonsed for an interview in July 2009 by the Canadian Border Services Agency (CBSA). The matter proceeded to an inadmissibility hearing in 2010 in which the Board issued the decision now under judicial review.

[6] The Board found [at paragraph 72] "Mr. El Werfalli has been found to be a member of the Al-Haramain [*sic*] office in Bosnia and there are reasonable grounds to believe that this organization engaged

inéquitable et injuste. Je lui donne raison. L'affaire met en jeu l'interprétation à donner à l'alinéa 34(1)f) de la LIPR qui, compte tenu des faits de l'espèce, ne permet pas de conclure à l'interdiction de territoire.

[3] M. El Werfalli est un citoyen libyen âgé de 44 ans. Il a fait des études de médecine à l'université médicale Al-Arab. Il a fui la Libye en 1993, parce qu'il craignait de subir des représailles en raison de son action politique contre les violations des droits de la personne commises par le régime Kadhafi. Il s'est trouvé un emploi comme médecin et directeur de clinique pour la branche bosniaque de la fondation caritative saoudienne Al-Haramain. En raison de compressions administratives, il est parti au début de 1996. Il est venu au Canada et y a présenté une demande d'asile qui a été accueillie. Il est devenu résident permanent au mois de septembre 1999 et a demandé la citoyenneté canadienne en 2001. Sa femme, d'origine bosniaque, et leurs deux enfants ont obtenu la citoyenneté canadienne en 2003.

[4] En 2002, la branche bosniaque d'Al-Haramain a été inscrite sur la liste des groupes affiliés à Al-Qaïda par l'Organisation des Nations Unies (ONU), qui la considérait alors et la considère toujours comme une organisation ayant des liens avec le terrorisme, bien qu'elle semble avoir cessé d'exister. La preuve indique qu'au milieu de 1996, après le départ de M. El Werfalli, certaines personnes au sein de la branche bosniaque d'Al-Haramain ont acheminé des fonds à Al-Qaïda.

[5] La demande de citoyenneté de M. El Werfalli a suscité des doutes au sujet de l'admissibilité de ce dernier au Canada dans l'esprit du ministre, en raison des liens de l'intéressé avec la branche bosniaque d'Al-Haramain, devenue associée à Al-Qaïda. Le traitement de la demande a été retardé, et M. El Werfalli a été convoqué devant l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) en juillet 2009. De là, il y a eu enquête en matière d'interdiction de territoire en 2010, au terme de laquelle la Commission a rendu la décision faisant l'objet du présent contrôle.

[6] La Commission a conclu [au paragraphe 72] que « M. El Werfalli faisait partie du bureau d'Al-Haramain [*sic*] en Bosnie et qu'il y a des motifs raisonnables de croire que cette organisation s'est livrée au terrorisme.

in terrorism. As such, he is a person described in section 34(1)(f) of the *Act*.”

[7] I have concluded the Board, while reasonable in its finding of facts, did not have regard for the proper interpretation of paragraph 34(1)(f) of IRPA. I am granting the application for judicial review. My reasons follow.

Decision Under Review

[8] The Board conducted the admissibility hearing concerning Mr. El Werfalli pursuant to subsection 44(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and issued its decision on December 24, 2010.

[9] The Board first considered the motion to stay proceedings by Mr. El Werfalli on the basis of his assertion that the delay of 14 years to address inadmissibility issues prejudiced Mr. El Werfalli’s ability to defend himself. The Board found an unreasonable delay of 8 years but also found that delay did not prevent Mr. El Werfalli from being able to meaningfully respond to the Minister’s allegations. Applying the test in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 (*Blencoe*), the Board held the unreasonable delay was not enough to stay proceedings on the grounds they constitute an abuse of process. Since Mr. El Werfalli was able to present evidence despite the unreasonable delay, the Board found that the proceeding was not contrary to the interests of justice and denied the motion to stay the proceeding.

[10] The Board noted the Minister alleged Mr. El Werfalli is inadmissible to Canada because he is a person described in paragraph 34(1)(c) of the IRPA for engaging in terrorism and also a person described in paragraph 34(1)(f) being a member of a group that has engaged in terrorism. The Minister further alleged Mr. El Werfalli provided medical treatment to Mujahedin fighters despite knowing that these fighters murdered captured opponents. Accordingly, the Minister also alleged that Mr. El Werfalli is inadmissible to Canada because he is a person described in paragraph 35(1)(a) of the IRPA for violating human or international rights.

Ainsi, il est une personne visée à l’alinéa 34(1)f) de la LIPR ».

[7] J’estime que la Commission, bien que ses conclusions de fait soient raisonnables, n’a pas pris en compte l’interprétation correcte de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR. Pour les motifs exposés ci-dessous, j’accueille la demande de contrôle judiciaire.

La décision soumise au contrôle

[8] La Commission a procédé à l’enquête au sujet de M. El Werfalli conformément au paragraphe 44(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), et elle a rendu sa décision le 24 décembre 2010.

[9] Elle a d’abord entendu une requête en suspension présentée par M. El Werfalli, alléguant que les 14 ans mis à soulever la question d’interdiction de territoire ont porté préjudice à sa capacité de se défendre. Elle a estimé qu’il y avait eu un retard déraisonnable de 8 ans, mais que celui-ci n’avait pas empêché M. El Werfalli de répondre utilement aux allégations du ministre. Appliquant le critère formulé dans l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 (*Blencoe*), elle a jugé que ce retard déraisonnable n’était pas suffisant pour constituer un abus de procédure justifiant de suspendre l’instance. Elle a conclu que, puisque M. El Werfalli était en mesure de présenter des éléments de preuve malgré le retard déraisonnable, l’instance n’allait pas à l’encontre de l’intérêt de la justice, et elle a rejeté la requête en suspension.

[10] La Commission a fait état de l’allégation du ministre selon laquelle M. El Werfalli est interdit de territoire au Canada aux termes de l’alinéa 34(1)c) de la LIPR, parce qu’il s’est livré au terrorisme, et aux termes de l’alinéa 34(1)f), parce qu’il était membre d’une organisation qui s’est livrée au terrorisme. Le ministre avait aussi allégué que M. El Werfalli avait fourni des soins médicaux à des moudjahidines en sachant que ces combattants exécutaient leurs prisonniers, affirmant ainsi que M. El Werfalli était interdit de territoire aux termes de l’alinéa 35(1)a) de la LIPR, pour atteinte aux droits humains ou internationaux.

[11] The Board decided Mr. El Werfalli is not a person engaging in terrorism as described in paragraph 34(1)(c). The Board also decided he is not a person who has violated human or international rights as described in paragraph 35(1)(a) of the IRPA. The Board did decide that Mr. El Werfalli is a person who is a member of a group that has engaged in terrorism as described in paragraph 34(1)(f).

[12] At the hearing, the Minister alleged that Mr. El Werfalli worked for Al-Haramain despite being aware of Al-Haramain's links to Al Qaeda, a terrorist organization. The Minister further alleged that Mr. El Werfalli provided medical assistance to the Mujahedin who engaged in terrorism. Finally, the Minister alleged that Mr. El Werfalli knew a person associated with Al Qaeda.

[13] The Board disposed of the Minister's allegations concerning terrorism. It began by having regard for the definition of terrorism set out by the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*). Terrorism involves causing death or serious bodily harm to civilians or non-combatants in order to intimidate a population or to compel a government or an international institution to act or refrain from acting.

[14] The Board accepted the evidence of the applicant's witness, Thomas Quiggin, an intelligence analyst for Privy Council in 1996. He testified there was no organized Al Qaeda presence in Bosnia from 1991 to 1996. Al Qaeda operations had been centered in Sudan and only after it was expelled from Sudan did Al Qaeda try to establish a presence in Bosnia. There was no evidence exactly when the Al-Haramain branch in Bosnia became linked to Al Qaeda. Mr. El Werfalli's employment with Al-Haramain ended in early 1996. The Board found the evidence was not sufficient to show that there are reasonable grounds to believe that Mr. El Werfalli engaged in terrorism as a result of his employment with the Al-Haramain branch in Bosnia.

[11] La Commission a conclu que M. El Werfalli ne s'était pas livré au terrorisme au sens de l'alinéa 34(1)c) de la LIPR et qu'il n'avait pas non plus porté atteinte à des droits humains ou internationaux au sens de l'alinéa 35(1)a). Elle a toutefois conclu qu'il était une personne visée à l'alinéa 34(1)f) en raison de son appartenance à une organisation s'étant livrée au terrorisme.

[12] À l'audience, le ministre a déclaré que M. El Werfalli avait travaillé pour Al-Haramain en sachant que celle-ci avait des liens avec l'organisation terroriste Al-Qaïda. Il a ajouté que l'intéressé avait fourni une assistance médicale à des moudjahidines se livrant à des activités terroristes et qu'il connaissait une personne associée à Al-Qaïda.

[13] Pour statuer sur les allégations du ministre relatives au terrorisme, la Commission a commencé par se reporter à la définition de terrorisme formulée par la Cour suprême dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*). Le terrorisme s'entend du fait de tuer ou blesser grièvement un civil ou un non-combattant dans le but d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

[14] La Commission a reçu le témoignage de M. Thomas Quiggin, analyste du renseignement pour le Conseil privé en 1996, cité par le demandeur. Le témoin a déclaré qu'il n'y avait aucune présence organisée d'Al-Qaïda en Bosnie de 1991 à 1996. Les activités d'Al-Qaïda étaient concentrées au Soudan, et ce n'est qu'après avoir été expulsée de ce pays que l'organisation a tenté de s'implanter en Bosnie. Le moment exact où la branche bosniaque d'Al-Haramain a noué des liens avec Al-Qaïda n'a pas été mis en preuve. M. El Werfalli a cessé d'y travailler au début de 1996. La Commission a jugé que la preuve ne permettait pas de conclure à l'existence de motifs raisonnables de croire que M. El Werfalli s'était livré au terrorisme à l'occasion de son emploi auprès de la branche bosniaque d'Al-Haramain.

[15] Mr. Quiggin also testified he was not aware of any terrorism activity in Bosnia during the period he worked as an intelligence analyst in regards to the Balkins from 1992 to 1997. The Board stated Mr. El Werfalli's association with the Mujahedin cannot lead to a finding he had engaged in terrorism because the Mujahedin did not commit acts of terrorism (as opposed to international or human rights violations) in the course of combat during the war.

[16] The Board considered Mr. El Werfalli's interaction with an Al Qaeda associate. The Board found there was no evidence of Mr. El Werfalli assisting that Al Qaeda associate beyond possibly treating him at a medical centre in Bosnia. There was a telephone call and two meetings in Canada. The Board found the evidence did not show Mr. El Werfalli had a close relationship with the Al Qaeda associate. The Board found this evidence was not substantial enough to find there are reasonable grounds to believe Mr. El Werfalli engaged in terrorism as a result of this contact with the Al Qaeda associate. It is noteworthy that the Board did not doubt the applicant's credibility in this or any other part of his testimony.

[17] The Board then considered the Minister's allegation that Mr. El Werfalli violated human or international rights contrary to paragraph 35(1)(a) of the IRPA.

[18] The Minister argued Mr. El Werfalli provided medical treatment to the Mujahedin despite their committing war crimes thus making him complicit in their crimes. Mr. El Werfalli had testified that he had no direct knowledge the Mujahedin killing captured combatants although he knew of rumours to that effect. Mr. El Werfalli testified how the Mujahedin came to Al-Haramain to ask for food, money and medical help but made it clear that Al-Haramain provided assistance to anyone who asked for help. The Minister conceded that the human rights violations which the Mujahedin committed were not acts of terrorism.

[15] M. Quiggin a également témoigné qu'il n'avait pas connaissance qu'il y ait eu des activités terroristes en Bosnie pendant la période où il a travaillé comme analyste du renseignement pour les Balkans, de 1992 à 1997. La Commission a jugé que les liens de M. El Werfalli avec les moudjahidines ne pouvaient faire conclure que celui-ci s'était livré au terrorisme, parce que les moudjahidines ne commettaient pas d'actes de terrorisme lorsqu'ils combattaient durant la guerre (par opposition à la violation de droits humains ou internationaux).

[16] Examinant les contacts de M. El Werfalli avec une personne associée à Al-Qaïda, la Commission a estimé que l'intéressé n'avait pas fourni d'assistance à cette personne, sauf peut-être lui prodiguer des soins à la clinique en Bosnie. Il y a ensuite eu un appel téléphonique et deux rencontres au Canada. Selon la Commission, la preuve ne démontrait pas que M. El Werfalli entretenait une relation étroite avec cette personne, et elle n'était pas suffisante pour établir l'existence de motifs raisonnables de croire que, du fait de ses contacts avec cette personne, il s'était livré au terrorisme. Il importe de signaler que la Commission n'a pas mis en doute la crédibilité du demandeur concernant ce point ou tout autre point du témoignage de celui-ci.

[17] La Commission a ensuite examiné l'allégation du ministre voulant que M. El Werfalli ait porté atteinte à des droits humains ou internationaux au sens de l'alinéa 35(1)a) de la LIPR.

[18] Le ministre soutient que M. El Werfalli a soigné des moudjahidines tout en sachant qu'ils avaient commis des crimes de guerre et qu'il s'est ainsi rendu complice de ces crimes. M. El Werfalli avait indiqué qu'il n'avait pas directement connaissance que les moudjahidines tuaient les combattants qu'ils capturaient, mais qu'il était au courant de cette rumeur. Il a expliqué dans son témoignage que les moudjahidines s'adressaient à Al-Haramain pour avoir de la nourriture, de l'argent ou de l'aide médicale, mais il a clairement indiqué qu'Al-Haramain aidait quiconque sollicitait de l'aide. Le ministre a reconnu que les atteintes aux droits humains commises par les moudjahidines n'étaient pas des actes de terrorisme.

[19] The Board found that, during the period of Mr. El Werfalli's employment with Al-Haramain, that organization's mission in Croatia and Bosnia was to provide humanitarian aid. Mr. El Werfalli provided medical treatment to all those in need. He did not specifically help the Mujahedin as a means of furthering their military operations. The Board found it was not possible to show Mr. El Werfalli had the intent or *mens rea* to be complicit in war crimes.

[20] The Board turned to consider whether Mr. El Werfalli was a person described in paragraph 34(1)(f) as a member of an organization where there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in terrorism as articulated in paragraph 34(1)(c) of the IRPA.

[21] The Board held two factors were necessary to find a person described under paragraph 34(1)(f) of the IRPA. First, there must be reasonable grounds to believe that the organization engaged in terrorism. Second the evidence must show there are reasonable grounds to find that the person is or was a member of that organization.

[22] The Board returned to *Suresh* for determining two essential elements which must be established in order to find an organization engaged in terrorism:

- a. the organization committed an act whose intent was to cause death or serious bodily harm to a civilian;
- b. the purpose of the act was to intimidate a population or compel a government or international organization to do or to abstain from doing any act.

[23] The Board found Al Qaeda's 9/11 attack on the World Trade Centre in 2001 with the resulting civilian deaths established Al Qaeda engaged in terrorist activity. Al Qaeda received funding from the Al-Haramain office in Bosnia and used the office as a front for fundraising and operational activities. In 2002, the Al-Haramain office in Bosnia was closed after it was put on a United Nations Security Council list of Al Qaeda associates. The Board considered the

[19] La Commission a conclu que, pendant la période où M. El Werfalli a travaillé pour Al-Haramain, la mission de l'organisation en Croatie et en Bosnie était de fournir de l'aide humanitaire. M. El Werfalli soignait tous ceux qui avaient besoin de soins médicaux. Il n'a pas fourni d'aide particulière aux moudjahidines pour faciliter leurs opérations militaires. Il n'était donc pas possible de démontrer, selon la Commission, qu'il avait l'intention (ou *mens rea*) d'être complice de crimes de guerre.

[20] La Commission a ensuite abordé la question de savoir si M. El Werfalli était une personne visée à l'alinéa 34(1)f) de la LIPR, c'est-à-dire un membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte de terrorisme au sens de l'alinéa 34(1)c) de la LIPR.

[21] Elle a indiqué que la conclusion qu'une personne est visée à l'alinéa 34(1)f) de la LIPR dépend de deux facteurs : des motifs raisonnables de croire que l'organisation s'est livrée au terrorisme et une preuve démontrant qu'il y a des motifs raisonnables de conclure que la personne est ou était membre de cette organisation.

[22] Citant l'arrêt *Suresh* une fois de plus, elle a indiqué que deux éléments essentiels doivent être établis pour conclure qu'une organisation s'est livrée au terrorisme :

- a. l'organisation a commis un acte destiné à tuer ou à blesser grièvement un civil;
- b. cet acte visait à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

[23] La Commission a jugé que l'attaque du 11 septembre 2001 contre le World Trade Center, qui avait causé la mort de civils, établissait qu'Al-Qaïda s'était livrée au terrorisme. Al-Qaïda avait reçu du financement du bureau d'Al-Haramain en Bosnie et avait utilisé ce bureau comme couverture pour ses opérations et ses activités de financement. Le bureau d'Al-Haramain en Bosnie a été fermé en 2002 après avoir été inscrit à la liste des organisations associées à Al-Qaïda compilée

financial and operational support which the Al-Haramain branch in Bosnia gave to Al Qaeda was substantial enough to establish there are reasonable grounds to believe the Bosnian branch office of Al-Haramain engaged in terrorism.

[24] The Board accepted evidence from another of the applicant's witnesses, Dr. Warde, an expert in terrorist financing. Dr. Warde testified Al Qaeda had ties to people in the Al-Haramain branch office in Bosnia it had infiltrated. The Board found the United Nations Security Council's designation of the Al-Haramain branch in Bosnia as an Al Qaeda associate together with Dr. Warde's testimony that a "terrorist parliament" infiltrated this branch of Al-Haramain were enough to find there are reasonable grounds to believe that the Bosnian branch of Al-Haramain engaged in terrorism.

[25] The Board turned to the question of membership. The Board noted there is no standardized definition of membership in the IRPA or in case law but the concept of membership has received a broad interpretation. *Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85.

[26] Mr. El Werfalli submitted that the terrorist activity of the Al-Haramain branch in Bosnia occurred after he left Bosnia and came to Canada. Accordingly it was impossible for him to have "knowing participation" in terrorism and he cannot be found by the Board to be a member as envisioned in paragraph 34(1)(f). *Sinnaiah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1576, 43 Imm. L.R. (3d) 269.

[27] The Member disagreed with this submission stating [at paragraph 62]:

The panel disagrees with this argument for a number of reasons. Firstly, there is no temporal requirement when making an assessment for the purposes of 34(1)(f). A person can innocently join an organization which later engages in terrorism and still be caught by this section of the *Act*. The section makes no distinction as to when the terrorist activity is to take place, but rather, lays it wide open. It can take place at any point in time.

par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Selon la Commission, le soutien financier et opérationnel fourni à Al-Qaïda par le bureau d'Al-Haramain en Bosnie était assez important pour établir l'existence de motifs raisonnables de croire que ce bureau s'était livré au terrorisme.

[24] La Commission a reçu le témoignage de M. Warde, spécialiste en matière de financement du terrorisme, lui aussi cité par le demandeur. M. Warde a témoigné qu'Al-Qaïda avait des liens avec des gens du bureau d'Al-Haramain en Bosnie qu'elle avait infiltré. La Commission a conclu que la décision du Conseil de sécurité des Nations Unies déclarant que ce bureau était affilié à Al-Qaïda et le témoignage de M. Warde selon lequel un [TRADUCTION] « rassemblement terroriste » avait infiltré le bureau étaient suffisants pour faire conclure à l'existence de motifs raisonnables de croire que le bureau d'Al-Haramain en Bosnie s'était livré au terrorisme.

[25] Examinant ensuite l'appartenance de l'intéressé à ce bureau, la Commission a signalé que ni la LIPR ni la jurisprudence ne définissaient expressément l'appartenance, mais que cette notion avait reçu une interprétation large. *Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85.

[26] M. El Werfalli a fait valoir que les activités terroristes du bureau d'Al-Haramain en Bosnie ayant eu lieu après son départ de la Bosnie et son arrivée au Canada, sa « participation consciente » au terrorisme était exclue, et qu'il ne pouvait être considéré comme membre d'une organisation terroriste au sens de l'alinéa 34(1)f). *Sinnaiah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1576.

[27] Le commissaire n'a pas retenu cet argument, indiquant [au paragraphe 62] :

Le tribunal ne souscrit pas à cet argument pour un certain nombre de raisons. Premièrement, il n'y a aucune exigence temporelle liée à une évaluation aux fins de l'alinéa 34(1)f). Une personne peut se joindre innocemment à une organisation qui se livre plus tard au terrorisme et tout de même être visée par cette disposition de la LIPR. Cette disposition n'établit aucune distinction quant au moment où les activités terroristes doivent avoir lieu; elle laisse plutôt la porte grande ouverte à cet égard. Ces activités peuvent avoir lieu à tout moment.

[28] Mr. El Werfalli submitted he was an employee of Al-Haramain and not a member. The Board also rejected this submission.

[29] The Board noted that the Al-Haramain Islamic Foundation is one of the most prominent Saudi charities in the world. The main headquarters are in Riyadh, Saudi Arabia. The branch offices in other countries facilitate the distribution of charitable funds. Mr. El Werfalli worked out of the Al-Haramain branch in Zenica, Bosnia Herzegovina. The Al-Haramain Islamic Foundation itself was not deemed an Al Qaeda associate by the UN.

[30] The Board found Mr. El Werfalli to be a member because of his employment that lasted two years. He worked as a medical doctor and administered the main medical clinic in Zenica, Bosnia and other off-site clinics. He did not voluntarily leave but was let go during downsizing. The Board found these facts provide a sufficient link to find Mr. El Werfalli was a member of the Bosnian branch of Al-Haramain for the purposes of paragraph 34(1)(f).

[31] The Board concluded stating [at paragraph 73]:

The panel recognizes that there [*sic*] insufficient evidence to show that Mr. El Werfalli himself engaged in terrorism. However, 34 (1) (f) of the *Act* does not require one to actually engage in terrorism. It only requires one to be a member in a group that, at some point in time, engages in terrorism. This may seem unfair, however, the *Act* has a provision to cover this type of situation. A person may apply to the Minister under s. 34 (2) of the *IRPA* for a determination to be made that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

[32] In result, the Board found Mr. El Werfalli is not a person described in paragraph 34(1)(c) or 35(1)(a) of the *IRPA*. The Board found he is a person described in paragraph 34(1)(f) of the *IRPA* and issued a deportation order.

[28] M. El Werfalli a soutenu qu'il était employé et non membre d'Al-Haramain, argument lui aussi écarté par la Commission.

[29] La Commission a signalé que la Fondation islamique Al-Haramain est l'une des organisations caritatives d'Arabie saoudite les plus importantes au monde. Son siège se trouve à Riyadh, en Arabie saoudite, et ses bureaux dans les autres pays facilitent la distribution des dons de charité. M. El Werfalli travaillait au bureau d'Al-Haramain à Zenica, en Bosnie-Herzégovine. La Fondation islamique Al-Haramain elle-même n'était pas considérée comme une associée d'Al-Qaïda par l'ONU.

[30] La Commission a conclu que M. El Werfalli était membre d'une organisation terroriste parce qu'il avait occupé son emploi pour Al-Haramain pendant deux ans. Il avait travaillé comme médecin et administré la principale clinique de l'organisme, à Zenica, ainsi que d'autres cliniques ailleurs en Bosnie. Il n'a pas quitté volontairement son emploi, mais a été licencié par suite d'une réduction des effectifs. La Commission a estimé que ces faits établissaient un lien suffisant avec le bureau d'Al-Haramain en Bosnie pour faire conclure que M. El Werfalli en était membre au sens de l'alinéa 34(1)f).

[31] La Commission a clos ses motifs par cet énoncé [au paragraphe 73] :

Le tribunal reconnaît qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve démontrant que M. El Werfalli s'est lui-même livré au terrorisme. Toutefois, l'alinéa 34(1)f) de la LIPR n'exige pas qu'une personne se livre réellement au terrorisme. Il exige seulement qu'une personne soit membre d'une organisation qui, à un certain moment, se livre au terrorisme. Cela peut sembler injuste, mais la LIPR compte une disposition qui couvre ce type de situation. Une personne peut présenter une demande au ministre en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR afin qu'il soit décidé que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

[32] La conclusion de la Commission a donc été que M. El Werfalli n'était pas une personne visée aux alinéas 34(1)c) ou 35(1)a) de la LIPR, mais qu'il était une personne visée à l'alinéa 34(1)f), et elle a pris une mesure d'expulsion.

Legislation

[33] The *Immigration and Refugee Protection Act* provides:

Rules of interpretation

33. The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe they have occurred, are occurring or may occur.

Security

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

(a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

(c) engaging in terrorism;

(d) being a danger to the security of Canada;

(e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

Exception

34. (2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest. [Emphasis added.]

Issues

[34] The applicant raises three issues before the Court:

a. Did the Board err in denying the motion for a stay of proceeding?

Les dispositions législatives

[33] La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* prévoit notamment ce qui suit :

33. Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

Interprétation

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

a) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

c) se livrer au terrorisme;

d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;

e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

Sécurité

34. (2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national. [Je souligne.]

Exception

Les questions en litige

[34] Le demandeur a soulevé les trois questions suivantes :

a. La Commission a-t-elle rejeté à tort la requête en suspension?

b. Did the Board err in finding that Mr. El Werfalli was a person described in paragraph 34(1)(f)?

c. Does paragraph 34(1)(f) violate paragraph 2(d) or section 7 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]]?

Standard of Review

[35] The applicant, relying on *Kastrati v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1141 (*Kastrati*) citing *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), submits that:

a. the motions for a stay of proceedings is a question of natural justice and therefore reviewable on the standard of correctness;

b. the Board erred in outlining the necessary requirements for paragraph 34(1)(f) and because this is a question of law, it is reviewable on a standard of correctness;

c. the finding that Mr. El Werfalli is a member of Al-Haramain is reviewable on a standard of reasonableness.

[36] I agree with the applicant that a question of natural justice invokes a standard akin to correctness. *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 72.

[37] However, in respect of the interpretation of paragraph 34(1)(f) of the IRPA, I consider the interpretation of a home statute by a tribunal which has expertise in the subject-matter to invoke a standard of reasonableness. In *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Canadian Human Rights Commission*), at paragraph 24, the Supreme Court of Canada stated:

b. La Commission a-t-elle conclu à tort que M. El Werfalli était une personne visée à l'alinéa 34(1)(f)?

c. L'alinéa 34(1)(f) viole-t-il l'alinéa 2d) ou l'article 7 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 norme de contrôle

[35] Invoquant la décision *Kastrati c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1141 (*Kastrati*), laquelle cite l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), le demandeur soutient ce qui suit :

a. la requête en suspension appelle l'application de la norme de la décision correcte puisqu'il s'agit d'une question de justice naturelle;

b. la Commission s'est trompée dans son exposé des conditions d'application de l'alinéa 34(1)(f) et, comme il s'agit d'une question de droit, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte;

c. la conclusion que M. El Werfalli est membre d'Al-Haramain se contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[36] Je conviens avec le demandeur qu'une question de justice naturelle appelle l'application d'une norme s'apparentant à la norme de la décision correcte. *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 72.

[37] S'agissant de l'interprétation de l'alinéa 34(1)(f) de la LIPR, toutefois, je suis d'avis que l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive sur un sujet touchant son expertise est soumise à la norme de la décision raisonnable. Dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Commission canadienne des droits de la personne*), la Cour suprême du Canada a indiqué ce qui suit, au paragraphe 24 :

... if the issue relates to the interpretation and application of its own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply and the Tribunal will be entitled to deference.

[38] Here the question involves the interpretation and application of a provision of the Board's home statute, the IRPA, on subject-matter involving the Board's expertise. The question, although important, does not involve a question of general legal importance. Accordingly, I conclude the standard of reasonableness applies to the Board's interpretation to paragraph 34(1)(f) of the IRPA.

[39] I agree that the standard of review for a finding of membership is that of reasonableness. In *Al Yamani v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1457, 149 C.R.R. (2d) 340 (*Al Yamani*), the Court articulated reasonableness as the standard of review for a finding of paragraph 34(1)(f) membership [at paragraph 7]:

The question of whether an organization is one described in s. 34(1)(a), (b) or (c) has been dealt with previously by this Court according to the standard of reasonableness (*Kanendra v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2005 FC 923, [2005] F.C.J. No. 1156 at para. 12 (F.C.)). In *Kanendra*, above, Justice Simon Noël, relying upon a pragmatic and functional analysis conducted by Justice Marshall Rothstein of the Federal Court of Appeal in *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] F.C.J. No. 381 at para. 23 (F.C.A.) applied the reasonableness standard to a finding of "membership" in an organization described in paragraph 34(1)(f). The facts and issues before me are no different than those considered in those cases and, accordingly, I see no reason to depart from the standard of reasonableness. [Emphasis added.]

[40] The applicant submits that the Charter questions are questions of law and therefore reviewable on a question of correctness. However, the Charter arguments were not put forth before the Board, so it makes little sense to say they are "reviewable" or to say that they are "reviewable on a correctness standard".

[...] lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence.

[38] En l'espèce, la question suppose l'interprétation et l'application d'une disposition de la loi constitutive de la Commission, la LIPR, relativement à un sujet relevant de l'expertise de celle-ci. En dépit de son importance, cette question n'est pas une question de droit générale. Je suis donc d'avis que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique à l'interprétation de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR faite par la Commission.

[39] Je conviens aussi qu'une conclusion en matière d'appartenance se contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Dans la décision *Al Yamani c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2006 CF 1457 (*Al Yamani*), la Cour a conclu que la norme de la décision raisonnable s'appliquait à la conclusion relative à l'appartenance à une organisation décrite à l'alinéa 34(1)f) [au paragraphe 7] :

La question de savoir si une organisation est visée par les alinéas 34(1)a), b) ou c) a été examinée dans le passé par la Cour en fonction de la norme de la décision raisonnable (*Kanendra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 923, [2005] A.C.F. n° 1156, paragraphe 12 (C.F.)). Dans *Kanendra*, le juge Simon Noël s'est appuyé sur l'analyse pragmatique et fonctionnelle à laquelle le juge Marshall Rothstein de la Cour d'appel fédérale avait procédé dans l'arrêt *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] A.C.F. n° 381, paragraphe 23 (C.A.F.), pour décider d'appliquer la norme de la décision raisonnable à une conclusion relative à l'appartenance à une organisation décrite à l'alinéa 34(1)f). Les faits et les questions dont je suis saisie ne diffèrent pas de ceux en cause dans ces affaires et, par conséquent, il n'y a selon moi aucun motif pour que je m'écarte de la norme de la décision raisonnable. [Je souligne.]

[40] Pour ce qui est des questions relevant de la Charte, le demandeur avance qu'il s'agit de questions de droit et qu'elles doivent être contrôlées selon la norme de la décision correcte. Toutefois, comme les arguments fondés sur la Charte n'ont pas été soumis à la Commission, on ne saurait logiquement prétendre que ces questions sont « susceptibles de contrôle » ou qu'elles sont « susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte ».

Analysis

[41] I will address the issues in the order identified.

Did the Board err in denying the motion for a stay of proceeding?

[42] The applicant argues that the Board erred in dismissing the abuse of process motion. I disagree.

[43] At the outset, it is important to note that subsection 34(1) deals with terrorism and similar subject-matter. The context for this provision of the immigration legislation is national security and public safety which, as the Federal Court of Appeal observed in *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487, are the most serious concerns of government. In my view, such serious matters tend to weigh against deciding the matter procedurally rather than addressing the issues on the merits.

[44] The applicant argues that the Board erred in failing to conduct the balancing test as articulated in *Blencoe*. The Board found that the applicant [at paragraph 17] “can rightly claim that the slow pace ... [has] impacted on his ability to gather evidence and to respond to the allegations being made against him.” However, the Board then went on to observe that the applicant was still able to present evidence and tell his story, concluding that the applicant presented a meaningful defence. The Board considered that, even though he did not have witness accounts from his activities in Bosnia, he was still able to arrange for expert witnesses to testify on his behalf.

[45] The applicant takes issue with this part of the Board’s decision for several reasons. I am not convinced by any of the applicant’s submissions on this point.

[46] The applicant argues that the delay caused him prejudice, as he was unable to provide evidence that could have allowed him to counter the Minister’s assertions having to do with his alleged membership in a terrorist organization. He also claims he could have

Analyse

[41] J’examinerai les questions dans l’ordre de leur énoncé.

La Commission a-t-elle rejeté à tort la requête en suspension?

[42] Selon le demandeur, la Commission a eu tort de rejeter sa requête en suspension. Je ne suis pas de cet avis.

[43] Il importe de souligner, d’entrée de jeu, que le paragraphe 34(1) concerne le terrorisme et des activités similaires. Cette disposition de la législation en matière d’immigration s’inscrit dans le contexte de la sécurité nationale et de la sécurité publique et il s’agit là, comme la Cour d’appel fédérale l’a fait remarquer dans l’arrêt *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487, des principales préoccupations du gouvernement. La gravité de ces questions incite selon moi à trancher de telles affaires au fond et non pas sur un point de procédure.

[44] Le demandeur affirme que la Commission a commis une erreur en ne procédant pas à l’évaluation exigée dans l’arrêt *Blencoe*. La Commission a conclu que le demandeur pouvait [au paragraphe 17] « à juste titre affirmer que la lenteur avec laquelle le ministre a traité son cas a eu une incidence sur sa capacité à réunir des éléments de preuve et à répondre aux allégations formulées à son égard ». Elle a toutefois ajouté que le demandeur avait quand même été en mesure de présenter des éléments de preuve et de raconter son histoire, et elle a conclu qu’il avait pu présenter une défense valable. Elle a considéré que, même s’il n’avait pu appeler de témoins pour déposer au sujet de ses activités en Bosnie, il avait pu citer des témoins experts.

[45] Le demandeur conteste cet aspect de la décision de la Commission pour plusieurs raisons, dont aucune n’est convaincante à mon avis.

[46] Il soutient que le long délai lui a causé préjudice en l’empêchant de fournir des éléments de preuve qui lui auraient permis de répondre aux allégations du ministre au sujet de son appartenance à une organisation terroriste. Il avance aussi qu’il aurait pu se procurer des

obtained evidence that would overcome the Board's finding that the Bosnian branch of Al-Haramain was engaged in terrorist activities.

[47] In my view, these submissions are flawed. First, the applicant clearly was a member of Al-Haramain, as a medical officer in Bosnia, from 1993 to 1996. Second, it was the United Nations that placed the Bosnian branch of the Al-Haramain on the list, not the Immigration and Refugee Board or the Minister. The Board simply made a connection between the designated organization associated with terrorist activities and the applicant's employment in that organization. Paragraph 34(1)(f) speaks of a person being a *member of an organization*. One either is or is not a member of an organization. Submitting evidence about the nature of the Bosnian branch has little to do with advancing a claim that employment does not equate to membership.

[48] I conclude that the Board did not err in law by denying the applicant's motion to stay the proceedings. The Board balanced the impact of the delay against the prejudice suffered by the applicant. The Board found that the applicant could still mount a meaningful defence. Finally, the applicant's argument that he could have obtained evidence against the Board's determination would have been of little value; indeed, the applicant was a member of Al-Haramain, an organization that after his departure would be connected to Al Qaeda, a terrorist organization. Finally, given that the Board's decision deals with questions of the most serious concerns of government and given the applicant was able to present evidence in support of his submissions to the Board, it would be better to decide this question on its merits rather than procedural grounds.

Did the Board err in finding that Mr. El Werfalli was a person described in paragraph 34(1)(f)?

[49] For purposes of this analysis, I will confine myself to paragraph 34(1)(c), engaging in terrorism since on the facts of this case, the focus of paragraph 34(1)(f) relates to paragraph 34(1)(c), to wit: "engaging in terrorism". The matter does not involve paragraph 34(1)(a)

éléments de preuve qui auraient empêché la Commission de conclure que le bureau d'Al-Haramain en Bosnie se livrait au terrorisme.

[47] Ces arguments ne tiennent pas, selon moi. Premièrement, il est clair que le demandeur était membre d'Al-Haramain de 1993 à 1996, comme médecin. Deuxièmement, la branche bosniaque d'Al-Haramain a été inscrite sur la liste par l'ONU, non par la Commission ou le ministre. La Commission a simplement établi un lien entre ladite organisation associée à des activités terroristes et l'emploi du demandeur auprès de cette organisation. Les mots employés à l'alinéa 34(1)f) sont « être membre d'une organisation ». Ou bien on est membre ou bien on ne l'est pas. Présenter des éléments de preuve concernant la nature de la branche bosniaque ne serait pas d'une grande utilité pour faire valoir qu'être employé n'est pas être membre.

[48] Je conclus que la Commission n'a pas commis d'erreur de droit en rejetant la requête en suspension. La Commission a mis en balance les conséquences du délai et le préjudice subi par le demandeur et jugé que ce dernier pouvait encore présenter une défense valable. De plus, l'argument du défendeur qu'il lui aurait été possible de se procurer des éléments de preuve qui auraient pu empêcher la Commission de conclure comme elle l'a fait a peu de valeur; le demandeur était effectivement membre d'Al-Haramain, une organisation qui, après le départ de ce dernier, a eu des liens avec Al-Qaïda, une organisation terroriste. Enfin, puisque la décision de la Commission porte sur des questions relatives aux principales préoccupations du gouvernement et que le demandeur a été en mesure de présenter à la Commission des éléments de preuve à l'appui de ses prétentions, mieux valait rendre un jugement au fond que de trancher l'affaire sur une question de procédure.

La Commission a-t-elle conclu à tort que M. El Werfalli était une personne visée à l'alinéa 34(1)f)?

[49] Puisqu'en raison des faits, l'alinéa 34(1)f) renvoie à l'alinéa 34(1)c), c'est-à-dire au fait de « se livrer au terrorisme », je m'en tiendrai à ce dernier alinéa dans l'analyse de cette question. En effet, la présente espèce ne porte pas sur des actes d'espionnage ou de subversion

espionage or subversion, or paragraph 34(1)(b) subversion by force of any government.

[50] The applicant submits that the Board's findings that the applicant is inadmissible because of his membership in the Bosnian branch of Al-Haramain are unreasonable. The applicant submits this is so because:

a. There was insufficient evidence to find that the Bosnian branch of Al-Haramain was a terrorist organization; and

b. The Board erred in finding the applicant to be a member of the Bosnian branch of Al-Haramain.

[51] The applicant submits that the evidence before the Board clearly supported the fact that terrorism elements within the organization were limited to a few rogue members who were not sanctioned by the organization or the branch as a whole. The expert intelligence evidence the Board relied upon suggests that after 1996, some individuals within the organization started diverting funds to Al Qaeda. Furthermore, the expert testimony called into question any reliance on the UN designation of Al-Haramain as a terrorist organization. The applicant submits this evidence is not sufficient to ground a reasonable finding that the Bosnian branch of Al-Haramain is an organization that engaged in terrorism or sanctioned terrorist activities that may have been conducted by a few of its members.

[52] The respondent submits the "reasonable grounds" to believe test has a very low threshold and is interpreted by the courts to mean something more than a mere suspicion but less than proof on the balance of probabilities. *Vimalenthirakumar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1181 (*Vimalenthirakumar*). The evidence before the Board meets this threshold.

[53] The applicant also submits he was an employee of Al-Haramain, not a member of the organization for the purpose of paragraph 34(1)(f). His role was not linked to any kind of nefarious activities. He had no commitment to terrorist political objectives and he did not know or acquiesce to the terrorist support acts in

(l'alinéa 34(1)a)) ni sur des actes visant au renversement d'un gouvernement par la force (alinéa 34(1)b)).

[50] Le demandeur soutient que la conclusion de la Commission voulant qu'il soit interdit de territoire à cause de son appartenance à la branche bosniaque d'Al-Haramain est déraisonnable pour les motifs suivants :

a. la preuve ne permettait pas de conclure que la branche bosniaque d'Al-Haramain était une organisation terroriste;

b. la Commission a conclu à tort que le demandeur était membre de cette branche.

[51] Selon lui, il ressortait clairement de la preuve dont disposait la Commission que les éléments terroristes au sein de l'organisation se limitaient à quelques membres factieux dont l'activité n'était approuvée ni par l'organisation ni par l'ensemble de la branche; le témoignage du spécialiste du renseignement sur lequel la Commission s'est fondée indique que certains individus au sein de l'organisation ont commencé à détourner des fonds vers Al-Qaïda après 1996; ce témoignage, en outre, invite à la circonspection à l'égard de la désignation d'Al-Haramain comme organisation terroriste par l'ONU. Le demandeur fait valoir que la preuve n'est pas suffisante pour permettre de conclure raisonnablement que la branche bosniaque d'Al-Haramain s'est livrée au terrorisme ou a approuvé des activités terroristes que certains de ses membres ont pu accomplir.

[52] Le défendeur soutient pour sa part que le critère des « motifs raisonnables » de croire est très peu exigeant et que, selon la jurisprudence, il exige plus qu'un simple soupçon sans aller toutefois jusqu'à la prépondérance de preuve. *Vimalenthirakumar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1181 (*Vimalenthirakumar*), et il affirme que la preuve soumise à la Commission satisfaisait à cette exigence.

[53] Le demandeur fait également valoir qu'il était un employé d'Al-Haramain, non un membre de l'organisation au sens de l'alinéa 34(1)f), et que son rôle n'avait aucun lien avec une quelconque activité malveillante. Il ne poursuivait aucun but politique terroriste, il n'avait pas connaissance des gestes de soutien au terrorisme en

question. The applicant submits knowledge of the offending acts of an organization is important element in determining whether or not employees should be considered a member. The applicant refers to *Suresh* where the Supreme Court of Canada stated [at paragraph 110] “We believe that it was not the intention of Parliament to include in the s. 19 class of suspect persons those who innocently contribute to or become members of terrorist organizations.”

[54] The respondent responds the term “membership” is to be given a broad and unrestrictive interpretation. (*Poshteh*). The respondent submits the broad interpretation of the term “membership” endorsed by the courts is broad enough to include the applicant’s two year employment in the organization.

[55] The respondent also draws upon the decision in *Al Yamani* stating:

It is also important to note that a foreign national or permanent resident is inadmissible under paragraph 34(1)(f) of the *IRPA* irrespective of whether to membership in that organization occurred at a different time than the period of time during which the organization engaged in acts of terrorism.

[56] The respondent adds “As noted by the Board in its reasons for decision, there are no temporal restrictions on the application of paragraph 34(1)(f) of the *IRPA*”.

[57] The Board’s interpretation of paragraph 34(1)(f) of the *IRPA* is reflected in various statements in the Board’s reasons. The Board stated [at paragraphs 46, 62, 72 and 73]:

Two factors must be established to find a person described under section 34(1)(f) of the *IRPA*. There must be reasonable grounds to believe, as is required in this case, that the organization engaged in terrorism as articulated in 34(1)(c) of the *IRPA*. Secondly, the evidence must show that there are reasonable grounds to find that the person is or was a member of that organization.

...

The panel disagrees with this argument for a number of reasons. Firstly, there is no temporal requirement when making an assessment for the purposes of 34(1)(f). A person can

cause et il n’y acquiesçait pas non plus. Il soutient que la connaissance des actes répréhensibles d’une organisation est un facteur important dans l’examen de la question de l’appartenance d’un employé à une organisation. Il invoque l’arrêt *Suresh*, dans lequel la Cour suprême du Canada a déclaré [au paragraphe 110] : « [n]ous croyons que le législateur n’avait pas l’intention d’inclure dans la catégorie de personnes suspectes décrite à l’art. 19 celles qui, en toute innocence, apportent une contribution à des organisations terroristes ou en deviennent membres ».

[54] Le défendeur lui oppose que la notion d’appartenance doit recevoir une interprétation large et libérale, et il fait valoir que l’interprétation libérale retenue par les tribunaux est assez large pour englober l’emploi que le demandeur a occupé dans l’organisation pendant deux ans (*Poshteh*).

[55] En outre, invoquant la décision *Al Yamani*, le défendeur soutient :

[TRADUCTION] Il importe aussi de signaler que l’interdiction de territoire prévue à l’alinéa 34(1)f) de la LIPR s’applique sans égard au fait que l’étranger ou le résident permanent ait pu être membre de l’organisation à une autre période que celle où l’organisation s’est livrée au terrorisme.

[56] Et il ajoute que l’application de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR n’est soumise à aucune exigence temporelle, ainsi que la Commission l’a signalé dans ses motifs.

[57] L’interprétation que la Commission a faite de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR se dégage de divers passages de ses motifs. La Commission a indiqué [aux paragraphes 46, 62, 72 et 73] :

Deux facteurs doivent être établis pour conclure qu’une personne est visée à l’alinéa 34(1)f) de la LIPR. Il doit y avoir des motifs raisonnables de croire, comme il est nécessaire en l’espèce, que l’organisation s’est livrée au terrorisme, tel qu’il est énoncé à l’alinéa 34(1)c) de la LIPR. Deuxièmement, la preuve doit démontrer qu’il y a des motifs raisonnables de conclure que la personne est ou était membre de cette organisation.

[...]

Le tribunal ne souscrit pas à cet argument pour un certain nombre de raisons. Premièrement, il n’y a aucune exigence temporelle liée à une évaluation aux fins de l’alinéa 34(1)f). Une

innocently join an organization which later engages in terrorism and still be caught by this section of the *Act*. The section makes no distinction as to when the terrorist activity is to take place, but rather, lays it wide open. It can take place at any point in time.

...

Mr. El Werfalli has been found to be a member of the Al-Haramain [*sic*] office in Bosnia and there are reasonable grounds to believe that this organization engaged in terrorism. As such, is a person described in section 34(1)(f) of the *Act*.

The panel recognizes that there [is] insufficient evidence to show that Mr. El Werfalli himself engaged in terrorism. However, 34(1)(f) of the *Act* does not require one to actually engage in terrorism. It only requires one to be a member in a group that, at some point in time, engages in terrorism. [Emphasis added.]

[58] In so deciding the Board made two separate and independent determinations:

- a. the applicant had been a member of the organization,
- b. the organization engaged in terrorist activities.

[59] In treating the two determinations as entirely separate, the Board did not ask itself whether there was any nexus between the applicant's membership in the organization and the organization's involvement with terrorist activities. The Board makes this clear when it stated "The section makes no distinction as to when the terrorist activity is to take place, but rather, lays it wide open. It can take place at any point in time."

[60] I consider the Board to have erred in treating paragraph 34(1)(f) as creating two separate independent determinations. Paragraph 34(1)(f) requires one determination, that of being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in terrorism. The paragraph is a single provision requiring regard for all its elements in an integrated manner.

[61] The question before the Board was whether paragraph 34(1)(f) applied to an individual who had

personne peut se joindre innocemment à une organisation qui se livre plus tard au terrorisme et tout de même être visée par cette disposition de la LIPR. Cette disposition n'établit aucune distinction quant au moment où les activités terroristes doivent avoir lieu; elle laisse plutôt la porte grande ouverte à cet égard. Ces activités peuvent avoir lieu à tout moment.

[...]

Il a été conclu que M. El Werfalli faisait partie du bureau d'Al-Haramain [*sic*] en Bosnie et qu'il y a des motifs raisonnables de croire que cette organisation s'est livrée au terrorisme. Ainsi, il est une personne visée à l'alinéa 34(1)f) de la LIPR.

Le tribunal reconnaît qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve démontrant que M. El Werfalli s'est lui-même livré au terrorisme. Toutefois, l'alinéa 34(1)f) de la LIPR n'exige pas qu'une personne se livre réellement au terrorisme. Il exige seulement qu'une personne soit membre d'une organisation qui, à un certain moment, se livre au terrorisme. [Je souligne.]

[58] En s'exprimant ainsi, la Commission a formulé deux conclusions distinctes et indépendantes :

- a. le demandeur était membre de l'organisation,
- b. l'organisation s'est livrée à des activités terroristes.

[59] En séparant entièrement ces deux conclusions, la Commission ne s'est pas demandé s'il existait un lien entre l'appartenance du demandeur à l'organisation et l'implication de celle-ci dans des activités terroristes. Cela ressort clairement de son affirmation que « [c]ette disposition n'établit aucune distinction quant au moment où les activités terroristes doivent avoir lieu; elle laisse plutôt la porte grande ouverte à cet égard. Ces activités peuvent avoir lieu à tout moment ».

[60] Je suis d'avis que la Commission a erré en considérant que l'alinéa 34(1)f) supposait l'existence de deux conclusions distinctes et indépendantes. Il faut décider une seule chose en vertu de cette disposition, à savoir si l'intéressé est membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte considéré comme terroriste. Il s'agit d'une disposition unique exigeant la prise en compte de tous ses éléments d'une façon intégrée.

[61] La Commission devait trancher la question de savoir si l'alinéa 34(1)f) s'applique à quelqu'un qui, en

worked for and therefore was a member of an organization that had no association with terrorist activity but became associated with terrorist activity after the membership had ended.

[62] The difficulty arising from the Board's interpretation of paragraph 34(1)(f) is to associate individuals with future terrorism retroactively to the period of their membership, without any regard to honest and lawful participation at the time of the membership. In effect, any permanent resident or foreign national who is a member of any organization, by this interpretation of paragraph 34(1)(f), has a Sword of Damocles suspended indefinitely over his or her head should the organization they once had been a member become engaged in terrorist activities in the future.

[63] At this point it is appropriate to revisit the relevant wording in subsection 34(1). The provision reads:

Security **34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for**

...

(c) engaging in terrorism;

...

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c). [Emphasis added.]

[64] In *Canadian Human Rights Commission*, at paragraph 33, after finding the standard of review for a tribunal's interpretation of its home statute to be reasonableness, the Supreme Court of Canada stated:

The question is one of statutory interpretation and the object is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament. ... [Citation omitted.]

raison de l'emploi qu'il y occupait, était membre d'une organisation qui, pendant qu'il y travaillait n'était pas liée à des activités terroristes, mais qui l'a été après que cette personne a cessé d'en être membre.

[62] L'interprétation que la Commission fait de l'alinéa 34(1)(f) pose problème parce qu'elle associe rétroactivement des gens à des activités terroristes qui n'existaient pas encore au moment où ils faisaient partie de l'organisation, sans tenir compte de la légitimité et de l'honnêteté de l'appartenance à ce moment. La possibilité qu'une organisation à laquelle a appartenu un étranger ou un résident permanent se livre dans le futur à des activités terroristes constitue, à cause de cette interprétation, une épée de Damoclès le menaçant indéfiniment.

[63] Il convient, à ce stade, de réexaminer le libellé du paragraphe 34(1) :

34. (1) Emportent interdiction de territoire Sécurité pour raison de sécurité les faits suivants :

[...]

c) se livrer au terrorisme;

[...]

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c). [Je souligne.]

[64] Dans l'arrêt *Commission canadienne des droits de la personne*, la Cour suprême du Canada, après avoir conclu que la norme de contrôle applicable à l'interprétation qu'un tribunal administratif fait de sa loi constitutive est celle de la décision raisonnable, a exposé au paragraphe 33 :

Il nous faut interpréter le texte législatif et discerner l'intention du législateur à partir des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi, son objet et l'intention du législateur [...]. [Référence omise.]

Text

[65] Turning to the text of paragraph 34(1)(f), the words “being a member” refer to the time in which a person is a member. “Being” is the present participle of the irregular verb “to be” and its use is in the progressive form of a continuing activity. The proper interpretation I should think points to a period of membership during which there are reasonable grounds to believe the organization engages, has engaged or will engage in acts of terrorism.

[66] The words of paragraph 34(1)(f) go on to state “of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph ... (c) [engaging in terrorism]”. Leaving aside the words for the moment “there are reasonable grounds to believe” one reads: “an organization that ... has been engaged, engages or will engage in terrorism”.

[67] The use of the past and present tenses of “engage” are clear, the untoward terrorist activity of the organization occurs before or during the period of membership. In both, a nexus may be drawn between the individual and the organization’s involvement in terrorist activity before or during the period of the individual’s membership.

[68] Membership in an organization implies approval of the organization, its goals and activities. Where the individual’s membership is contemporaneous with the terrorist activity, an inference may be drawn in that the person knew or ought to have known of the organization’s terrorist activities. Even if the joining is innocent, there remains an implied approval of the organization.

[69] Where the terrorist activity occurred in the past, the person is joining an organization that he or she knew or ought to have known, had engaged in terrorist activities. Such an organization, if not having renounced terrorism, may resume the terrorist activity in the future. In these situations, there is a link between the applicant’s membership and organization’s in terrorist activities, that being an endorsement of the organization and the past terrorist activity by act of joining.

Texte

[65] S’agissant de l’alinéa 34(1)f), les mots « être membre » renvoient au temps où la personne est membre. Le verbe « être » à l’infinitif présent suivi de l’attribut « membre », marque un état durable. L’interprétation doit donc, à mon sens, s’entendre d’une période d’appartenance pendant laquelle il y avait des motifs raisonnables de croire que l’organisation s’était livrée, se livrait ou allait se livrer à des actes de terrorisme.

[66] La suite de l’alinéa 34(1)f) est : « d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte visé [...] [à l’alinéa] c) [se livrer au terrorisme] ». Faisons abstraction pour l’instance des mots « dont il y a des motifs raisonnables de croire »; cela laisse « qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte » terroriste.

[67] Un sens clair se dégage de l’utilisation du présent et du passé composé : l’acte terroriste répréhensible se produit avant ou pendant l’appartenance de l’intéressé à l’organisation. Dans les deux cas, on peut établir un lien entre l’intéressé et l’implication de l’organisation dans l’activité terroriste avant ou pendant la période où il en a été membre.

[68] Appartenir à une organisation suppose l’approbation de celle-ci, de ses buts et de son action. Lorsque l’intéressé est membre au moment où l’action terroriste a lieu, on peut considérer qu’il savait ou qu’il aurait dû savoir que l’organisation se livrait au terrorisme. Même si l’adhésion part d’une intention innocente, une approbation tacite de l’organisation demeure.

[69] Lorsque l’action terroriste est passée, celui qui adhère à l’organisation sait ou aurait dû savoir qu’elle s’est livrée au terrorisme. Si l’organisation n’a pas renoncé à l’action terroriste, elle est susceptible de recommencer à s’y livrer. Là encore, il y a un lien entre l’appartenance de l’intéressé à l’organisation et l’activité terroriste de celle-ci, soit l’approbation de l’organisation et de son action terroriste passée qu’il manifeste en y adhérant.

[70] What is problematic are the words “will engage in terrorism”. It seems to me that the interpretation of this phrase requires a more nuanced approach than that which serves for “engaging” in present terrorism or “engaged” in past terrorism.

[71] Assistance is provided by section 33 which reads: “The facts ... include facts for which there are reasonable grounds to believe that they ... may occur” [emphasis added]. The use of the words “may occur” rule out hindsight. Section 33 contemplates a basis for considering future events that may occur. It implies the basis for the finding is to be found, in the context of paragraph 34(1)(f), as existing at the time of an individual’s membership.

Context

[72] In *Poshteh*, the Federal Court of Appeal held at paragraphs 27 and 28 that the context for paragraph 34(1)(f) in IRPA is public safety and national security.

[73] If an individual joins an organization that is not engaged in terrorism or has not engaged in terrorism in the past, there cannot be any adverse implication that can be drawn from the individual’s membership in the organization. If an organization or persons in the organization become associated with terrorism in the future, there is no connection, without more, with individuals that previously left the organization. I am satisfied in this later instance that there is no nexus between the individual and terrorism.

[74] In addition, paragraph 34(1)(f) sets a standard for evidence required to trigger the provision. The test is “reasonable grounds to believe”. This standard is more than a suspicion but less than the balance of probabilities. *Vimalenthirakumar*.

[75] The provision of reasonable grounds to believe an organization may engage in terrorism in the future serves to maintain national security and public safety being the object of the subsection 34(1).

[70] La difficulté réside dans les mots « sera l’auteur d’un acte » terroriste. Selon moi, l’interprétation de ces mots exige de procéder avec plus de nuance que pour les mots « est » ou « a été ».

[71] L’article 33 éclaire notre tâche interprétative. Il énonce : « [L]es faits [...] sont [...] appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu’ils [...] peuvent survenir » (je souligne). L’emploi de « peuvent survenir » exclut une appréciation après coup. L’article 33 envisage le fondement de l’appréciation de faits futurs pouvant survenir. Il suppose que, dans le contexte de l’alinéa 34(1)(f), ce fondement existe au moment où l’intéressé est membre.

Contexte

[72] Dans l’arrêt *Poshteh*, la Cour d’appel fédérale a statué, aux paragraphes 27 et 28, que le contexte de l’alinéa 34(1)(f) de la LIPR est la sécurité publique et la sécurité nationale.

[73] Si quelqu’un adhère à une organisation qui ne se livre pas au terrorisme et ne s’y est pas livrée dans le passé, on ne peut rien conclure de défavorable au sujet de cette adhésion. Si l’organisation ou des personnes en faisant partie se livrent par la suite à des activités terroristes, aucun lien avec un membre ayant quitté l’organisation avant ne peut être établi sans autre élément de preuve. Je suis d’avis que, dans ce dernier cas, il n’y a pas de lien entre l’intéressé et le terrorisme.

[74] En outre, l’alinéa 34(1)(f) subordonne l’application de la disposition à une norme de preuve, les « motifs raisonnables de croire ». Cette norme exige plus qu’un soupçon sans aller jusqu’à la prépondérance de preuve. *Vimalenthirakumar*.

[75] L’exigence de motifs raisonnables de croire qu’une organisation pourrait avoir dans le futur des activités terroristes vise à assurer la réalisation de l’objet du paragraphe 34(1) : le maintien de la sécurité nationale et de la sécurité publique.

[76] If an individual joins an organization that is not engaged in terrorism or has not engaged in terrorism in the past, there cannot be any adverse implication that can be drawn from the individual's membership in the organization. Where an individual becomes a member in an organization, then leaves and the organization subsequently becomes associated with terrorism, the nexus between the individual and terrorism is at best merely that of suspicion, less than the prescribed standard "reason to believe".

[77] It seems to me, Parliament, in adopting the standard "reason to believe", rejected mere suspicion as a basis for finding an individual to be caught by the circumstance of an organization subsequently becoming involved with terrorist activities at some future point in time after the individual has ceased to be a member.

[78] In the case of organizations where there is reasonable grounds to believe the organization will engage in terrorism in the future, I am satisfied the point of reference must be during the time of membership. Are there reasonable grounds to believe an organization, during the time the individual is a member, will engage in future acts of terrorism? This approach provides for a nexus between membership and future organizational activity associated with terrorism. It provides for the requisite national security and public safety objectives. Importantly, it does not include within paragraph 34(1)(f) individuals who are themselves innocent of the conduct of the organization in the future.

Jurisprudence

[79] The Board did not undertake to interpret paragraph 34(1)(f) since it relied on jurisprudence that had considered the provision as related to past or present organizational involvement with terrorism as relative to the time of membership. However, that jurisprudence did not address the circumstances that the applicant faced, namely his membership in a charitable organization that had no past or present taint or association with terrorism and only became associated with terrorist activity after he left the organization.

[76] Si quelqu'un adhère à une organisation qui ne se livre pas et ne s'est pas livrée au terrorisme, on ne peut rien conclure de défavorable au sujet de cette adhésion. Lorsqu'un membre quitte une organisation et que celle-ci est par la suite associée au terrorisme, le lien entre cet ancien membre et le terrorisme relève tout au plus du soupçon et ne satisfait pas à la norme prescrite des « motifs raisonnables de croire ».

[77] À mon avis, le législateur, en adoptant la norme des « motifs raisonnables de croire », a exclu que le simple soupçon puisse servir de fondement à l'application de la disposition lorsqu'une organisation est impliquée dans des activités terroristes plus tard, une fois que l'intéressé a cessé d'en être membre.

[78] J'estime que les motifs raisonnables de croire qu'une organisation se livrera à des actes de terrorisme s'apprécient par rapport à la période où l'intéressé est membre. Existait-il, pendant que l'intéressé était membre, des motifs raisonnables de croire qu'une organisation allait se livrer ultérieurement à des actes de terrorisme? Cette démarche permet d'établir un lien entre l'appartenance à une organisation et une activité terroriste future de celle-ci, et elle fait jouer les objectifs de sécurité nationale et de sécurité publique en cause. Élément important, elle n'inclut pas dans la catégorie visée à l'alinéa 34(1)f) des personnes innocentes de l'activité terroriste future de l'organisation.

Jurisprudence

[79] La Commission n'a pas procédé à l'interprétation de l'alinéa 34(1)f), puisqu'elle s'est fondée sur la jurisprudence l'ayant appliqué en contexte d'implication terroriste passée ou présente de l'organisation par rapport à la période où l'intéressé en était membre. Cette jurisprudence, toutefois, ne traitait pas de la situation du demandeur, à savoir l'appartenance à une organisation charitable qui, ni avant qu'il y adhère ni pendant qu'il en était membre, n'a été souillée par le terrorisme ou associée à lui, et qui n'a été liée à une activité terroriste qu'après son départ.

[80] The jurisprudence referred to by the Board in its analysis of paragraph 34(1)(f) includes:

a. *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.)

b. *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3

c. *Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85 [cited above]

d. *Sinnaiah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1576, 43 Imm. L.R. (3d) 269 [cited above]

e. *Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 349, [2004] 3 F.C.R. 301

f. *Kozonguizi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 308

[81] In these cases, the organization's untoward, criminal activities in the case of *Chiau* and terrorism in respect of the balance, activities were either contemporaneous with the individual's membership or occurred in the organization's past. In other words, the individual in question had joined an organization that was engaging in terrorist activities or had a history of having engaged in terrorist activity. None of these cases involve an individual who became a member of an organization that was without a history of terrorist activity and only engaged in terrorist activity after the individual left.

[82] *Al Yamani* is the seminal case on the temporal aspect of organizational engagement in terrorism. It was revisited *Gebreab v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 1213, 359 F.T.R. 296 (*Gebreab* F.C.) and confirmed in *Gebreab v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)* 2010 FCA 274 (*Gebreab* F.C.A.).

[83] In *Al Yamani*, the Popular Front for the Liberation of Palestine (PFLP) was involved in terrorist acts from its inception to the time *Al Yamani* joined in 1972. The terrorist activity continued with chronicled terrorist

[80] La jurisprudence à laquelle s'est reportée la commission pour l'analyse de l'alinéa 34(1)f) comprenait les décisions suivantes :

a. *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.)

b. *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3

c. *Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85 [précitée]

d. *Sinnaiah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1576 [précitée]

e. *Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 349 [2004] 3 R.C.F. 301

f. *Kozonguizi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 308

[81] Dans ces affaires, les activités répréhensibles de l'organisation, criminelles s'agissant de l'arrêt *Chiau* et terroristes dans les autres cas, avaient lieu pendant que l'intéressé en était membre ou avaient eu lieu dans le passé. Autrement dit, l'intéressé avait adhéré à une organisation qui se livrait au terrorisme ou qui avait des antécédents terroristes. Aucune de ces affaires ne concernait quelqu'un qui était devenu membre d'une organisation sans antécédents terroristes qui s'était livrée au terrorisme après le départ de celui-ci.

[82] *Al Yamani* est la décision de principe relative à la dimension temporelle de l'engagement d'une organisation dans le terrorisme. Elle a été réexaminée dans la décision *Gebreab c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 1213 (*Gebreab* C.F.), et confirmée par l'arrêt *Gebreab c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CAF 274 (*Gebreab* C.A.F.).

[83] Dans la décision *Al Yamani*, l'intéressé avait adhéré en 1972 au Front populaire pour la libération de la Palestine (FPLP), lequel était impliqué dans des actes terroristes depuis sa création. L'activité terroriste avait

incidents in 1974, 1984, 1985, 1989. This activity continued after these dates. The Court upheld the Board's finding as reasonable that Al Yamani was a member from 1972 until 1991/1992. He joined in 1972 and remained a member of an organization with a history of ongoing terrorist activity before, during and after his membership. I should think, given the PFLP's persistent history of engaging in terrorism, there would also be a basis to believe the organization would also engage in acts of terrorism in the future.

[84] In *Gebreab F.C.* the Ethiopian Peoples' Revolutionary Party (EPRP) of the 1970s had engaged in acts of terrorism and subversion. Gebreab joined as a member of the EPRP beginning in 1986. In coming to her decision, Justice Snider reviewed *Al Yamani* stating [at paragraphs 22 and 23]:

This Court concluded that, under s. 34(1)(f), the Board must carry out two separate assessments:

1. whether reasonable grounds existed to believe that the organization in question engages, has engaged or will engage in acts of espionage, terrorism, or subversion by force; and
2. whether the individual is a member of the organization (at para. 10).

Under this analysis, "there is no temporal component" in the determination of the organization, or in the determination of the individuals membership (*Al Yamani*, above, at paras. 11–12). The Board does not have to examine whether the organization has stopped terrorists acts, and does not have to see if there is a "matching up to persons active membership to when the organization carried out its terrorists acts" (*Al Yamani*, above at para. 12). Furthermore, for the purposes of s. 34(1)(f), the determination of whether the organization in question engages, has engaged, or will engage in acts of terrorism is independent of the claimant's membership.

[85] Justice Snider certified the following question in *Gebreab F.C.*:

Is a foreign national inadmissible to Canada, pursuant to s. 34(1)(f) of *IRPA*, where there is clear and convincing evidence that the organization disavowed an ceased its

continué, et des attentats avaient été signalés en 1974, 1984, 1985 et 1989. Le terrorisme s'est poursuivi après ces dates. La Commission avait conclu que M. Al Yamani en avait été membre de 1972 jusqu'à 1991/1992, et la Cour a jugé cette conclusion raisonnable. Il était devenu membre en 1972, et il avait maintenu son appartenance à une organisation connue pour s'être livrée au terrorisme avant qu'il en soit membre, pendant qu'il l'était et après qu'il l'eut été. Compte tenu de la persistance de l'action terroriste du FPLP, je pense qu'il y aurait également des raisons de croire que l'organisation se livrerait aussi à des actes terroristes futurs.

[84] Dans la décision *Gebreab C.F.*, l'organisation, le Parti révolutionnaire du peuple éthiopien (PRPE), s'était livrée au terrorisme et à la subversion au cours des années 1970. M. Gebreab y avait adhéré en 1986. Dans sa décision, la juge Snider a indiqué [aux paragraphes 22 et 23], après avoir examiné la décision *Al Yamani* :

La Cour a statué que, aux termes du paragraphe 34(1)*f*), la Commission devait évaluer deux questions distinctes :

1. la question de savoir s'il y a des motifs raisonnables de croire que l'organisation en cause est, a été ou sera l'auteur d'un acte de terrorisme ou d'un acte visant au renversement d'un gouvernement par la force;
2. la question de savoir si l'individu est membre d'une organisation (au paragraphe 10).

Selon cette analyse, « le facteur temps n'est pas à prendre en compte » dans la décision relative à une organisation ou dans celle relative à l'appartenance d'un individu à une organisation (*Al Yamani*, précité, aux paragraphes 11 et 12). La Commission n'a pas à examiner la question de savoir si l'organisation a mis fin à ses actes de terrorisme et elle n'a pas à vérifier s'il existe une « correspondance [...] entre la participation active comme membre de l'intéressé et la période pendant laquelle l'organisation se livrait à des actes terroristes ». (*Al Yamani*, précité, au para 12). Au surplus, pour l'application de l'alinéa 34(1)*f*), la question de savoir si une organisation se livre, s'est livrée ou se livrera à des actes de terrorisme est indépendante de l'appartenance de l'intéressé.

[85] La juge Snider a certifié la question suivante dans la décision *Gebreab C.F.* :

L'interdiction de territoire peut-elle être prononcée à l'encontre d'un étranger, en vertu de l'alinéa 34(1)*f*) de la LIPR, lorsqu'il existe des éléments de preuve clairs et convaincants que

engagement in acts of subversion or terrorism as contemplated by s. 34(1)(b) and (c) prior to the foreign nationals membership in the organization?

[86] In a brief decision, the Federal Court of Appeal agreed with the Court's ruling [at paragraph 2] that the Board's decision that the "EPRP was a single continuously-existent political organization from the [1970s] through the time of [the appellant's] membership and beyond" to be reasonable and dismissed the appeal. The Court of Appeal responded to the certified question as follows [at paragraph 3]:

It is not a requirement for inadmissibility under s. 34(1)(f) of the IRPA that the dates of an individual's membership correspond with the dates on which the organization committed acts of terrorism or subversion by force.

[87] The Federal Court of Appeal also referred to *Gebreab* in *Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635 (*Harkat*), at paragraph 35, stating that "[p]aragraph 34(1)(f) of the Act does not require a temporal nexus between membership in the organization and the period during which the organization engaged in terrorist activity".

[88] The cases of *Al Yamani* and *Gebreab* are precedential for those cases involving membership in organizations engaged in terrorism in the past or engaging terrorism in the present since the facts of those cases involve those circumstances. However, with respect, I do not consider these cases to have addressed the circumstances that arise in the case at hand.

Limitation in the application of paragraph 34(1)(f)

[89] In *Al Yamani*, the Court stated that membership in the organization was without temporal restrictions and there need not be matching of the person's active membership to when the organization carried out its terrorist acts. The Court observed the result may seem harsh but went on to state [at paragraph 13]: "The provision seems to leave no option for changed circumstances by either

l'organisation a renié les actes visant à renverser un gouvernement ou les actes de terrorisme visés aux alinéas 34(1)(b) et c), et a cessé de se livrer à de tels actes, avant l'appartenance de l'étranger à l'organisation?"

[86] Dans un bref arrêt, la Cour d'appel fédérale a souscrit [au paragraphe 2] à la conclusion de la juge Snider selon laquelle la décision de la Commission que « le EPRP a été une seule organisation politique existant [des années 1970] jusqu'à la période au cours de laquelle [l'appelant a] été membre, au cours des années 1980 et par la suite » était raisonnable, et elle a rejeté l'appel. La Cour d'appel a donné la réponse suivante à la question certifiée [au paragraphe 3] :

Ce n'est pas requis pour pouvoir conclure à l'interdiction de territoire conformément à l'alinéa 34(1)(f) de la LIPR que les dates de l'adhésion d'un individu dans l'organisation correspondent aux dates auxquelles cette organisation a commis des actes de terrorisme ou d'un renversement par la force.

[87] La Cour d'appel a également fait mention de son arrêt *Gebreab* au paragraphe 35 de l'arrêt *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635 (*Harkat*), indiquant que « [l']alinéa 34(1)(f) de la Loi n'exige pas la contemporanéité de l'appartenance à l'organisation et de la période durant laquelle des actes terroristes peuvent être attribués à ce groupe ».

[88] Puisque les faits en cause dans les décisions *Al Yamani* et *Gebreab* se rapportent à des situations où l'intéressé est membre d'une organisation qui s'est livrée au terrorisme dans le passé ou qui s'y livre, ces décisions ont valeur de précédent pour les affaires concernant de telles situations. En tout respect, toutefois, je ne considère pas qu'elles ont statué sur la situation qui nous occupe.

Limite de l'application de l'alinéa 34(1)(f)

[89] Dans la décision *Al Yamani*, la Cour a statué que l'appartenance à l'organisation n'était pas assujettie à des restrictions d'ordre temporel et que l'existence d'une correspondance entre la participation active de l'intéressé et la période d'activité terroriste de l'organisation n'était pas nécessaire. Elle a indiqué que le résultat pouvait paraître sévère, et a ajouté [au paragraphe 13] :

the organization or the individual.” Two subsequent decisions did find “changed circumstances” do affect a different outcome.

[90] In *Karakachian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 948, 364 F.T.R. 1 (*Karakachian*), the Court agreed with the conclusion in *Al Yamani* that timing is not a factor that should be taken into consideration because paragraph 34(1)(f) purely refers to membership in an organization that there are reasonable grounds to believe has engaged in acts of terrorism in the past. However the Court qualified that agreement stating [at paragraph 48]:

That said, I believe that this must be qualified to a certain extent. It is easy to imagine that the passage of time might be immaterial where an organization has been inactive for some time but has not formally renounced violence. On the other hand, the situation strikes me as entirely different where a violent organization has transformed itself into a legitimate political party and has expressly given up any form of violence. It is difficult to believe that Parliament’s intent was to render inadmissible any person belonging to a legitimate political party from the mere fact that the party may have been considered a terrorist organization before the person joined it. [Emphasis added.]

[91] In *Chwah v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1036, 323 D.L.R. (4th) 699 (*Chwah*), the Court came to a similar conclusion stating [at paragraph 24]:

The Court is of the opinion that the officer erred by failing to assess the organization’s role prior to 1990 and its role after 1990. This is an organization which underwent a transformation in 1990 after the civil war when the Christian militia was disbanded. The evidence in the record shows that the applicant joined the ranks of the Lebanese forces in 1992, after this transformation, and thus after the dissolution of the Christian militia. It is worth noting that the transformation of this organization happened in the form of seeking representation in the Lebanese parliament as a political party. This fact is not addressed in the officer’s assessment. [Emphasis added.]

[92] In these two cases, the renunciation of terrorism by the organization before the individual joins is

« la disposition ne semble pas laisser la porte ouverte à un changement de situation, tant en ce qui concerne l’organisation que l’intéressé ». Cependant, deux décisions subséquentes ont considéré qu’un « changement de situation » pouvait entraîner un résultat différent.

[90] Dans la décision *Karakachian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 948 (*Karakachian*), la Cour a souscrit à la conclusion formulée dans la décision *Al Yamani*, selon laquelle le moment de l’appartenance n’avait pas à être pris en compte parce que l’alinéa 34(1) f) vise clairement l’appartenance à une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle s’est livrée à des actes terroristes dans le passé, mais elle y a apporté cette réserve [au paragraphe 48] :

Ceci étant dit, il me semble qu’une nuance s’impose. On peut aisément concevoir que l’écoulement du temps ne soit pas pertinent lorsqu’une organisation a été inactive pendant un certain temps, mais n’a pas formellement renoncé à la violence. En revanche, la situation me semble tout autre lorsqu’une organisation violente s’est transformée en parti politique légitime et a explicitement renoncé à toute forme de violence. Il est difficile de croire que le législateur ait pu avoir l’intention de rendre inadmissible toute personne appartenant à un parti politique légitime du seul fait que ce parti ait pu être considéré comme une organisation terroriste préalablement à ce que cette personne en devienne membre. [Je souligne.]

[91] Dans la décision *Chwah c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 1036 (*Chwah*), la Cour a formulé une conclusion analogue [au paragraphe 24] :

La Cour estime que l’agent a commis une erreur en omettant de se livrer à une analyse du rôle de l’organisation précédant 1990 et celui postérieurement à 1990. En effet, nous sommes ici en présence d’une organisation qui a subi une transformation en 1990 après la guerre civile au moment où la milice chrétienne a été dissoute. La preuve au dossier démontre que le demandeur a joint les rangs des Forces libanaises en 1992 postérieurement à cette transformation, et donc postérieurement à la dissolution de la milice chrétienne. Rappelons également que la transformation de cette organisation s’est poursuivie et a pris la forme d’une représentation à titre de parti politique au Parlement libanais. Or, la décision de l’agent n’aborde pas cette question dans le cadre de son analyse. [Je souligne.]

[92] Dans ces deux cas, on a considéré que la renonciation au terrorisme avant l’adhésion de l’intéressé a

considered to have transformed the organization and severed the connection that might have been drawn between the individual's present membership and the organization's past involvement with terrorism, in effect, because the organization is not one to which paragraph 34(1)(f) applies.

[93] Similarly, in my view, the prior lack of any involvement in terrorism by an organization may be regarded as a different circumstance such that paragraph 34(1)(f) has no application.

Subsection 34(2)

[94] The respondent submitted that the timing of membership is not relevant to the Board's determination of inadmissibility under paragraph 34(1)(f) of the IRPA. Rather, it is relevant to the Minister's assessment of an application for relief under subsection 34(2). The respondent again relies on the Court's decision in *Al Yamani*. In particular, the respondent quotes [at paragraph 13]:

The results may seem harsh. An organization may change its goals and methodologies and an individual may choose to leave the organization, either permanently or for a period of time. The provision seems to leave no option for changed circumstances by either the organization or the individual. Fortunately, Parliament, in including s. 34(2) in IRPA, provided means by which an exception to a finding of inadmissibility under s. 34(1) can be made. Under that provision, a permanent resident or a foreign national may apply to satisfy the Minister that "their presence in Canada with not be detrimental to the national interest". Parliament has provided all persons, who would otherwise be inadmissible under s. 34(1), with an opportunity to satisfy the Minister that their presence in Canada is not detrimental to the national interest. Under this procedure, factors such as the timing of membership or the present characterization of the organization may be taken into account. [Emphasis added.]

[95] Similarly, in *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Agraira*, 2011 FCA 103, 96 Imm. L.R. (3d) 20 (*Agraira*), the Federal Court of Appeal addressed the scope of subsection 34(2) of the IRPA. The Court of Appeal stated [at paragraphs 62 to 64]:

transformé l'organisation et a effectivement rompu le lien qui aurait pu être établi entre cette adhésion et l'implication terroriste passée de l'organisation, parce que celle-ci n'est pas visée par l'alinéa 34(1)f).

[93] De la même façon, l'absence de toute activité terroriste antérieure par une organisation peut être considérée comme une situation différente faisant en sorte que l'alinéa 34(1)f ne s'applique pas.

Paragraphe 34(2)

[94] Le défendeur soutient que le moment où l'intéressé a été membre n'est pas pertinent pour déterminer s'il y a lieu de conclure à l'interdiction de territoire en application de l'alinéa 34(1)f de la LIPR, et qu'il intervient plutôt dans l'évaluation par le ministre de la demande visée au paragraphe 34(2). Il invoque une fois de plus la décision *Al Yamani*, citant notamment le passage suivant [au paragraphe 13] :

Le résultat peut sembler sévère. Une organisation peut modifier ses buts et ses méthodes, et l'intéressé peut décider de quitter l'organisation, de façon temporaire ou permanente. Or, la disposition ne semble pas laisser la porte ouverte à un changement de situation, tant en ce qui concerne l'organisation que l'intéressé. En insérant le paragraphe 34(2) de la LIPR, toutefois, le législateur a heureusement prévu le moyen de faire exception à une conclusion d'interdiction de territoire en application du paragraphe 34(1). Le paragraphe 34(2) prévoit en effet qu'un résident permanent ou un étranger peut présenter une demande en vue de convaincre le ministre que « sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national ». Le législateur fournit ainsi l'occasion aux personnes qui, par ailleurs, seraient interdites de territoire aux termes du paragraphe 34(1), de convaincre le ministre que leur présence au Canada ne serait pas préjudiciable à l'intérêt national. Dans ce cadre, des facteurs tels que le moment de l'appartenance à l'organisation ou la caractérisation actuelle de celle-ci peuvent être pris en compte. [Je souligne.]

[95] Dans l'arrêt *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Agraira*, 2011 CAF 103 (*Agraira*), la Cour d'appel fédérale a elle aussi examiné la portée du paragraphe 34(2) de la LIPR, indiquant ce qui suit [aux paragraphes 62 à 64] :

The question which arises at this point is the one who raised in *Soe, supra*: does the emphasis on national security and public safety mean that individuals who commit an act described in subsection 34(1) cannot obtain ministerial relief because they committed the very act that confers jurisdiction on the Minister to exercise the discretion conferred by subsection 34(2)? Such a result would deprive the provision 34(2) of any effect, an absurd result.

A partial answer to this question is provided by the decision of the Supreme Court in *Suresh* [citation omitted]. The Supreme Court dealt with section 19 of the *Immigration Act, supra*, which, as set out above, contain substantially the same inadmissibility and ministerial relief provisions as are now found in section 34. Given the broad sweep of section 19, Mr. Suresh argued it could be applied to persons who innocently joined or supported organizations that, unbeknownst to them, were terrorist organizations and thus lead to their deportation to places where they faced the risk of inhumane treatment. The Supreme Court dealt with this argument by invoking the ministerial relief provision, as follows, *Suresh, supra* at para. 110:

We believe it was not the intention of Parliament to include in the s. 19 class of suspect persons those innocently contribute to or become members of terrorist organizations. This is supported by the provision found at the end of s. 19, which exempts from the s. 19 classes “persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to national interest”. Section 19 must therefore be read as permitting a refugee to establish that his or her continued residence in Canada will not be detrimental to Canada, notwithstanding proof that the person is associated with or is a member of a terrorist organization. This permits a refugee to established that the alleged association with the terrorist group was innocent. In such case, the Minister, exercising her discretion constitutionally, would find that the refugee does not fall within the targeted s. 19 class of persons eligible for deportation on national security grounds.

As I read the Supreme Court’s decision, it concluded that the saving provision of section 19 of the *Immigration Act* would apply to protect persons who innocently joined or contributed to organizations that, unbeknownst to them, were terrorist organizations. There may be other cases in which persons who would otherwise be caught by subsection 34(1)

La question qui se pose à ce moment-ci est celle qui a été soulevée dans l’affaire *Soe*, précitée : l’importance qui est accordée à la sécurité nationale et à la sécurité publique signifie-t-elle que les individus qui commettent un des actes prévus au paragraphe 34(1) ne peuvent obtenir une dispense ministérielle du fait qu’ils ont commis l’acte même qui confère au ministre la compétence pour exercer son pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 34(2)? Un tel résultat rendrait le paragraphe 34(2) totalement inopérant, ce qui serait absurde.

On trouve une amorce de réponse à cette question dans l’arrêt *Suresh* [référence omise]. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada était appelée à examiner l’article 19 de la *Loi sur l’immigration*, précitée, qui, comme nous l’avons vu, renfermait essentiellement les mêmes dispositions que celles que l’on trouve maintenant à l’article 34 en matière d’interdiction de territoire et de dispense ministérielle. M. Suresh soutenait que, compte tenu de sa vaste portée, l’article 19 pouvait s’appliquer à des personnes qui étaient devenues membres ou avaient appuyé de bonne foi des organisations qui, sans qu’elles le sachent, étaient des organisations terroristes, s’exposant ainsi à une expulsion vers des pays où elles risquaient de subir un traitement inhumain. La Cour suprême a statué sur cet argument en invoquant la disposition relative à la dispense ministérielle. Voici ce qu’elle déclare, au paragraphe 110 de l’arrêt *Suresh*, précité:

Nous croyons que le législateur n’avait pas l’intention d’inclure dans la catégorie de personnes suspectes décrite à l’art. 19 celles qui, en toute innocence, apportent une contribution à des organisations terroristes ou en deviennent membres. Cette interprétation trouve appui dans la disposition édictée à la fin de l’art. 19, qui exclut des catégories décrites à l’art. 19 les personnes qui « convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national ». L’article 19 doit donc être considéré comme ayant pour effet de permettre à un réfugié de prouver que le fait qu’il continue de résider au Canada ne sera pas préjudiciable au Canada, malgré la preuve qu’il est associé à une organisation terroriste ou qu’il en est membre. Un réfugié peut ainsi établir que l’association avec le groupe terroriste qu’on lui reproche avait un caractère innocent. En pareil cas, la ministre exercerait son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la Constitution en concluant que le réfugié n’appartient pas à la catégorie — visée à l’art. 19 — de personnes susceptibles d’expulsion pour des raisons de sécurité nationale.

Suivant l’interprétation que j’en fais, la Cour suprême a conclu dans cet arrêt que la disposition d’exception de l’article 19 de la *Loi sur l’immigration* s’appliquerait pour protéger les personnes qui, de bonne foi, seraient devenues membres d’organisations ou les auraient appuyées tout en ignorant qu’il s’agissait d’organisations terroristes. Il peut exister d’autres

of the *IRPA* may justify their conduct in such a way as to escape the consequences inadmissibility. For example, those who could persuade the Minister that their participation in the terrorist organization was coerced might well benefit from ministerial relief. [Emphasis added.]

[96] Accordingly, subsection 34(2) provides the Minister with the discretion to decide that a person may be admitted to Canada notwithstanding their membership in an organization associated with terrorism where the Minister is satisfied their presence in Canada would not be detrimental to the national interest. The Minister is tasked with weighing the circumstances of such membership with national security and public safety considerations.

[97] In *Suresh* the Supreme Court of Canada found subsection 34(2) could apply to individuals whose membership in a terrorist organization was innocent. In *Harkat*, the Federal Court of Appeal also thought subsection 34(2) could also have application where membership in a terrorist organization was coerced. Both cases involved circumstances of membership and past or present organizational terrorist activity. As discussed above, innocent or coerced membership pose a question about an individual's approval or participation in the organization and thus pose a circumstance for the exercise of ministerial discretion pursuant to subsection 34(2). The Minister may decide if the membership was such that there is no issue of national security or public safety and exempt the individual from an inadmissibility finding.

[98] However, in *Karakachian*, the Court did not consider Parliament intended the ministerial relief provision as applying where the individual's membership was not with a terrorist organization. Justice de Montigny stated [at paragraph 49]:

It is true that subsection 34(2) of the Act softens the inadmissibility provisions contained in the different paragraphs of subsection 34(1) by providing a permanent resident or a foreign national may make application with a view to satisfying the Minister that "their presence in Canada would not be

situations dans lesquelles des personnes qui tomberaient par ailleurs sous le coup du paragraphe 34(1) de la LIPR pourraient justifier leur conduite de manière à se soustraire aux conséquences d'une interdiction de territoire. Ainsi, celles qui réussiraient à convaincre le ministre qu'elles avaient été contraintes de participer à une organisation terroriste pourraient bénéficier d'une dispense ministérielle. [Je souligne.]

[96] Par conséquent, le paragraphe 34(2) investit le ministre du pouvoir discrétionnaire de décider qu'une personne peut être admise au Canada en dépit de son appartenance à une organisation associée au terrorisme lorsqu'il est convaincu que la présence de cette personne au Canada ne serait pas préjudiciable à l'intérêt national. Le ministre est chargé d'évaluer les circonstances entourant cette appartenance par rapport à la sécurité nationale et à la sécurité publique.

[97] Dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême a conclu que le paragraphe 34(2) pouvait s'appliquer aux membres dont la participation à une organisation terroriste était innocente. Dans l'arrêt *Harkat*, la Cour d'appel fédérale a jugé que cette disposition pourrait également s'appliquer à ceux qui ont été forcés de devenir membres d'une organisation terroriste. Dans les deux affaires, il y avait adhésion et activité terroriste passée ou présente. Comme on l'a vu, l'adhésion innocente ou forcée soulève des questions relativement à l'approbation de l'organisation ou la participation à son activité et constitue donc une circonstance donnant ouverture à l'exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel en vertu du paragraphe 34(2). Le ministre peut décider si l'appartenance était telle qu'elle ne met pas en cause la sécurité nationale ou la sécurité publique et soustraire l'intéressé à une conclusion d'interdiction de territoire.

[98] Toutefois, dans la décision *Karakachian*, la Cour n'a pas jugé que le législateur voulait que la disposition prévoyant le recours devant le ministre s'applique lorsque l'intéressé n'avait pas été membre d'une organisation terroriste. Le juge de Montigny a exposé ce qui suit [au paragraphe 49] :

Il est vrai que le paragraphe 34(2) de la Loi permet d'atténuer la rigueur des exclusions fondées sur l'un des alinéas du paragraphe 34(1) en prévoyant qu'un résident permanent ou un étranger peut présenter une demande en vue de convaincre le ministre que « sa présence au Canada ne serait nullement

detrimental to the national interest.” However, I am not satisfied that subsection 34(2) was enacted to deal with the type of situation in which Mr. Karakachian finds himself. Rather, it seems to me that this case essentially raises prior question of whether Mr. Karakachian can be considered a member of the terrorist group. [Emphasis added.]

[99] Subsection 34(2) involves a discretionary exercise by the Minister weighing the circumstances of an individual’s membership in a terrorist organization against national security and public safety considerations in coming to a decision whether to grant subsection 34(2) relief.

[100] In the applicant’s case, there is no taint to his membership. He did nothing wrong. There is no danger or threat that can be found on reasonable grounds to believe based on his membership in an organization that had no involvement with terrorism. The only role for the Minister in a subsection 34(2) application would be to decide whether to waive a parliamentary overreach in paragraph 34(1)(f). This cannot be correct. Ministerial discretion cannot override an enactment of Parliament.

[101] In my opinion, subsection 34(2) was not intended to apply to the applicant’s situation. Rather, the question is more properly the interpretation of paragraph 34(1)(f) which I have addressed in the preceding paragraphs.

The Charter

[102] The applicant submits that paragraph 34(1)(f) violates section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the grounds that it deprives an individual of his rights to liberty and security of the person and is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[103] More particularly, the applicant submits since the decision of the Supreme Court of Canada in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, courts have been required to measure the content of legislation against principles of fundamental justice contained in section 7 of the Charter to ensure the morally innocent are not punished.

préjudiciable à l’intérêt national ». Or, je ne suis pas convaincu que le paragraphe 34(2) a été adopté pour répondre au type de situation dans laquelle se trouve M. Karakachian. Il me semble plutôt que le présent dossier soulève essentiellement la question préalable de savoir si M. Karakachian peut être considéré appartenir à un groupe terroriste. [Je souligne.]

[99] Le paragraphe 34(2) suppose un exercice discrétionnaire de mise en balance par le ministre, qui doit peser, pour rendre sa décision, les circonstances entourant l’appartenance de l’intéressé à une organisation terroriste par rapport aux considérations de sécurité nationale et de sécurité publique.

[100] S’agissant du demandeur, il n’y a rien de répréhensible dans son appartenance à l’organisation. Il n’a rien fait de mal. Il n’existe aucun motif raisonnable de croire à un danger ou une menace découlant de son appartenance à une organisation qui n’avait pas de lien avec le terrorisme. Le seul rôle que jouerait le ministre s’il y avait une demande fondée sur le paragraphe 34(2) serait de déterminer s’il y a lieu de déroger à la portée excessive de l’alinéa 34(1)f. Il ne peut en être ainsi. Un pouvoir discrétionnaire ministériel ne peut prévaloir sur un texte législatif.

[101] À mon avis, le paragraphe 34(2) n’a pas pour but de s’appliquer à la situation du demandeur. Ce qui est en cause est plutôt l’interprétation de l’alinéa 34(1)f dont il a été question dans les paragraphes antérieurs.

La Charte

[102] Le demandeur soutient que l’alinéa 34(1)f viole l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce qu’il porte atteinte au droit à la liberté et à la sécurité sans respecter les principes de justice fondamentale.

[103] Plus particulièrement, le demandeur fait valoir que, depuis l’arrêt de la Cour suprême du Canada sur le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, les tribunaux doivent apprécier le contenu de la loi en fonction des principes de justice fondamentale évoqués à l’article 7 de la Charte afin de veiller à ce que ceux qui sont moralement innocents ne soient pas punis.

[104] Having found as I have that the applicant is not a person described in paragraph 34(1)(f), I need not address the Charter submissions of the applicant.

Conclusion

[105] I conclude that the Board erred in applying an interpretation of paragraph 34(1)(f) that there was no need for a temporal connection between the applicant's membership and the organization's involvement in terrorist activities after the applicant left. I am satisfied the application of the paragraph 34(1)(f) with respect to future events addressed by the words "will engage" require a more nuanced interpretation. I find the Board failed to consider whether there was a nexus between the applicant at the time of membership and the organization's future involvement with terrorism after the applicant left. I further conclude the Board's interpretation, as applied to the facts of this case, is not reasonable having regard to the text, context and purpose of paragraph 34(1)(f).

[106] The application for judicial review is granted. The decision of the Board is quashed.

[107] The matter is to be remitted for redetermination by a differently constituted Board on the basis of the facts as found by the Board and in accordance with these reasons.

Costs

[108] On the facts, the applicant is innocent of any association with terrorism as set out in paragraph 34(1)(f). He was put through considerable expense and anxiety in the course of the admissibility hearing before the Board. This circumstance raises a question of costs.

[109] I am satisfied the Board's treatment of the facts was both thorough and reasonable. While that jurisprudence did not serve as a clear guide for the Board in the unique circumstances of the applicant's case, the Board was nevertheless relying on available jurisprudence.

[104] Vu ma conclusion que le demandeur n'est pas visé à l'alinéa 34(1)f), l'examen des moyens du demandeur fondés sur la Charte n'est pas nécessaire.

Conclusion

[105] Je conclus que la Commission a commis une erreur en considérant que l'alinéa 34(1)f) ne nécessitait pas de rapport temporel entre l'appartenance de l'intéressé à une organisation et l'activité terroriste à laquelle celle-ci a été associée après le départ de ce dernier. J'estime que l'application de cette disposition à des événements futurs en vertu des mots « sera l'auteur » exige une interprétation plus nuancée. La Commission a erré en n'examinant pas s'il y avait un lien entre le demandeur, au moment où il était membre de l'organisation, et la participation de l'organisation à des activités terroristes postérieurement au départ de celui-ci. Je conclus en outre que, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet de l'alinéa 34(1)f), l'interprétation que la Commission en a appliquée aux faits de l'espèce est déraisonnable.

[106] La demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision de la Commission est annulée.

[107] L'affaire est renvoyée à la Commission pour réexamen par un tribunal différent en fonction des conclusions de fait tirées par la Commission et conformément aux présents motifs.

Dépens

[108] Il appert des faits qu'on ne peut imputer au demandeur d'association avec le terrorisme au sens de l'alinéa 34(1)f). L'enquête devant la Commission lui a causé beaucoup d'angoisse et occasionné beaucoup de frais. Cette situation met en cause la question des dépens.

[109] Je considère que la Commission a analysé les faits de façon exhaustive et raisonnable. Bien que la jurisprudence ne constituât pas un guide clair pour la Commission dans les circonstances particulières en cause, cette dernière s'est tout de même appuyée sur la jurisprudence existante.

[110] In the result, I do not find this case to be a matter for awarding costs.

Certified Question

[111] Having decided on an issue not squarely addressed by the parties, I consider that the parties should have an opportunity to submit a proposed question of general importance for certification on this question. The respondent shall have 14 days from the date of this decision, the applicant a further 7 days to respond, and the respondent 7 days to reply if any.

[112] The applicant has submitted a question related to his Charter argument. As I have not dealt with that question, the Charter argument remains available to the applicant.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is granted. The decision of the Board is quashed.
2. The matter is remitted for redetermination by a differently constituted panel in accordance with the facts as found by the Board and these reasons.
3. I do not award costs.
4. The respondent shall have 14 days from the date of this decision to submit a proposed question of general importance for certification; the applicant a further 7 days to respond, and the respondent 7 days to reply if any.

[110] Par conséquent, il n'y a pas lieu, en l'instance, d'adjudger des dépens.

Question certifiée

[111] Puisque ma décision repose sur une question que les parties n'ont pas abordée directement, j'estime qu'elles devraient avoir la possibilité de soumettre un projet de question de portée générale pour certification. Le défendeur disposera à cet égard d'un délai de 14 jours à compter de la date de la présente décision, le demandeur, d'un délai supplémentaire de 7 jours pour répondre et, si le défendeur désire répliquer, il aura lui aussi un délai supplémentaire de 7 jours.

[112] Le demandeur a soumis une question relative à son argument fondé sur la Charte. Comme je n'ai pas examiné cette question, le demandeur a toujours la possibilité d'avancer cet argument.

JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision de la Commission est annulée.
2. L'affaire est renvoyée à la Commission pour réexamen par un tribunal différent conformément aux conclusions de fait tirées par la Commission et aux présents motifs.
3. Aucuns dépens ne sont adjugés.
4. Le défendeur disposera d'un délai de 14 jours à compter de la date de la présente décision pour soumettre une question de portée générale pour certification, le demandeur, d'un délai supplémentaire de 7 jours pour répondre et, si le défendeur désire répliquer, il aura lui aussi un délai supplémentaire de 7 jours.

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3