



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2014, Vol. 3, Part 2**

**2014, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2014] 3 F.C.R., 227-464**

**Renvoi [2014] 3 R.C.F., 227-464**

---



## 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, 2014.

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

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

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, 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, 2014.

N° de cat. JU1-2-1-PDF  
ISSN 1714-373X

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'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
Judgments . . . . .	227–464

### **Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 355**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Judicial review of citizenship officer's decision refusing applicant's application for registration as Canadian citizen born outside Canada—Applicant, minor, born in India, conceived through *in vitro* fertilization—Embryo of anonymous strangers implanted in applicant's birth mother—Applicant's guardian, Canadian citizen, married to applicant's Indian birth mother—Both registered as applicant's parents, appearing as such on applicant's Indian birth certificate—Citizenship officer refusing application on basis that to determine citizenship by birth outside Canada to Canadian parent, Canadian law relying on evidence of blood connection or genetic link between parent, child that can be proven by DNA testing; that current citizenship policy thereon only recognizing genetic parents—Whether citizenship officer misinterpreting *Citizenship Act*, s. 3(1)(b) by requiring genetic link to derivative parents, thereby excluding applicant—Pursuant to Act, s. 3(1)(b), only source for applicant's right to citizenship conferred by legislation—Applicant's legal guardian constituting "parent" for purposes of Act, s. 3(1)(b)—Act not expressly requiring genetic link between parent, child in legitimization cases—Parliament defining term "child" in Act, s. 2, which includes child adopted or legitimized in accordance with law of place where adoption or legitimating taking place—Record in present case sufficient to establish existence of parent relationship under Indian law—For purposes of application, applicant legitimized child of birth mother, Canadian legal guardian under Indian law; therefore included in definition of "child" for purposes of Act—Applicant should not be subjected to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Jugements . . . . .	227–464

### **Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) . . . . . 355**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Contrôle judiciaire visant une décision par laquelle un agent de citoyenneté a refusé la demande d'inscription de la demanderesse en tant que citoyenne canadienne née à l'étranger—La demanderesse, une mineure, est née en Inde et a été conçue au moyen d'une fécondation *in vitro*—Un embryon provenant de donneurs anonymes a été implanté dans le ventre de sa mère naturelle—Le tuteur de la demanderesse, un citoyen canadien, est marié à la mère naturelle indienne de la demanderesse—Ils sont tous deux enregistrés comme les parents de la demanderesse et sont inscrits ainsi dans son acte de naissance de l'Inde—L'agent de citoyenneté a refusé la demande au motif que pour établir la citoyenneté d'un enfant né à l'étranger d'un père ou d'une mère canadienne, le droit canadien se fonde sur la preuve d'un lien de sang (ou lien génétique) entre le père ou la mère et l'enfant, lequel peut être prouvé par une analyse de l'ADN, et que la politique actuelle sur la citoyenneté ne reconnaît que les père ou mère génétiques—Il s'agissait de savoir si l'agent de citoyenneté a commis une erreur lorsqu'il a interprété l'art. 3(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté* et qu'il a exigé l'existence d'un lien génétique avec les parents pour la citoyenneté acquise par filiation, excluant ainsi la demanderesse—En vertu de l'art. 3(1)b) de la Loi, le seul moyen de la demanderesse pour obtenir la citoyenneté était le droit conféré par la loi—Le tuteur de la demanderesse est un « père » aux fins de l'art. 3(1)b) de la Loi—La Loi n'exige pas expressément de lien génétique entre un père ou une mère et un enfant dans les cas de légitimation—L'art. 2 de la Loi dispose : « Les définitions qui suivent s'appliquent à la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

different treatment on basis legitimized, not adopted—In present case, terms “parent”, “child” “correlative” or naturally linked—Term “parent” in Act, s. 3(1)(b) construed as including lawfully recognized parents of legitimized child in accordance with laws of place where legitimation taking place; in present case, India—Since one of applicant’s parents (legal guardian) considered Canadian citizen, by operation of Act, s. 3(1)(b), applicant’s application could not be denied for lack of genetic link with Canadian parent—Therefore, citizenship officer erring in interpretation of Act by requiring such genetic link—Application allowed.

### **Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 438**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Humanitarian and Compassionate Considerations—Judicial review of senior immigration officer’s decision refusing to allow permanent residence application from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 25(1)—Applicant, Tamil, failed refugee claimant from Sri Lanka—Seeking H&C exemption to apply for permanent residence from within Canada—Officer refusing to grant exemption on basis not satisfied applicant’s return to Sri Lanka would result in unusual, undeserved or disproportionate hardship—Principal issue herein whether that finding unreasonable—Applicant having to establish link between hardship faced generally by young male Tamils, hardships he would face upon his return—Risks alleged by applicant previously considered in refugee, PRRA determinations, could not be reconsidered in H&C application—Officer clearly assessing circumstances applicant would face—Applying proper test, factual determinations reasonable—Question certified—Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

présente loi [...] “enfant” Tout enfant, y compris l’enfant adopté ou légitimé conformément au droit du lieu de l’adoption ou de la légitimation »—En l’espèce, le dossier suffisait à établir une relation de père ou mère à enfant sous le régime du droit indien—Pour les besoins de la présente demande, la demanderesse est l’enfant légitimée de sa mère naturelle et de son tuteur légal canadien sous le régime du droit indien; par conséquent, elle est incluse dans la définition du terme « enfant » pour l’application de la Loi—La demanderesse ne devrait pas être soumise à un traitement différent, au motif qu’elle est une enfant légitimée et non pas adoptée—En l’espèce, les termes « père ou mère » et « enfant » « correspondent » ou sont naturellement liés—Les termes « père ou mère » contenus à l’art. 3(1)(b) de la Loi ont été interprétés comme incluant les pères ou mère reconnus légalement d’un enfant légitimé en conformité avec les lois de l’endroit où la légitimation a eu lieu : en l’espèce, il s’agissait de l’Inde—Vu que l’un des parents de la demanderesse (son tuteur légal) est un citoyen canadien par application de l’art. 3(1)(b) de la Loi, la demande de la demanderesse ne pouvait pas être refusée au motif que la demanderesse n’a pas de lien génétique avec son père canadien—En conséquence, l’agent de citoyenneté a commis une erreur dans son interprétation de la Loi lorsqu’il a exigé un tel lien génétique—Demande accueillie.

### **Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (F.C.) ..... 438**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Motifs d’ordre humanitaire—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle une agente principale d’immigration a refusé d’autoriser le demandeur à présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada fondée sur des motifs d’ordre humanitaire en vertu de l’art. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur, un Tamoul, est un demandeur d’asile débouté du Sri Lanka—Il a demandé une dispense fondée sur des motifs d’ordre humanitaire afin de pouvoir présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada—L’agente a refusé d’accorder la dispense étant donné qu’elle n’était pas convaincue que le retour du demandeur au Sri Lanka lui causerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives—Il s’agissait principalement de savoir si cette conclusion était déraisonnable—Le demandeur devait établir l’existence d’un lien entre les difficultés que pourraient connaître de façon générale les jeunes Tamouls de sexe masculin et celles auxquelles il serait exposé à son retour au Sri Lanka—Les risques allégués par le demandeur avaient déjà été examinés dans le cadre de sa demande d’asile et de sa demande d’ERAR et ne pouvaient pas être réexaminés dans le cadre d’une demande fondée sur des motifs d’ordre

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Qin v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 373

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of immigration officer’s decision refusing application for permanent resident visa under Canadian experience class pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 87.1—Applicant, citizen of China, carrying out administrative duties, translation, interpretation at law firm—Officer finding applicant’s salary significantly lower than minimum salary applicable in Toronto to occupations (listed in National Occupational Classification (NOC)) applicant seeking to qualify under—Officer obtaining comparator wage data from Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) website—Officer holding that applicant lacking experience in those positions—Whether officer entitled to consider comparable wage information from HRSDC; required to disclose to applicant that HRSDC wage data considered—Permissible, reasonable for officer to compare salary paid to applicant to that paid for similar work in Toronto—S. 87.1 providing no guidance for evaluating work experience—Officer required to understand nature, complexity of work performed—Analysis necessitating more than rote comparison of duties listed in NOC—Officer having to undertake substantive analysis of work done by applicant—Salary paid typically one indicator of complexity of work performed—Officer not using salary as preliminary disqualifying factor or to perform “gate-keeper function”—Open to officer to consider applicant’s salary as one piece of information relevant to determining if applicant possessing requisite experience to obtain s. 87.1 visa—However, failure to disclose that HRSDC wage data considered, to provide applicant opportunity to make submissions regarding data violation of procedural fairness—Consideration of wage data could not be reasonably anticipated by applicant—Question certified as to whether visa officer may consider HRSDC comparator salary data when assessing Canadian experience class application—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

humanitaire—L’agente a manifestement évalué la situation à laquelle le demandeur serait exposé—Elle a appliqué le bon critère et ses conclusions de fait étaient raisonnables—Une question a été certifiée—Demande rejetée.

### **Qin c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)** ..... 373

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire d’une décision d’un agent d’immigration qui a refusé une demande de résidence permanente au titre de la catégorie de l’expérience canadienne en vertu de l’art. 87.1 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement)—La demanderesse, une citoyenne chinoise, s’acquittait de tâches administratives et effectuait des travaux de traduction et d’interprétation dans un cabinet d’avocats—L’agent a conclu que le salaire de la demanderesse était significativement inférieur au salaire minimal en vigueur à Toronto pour les professions (énumérées dans la Classification nationale des professions (CNP)) au titre desquelles elle tentait d’être admise—L’agent avait obtenu les données comparatives sur les salaires sur le site Web de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC)—L’agent a estimé qu’elle n’avait pas assez d’expérience dans ces emplois—Il s’agissait de savoir si l’agent était en droit de tenir compte des données comparatives sur les salaires provenant de RHDCC et s’il devait informer la demanderesse qu’il se servirait de ces données—Il était à la fois acceptable et raisonnable que l’agent compare le salaire payé à la demanderesse à ceux qui étaient versés à Toronto pour des emplois similaires—L’art. 87.1 du Règlement ne prévoit pas comment évaluer l’expérience de travail d’un candidat—L’agent doit comprendre la nature du travail effectué et le degré de complexité des tâches accomplies—Cette analyse exige bien plus qu’une comparaison mécanique des fonctions énoncées sous le code de la CNP—L’agent doit analyser de manière approfondie les tâches remplies par un demandeur—Le salaire versé est, en règle générale, un indicateur de la complexité du travail effectué—L’agent ne s’est pas servi du salaire comme d’un facteur d’exclusion préliminaire ou pour s’acquitter d’une quelconque « fonction de gardien »—Il était loisible à l’agent de considérer le salaire de la demanderesse comme un renseignement utile pour déterminer si elle détenait l’expérience requise pour obtenir un visa en vertu de l’art. 87.1 du Règlement—Cependant, le fait qu’il n’ait rien dit à la demanderesse à propos des données de RHDCC sur le salaire et qu’il ne lui ait pas permis de présenter des observations à cet égard a porté atteinte à l’équité procédurale—La demanderesse ne pouvait raisonnablement s’attendre à ce que l’agent tienne compte des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Immigration officer refusing application for permanent resident visa under Canadian experience class pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 87.1—Officer finding applicant’s salary significantly lower than minimum salary applicable in Toronto to occupations (listed in National Occupational Classification) applicant seeking to qualify under—Officer obtaining comparator wage data from Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) website—Standard of review applicable to visa officers’ decisions, interpretation of Regulations implicit in officer’s consideration of HRSDC wage data—Application of correctness standard by Federal Court of Appeal conflicting with Supreme Court of Canada guidance—However, Court herein bound by Federal Court of Appeal decisions, applying correctness standard—Reasonableness standard applied to officer’s assessment, comparison of applicant’s experience to NOC—Question certified as to what standard of review is applicable to visa officer’s interpretation of Regulations, assessment of application under Regulations.

### **Richi v. Canada (Citizenship and Immigration)** **(F.C.)** ..... 347

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Judicial review of Citizenship Judge decision determining that applicant not meeting requirements of *Citizenship Act* because under removal order for failing to maintain permanent resident status—Applicant first applying for citizenship in 2007—That application dismissed but matter subsequently referred to another citizenship judge on consent—That Judge making impugned decision at issue herein—Applicant meeting all requirements of *Citizenship Act*, s. 5 except for s. 5(1)(f), providing that citizenship granted if applicant not under removal order and not subject of declaration made pursuant to section 20 (declaration in matters of security)—Applicant arguing “and” therein conjunctive—Therefore, since he was not subject of declaration made pursuant to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

données relatives au salaire—La question de savoir si un agent des visas peut examiner les données comparatives de RHDCC sur les salaires pour évaluer une demande faite au titre de la catégorie de l’expérience canadienne a été certifiée—Demande accueillie.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Un agent d’immigration a refusé une demande de résidence permanente au titre de la catégorie de l’expérience canadienne en vertu de l’art. 87.1 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement)—L’agent a conclu que le salaire de la demanderesse était significativement inférieur au salaire minimal en vigueur à Toronto pour les professions (énumérées dans la Classification nationale des professions) au titre desquelles elle tentait d’être admise—L’agent avait obtenu les données comparatives sur les salaires sur le site Web de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC)—La norme de contrôle applicable aux décisions des agents des visas et l’interprétation du Règlement implicitement retenue par l’agent lorsqu’il a choisi de tenir compte des données de RHDCC doivent être considérées—L’application de la norme de la décision correcte par la Cour d’appel fédérale est incompatible avec les directives récentes de la Cour suprême du Canada—Cependant, la Cour en l’espèce était liée par les décisions de la Cour d’appel fédérale et est tenue d’appliquer la norme de la décision correcte—La norme de la raisonnable a été appliquée à l’évaluation par l’agent de l’expérience professionnelle et à la comparaison de cette expérience avec les descriptions contenues dans la matrice de la CNP—La question de savoir quelle norme de contrôle judiciaire est applicable à l’interprétation par un agent des visas du Règlement et à son évaluation d’une demande fondée sur ce règlement a été certifiée.

### **Richi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)** **(C.F.)** ..... 347

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Contrôle judiciaire d’une décision d’un juge de la citoyenneté déterminant que le demandeur ne remplissait pas les conditions prévues dans la *Loi sur la citoyenneté*, car il se trouvait sous le coup d’une mesure de renvoi, faute d’avoir conservé son statut de résident permanent—Le demandeur a d’abord demandé la citoyenneté canadienne en 2007—La demande a été rejetée, mais l’affaire a été renvoyée par la suite devant un autre juge de la citoyenneté—Le juge a rendu la décision contestée en l’espèce—Le demandeur répondait à toutes les conditions énoncées à l’art. 5 de la *Loi sur la citoyenneté*, sauf aux conditions de l’art. 5(1)f, qui prévoit que la citoyenneté est accordée si le demandeur n’est pas sous le coup d’une mesure de renvoi et n’est pas visé par une déclaration faite en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Citizenship Act*, s. 20, Citizenship Judge wrong in deciding that he had not met requirements thereof—Such an interpretation unreasonable—The “and” in *Citizenship Act*, s. 5(1)(f) should be read in disjunctive, or should be read as subdividing paragraph (f) into two separate parts—One may become subject of removal order for many reasons other than criminality—Removal orders, declarations under *Citizenship Act*, s. 20 should not be lumped together—This interpretation confirmed by *Citizenship Act*, s. 11 wherein *Citizenship Act*, s. 20 declarations, removal orders distinct—Recent case law holding existence of a removal order precluding the granting of citizenship—Application dismissed.

### **Runchey v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)** ..... 227

Pensions—Canada Pension Plan—Division of pension credits—Judicial review of Pension Appeals Board decision dismissing applicant’s appeal from Review Tribunal decision upholding decision by Minister of Human Resources and Skills Development allowing division of pension credits under *Canada Pension Plan* (Plan) for applicant’s ex-spouse—Central issue herein interaction of division of unadjusted pensionable earnings (DUPE) provisions, child-rearing provisions (CRP)—Minister rejecting applicant’s reconsideration request that DUPE division be reversed—Applicant arguing that DUPE, CRP interaction treating men differently contrary to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1)—Whether legislation creating distinction, disadvantage—Interaction of CRP, DUPE provisions creating gender-based distinction—Plan, s. 42(1) “family allowance recipient” definition including any contributor that received allowance under *Family Allowances Act*, including “such other persons as may be prescribed by regulation”—*Canada Pension Plan Regulations* (Regulations), s. 77(1)(a) stating that spouse or partner only qualifying for CRP when period during which allowance received not already excluded or cannot be excluded or deducted from person’s contributory period under Part II of Plan—“Person” referring to parent receiving allowance under *Family Allowances Act*—CRP exclusionary, spouse or partner only qualifying when parent who received family allowance not qualifying—S. 77(1)(a) recognizing that

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

application de l’art. 20 (déclaration en matière de sécurité) —Le demandeur a fait valoir que le mot « et » a une fonction conjonctive—Étant donné qu’il n’était pas visé par une déclaration faite en application de l’art. 20 de la Loi, c’est à tort que la juge de la citoyenneté a décidé qu’il ne répondait pas aux exigences de la Loi—Une telle interprétation est déraisonnable—Le mot « et » inscrit à l’art. 5(1)(f) de la *Loi sur la citoyenneté* doit être interprété comme ayant une fonction disjonctive, c’est-à-dire comme divisant l’alinéa f) en deux parties distinctes—L’on peut se retrouver sous le coup d’une mesure de renvoi pour de nombreuses raisons n’ayant rien à voir avec la criminalité—Les mesures de renvoi et les déclarations faites au titre de l’art. 20 de la *Loi sur la citoyenneté* ne devraient pas être fondues dans un seul bloc—Cette interprétation est confirmée par l’art. 11 de la *Loi sur la citoyenneté*, aux termes duquel les déclarations prévues à l’art. 20 de la Loi et les mesures de renvoi sont deux choses distinctes—Il a été établi dans la jurisprudence que la prise d’une mesure de renvoi fait obstacle à l’octroi de la citoyenneté—Demande rejetée.

### **Runchey c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)** ..... 227

Pensions—Régime de pensions du Canada—Partage des crédits de pension—Contrôle judiciaire d’une décision de la Commission d’appel des pensions qui a rejeté l’appel interjeté par le demandeur à l’encontre de la décision du tribunal de révision qui a confirmé la décision par laquelle le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences a accueilli la demande de partage des crédits de pension présentée par l’ex-épouse de de demandeur en vertu du *Régime de pensions du Canada* (le Régime)—La question centrale mise en jeu en l’espèce vise l’interaction des dispositions relatives au partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension (les dispositions relatives au PGNAP) et la clause pour élever des enfants (la CEE)—Le ministre a rejeté la demande de réexamen de du demandeur visant à révoquer le PGNAP—Le demandeur a fait valoir que l’interaction des dispositions du PGNAP et de la CEE traitait les hommes de façon différente, contrairement à l’art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Il s’agissait de savoir si la Loi opère une distinction et si cette distinction donne lieu à un désavantage —L’interaction des dispositions de la CEE et du PGNAP crée une distinction fondée sur le sexe—La définition de « bénéficiaire d’une allocation familiale » en vertu de l’art. 42(1) du Régime englobe tout cotisant qui a reçu une allocation en vertu de la *Loi sur les allocations familiales*, y compris « toute autre personne désignée par règlement »—L’art. 77(1)(a) du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada* (le Règlement)

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

eligibility criteria for CRP imperfect—Plan, s. 42(1), Regulations, s. 77(1) thus establishing circumstances when contributor a “family allowance recipient”—Family allowances, Canada Child Tax Benefit not always going to primary caregiver—Both programs presumptively applying to female parent—CRP program therefore favouring women—Male parents facing additional qualification hurdle because of *Income Tax Act*, s. 122.6(f) presumption—Easier for women to qualify for CCTB, gain access to CRP—However, distinction not discriminatory—Plan not singling out men in invidious way—Detrimental effect consequence of interaction of rules within complicated scheme—Plan not general social welfare scheme available to all in every circumstance—Finding of discrimination, award of relief herein would disrupt nature, structure of Plan—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Pension Appeals Board dismissing appeal from Review Tribunal decision upholding decision by Minister of Human Resources and Skills Development allowing division of pension credits under *Canada Pension Plan* (Plan) for applicant’s ex-spouse—Applicant arguing that interaction between division of unadjusted pensionable earnings (DUPE), child-rearing provisions (CRP) treating men differently contrary to Charter, s. 15(1)—Whether legislation creating distinction, disadvantage—Interaction of CRP, DUPE provisions creating gender-based distinction—However, distinction not discriminatory under Charter, s. 15(1)—Plan not singling out men in invidious way—Plan not general social welfare scheme available to all in every circumstance—Charter, s. 15 preventing, redressing discrimination, not altering limited-purpose government programs—Demographic characteristics used to advance legitimate government policy—Benefit to women consistent with ameliorative nature of CRP, DUPE programs

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

indique que l’époux ou le conjoint de fait peut être admissible à la CEE uniquement lorsque la période n’a pas déjà été exclue ou déduite de la période cotisable de la personne aux fins de l’application de la partie II du Régime—Les mots « la personne » désignent le parent qui recevait une allocation en vertu de la *Loi sur les allocations familiales*—La CEE est une exclusion, l’époux ou le conjoint de fait étant admissible uniquement lorsque le parent qui recevait l’allocation familiale ne l’est pas—L’art. 77(1a) reconnaît que les critères d’admissibilité à la CEE sont imparfaits—L’art. 42(1) du Régime et l’art. 77(1) du Règlement établissent par conséquent les circonstances dans lesquelles le cotisant est le « bénéficiaire d’une allocation familiale »—Les allocations familiales et la prestation fiscale canadienne pour enfants ne sont pas toujours versées à la personne qui s’occupe principalement de l’enfant—Les deux programmes sont présumés s’adresser plutôt à la mère—Par conséquent, la CEE favorise les femmes—Les parents de sexe masculin sont soumis à un fardeau supplémentaire pour être admissibles en raison de la présomption de l’art. 122.6f) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*—Il est plus facile pour les femmes que pour les hommes d’être admissibles à la prestation fiscale canadienne pour enfants, et donc d’avoir accès à la CEE—Toutefois, cette distinction n’est pas discriminatoire—Le Régime ne cible pas les hommes d’une façon injuste—L’effet préjudiciable est une conséquence de l’interaction de règles compliquées à l’intérieur d’un programme compliqué—Le Régime n’est pas un régime général d’aide sociale dont on peut se prévaloir dans toutes les circonstances—Une conclusion de discrimination et l’octroi d’une mesure de réparation en l’espèce perturberaient la nature et la structure du Régime—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—La Commission d’appel des pensions a rejeté l’appel interjeté à l’encontre de la décision du tribunal de révision qui a confirmé la décision par laquelle le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences a accueilli la demande de partage des crédits de pension présentée par l’ex-épouse du demandeur en vertu du *Régime de pensions du Canada* (le Régime)—Le demandeur a fait valoir que l’interaction des dispositions relatives au partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension (les dispositions relatives au PGNAP) et la clause pour élever des enfants (la CEE) traitait les hommes de façon différente, contrairement à l’art. 15(1) de la Charte—Il s’agissait de savoir si la loi opère une distinction et si cette distinction donne lieu à un désavantage—L’interaction des dispositions de la CEE et du PGNAP crée une distinction fondée sur le sexe—Toutefois, cette distinction n’est pas discriminatoire en vertu de l’art. 15(1)—Le Régime ne cible pas les hommes d’une façon injuste—Le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

—To that extent, CRP, DUPE provisions “law, program or activity” within meaning of Charter, s. 15(2).

### **Tindungan v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 275

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision refusing applicants’ claim for protection as Convention refugee or person in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), ss. 96, 97—Applicant, United States citizen, morally objecting to actions of U.S. military while deployed in Afghanistan—Going absent without leave from unit, claiming refugee protection in Canada—Applicant speaking publicly about opposition to U.S. military, fearing persecution if returned to U.S.—RPD finding, *inter alia*, applicant not rebutting presumption of state protection, not showing reasonable possibility of persecution or risk to life or cruel, unusual treatment, U.S. military actions not coming within United Nations High Commissioner for Refugees’ *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (UNHCR Handbook), paragraphs 169, 170—Whether RPD erring by finding that U.S. judicial system could provide adequate protection; by ignoring evidence on state protection; when interpreting UNHCR Handbook, foreign law; by making unreasonable conclusions—RPD rejecting Canadian, international standards as guide to assess fairness of U.S. military justice system—According to RPD, failure to comply with such standards not rendering state protection inadequate—Decision lacking justification, transparency, intelligibility—Error to conclude that system not meeting basic fairness standards nevertheless providing adequate state protection—Decisions made under IRPA having to comply with *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, international human rights instruments—Interpretation of “adequate” state protection not complying with such instruments when “adequate” falling below standards—UNHCR Handbook clear that national legislation, international

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Régime n’est pas un régime général d’aide sociale dont on peut se prévaloir dans toutes les circonstances—L’art 15 de la Charte vise à prévenir la discrimination et à y remédier, et non à modifier fondamentalement des programmes gouvernementaux conçus à des fins limitées—Les caractéristiques démographiques servent simplement de moyen visant à favoriser des politiques gouvernementales légitimes—L’avantage accordé aux femmes est compatible avec l’objet d’amélioration de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP—Dans cette mesure, la CEE et les dispositions relatives au PGNAP sont des « lois, programmes ou activités » au sens de l’art. 15(2) de la Charte.

### **Tindungan c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)** ..... 275

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 (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada a rejeté la demande d’asile du demandeur à titre de réfugié au sens de la Convention et personne à protéger en vertu des art. 96 et 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Le demandeur, un citoyen américain, s’est opposé pour des raisons morales aux actions de l’armée américaine alors qu’il était déployé en Afghanistan—Le demandeur s’est absenté de son unité sans permission et a présenté une demande d’asile au Canada—Le demandeur a fait des déclarations publiques concernant ses opinions à propos de l’armée américaine et il craint d’être persécuté advenant son renvoi aux États-Unis—La SPR a conclu que le demandeur n’avait pas réfuté la présomption de protection de l’État et n’avait pas démontré qu’il existait une possibilité raisonnable qu’il soit persécuté ou qu’il soit exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités et que les actions militaires américaines ne tombent pas sous le coup des paragraphes 169 et 170 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (Guide du HCNUR)—Il s’agissait de savoir si la SPR a commis une erreur de droit en concluant que le système judiciaire américain pouvait fournir une protection adéquate, en ignorant des éléments de preuve qui contredisaient directement ses conclusions, dans son interprétation du Guide du HCNUR et du droit étranger et en tirait des conclusions déraisonnables—La SPR a rejeté le recours aux normes canadiennes et internationales comme guide de ce qui est adéquat quant à l’équité du système de justice militaire américain—Selon la SPR, la non-conformité du système à ces normes ne rend pas

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

instruments may be used in determining whether prosecution amounting to persecution—RPD’s conclusions on differential punishment unreasonable—RPD not addressing how applicant protected from misuse of prosecutorial discretion—Cogent evidence before RPD contradicting finding that public statements against war not leading to heavier sentences for desertion—RPD assessing incidents experienced by applicant as isolated, not condoned by U.S., not systemic, despite contrary evidence—Evidence showing U.S. military practices falling under UNHCR Handbook—RPD misunderstanding law regarding defences available against desertion charge in U.S. military—RPD concluding applicant failing to rebut presumption of adequate state protection despite fact applicant not able to put forward defence under UNHCR Handbook, paragraph 171—*Vassey v. Canada (Citizenship and Immigration)* teaching this state of law going directly to availability of state protection—Application allowed.

### **Tremblay v. Orio Canada Inc. (F.C.) . . . . . 404**

Copyright—Infringement—Motion for summary trial brought under *Federal Courts Rules*, rr. 213 to 219—Plaintiff, defendant to counterclaim (plaintiff), alleging owning copyright in computer program called “SAM”; submitting that defendant, plaintiff by counterclaim (defendant), infringing copyright by allowing program to be copied, modified, installed, sold, distributed to clients, contrary to *Copyright Act* (Act)—Plaintiff seeking various declarations regarding alleged copyright, court order ordering, *inter alia*, defendant to delete, destroy copies of reworked modified SAM program—Plaintiff, information technology consultant, providing work on defendant’s SAM program under verbal agreement; creating “modified SAM program”—When plaintiff’s, defendant’s

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

la protection de l’État inadéquate—La décision n’était pas justifiée, transparente et intelligible—C’est une erreur que de conclure qu’un système non conforme aux normes d’équité de base peut néanmoins assurer une protection de l’État adéquate—Les décisions rendues en vertu de la LIPR doivent être compatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et doivent respecter les instruments internationaux portant sur les droits de l’homme—L’interprétation de la protection de l’État « adéquate » qui permet que le caractère « adéquat » soit inférieur aux normes énoncées n’est pas une interprétation qui est conforme à ces instruments—Le Guide du HCNUR indique clairement que pour déterminer si une poursuite équivaut à de la persécution, les lois nationales et les instruments internationaux peuvent être utilisés—Les conclusions de la SPR sur la peine différente étaient déraisonnables en raison de ses renseignements—La SPR n’a pas traité de la façon dont le demandeur serait protégé contre l’abus du pouvoir discrétionnaire du poursuivant—La SPR disposait d’éléments de preuve convaincants qui contredisaient les conclusions que des déclarations publiques contre la guerre n’entraînent pas des peines pour désertion plus sévères—La SPR a évalué les expériences personnelles du demandeur comme étant des incidents isolés qui n’étaient pas tolérés par les États-Unis et qui n’étaient pas systémiques, malgré la preuve contraire—La preuve indique que les pratiques militaires de l’armée américaine tombent sous le coup du Guide du HCNUR—La SPR a mal compris le droit concernant les moyens de défense qui peuvent être opposés à une accusation de désertion dans l’armée américaine—La SPR a conclu que le demandeur n’a pas réfuté la présomption de protection de l’État adéquate malgré le fait qu’il n’était pas en mesure d’opposer un moyen de défense fondé sur le paragraphe 171 du Guide du HCNUR—La décision *Vassey c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* enseigne que cet état du droit touche directement à l’existence de la protection de l’État—Demande accueillie.

### **Tremblay c. Orio Canada Inc. (C.F.) . . . . . 404**

Droit d’auteur—Violation—Requête pour procès sommaire en vertu des règles 213 à 219 des *Règles des Cours fédérales*—Le demandeur, défendeur reconventionnel (le demandeur) a allégué être titulaire des droits d’auteur dans un programme d’ordinateur qui s’intitule « SAM », et a soutenu que la défenderesse et demanderesse reconventionnelle (la défenderesse) a violé ses droits d’auteur en permettant qu’on en fasse une copie, qu’on le modifie, et en l’installant, le vendant et le distribuant auprès de ses clients, le tout en violation de la *Loi sur le droit d’auteur* (la Loi)—Le demandeur demandait diverses déclarations quant à ses droits d’auteur présumés ainsi qu’une ordonnance de la Cour enjoignant, entre autres, à la défenderesse de supprimer et de détruire ses copies du logiciel

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

relationship ending, other third party company sought by defendant creating “reworked modified SAM program”—Plaintiff stating not authorizing defendant to make copy of “modified SAM program” source code—Defendant selling, installing on clients’ computers copies of “reworked modified SAM program”—Reworked software including substantial part of source code developed by plaintiff—Whether plaintiff owning copyright in “modified SAM program”; whether copyright in “modified SAM program” assigned; whether copyright in “modified SAM program” infringed—Based on evidence herein, plaintiff constituting author of “modified SAM program”—As to whether copyright assigned pursuant to Act, s. 13(4), wording of clause plaintiff including in bids to defendant amounting to assignment of copyright to defendant—However, plaintiff not signing written document as required by Act, s. 13(4)—Thus, given absence of plaintiff’s signature, plaintiff not assigning copyright of “modified SAM program”—Nevertheless, on basis of evidence, parties’ conduct in present case, plaintiff granting implied licence of use to defendant with respect to modified SAM program—Thus, plaintiff’s claim that copyright infringed under Act, s. 27 for lack of consent therefrom not accepted given plaintiff’s consent—Motion granted in part.

## SOMMAIRE (Fin)

SAM modifié retravaillé—Le demandeur, un consultant en informatique, a effectué du travail sur le logiciel SAM de la défenderesse en vertu d’une entente verbale; il a créé le « logiciel SAM modifié »—Lorsque la relation entre le demandeur et la défenderesse a pris fin, une autre société tierce recherchée par la défenderesse a créé le « logiciel SAM modifié retravaillé »—Le demandeur a affirmé ne pas avoir autorisé la défenderesse à faire des copies du code source du « logiciel SAM modifié »—Le logiciel retravaillé contenait une partie substantielle du code source développé par le demandeur—Il s’agissait de savoir si le demandeur est titulaire des droits d’auteur dans le « logiciel SAM modifié »; si les droits d’auteur dans le « logiciel SAM modifié » ont été cédés; et s’il y a eu violation des droits d’auteur dans le « logiciel SAM modifié »—D’après la preuve aux présentes, le demandeur constituait l’auteur du « logiciel SAM modifié »—Pour ce qui est de savoir si les droits d’auteur ont été cédés conformément à l’art. 13(4) de la Loi, le libellé de la clause que le demandeur a insérée dans ses soumissions auprès de la défenderesse constituait une cession de ses droits d’auteur au profit de la défenderesse—Cependant, le demandeur n’a pas signé de document écrit comme l’exige l’art. 13(4) de la Loi—Par conséquent, étant donné l’absence de la signature du demandeur, celui-ci n’a pas cédé les droits d’auteur du « logiciel SAM modifié »—Néanmoins, sur la base de la preuve et du comportement des parties, le demandeur a octroyé une licence d’utilisation implicite à la défenderesse dans le logiciel SAM modifié—Par conséquent, la prétention du demandeur comme quoi ses droits d’auteur ont été violés en vertu de l’art. 27 de la Loi pour cause d’absence de consentement de sa part n’a pas été retenue compte tenu du consentement de la part du demandeur—Requête accueillie en partie.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Habtenkiel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, IMM-4225-12, 2013 FC 397, has been affirmed on appeal (A-176-13, 2014 FCA 180), reasons for judgment handed down July 25, 2014. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Elio Dalle Rive v. Canada*, A-287-13, Dawson J.A., order dated March 3, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused August 14, 2014.

*Lavigne v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, A-428-12, A-429-12, 2013 FCA 207, Noël J.A., judgment dated September 11, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused August 14, 2014.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*La décision Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-4225-12, 2013 CF 397, a été confirmée en appel (A-176-13, 2014 CAF 180), les motifs du jugement ayant été prononcés le 25 juillet 2014. Les deux décisions seront publiées dans le Recueil des décisions des Cours fédérales.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Elio Dalle Rive c. Canada*, A-287-13, la juge Dawson, J.C.A., ordonnance en date du 3 mars 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 août 2014.

*Lavigne c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, A-428-12, A-429-12, 2013 CAF 207, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 11 septembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 août 2014.



**Federal Courts  
Reports**

**2014, Vol. 3, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2014, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-393-11  
2013 FCA 16

A-393-11  
2013 CAF 16

**Doug Runchey** (*Applicant*)

**Doug Runchey** (*demandeur*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

and

et

**Judith Wilson** (*Respondent/Intervener*)

**Judith Wilson** (*défenderesse/intervenante*)

**INDEXED AS: RUNCHEY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : RUNCHEY c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Dawson, Gauthier and Stratas JJ.A.—Vancouver, June 21, 2012; Ottawa, January 24, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Gauthier et Stratas, J.C.A.—Vancouver, 21 juin 2012; Ottawa, 24 janvier 2013.

*Pensions — Canada Pension Plan — Division of pension credits — Judicial review of Pension Appeals Board decision dismissing applicant's appeal from Review Tribunal decision upholding decision by Minister of Human Resources and Skills Development allowing division of pension credits under Canada Pension Plan (Plan) for applicant's ex-spouse — Central issue herein interaction of division of unadjusted pensionable earnings (DUPE) provisions, child-rearing provisions (CRP) — Minister rejecting applicant's reconsideration request that DUPE division be reversed — Applicant arguing that DUPE, CRP interaction treating men differently contrary to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Whether legislation creating distinction, disadvantage — Interaction of CRP, DUPE provisions creating gender-based distinction — Plan, s. 42(1) "family allowance recipient" definition including any contributor that received allowance under Family Allowances Act, including "such other persons as may be prescribed by regulation" — Canada Pension Plan Regulations (Regulations), s. 77(1)(a) stating that spouse or partner only qualifying for CRP when period during which allowance received not already excluded or cannot be excluded or deducted from person's contributory period under Part II of Plan — "Person" referring to parent receiving allowance under Family Allowances Act — CRP exclusionary, spouse or partner only qualifying when parent who received family allowance not qualifying — S. 77(1)(a) recognizing that eligibility criteria for CRP imperfect — Plan, s. 42(1), Regulations, s. 77(1) thus establishing circumstances when contributor a "family allowance recipient" — Family allowances, Canada Child Tax Benefit not always going to primary caregiver — Both programs presumptively applying to female parent — CRP program therefore favouring women — Male parents facing additional qualification hurdle because*

*Pensions — Régime de pensions du Canada — Partage des crédits de pension — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions qui a rejeté l'appel interjeté par le demandeur à l'encontre de la décision du tribunal de révision qui a confirmé la décision par laquelle le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences a accueilli la demande de partage des crédits de pension présentée par l'ex-épouse de de demandeur en vertu du Régime de pensions du Canada (le Régime)— La question centrale mise en jeu en l'espèce vise l'interaction des dispositions relatives au partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension (les dispositions relatives au PGNAP) et la clause pour élever des enfants (la CEE) — Le ministre a rejeté la demande de réexamen de du demandeur visant à révoquer le PGNAP — Le demandeur a fait valoir que l'interaction des dispositions du PGNAP et de la CEE traitait les hommes de façon différente, contrairement à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Il s'agissait de savoir si la Loi opère une distinction et si cette distinction donne lieu à un désavantage — L'interaction des dispositions de la CEE et du PGNAP crée une distinction fondée sur le sexe — La définition de « bénéficiaire d'une allocation familiale » en vertu de l'art. 42(1) du Régime englobe tout cotisant qui a reçu une allocation en vertu de la Loi sur les allocations familiales, y compris « toute autre personne désignée par règlement » — L'art. 77(1)a du Règlement sur le Régime de pensions du Canada (le Règlement) indique que l'époux ou le conjoint de fait peut être admissible à la CEE uniquement lorsque la période n'a pas déjà été exclue ou déduite de la période cotisable de la personne aux fins de l'application de la partie II du Régime — Les mots « la personne » désignent le parent qui recevait une allocation en vertu de la Loi sur les allocations familiales — La CEE est une exclusion, l'époux ou le conjoint de fait étant*

*of Income Tax Act, s. 122.6(f) presumption — Easier for women to qualify for CCTB, gain access to CRP — However, distinction not discriminatory — Plan not singling out men in invidious way — Detrimental effect consequence of interaction of rules within complicated scheme — Plan not general social welfare scheme available to all in every circumstance — Finding of discrimination, award of relief herein would disrupt nature, structure of Plan — Application dismissed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Pension Appeals Board dismissing appeal from Review Tribunal decision upholding decision by Minister of Human Resources and Skills Development allowing division of pension credits under Canada Pension Plan (Plan) for applicant's ex-spouse — Applicant arguing that interaction between division of unadjusted pensionable earnings (DUPE), child-rearing provisions (CRP) treating men differently contrary to Charter, s. 15(1) — Whether legislation creating distinction, disadvantage — Interaction of CRP, DUPE provisions creating gender-based distinction — However, distinction not discriminatory under Charter, s. 15(1) — Plan not singling out men in invidious way — Plan not general social welfare scheme available to all in every circumstance — Charter, s. 15 preventing, redressing discrimination, not altering limited-purpose government programs — Demographic characteristics used to advance legitimate government policy — Benefit to women consistent with ameliorative nature of CRP, DUPE programs — To that extent, CRP, DUPE provisions “law, program or activity” within meaning of Charter, s. 15(2).*

*admissible uniquement lorsque le parent qui recevait l'allocation familiale ne l'est pas — L'art. 77(1)a reconnaît que les critères d'admissibilité à la CEE sont imparfaits — L'art. 42(1) du Régime et l'art. 77(1) du Règlement établissent par conséquent les circonstances dans lesquelles le cotisant est le « bénéficiaire d'une allocation familiale » — Les allocations familiales et la prestation fiscale canadienne pour enfants ne sont pas toujours versées à la personne qui s'occupe principalement de l'enfant — Les deux programmes sont présumés s'adresser plutôt à la mère — Par conséquent, la CEE favorise les femmes — Les parents de sexe masculin sont soumis à un fardeau supplémentaire pour être admissibles en raison de la présomption de l'art. 122.6f) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Il est plus facile pour les femmes que pour les hommes d'être admissibles à la prestation fiscale canadienne pour enfants, et donc d'avoir accès à la CEE — Toutefois, cette distinction n'est pas discriminatoire — Le Régime ne cible pas les hommes d'une façon injuste — L'effet préjudiciable est une conséquence de l'interaction de règles compliquées à l'intérieur d'un programme compliqué — Le Régime n'est pas un régime général d'aide sociale dont on peut se prévaloir dans toutes les circonstances — Une conclusion de discrimination et l'octroi d'une mesure de réparation en l'espèce perturberaient la nature et la structure du Régime — Demande rejetée.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La Commission d'appel des pensions a rejeté l'appel interjeté à l'encontre de la décision du tribunal de révision qui a confirmé la décision par laquelle le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences a accueilli la demande de partage des crédits de pension présentée par l'ex-épouse du demandeur en vertu du Régime de pensions du Canada (le Régime) — Le demandeur a fait valoir que l'interaction des dispositions relatives au partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension (les dispositions relatives au PGNAP) et la clause pour élever des enfants (la CEE) traitait les hommes de façon différente, contrairement à l'art. 15(1) de la Charte — Il s'agissait de savoir si la loi opère une distinction et si cette distinction donne lieu à un désavantage — L'interaction des dispositions de la CEE et du PGNAP crée une distinction fondée sur le sexe — Toutefois, cette distinction n'est pas discriminatoire en vertu de l'art. 15(1) — Le Régime ne cible pas les hommes d'une façon injuste — Le Régime n'est pas un régime général d'aide sociale dont on peut se prévaloir dans toutes les circonstances — L'art 15 de la Charte vise à prévenir la discrimination et à y remédier, et non à modifier fondamentalement des programmes gouvernementaux conçus à des fins limitées — Les caractéristiques démographiques servent simplement de moyen visant à favoriser des politiques gouvernementales légitimes — L'avantage accordé aux femmes est compatible avec l'objet d'amélioration de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP — Dans cette mesure, la CEE et les dispositions relatives au PGNAP*

This was an application for judicial review of a decision by the Pension Appeals Board (Board) dismissing the applicant's appeal from a decision of the Review Tribunal upholding a decision by the Minister of Human Resources and Skills Development to allow the application of the applicant's ex-spouse for a division of pension credits under the *Canada Pension Plan* (Plan).

The central issue in the present application concerned the interaction of the division of unadjusted pensionable earnings (DUPE) provisions of the Plan, whereby certain pension credits may be divided between ex-spouses in certain circumstances, and the child-rearing provisions (CRP) of the Plan, which accommodate parents who leave the workforce or reduce their participation in it for a period of time to raise their children.

The applicant and Ms. Wilson divorced in 1992 and signed a separation agreement under which they divided their Plan credits. The Minister later granted Ms. Wilson's application under the DUPE provisions for a division of their unadjusted pensionable earnings for the period during which they cohabited during their marriage. The applicant agreed with the cohabitation period but refused to agree to a division for any period of time. The Minister nevertheless decided to grant Ms. Wilson's DUPE application for the period in question. The Minister rejected the applicant's reconsideration request that the DUPE division be reversed during the period of potential CRP eligibility, and that both he and Ms. Wilson be allowed CRP eligibility for that period or that Ms. Wilson be disallowed from being able to claim CRP eligibility for that period. The Minister also advised the applicant that the CRP could not be applied in his case because he had not applied for a Plan benefit. The applicant argued, before the Review Tribunal and the Board, that the interaction of the DUPE provisions and the CRP treated men differently from women and in a discriminatory way, contrary to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). The Board found that the Review Tribunal correctly declined jurisdiction to deal with the Charter issue because the only ministerial decision under review was the one mandated by the Plan, which the applicant agreed was done correctly, and that even if the operation of the CRP in conjunction with the DUPE provisions could be considered by the Board, they did not discriminate against men under subsection 15(1) of the Charter.

sont des « lois, programmes ou activités » au sens de l'art. 15(2) de la Charte.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions (la Commission) qui a rejeté l'appel interjeté par le demandeur à l'encontre de la décision du tribunal de révision qui a confirmé la décision par laquelle le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences a accueilli la demande de partage des crédits de pension présentée par l'ex-épouse du demandeur en vertu du *Régime de pensions du Canada* (le Régime).

La question centrale mise en jeu par la présente demande concernait l'interaction du partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension (les dispositions relatives au PGNAP), aux termes desquelles certains crédits de pension peuvent être partagés entre des ex-époux dans certaines circonstances, et la clause pour élever des enfants (la CEE) du Régime, qui constitue une mesure d'accommodement pour les parents qui quittent le marché du travail ou qui réduisent leur participation à celui-ci pendant une certaine période pour élever leurs enfants.

Le demandeur et M<sup>me</sup> Wilson ont divorcé en 1992 et ont signé un accord de séparation en vertu duquel ils ont divisé leurs crédits de pension. Plus tard, le ministre a accueilli la demande de M<sup>me</sup> Wilson présentée en vertu des dispositions relatives au PGNAP visant le partage de leurs gains non ajustés ouvrant droit à pension pour la période au cours de laquelle ils ont cohabité pendant leur mariage. Le demandeur était d'accord avec la période de cohabitation, mais il a refusé d'accepter un partage à l'égard de toute période. Le ministre a néanmoins décidé d'accueillir la demande de PGNAP de M<sup>me</sup> Wilson pour la période visée. Le ministre a rejeté la demande de réexamen du demandeur visant à révoquer le PGNAP durant la période d'admissibilité potentielle à la CEE et à ce que M<sup>me</sup> Wilson et lui soient tous deux admissibles à la CEE pendant cette période, ou bien que l'on refuse d'accorder à M<sup>me</sup> Wilson le droit de se prévaloir de la CEE pendant cette période. Le ministre a également informé le demandeur que la CEE ne pouvait pas jouer dans son cas parce qu'il n'avait pas présenté de demande de prestations du Régime. Le demandeur a soutenu devant le tribunal de révision et la Commission que l'interaction des dispositions du PGNAP et de la CEE traitait les hommes et les femmes de façon différente, contrairement au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits de la personne* (la Charte). La Commission a conclu que le tribunal de révision avait bien fait en se disant non compétent pour se pencher sur la question liée à la Charte parce que la seule décision ministérielle examinée était celle qui avait été rendue en vertu du Régime et qui, le demandeur l'a reconnu, était bonne, et que même si elle pouvait examiner l'application de la CEE

At issue was whether the legislation creates a distinction based on an enumerated or analogous ground, and whether the distinction creates a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping.

*Held*, the application should be dismissed.

The interaction of the CRP and the DUPE provisions creates a gender-based distinction. Women have disproportionate access to the CRP and this can affect the credit split under DUPE to the detriment of men in certain circumstances. A distinction occurs because of the fact that, due to statutory presumptions regarding gender roles and childcare, men have greater difficulty than women in accessing the CRP. This initial distinction is carried through in the DUPE provisions, which can have the effect of reducing one spouse's pension without a corresponding increase to the other's pension. Because of the distinction inherent in the CRP, men find themselves in this peculiar situation more frequently than women.

Paragraph 48(2)(a) of the Plan specifies that contributors only qualify for the CRP in months that they (i) are a "family allowance recipient" and (ii) have pensionable earnings that are "less than his [or her] average monthly pensionable earnings". Central to the applicant's case was the first requirement—when a person is a "family allowance recipient" within the meaning of the CRP. A "family allowance recipient", as defined in subsection 42(1) of the Plan for the purposes of the CRP, includes any contributor that received an allowance under the various versions of the *Family Allowances Act* before their child turned seven years of age. The family allowance cannot be a basis for determining CRP eligibility after 1992 following amendments to the most recent version of the *Family Allowances Act*. Subsection 42(1) solves this problem by including in the definition of "family allowance recipient", the phrase "such other persons as may be prescribed by regulation". Subsection 77(1) of the *Canada Pension Plan Regulations* (Regulations) lies at the heart of the gender distinction. Paragraph 77(1)(a) of the Regulations states that the spouse or common-law partner can only qualify for the CRP when the "period [during which an allowance was received] has not already been or cannot be excluded or deducted from the person's contributory period under Part II of the Act". The words "the person" refer to the parent who received an allowance under the *Family Allowances Act*. The CRP is an exclusion under Part II of the Plan. Therefore, a spouse or partner can only qualify for the CRP when the parent who received the family allowance does not. Paragraph

de concert avec les dispositions relatives au PGNAP, ces dispositions n'étaient pas discriminatoires à l'égard des hommes aux termes du paragraphe 15(1) de la Charte.

La question en litige était de savoir si la loi opère une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et si cette distinction donne lieu à un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

L'interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP opère une distinction fondée sur le sexe. Les femmes ont un accès disproportionné à la CEE et cela peut avoir une influence sur le partage des crédits en vertu du PGNAP au détriment des hommes dans certaines circonstances. Une distinction se produit parce que les hommes ont une plus grande difficulté que les femmes à avoir accès à la CEE en raison des présomptions prévues par la loi concernant les rôles masculins et féminins et le soin des enfants. Cette première distinction se retrouve dans les dispositions relatives au PGNAP qui peuvent avoir pour effet de réduire la pension d'un conjoint sans que la pension de l'autre soit augmentée pour autant. Compte tenu de la distinction inhérente à la CEE, les hommes se retrouvent dans cette situation particulière plus fréquemment que les femmes.

L'alinéa 48(2)(a) du Régime dispose que le cotisant est admissible à la CEE uniquement durant les mois durant lesquels i) il était « bénéficiaire d'une allocation familiale » et ii) ses gains ouvrant droit à pension étaient « inférieurs à sa moyenne mensuelle des gains ouvrant droit à pension ». La première exigence était au cœur du dossier du demandeur, c'est-à-dire la question de savoir quand une personne est le « bénéficiaire d'une allocation familiale » au sens de la CEE. Le « bénéficiaire d'une allocation familiale », défini au paragraphe 42(1) du Régime aux fins de la CEE, englobe tout cotisant qui a reçu une allocation en vertu des différentes versions de la *Loi sur les allocations familiales* avant que son enfant n'atteigne l'âge de sept ans. L'allocation familiale ne peut servir de fondement pour déterminer l'admissibilité à la CEE après 1992, par suite des modifications apportées à la version la plus récente de la *Loi sur les allocations familiales*. Le paragraphe 42(1) du Régime résout ce problème en incluant dans la définition de « bénéficiaire d'une allocation familiale », la phrase « toute autre personne désignée par règlement ». Le paragraphe 77 (1) du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada* (le Règlement) est au cœur de la distinction entre les hommes et les femmes. L'alinéa 77(1)(a) du Règlement dispose que l'époux ou le conjoint de fait peut être admissible à la CEE uniquement lorsque la « période [durant laquelle une allocation a été reçue] n'a pas déjà été exclue ou déduite de la période cotisable de la personne aux fins de l'application de la partie II de la Loi ou ne peut l'être ». Les mots « la personne » désignent le parent qui recevait une allocation en vertu de la

77(1)(a) adds an important qualification to the definition of “family allowance recipient” and thus eligibility for the CRP. It recognizes that the eligibility criteria for the CRP are imperfect. That is, in some circumstances the person who received a family allowance was not the child’s primary caregiver. In these circumstances, paragraph 77(1)(a) allows the primary caregiver to access the CRP, but only if the other parent does not get access to the CRP. In sum, subsection 42(1) of the Plan and subsection 77(1) of the Regulations establish three circumstances when a contributor is a “family allowance recipient”: the contributor (1) received a family allowance before 1992 under the old *Family Allowances Act*; or (2) remained at home as the primary caregiver of the child, is the present or former spouse or common-law partner of a person who received a family allowance, and the person who received a family allowance does not qualify or waives his or her right to the CRP; and (3) after 1992, qualified for the Canada Child Tax Benefit (CCTB). Because of the definition of “family allowance recipient”, eligibility for the CRP is generally limited to parents that, before 1992, qualified for a family allowance or, after 1992, the CCTB. While family allowances and the CCTB will generally have gone to the parent with primary caregiving responsibility, this is not always the case. Rather, both programs presumptively apply to the female parent, except when the male parent has sole custody of the child or in other limited circumstances. Therefore, the CRP program favours women as a whole. The *Income Tax Act* does not preclude male parents from claiming the CCTB. However, because of the presumption in paragraph 122.6(f) of the *Income Tax Act*, male parents can face an additional administrative burden to qualify when both the parents live with the child. Thus, it is easier for women to qualify for the CCTB as compared to men, and thus gain access to the CRP.

The distinction created by the interaction between the CRP and the DUPE provisions is not discriminatory. The interaction between the CRP and the DUPE provisions creates a detrimental effect on only some men in only certain circumstances. The Plan does not “single out” men in an invidious way. Rather, the detrimental effect on a limited class of men seems to be a consequence of the interaction of complicated

*Loi sur les allocations familiales*. La CEE est une exclusion aux fins de l’application de la partie II du Régime. Par conséquent, l’époux ou le conjoint de fait est admissible à la CEE uniquement lorsque le parent qui recevait l’allocation familiale ne l’est pas. L’alinéa 77(1)(a) ajoute une importante restriction à la définition du « bénéficiaire d’une allocation familiale » et donc à l’admissibilité à la CEE. Cette disposition reconnaît que les critères d’admissibilité à la CEE sont imparfaits. C’est-à-dire que dans certaines circonstances, la personne qui recevait une allocation familiale n’était pas la personne qui s’occupait principalement de l’enfant. Dans un tel cas, l’alinéa 77(1)(a) permet à la personne qui s’occupait principalement de l’enfant d’avoir accès à la CEE, mais uniquement si l’autre parent n’y a pas accès. En résumé, le paragraphe 42(1) du Régime et le paragraphe 77(1) du Règlement prévoient trois cas dans lesquels le cotisant est le « bénéficiaire d’une allocation familiale » : 1) avant 1992, il recevait une allocation familiale en vertu de l’ancienne *Loi sur les allocations familiales*; 2) il est resté au foyer à titre de personne qui s’occupait principalement de l’enfant, il est l’époux ou le conjoint de fait actuel ou l’ancien époux ou conjoint de fait d’une personne qui recevait une allocation familiale et la personne qui recevait une allocation familiale n’est pas admissible à la CEE ou a renoncé à son droit; et 3) après 1992, il était, ou pouvait être, admissible à la prestation fiscale canadienne pour enfants. En raison de la définition du « bénéficiaire d’une allocation familiale », l’admissibilité à la CEE est, en règle générale, limitée aux parents qui, avant 1992, étaient admissibles à une allocation familiale ou, après 1992, à la prestation fiscale canadienne pour enfants. Le parent qui a la responsabilité de s’occuper principalement des enfants bénéficie généralement des allocations familiales et de la prestation fiscale canadienne pour enfants, mais ce n’est pas toujours le cas. Les deux programmes sont présumés s’adresser plutôt à la mère, sauf lorsque le père a la garde exclusive de l’enfant ou dans d’autres circonstances limitées. Par conséquent, la CEE favorise, globalement, les femmes. La *Loi de l’impôt sur le revenu* n’empêche pas les parents de sexe masculin de réclamer la prestation fiscale canadienne pour enfants. Cependant, en raison de la présomption prévue à l’alinéa 122.6(f) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, les parents de sexe masculin peuvent être soumis à un fardeau administratif supplémentaire pour être admissibles lorsque les deux parents vivent avec l’enfant. Ainsi, il est plus facile pour les femmes que pour les hommes d’être admissibles à la prestation fiscale canadienne pour enfants, et donc d’avoir accès à la CEE.

La distinction opérée par l’interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP n’est pas discriminatoire. L’interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP a un effet préjudiciable uniquement à l’égard de certains hommes dans certaines circonstances uniquement. Le Plan ne « cible » pas les hommes d’une façon injuste. L’effet préjudiciable touchant une catégorie limitée d’hommes

rules within a complicated scheme in support of a Plan that is *not* a general social welfare scheme available to all in every circumstance. A finding of discrimination and the awarding of relief in this case would disrupt the nature and structure of the Plan. Indeed, it would transform it from a limited contributory scheme into a general social welfare scheme designed to achieve perfect equality between men and women in all circumstances. Section 15 of the Charter prevents and redresses discrimination. It is not to alter fundamentally government programs designed for limited purposes. The use of demographic characteristics by Parliament in allocating resources and benefits cannot be seen as telling an affected group that it is somehow less worthy of worth, membership or belonging in Canadian society or placing a label on it to that effect. Demographic characteristics are simply used as a way of advancing legitimate government policy or fashioning eligibility or qualification criteria so that scarce resources can be allocated among competing groups. The fact that the interaction of the CRP and the DUPE provisions can benefit women in certain circumstances cannot be said to be anomalous. It is consistent with the ameliorative nature of the CRP and DUPE programs. To the extent that the DCRP and DUPE provisions are aimed at ameliorating or remedying the condition of women, they may be said to be a “law, program or activity” within the meaning of subsection 15(2) of the Charter. In such a case, they cannot be found to be discriminatory under subsection 15(1) of the Charter.

semble être plutôt une conséquence de l’interaction de règles compliquées à l’intérieur d’un programme compliqué à l’appui d’un Régime qui n’est *pas* un régime général d’aide sociale dont on peut se prévaloir dans toutes les circonstances. Une conclusion de discrimination et l’octroi d’une mesure de réparation en l’espèce perturberaient la nature et la structure du Régime. En effet, le Régime, régime contributif limité, deviendrait alors un régime d’aide sociale général conçu pour réaliser une égalité parfaite entre les hommes et les femmes dans toutes les circonstances. L’article 15 de la Charte vise à prévenir la discrimination et à y remédier. Il n’a pas pour but de modifier fondamentalement des programmes gouvernementaux conçus à des fins limitées. Le recours à des caractéristiques démographiques par le législateur en répartissant des ressources et des avantages ne peut être considéré comme une indication que le groupe touché aurait une valeur moindre ou serait moins digne d’appartenir à la société canadienne ou qu’on lui applique une étiquette à cette fin. Les caractéristiques démographiques servent simplement de moyen visant à favoriser des politiques gouvernementales légitimes ou à modeler des critères d’admissibilité ou des conditions pour que les ressources rares puissent être réparties entre des groupes opposés. On ne peut pas qualifier d’anomalie le fait que l’interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP peut constituer un avantage dans certaines circonstances. Ce constat est compatible avec l’objet d’amélioration de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP. Dans la mesure où la CEE et les dispositions relatives au PGNAP visent à améliorer la situation des femmes, ou à remédier à leur situation, il est possible de dire que ces dispositions sont des « lois, programmes ou activités » au sens du paragraphe 15(2) de la Charte. Dans un tel cas, elles ne peuvent être déclarées discriminatoires sur le fondement du paragraphe 15(1) de la Charte.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act to amend the Income tax Act, to enact the Children’s Special Allowances Act, to amend certain other Acts in consequence thereof and to repeal the Family Allowances Act*, S.C. 1992, c. 48, ss. 12, 31.
- Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 42(1) “family allowance recipient”, 46, 48, 49, 52, 53, 55, 55.1, 55.11(a), 55.2(3).
- Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385, ss. 53(g), 77(1).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
- Family Allowances Act*, R.S.C. 1970, c. F-1.
- Family Allowances Act*, R.S.C., 1985, c. F-1, s. 7(1).
- Family Allowances Act, 1973*, S.C. 1973-74, c. 44, s. 7(1).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no 44], art. 1, 15.
- Loi de 1973 sur les allocations familiales*, S.C. 1973-74, ch. 44, art. 7(1).
- Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 122.6 (édicte par L.C. 1992, ch. 48, art. 12).
- Loi modifiant la Loi de l’impôt sur le revenu, édictant la Loi sur les allocations spéciales pour les enfants, apportant des modifications corrélatives à d’autres lois et abrogeant la Loi sur les allocations familiales*, L.C. 1992, ch. 48, art. 12, 31.
- Loi sur les allocations familiales*, L.R.C. (1985), ch. F-1, art. 7(1).
- Loi sur les allocations familiales*, S.R.C. 1970, ch. F-1.

*Family Allowances Regulations*, C.R.C., c. 642, s. 9(1), (1.1) (as enacted by SOR/90-35, s. 4), (1.2) (as enacted *idem*), (2),(3).

*Family Allowances Regulations*, SOR/74-30, s. 10.

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 122.6 (as enacted by S.C. 1992, c. 48, s. 12).

*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, ss. 6301, 6302.

*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(1) « bénéficiaire d'une allocation familiale », 46, 48, 49, 52, 53, 55, 55.1, 55.11a), 55.2(3).

*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 6301, 6302.

*Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385, art. 53g), 77(1).

*Règlement sur les allocations familiales*, C.R.C., ch. 642, art. 9(1),(1.1) (édicte par DORS/90-35, art. 4), (1.2) (édicte, *idem*), (2),(3).

*Règlement sur les allocations familiales*, DORS/74-30, art. 10.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657.

##### CONSIDERED:

*S.R. v. The Queen*, 2003 TCC 649, [2004] 1 C.T.C. 2386; *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714, (1987), 46 D.L.R. (4th) 165 (C.A.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703.

##### REFERRED TO:

*Gitksan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135, (1999), 177 D.L.R. (4th) 687 (C.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Harris v. Canada (Minister of Human Resources and Skills Development)*, 2009 FCA 22, [2009] 4 F.C.R. 330; *Wajchandler v. The Queen*, 2002 CanLII 947, [2003] 3 C.T.C. 2901 (T.C.C.); *Canada (Attorney General) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Young* (1996), 108 F.T.R. 124 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Campbell*, 2005 FCA 420, 262 D.L.R. (4th) 193; *Cabot v. The Queen*, 1998 CanLII 477, [1998] 4 C.T.C. 2893 (T.C.C.); *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*S.R. c. La Reine*, 2003 CCI 649; *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714 (C.A.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Gitksan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 C.F. 135 (C.A.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Harris c. Canada (Ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2009 CAF 22, [2009] 4 R.C.F. 330; *Wajchandler c. La Reine*, 2002 CanLII 947 (C.C.I.); *Canada (Procureur général) c. Sirois*, [1988] A.C.F. n° 577 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Young*, [1996] A.C.F. n° 212 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Campbell*, 2005 CAF 420; *Cabot c. La Reine*, 1998 CanLII 477 (C.C.I.); *Bande et nation indiennes d'Ermeskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950.

## AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of Commons. Special Committee on Pension Reform. *Report of the Parliamentary Task Force on Pension Reform*. Ottawa: Queen's Printer, 1983.

Canada. *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*, online: <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/bird1970-eng/bird1970-part1-eng.pdf>>.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/90-35, *C. Gaz.* 1990.II.202.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Pension Appeals Board (*D.R. v. Canada (Minister of Human Resources and Skills Development)*, 2011 LNCPEN 77 (QL)) dismissing the applicant's appeal from a decision of the Review Tribunal upholding a decision by the Minister of Human Resources and Skills Development to allow the application of the applicant's ex-spouse for a division of pension credits under the *Canada Pension Plan*. Application dismissed.

## APPEARANCES

Doug Runchey on his own behalf.  
*Nicole Butcher and Carmelle Salomon-Labbé* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

STRATAS J.A.:

## A. Introduction

[1] Mr. Runchey applies for judicial review from the decision dated September 8, 2011 of the Pension Appeals Board: 2011 LNCPEN 77 (QL) (appeal CP27301 [*D.R. v. Minister of Human Resources and*

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité spécial sur la réforme des pensions. *Rapport du groupe de travail parlementaire sur la réforme des pensions*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1983.

Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, en ligne : <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/bird1970-fra/bird1970-partie1-fra.pdf>>.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/90-35, *Gaz. C.* 1990.II.202.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions (*D.R. c. Canada (Ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2011 LNCCAP 77 (QL)) qui a rejeté l'appel interjeté par le demandeur à l'encontre de la décision du tribunal de révision qui a confirmé la décision par laquelle le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences a accueilli la demande de partage des crédits de pension présentée par l'ex-épouse du demandeur en vertu du *Régime de pensions du Canada*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

Doug Runchey pour son propre compte.  
*Nicole Butcher et Carmelle Salomon-Labbé* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

LE JUGE STRATAS, J.C.A. :

## A. Introduction

[1] M. Runchey présente une demande de contrôle judiciaire dirigée contre une décision, datée du 8 septembre 2011, de la Commission d'appel des pensions : 2011 LNCCAP 77 (QL) (appel CP27301 [*D.R. c. Ministre des*

*Skills Development*]). The Board dismissed Mr. Runchey's appeal from the Review Tribunal.

[2] The Review Tribunal upheld a decision by the Minister of Human Resources and Skills Development to allow the application of Mr. Runchey's ex-spouse for a division of pension credits under the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (the Plan).

[3] The central issue in Mr. Runchey's application for judicial review concerns the interaction of two sets of provisions in the Plan:

- *The division of unadjusted pensionable earnings provisions of the Plan (the DUPE provisions)*. Under the DUPE provisions, certain pension credits may be divided between ex-spouses in certain circumstances: section 55.1 of the Plan.

- *The child-rearing provisions of the Plan (CRP)*. Under the CRP, parents who leave the workforce or reduce their participation in it for a period of time to raise their children are accommodated: sections 48 and 49 of the Plan.

The precise nature of these provisions and how they interact will be discussed below.

[4] In his application for judicial review and in the administrative proceedings below, Mr. Runchey maintains that these provisions interact in a manner that treats men differently from women and discriminates against men, contrary to the constitutional guarantee of equality contained in subsection 15(1) of the 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]].

[5] For the reasons that follow, I conclude that the provisions do not violate section 15 of the Charter. Accordingly, I would dismiss the application for judicial review with costs.

*Ressources humaines et du Développement des compétences*]). La Commission a rejeté l'appel interjeté par M. Runchey de la décision du tribunal de révision.

[2] Le tribunal de révision a confirmé la décision par laquelle le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences a accueilli la demande de partage des crédits de pension présentée par l'ex-épouse de M. Runchey en vertu du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (le Régime).

[3] La question centrale mise en jeu par la demande de contrôle judiciaire de M. Runchey est l'interaction de deux ensembles de dispositions du Régime :

- *Le partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension (les dispositions relatives au PGNAP)*. Aux termes des dispositions relatives au PGNAP, certains crédits de pension peuvent être partagés entre des ex-époux dans certaines circonstances (article 55.1 du Régime).

- *La clause pour élever des enfants (la CEE)*. Aux termes de la CEE, les parents qui quittent le marché du travail ou qui réduisent leur participation à celui-ci pendant une certaine période pour élever leurs enfants bénéficient de mesures d'accommodement (articles 48 et 49 du Régime).

La nature précise de ces dispositions et leur interaction seront analysées plus loin.

[4] Par sa demande de contrôle judiciaire et les procédures administratives devant les tribunaux d'instance inférieure, M. Runchey soutient que ces dispositions interagissent de telle sorte que les hommes sont traités différemment des femmes et qu'elles sont discriminatoires envers les hommes, contrairement à la garantie constitutionnelle d'égalité prévue au paragraphe 15(1) de la Charte [*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]].

[5] Par les motifs qui suivent, je conclus que les dispositions ne sont pas contraires à l'article 15 de la Charte. En conséquence, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire avec dépens.

## B. Background

[6] After 19 years of marriage, in April 1992, Mr. Runchey and Ms. Wilson (the named intervenor in this Court) divorced. Before they divorced, they signed a separation agreement in which they agreed, among other things, to divide their existing Plan credits.

[7] Many years later, on April 15, 2008, Ms. Wilson applied to the Minister under the DUPE provisions of the Plan for a division of their unadjusted pensionable earnings—sometimes known as a credit split—for the period during which they cohabited during their marriage.

[8] Mr. Runchey was advised of Ms. Wilson's application and was asked whether he agreed with the cohabitation period. Mr. Runchey agreed with the period but refused to agree to a division for any period of time that would be or had been excluded or dropped out of Ms. Wilson's contributory period due to the CRP. The period that would be dropped out of Ms. Wilson's contributory period under the CRP fell within May 1974 to October 1984.

[9] On June 18, 2008, the Minister decided to grant Ms. Wilson's DUPE application for the period in question. The Minister did not accept Mr. Runchey's position.

[10] Mr. Runchey asked the Minister to reconsider the decision. He asked that the DUPE division be reversed during the period of potential CRP eligibility (May 1974 to October 1984). He asked that both he and Ms. Wilson be allowed CRP eligibility for that period or that Ms. Wilson be disallowed from being able to claim CRP eligibility for that period.

[11] On December 19, 2008, the Minister rejected Mr. Runchey's reconsideration request and confirmed the DUPE decision. The Minister also advised Mr. Runchey that the CRP could not be applied in his case because he had not applied for a Plan benefit.

## B. Contexte

[6] En avril 1992, après 19 ans de mariage, M. Runchey et M<sup>me</sup> Wilson (l'intervenante désignée devant la Cour) ont divorcé. Avant leur divorce, ils avaient signé une entente de séparation par laquelle ils ont notamment convenu de diviser leurs crédits du Régime.

[7] Plusieurs années plus tard, soit le 15 avril 2008, M<sup>me</sup> Wilson a présenté au ministre, en vertu des dispositions du Régime relatives au PGNAP, une demande de partage de leurs gains non ajustés ouvrant droit à pension, parfois appelé partage des crédits, pour la période au cours de laquelle ils ont cohabité pendant leur mariage.

[8] M. Runchey a été informé de la demande de M<sup>me</sup> Wilson et on lui a demandé s'il était d'accord avec la période de cohabitation. Il a répondu par l'affirmative, mais il a refusé d'accepter un partage à l'égard de toute période qui serait ou aurait été exclue ou écartée de la période cotisable de M<sup>me</sup> Wilson en raison de la CEE. La période qui était exclue de la période cotisable de M<sup>me</sup> Wilson aux termes de la CEE était comprise entre mai 1974 et octobre 1984.

[9] Le 18 juin 2008, le ministre a décidé d'accueillir la demande de PGNAP de M<sup>me</sup> Wilson pour la période visée. Le ministre a rejeté la thèse de M. Runchey.

[10] M. Runchey a demandé au ministre de réexaminer la décision et de révoquer le PGNAP durant la période d'admissibilité potentielle à la CEE (de mai 1974 à octobre 1984). Il a en outre demandé que M<sup>me</sup> Wilson et lui soient tous deux admissibles à la CEE pendant cette période ou qu'on refuse d'accorder à M<sup>me</sup> Wilson le droit de se prévaloir de la CEE pendant cette période.

[11] Le 19 décembre 2008, le ministre a rejeté la demande de réexamen de M. Runchey et a confirmé la décision concernant le PGNAP. Le ministre a également informé M. Runchey que la CEE ne pouvait pas jouer dans son cas parce qu'il n'avait pas présenté de demande de prestations du Régime.

[12] Mr. Runchey appealed to the Review Tribunal the Minister's denial of his request for a reconsideration of the DUPE decision. Before the Review Tribunal, he argued that the interaction of the DUPE provisions and the CRP treated men differently from women and in a discriminatory way, contrary to subsection 15(1) of the Charter.

[13] On April 22, 2010, the Review Tribunal dismissed Mr. Runchey's appeal. It held that it did not have jurisdiction to consider the Charter issue raised by Mr. Runchey because only the Minister's decision concerning Ms. Wilson's request for credit splitting under the DUPE was before it. It found that the DUPE provision, by itself, did not contravene the Charter.

[14] Mr. Runchey appealed to the Pension Appeals Board. He advanced substantially the same submissions he made before the Review Tribunal.

[15] The Board rejected Mr. Runchey's submissions on the following bases:

- The Board's jurisdiction under the Plan is limited to what the Review Tribunal could or could not do. In this case, the Board found that "the Review Tribunal correctly declined jurisdiction to deal with the Charter issue raised by Mr. [Runchey] because the only ministerial decision under review was the one mandated by the [Plan] (a DUPE distribution) which Mr. [Runchey] agrees was done correctly" (at paragraph 34).

- Even if the operation of the CRP in conjunction with the DUPE provisions could be considered by the Board, the Board found they did not discriminate against men under subsection 15(1) of the Charter (at paragraphs 36–48).

[12] M. Runchey a interjeté appel devant le tribunal de révision de la décision du ministre de refuser sa demande de réexamen de la décision concernant le PGNAP. Devant le tribunal de révision, M. Runchey a soutenu que l'interaction des dispositions du PGNAP et de la CEE traitait les hommes et les femmes de façon différente, contrairement au paragraphe 15(1) de la Charte.

[13] Le 22 avril 2010, le tribunal de révision a rejeté l'appel de M. Runchey. Il a estimé qu'il n'avait pas la compétence voulue pour connaître du moyen tiré de la Charte par M. Runchey parce que seule la décision du ministre concernant la demande de partage des crédits en vertu du PGNAP présentée par M<sup>me</sup> Wilson avait été portée à son attention. Le tribunal de révision a conclu qu'en soi, la disposition relative au PGNAP n'était pas contraire à la Charte.

[14] M. Runchey a interjeté appel devant la Commission d'appel des pensions. Il a essentiellement présenté les mêmes conclusions que celles qu'il avait fait valoir devant le tribunal de révision.

[15] La Commission a rejeté les conclusions de M. Runchey par les motifs suivants :

- La compétence de la Commission en vertu du Régime est limitée à ce que le tribunal de révision pouvait ou ne pouvait pas faire. En l'espèce, la Commission a conclu que « le tribunal de révision a bien fait en se disant non compétent pour se pencher sur la question liée à la Charte soulevée par [M. Runchey] parce que la seule la décision ministérielle examinée était celle qui avait été rendue en vertu [du Régime] (un PGNAP) et qui, [M. Runchey] le reconnaît, était bonne » (au paragraphe 34).

- Même si elle pouvait examiner l'application de la CEE de concert avec les dispositions relatives au PGNAP, la Commission a conclu que ces dispositions n'étaient pas discriminatoires à l'égard des hommes aux termes du paragraphe 15(1) de la Charte (aux paragraphes 36 à 48).

[16] As mentioned above, Mr. Runchey now brings an application for judicial review before this Court.

C. Preliminary objection by the Attorney General

[17] In this Court, the Attorney General maintains that the only matter before this Court is the Minister's decision under the DUPE provisions. There is no decision concerning the CRP before the Court. The Attorney General notes that Mr. Runchey concedes that the credit splitting under the DUPE provisions was performed exactly according to the law as written. Therefore, the Attorney General says that the constitutional issue is not squarely before this Court in this application.

[18] I disagree. Mr. Runchey's position, expressed in his notice of application, is that the Minister's application of the DUPE provisions, as written, perpetuates a constitutional infirmity. That infirmity is the discrimination against men, contrary to subsection 15(1) of the Charter, caused by the interaction of the CRP and DUPE provisions. To address this infirmity, in his notice of application he claims, among other things, a declaration that he will have "equal access to the [CRP] as a result of the DUPE action, as does [Ms. Wilson]".

[19] Mr. Runchey's notice of application is not drafted with precision. To some extent, the lack of precision of the notice of application is understandable because Mr. Runchey is a self-represented litigant. In this regard, I note that the Attorney General did not seek to clarify Mr. Runchey's notice of application. From his memorandum and his argument in this Court, it was evident that the Attorney General appreciated exactly what Mr. Runchey was arguing in his application and was not prejudiced in any way.

[20] The effect of Mr. Runchey's core submission is that by deciding Ms. Wilson's request for credit splitting

[16] Comme je l'ai mentionné précédemment, M. Runchey présente maintenant une demande de contrôle judiciaire devant notre Cour.

C. Objection préliminaire soulevée par le procureur général

[17] Devant notre Cour, le procureur général soutient que la seule question qui nous est déférée est la décision du ministre concernant les dispositions relatives au PGNAP. Aucune décision relative à la CEE n'a été portée à l'attention de notre Cour. Le procureur général souligne que M. Runchey concède que le partage des crédits en vertu des dispositions relatives au PGNAP a été effectué conformément au droit tel qu'il est établi par les textes de loi. En conséquence, le procureur général fait valoir que la question constitutionnelle n'est pas directement déférée à notre Cour par la présente demande.

[18] Je rejette cette thèse. Selon la position de M. Runchey, qu'il a formulée dans son avis de demande, l'application des dispositions relatives au PGNAP par le ministre, telles qu'elles sont rédigées, perpétue un vice d'ordre constitutionnel : la discrimination envers les hommes, contraire au paragraphe 15(1) de la Charte, causée par l'interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP. Pour mettre fin à ce vice d'ordre constitutionnel, il sollicite notamment par son avis de demande un jugement déclaratoire portant qu'il aura [TRADUCTION] « un accès égal à [la CEE] par suite du PGNAP, à l'instar de [M<sup>me</sup> Wilson] ».

[19] L'avis de demande de M. Runchey n'est pas rédigé avec précision. L'absence de précision de ce document est, jusqu'à un certain point, compréhensible parce que M. Runchey se représente lui-même. À cet égard, je souligne que le procureur général n'a pas sollicité d'éclaircissements quant à l'avis de demande. Il ressort très clairement de son mémoire et de son argumentation devant la Cour que le procureur général a parfaitement compris ce que M. Runchey faisait valoir dans sa demande et qu'il n'a aucunement subi de préjudice.

[20] Suivant la principale thèse de M. Runchey, en se prononçant sur la demande de partage des crédits

under the DUPE provisions as written, those provisions being contrary to subsection 15(1) of the Charter, the Minister made an invalid decision.

[21] Therefore, I find that the constitutional issue raised by Mr. Runchey is squarely before the Court and must be determined.

[22] From this, it follows that the constitutional issue raised by Mr. Runchey was also squarely before the Pension Appeals Board. Although the Board had only Ms. Wilson's application for credit splitting under the DUPE provisions before it, Mr. Runchey's constitutional argument, directed to the validity of the DUPE provisions to be applied by the Board, was also before the Board. It follows that the Board's decision that it did not have jurisdiction to consider Mr. Runchey's constitutional argument cannot stand. In the end, this does not matter, as the Board went on to consider and dismiss Mr. Runchey's constitutional argument on its merits.

#### D. Mr. Runchey's standing

[23] The Attorney General submitted that Mr. Runchey is not able to advance his constitutional challenge. Ms. Wilson was the only primary caregiver and so there are no circumstances where Mr. Runchey would be eligible for the CRP. Even if Mr. Runchey were able to establish that the interaction of the CRP and DUPE provisions creates a distinction between males and females, he is not personally affected.

[24] I disagree. Among other things, Mr. Runchey seeks a declaration that the interaction of the CRP and DUPE provisions infringes the Charter. The Attorney General requests that if this Court rules that the declaration should be granted, the declaration should be suspended so that Parliament, by legislative amendment, can fix the constitutional defect. That fix might change the basis upon which pension credits are split, affecting Mr. Runchey directly.

présentée par M<sup>me</sup> Wilson en vertu des dispositions relatives au PGNAP telles qu'elles sont rédigées, lesquelles contreviennent au paragraphe 15(1) de la Charte, le ministre a rendu une décision invalide.

[21] Par conséquent, je conclus que la question constitutionnelle soulevée par M. Runchey est directement déferée à la Cour et qu'elle appelle une décision.

[22] Il s'ensuit que la question constitutionnelle soulevée par M. Runchey était également directement invoquée devant la Commission d'appel des pensions. Même si la Commission n'était saisie que de la demande de partage des crédits de M<sup>me</sup> Wilson aux termes des dispositions relatives au PGNAP, la question constitutionnelle soulevée par M. Runchey quant à la validité des dispositions relatives au PGNAP que la Commission devait appliquer était également déferée à la Commission. Par conséquent, la décision de la Commission portant qu'elle n'avait pas compétence pour connaître de la question constitutionnelle de M. Runchey ne peut être confirmée. Au final, cette décision importe peu, car la Commission a examiné la question constitutionnelle de M. Runchey au fond et l'a rejetée.

#### D. La qualité de M. Runchey

[23] Le procureur général a soutenu que M. Runchey ne peut faire valoir son moyen tiré de la Constitution. M<sup>me</sup> Wilson était la seule personne qui s'occupait principalement des enfants et il n'y a donc aucun fait qui rendrait M. Runchey admissible aux termes de la CEE. Même si M. Runchey était en mesure de prouver que l'interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP opérait une distinction entre les hommes et les femmes, celle-ci ne le touche pas personnellement.

[24] Je rejette cette thèse. M. Runchey sollicite notamment un jugement déclaratoire portant que l'interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP est contraire à la Charte. Dans le cas où la Cour déciderait d'accueillir la demande de jugement déclaratoire, le procureur général demande que ce jugement soit suspendu afin de permettre au législateur de régler la lacune sur le plan constitutionnel au moyen d'une modification législative. Cette solution pourrait changer le fondement

[25] Further, Mr. Runchey's claim, as described above, smacks as a challenge brought not only on the basis of direct standing but also on the basis of public interest standing. Mr. Runchey, as a male, seeks to vindicate the equality rights of males, claiming that the interaction of the DUPE provisions and the CRP causes systemic discrimination contrary to section 15 of the Charter. The Attorney General did not take issue with Mr. Runchey's standing to advance this claim as a public interest litigant.

[26] In these circumstances, I am prepared to accept that Mr. Runchey has standing as a public interest litigant to advance his constitutional challenge. I prefer to consider his challenge on its merits.

E. The evidentiary record before this Court

[27] In this Court, Mr. Runchey sought to introduce an affidavit in support of his application. The affidavit contains mainly statements of law and calculations of how the CRP and DUPE provisions might apply in certain circumstances.

[28] The Attorney General moves for exclusion of the affidavit. The Attorney General submits that Mr. Runchey's affidavit is "replete with argument, opinions and conclusions that are entirely speculative and that are outside of his personal knowledge." In response, Mr. Runchey concedes that some paragraphs in his affidavit should be struck, but insists that other paragraphs setting out factual matters were properly before the Court.

[29] I would grant the Attorney General's motion. The affidavit is inadmissible in this Court.

[30] The statements of law are inadmissible: the place for those is the memorandum of fact and law.

selon lequel les crédits de pension sont partagés, touchant ainsi M. Runchey directement.

[25] De plus, la demande de M. Runchey que j'ai exposée ressemble à une contestation présentée non seulement dans son intérêt direct, mais dans l'intérêt public. En tant qu'homme, M. Runchey cherche à faire valoir le droit à l'égalité des hommes, soutenant que l'interaction des dispositions relatives au PGNAP et de la CEE donne lieu à une discrimination systémique contraire à l'article 15 de la Charte. Le procureur général ne s'est pas opposé à la qualité de M. Runchey pour agir afin d'indiquer ce moyen à titre de partie représentant l'intérêt public.

[26] Dans ces circonstances, je suis disposé à accepter que M. Runchey a qualité pour agir en tant que partie représentant l'intérêt public pour présenter cette contestation constitutionnelle. Je préfère examiner sa contestation sur le fond.

E. Les éléments de preuve dont dispose la Cour

[27] Devant notre Cour, M. Runchey a cherché à présenter un affidavit à l'appui de sa demande. Cet affidavit contient principalement des énoncés de droit et des calculs concernant la façon dont la CEE et les dispositions relatives au PGNAP peuvent jouer dans certaines circonstances.

[28] Le procureur général requiert l'exclusion de l'affidavit de M. Runchey au motif qu'il contient [TRANSDUCTION] « de nombreux arguments, opinions et conclusions qui relèvent entièrement de la conjecture et qui débordent le cadre de sa connaissance personnelle ». En réponse, M. Runchey concède que certains paragraphes de son affidavit devraient être radiés, mais insiste sur le fait que d'autres paragraphes énonçant des faits ont été valablement produits devant la Cour.

[29] J'accueillerais la requête du procureur général. La Cour ne peut recevoir l'affidavit.

[30] Les énoncés de droit sont inadmissibles : le mémoire des faits et du droit est le document par lequel les présenter.

[31] The calculations are based on factual matters to some extent not in evidence and the calculations, themselves, are factual matters. On judicial review, factual matters are determined by the administrative decision maker, not the reviewing court. That is the place where proof of factual matters should be offered. It is trite that the evidentiary record in this Court normally consists of the evidentiary record before the administrative decision maker being reviewed: *Gitxsan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135 (C.A.), at paragraph 15. There are narrow exceptions to this rule, none of which apply here.

[32] For Mr. Runchey's benefit, I note that the exclusion of the affidavit did not affect the merits of his application for judicial review. The statements of law in his affidavit were largely explored in the parties' memoranda of fact and law and, as will be evident in these reasons, this Court was able to identify and assess on the basis of the existing, proper evidentiary record, without assistance from the affidavit, how the CRP and DUPE provisions interact and the effects they cause.

#### F. The standard of review

[33] The Pension Appeals Board's decision to dismiss Mr. Runchey's constitutional argument is subject to correctness review in this Court: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 58.

#### G. Introduction to the analysis under subsection 15(1) of the Charter

[34] Faced with a claim that legislation infringes the constitutional guarantee of equality in subsection 15(1) of the Charter, the Court must consider the following two questions:

(1) Does the legislation create a distinction based on an enumerated or analogous ground?

[31] Les calculs sont fondés sur des éléments de fait qui, dans une certaine mesure, ne sont pas présentées en preuve et les calculs eux-mêmes sont des éléments de fait. Dans le cadre d'une procédure en contrôle judiciaire, il appartient au décideur administratif, et non à la cour réformatrice, de se prononcer sur les questions de fait. Le décideur administratif est celui qui doit recevoir les éléments de preuve relatifs à ces questions. Il est bien établi que les éléments de preuve produits devant la Cour sont, habituellement, ceux dont disposait le décideur administratif dont la décision est attaquée par la procédure en contrôle judiciaire (*Gitxsan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 C.F. 135 (C.A.), au paragraphe 15). Cette règle comporte des exceptions très précises et aucune ne joue en l'espèce.

[32] En ce qui concerne M. Runchey, je souligne que l'exclusion de l'affidavit n'a pas eu d'incidence sur le fond de sa demande de contrôle judiciaire. Les énoncés de droit dans son affidavit ont été largement discutés dans les mémoires des faits et du droit des parties. De plus, comme il ressortira des présents motifs, la Cour a été en mesure de définir et d'apprécier la façon dont la CEE et les dispositions relatives au PGNAP interagissent et leurs effets à partir des éléments de preuve adéquats, sans recourir à l'affidavit.

#### F. La norme de contrôle

[33] La norme de contrôle que la Cour doit appliquer à la décision de la Commission d'appel des pensions de rejeter le moyen constitutionnel de M. Runchey est celle de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 58).

#### G. Introduction de l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte

[34] Lorsqu'il est soutenu que la loi est contraire à la garantie constitutionnelle d'égalité prévue au paragraphe 15(1) de la Charte, la Cour doit examiner les deux questions suivantes :

1) La loi opère-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue?

(2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? In other words, is there discrimination?

See generally *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at paragraph 17; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at paragraph 30.

H. Does the legislation create a distinction based on an enumerated or analogous ground?

(1) Comparator groups

[35] In considering whether legislation creates a distinction, one must first ask, “A distinction between whom?” In the equality rights jurisprudence, this is often described as the issue of “comparator groups.”

[36] The selection of comparator groups can be controversial and in recent jurisprudence the Supreme Court has tried to reduce its importance in the overall analysis: *Withler*, above. Fortunately, in benefits cases such as this, identifying the distinction and the comparator group is “relatively straightforward” because the ground for denying a benefit to a particular group is relatively clear: *Withler*, at paragraph 64. That is the case here.

[37] Mr. Runchey says that the interaction of the CRP and the DUPE provisions creates a distinction based on gender—men and women—and gender is an enumerated ground under subsection 15(1) of the Charter. While the Attorney General contests whether there is indeed a distinction, it concedes Mr. Runchey has founded his challenge upon an enumerated ground. In their oral and written arguments, the parties articulated the alleged distinction in terms of gender. For the purposes of this appeal, the comparator group need not be refined further.

2) La distinction donne-t-elle lieu à un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? En d’autres mots, y a-t-il discrimination?

Voir, généralement *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, au paragraphe 17; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, au paragraphe 30.

H. La loi opère-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue?

1) Groupes de comparaison

[35] Pour rechercher si une loi opère une distinction, il faut tout d’abord rechercher ceci : « Une distinction entre qui? » La jurisprudence portant sur les droits à l’égalité évoque souvent la question relative aux « groupes de comparaison ».

[36] Le choix de groupes de comparaison peut susciter la controverse et, dans une jurisprudence récente, la Cour suprême a tenté de réduire l’importance de ce choix dans l’analyse globale (arrêt *Withler*, précité). Heureusement, dans les affaires de prestations comme en l’espèce, il est « relativement simple » d’établir l’existence d’une distinction et d’identifier le groupe de comparaison parce que le motif de refus d’une prestation à un groupe précis est relativement clair (*Withler*, au paragraphe 64). Tel est le cas en l’espèce.

[37] M. Runchey prétend que l’interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP opère une distinction fondée sur le sexe — les hommes et les femmes — et le sexe est l’un des motifs énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte. Le procureur général nie quant à lui l’existence même d’une distinction, mais il concède que M. Runchey a fondé sa contestation sur un motif énuméré. Dans leurs observations verbales et écrites, les parties ont défini la distinction alléguée comme une distinction fondée sur le sexe. Aux fins du présent appel, il n’est pas nécessaire de préciser plus avant le groupe de comparaison.

(2) Examining the CRP and the DUPE provisions and their interaction with each other to assess whether there is a distinction based on gender

[38] In his submissions, Mr. Runchey tended to characterize the distinction between men and women created by the CRP and the DUPE provisions as being very significant, creating real differences in the size of benefits men could receive.

[39] In my view, there is a distinction, but it is qualitatively less significant than that urged by Mr. Runchey. Briefly, a distinction occurs because of the fact that, due to statutory presumptions regarding gender roles and childcare, men have greater difficulty than women in accessing the CRP. This initial distinction is carried through in the DUPE provisions, which, as we shall see, can have the effect of reducing one spouse's pension without a corresponding increase to the other's pension. Because of the distinction inherent in the CRP, men find themselves in this peculiar situation more frequently than women.

(a) General characteristics of the Plan

[40] As a general matter, the calculation of benefits under the Plan is affected by how much and how long people contribute to the Plan. More contributions generally result in greater benefits.

[41] The administrators of the Plan maintain a record of earnings for each person who has contributed to the Plan. For each year of contributions, the record lists the contributor's unadjusted pensionable earnings (pension credits), as calculated under section 53 of the Plan. Contributors' pension credits are used to calculate their average pensionable earnings: section 52 of the Plan.

[42] Generally, a contributor's Plan entitlement is 25 percent of his or her average pensionable earnings, adjusted to take into account the average of the

2) Examen de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP et de leur interaction pour rechercher s'il existe une distinction fondée sur le sexe

[38] Dans ses observations, M. Runchey qualifiait, de façon générale, de très importante la distinction entre les hommes et les femmes opérée par la CEE et les dispositions relatives au PGNAP, distinction qui donnerait lieu à des différences réelles au regard de l'importance des prestations que les hommes pouvaient recevoir.

[39] À mon avis, il existe une distinction, mais elle est qualitativement moins importante que ce que soutient M. Runchey. En bref, une distinction se produit parce que les hommes ont une plus grande difficulté que les femmes à avoir accès à la CEE en raison des présomptions prévues par la loi concernant les rôles masculins et féminins et le soin des enfants. Cette première distinction se retrouve dans les dispositions relatives au PGNAP qui, comme nous le verrons, peuvent avoir pour effet de réduire la pension d'un conjoint sans que la pension de l'autre soit augmentée pour autant. Compte tenu de la distinction inhérente à la CEE, les hommes se retrouvent dans cette situation particulière plus fréquemment que les femmes.

a) Les caractéristiques générales du Régime

[40] De manière générale, le calcul des prestations en vertu du Régime est fonction des montants que les cotisants ont versés au Régime et de la durée de la période cotisable. De manière générale, les cotisations plus importantes donnent lieu à des prestations plus élevées.

[41] Les administrateurs du Régime tiennent un registre des gains de chaque personne qui a cotisé au Régime. À l'égard de chaque année de cotisation, le registre établit les gains non ajustés du cotisant ouvrant droit à pension (les crédits de pension), calculés conformément à l'article 53 du Régime. Les crédits de pension des cotisants sont utilisés pour calculer la moyenne des gains ouvrant droit à pension (article 52 du Régime).

[42] En règle générale, en vertu du Régime, le cotisant a droit à 25 p. 100 cent de la moyenne de ses gains ouvrant droit à pension, moyenne ajustée pour prendre en

contributor's final five-year maximum pensionable earnings: section 46 of the Plan.

(b) The DUPE provisions

[43] Under section 55.1 of the Plan, married or common-law couples who subsequently separate can split the pension credits they accumulated during the period they lived together. This action is known as a Division of Unadjusted Pensionable Earnings (DUPE), and is sometimes called "credit splitting."

[44] This credit splitting is intended to provide the lower income-earning spouse with a measure of protection by potentially increasing his or her access to pension benefits in the event of marital breakdown.

[45] Subsection 55.1(1) of the Plan—what I have called the DUPE provisions—authorizes the Minister to perform a DUPE. It reads:

When mandatory division to take place

**55.1.** (1) Subject to this section and sections 55.2 and 55.3, a division of unadjusted pensionable earnings shall take place in the following circumstances:

(a) in the case of spouses, following the issuance of a decree absolute of divorce, a judgment granting a divorce under the *Divorce Act* or a judgment of nullity of the marriage, on the Minister's being informed of the decree or judgment, as the case may be, and receiving the prescribed information;

(b) in the case of spouses, following the approval by the Minister of an application made by or on behalf of either spouse, by the estate or succession of either spouse or by any person that may be prescribed, if

(i) the spouses have been living separate and apart for a period of one year or more, and

(ii) in the event of the death of one of the spouses after they have been living separate

compte la moyenne des cinq dernières années des gains maximums du cotisant ouvrant droit à pension (article 46 du Régime).

b) Les dispositions relatives au PGNAP

[43] En vertu de l'article 55.1 du Régime, les conjoints mariés ou de fait qui se séparent peuvent partager les crédits de pension qu'ils ont accumulés au cours de la période de cohabitation. Cette action est connue sous le nom de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension (PGNAP), mais est parfois également appelée le « partage des crédits ».

[44] Le partage des crédits a pour but d'accorder au conjoint ayant le revenu moins élevé une mesure de protection en augmentant potentiellement son accès à des prestations de pension en cas de dissolution du mariage.

[45] Le paragraphe 55.1(1) du Régime — que j'ai appelé les dispositions relatives au PGNAP — autorise le ministre à effectuer un PGNAP. En voici le texte :

**55.1.** (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 55.2 et 55.3, il doit y avoir partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension dans les circonstances suivantes :

a) dans le cas d'époux, lorsqu'est rendu un jugement irrévocable de divorce, un jugement accordant un divorce conformément à la *Loi sur le divorce* ou un jugement en nullité de mariage, dès que le ministre est informé du jugement et dès qu'il reçoit les renseignements prescrits;

b) dans le cas d'époux, à la suite de l'approbation par le ministre d'une demande faite par l'un ou l'autre de ceux-ci ou pour son compte, ou par sa succession ou encore par une personne visée par règlement, si les conditions suivantes sont réunies :

(i) les époux ont vécu séparément durant une période d'au moins un an,

(ii) dans les cas où l'un des époux meurt après que ceux-ci ont vécu séparément

Circonstances donnaient lieu au partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension

and apart for a period of one year or more, the application is made within three years after the death; and

(c) in the case of common-law partners, following the approval by the Minister of an application made by or on behalf of either former common-law partner, by the estate or succession of one of those former common-law partners or by any person that may be prescribed, if

(i) the former common-law partners have been living separate and apart for a period of one year or more, or one of the former common-law partners has died during that period, and

(ii) the application is made within four years after the day on which the former common-law partners commenced to live separate and apart or, if both former common-law partners agree in writing, at any time after the end of that four-year period.

durant une période d'au moins un an, la demande est faite dans les trois ans suivant le décès;

c) dans le cas de conjoints de fait, à la suite de l'approbation par le ministre d'une demande faite par l'un ou l'autre des anciens conjoints de fait ou pour son compte, ou par sa succession ou encore par une personne visée par règlement, si les conditions suivantes sont réunies :

(i) soit les anciens conjoints de fait ont vécu séparément pendant une période d'au moins un an, soit l'un d'eux est décédé pendant cette période,

(ii) la demande est faite soit dans les quatre ans suivant le jour où les anciens conjoints de fait ont commencé à vivre séparément, soit après l'expiration de ce délai avec leur accord écrit.

[46] Credit splitting is mandatory and automatic for divorces and annulments occurring on or after January 1987: paragraph 55.11(a) of the Plan (note that section 55 applies to divorces prior to 1987). In some provinces, couples can exclude credit splitting through written agreements: subsection 55.2(3) of the Plan. Credit splitting is also available to married couples who are separated and former common-law partners, but only if they apply for it.

[47] In limited circumstances, the Minister may refuse to make a division, or may cancel a division. To do so, the Minister must be satisfied that: (i) both contributors subject to the division would be entitled to benefits; and (ii) a division would decrease the amount of both contributors' benefits: subsection 55.1(5) of the Plan.

[48] The DUPE provisions otherwise operate in a straightforward way. They simply add together all pension credits of spouses for each year they cohabited, and then divide the total credits equally between them.

[46] Le partage des crédits est obligatoire et automatique dans le cas de divorces prononcés en janvier 1987 ou par la suite (alinéa 55.11a) du Régime (il convient de noter que l'article 55 s'applique aux divorces qui ont eu lieu avant 1987). Dans certaines provinces, les couples peuvent exclure le partage des crédits au moyen d'une entente écrite (paragraphe 55.2(3) du Régime). Les couples mariés qui sont séparés et d'anciens conjoints de fait peuvent également se prévaloir du partage des crédits, mais uniquement s'ils en font la demande.

[47] Dans certaines circonstances limitées, le ministre peut refuser d'effectuer ou annuler le partage. Pour ce faire, il doit conclure que : i) les deux cotisants visés par le partage auraient droit à des prestations; ii) le partage diminuera le montant des prestations des deux cotisants (paragraphe 55.1(5) du Régime).

[48] Autrement, les dispositions relatives au PGNAP jouent purement et simplement. Elles additionnent ensemble tous les crédits de pension des conjoints pour chaque année pendant laquelle ils ont cohabité et divisent ensuite entre eux le total des crédits en parts égales.

[49] The effect of the DUPE provisions is to transfer pension credits from the high income-earning spouse to the low earning spouse. The pension credits transferred under the DUPE provision are credited to the record of earnings of the low earning spouse. Therefore, the monetary value of the credit split depends on a number of other factors relevant to calculating a contributor's Plan benefits, such as the contributors' earning history, age at retirement, and the use of "drop-out provisions."

(c) The CRP: its general nature

[50] In certain situations, the Plan allows contributors to "drop out" of low earning periods so that reduced earnings are removed from the calculation of benefits. These are governed by "drop-out provisions" in the Plan.

[51] Most contributors are entitled to a "general low-earnings drop out": subsection 48(4) of the Plan. This provision allows contributors to "drop out" a certain percentage of years when their contributions are low for any reason.

[52] In addition to this general drop out, the Plan also contains drop-out provisions for specific cases.

[53] The CRP, sometimes also described as the child-rearing drop out (CRDO), is one such provision. Under it, parents can remove from their calculation of benefits under the Plan time spent caring for young children. In this way, the CRP ensures that parents who leave or reduce their workforce participation to raise preschool-aged children are not penalized in determining future pension benefits: *Harris v. Canada (Minister of Human Resources and Skills Development)*, 2009 FCA 22, [2009] 4 F.C.R. 330, at paragraphs 89 and 101.

[49] Les dispositions relatives au PGNAP ont pour effet de transférer des crédits de pension du conjoint gagnant un revenu élevé à un conjoint ayant un revenu faible. Les crédits de pension transférés en vertu des dispositions relatives au PGNAP sont crédités au registre des gains du conjoint ayant un revenu faible. Par conséquent, la valeur pécuniaire du partage des crédits est fonction de plusieurs autres facteurs pertinents pour le calcul des prestations d'un cotisant en vertu du Régime, notamment l'historique des gains des cotisants, l'âge de la retraite et le recours aux [TRADUCTION] « dispositions d'exclusion ».

c) La nature générale de la CEE

[50] Dans certaines situations, le Régime autorise les cotisants à « exclure » des périodes pendant lesquelles les gains sont faibles afin d'éliminer les gains réduits du calcul des prestations. Ces situations sont régies par les « dispositions d'exclusion » du Régime.

[51] En vertu du paragraphe 48(4) du Régime, la plupart des cotisants ont droit à une « exclusion générale des gains faibles ». Cette disposition permet aux cotisants d'« exclure » un certain pourcentage d'années pendant lesquelles leurs cotisations sont peu élevées pour quelque raison que ce soit.

[52] Outre cette exclusion générale, le Régime contient des dispositions d'exclusion pour des situations précises.

[53] La CEE, parfois appelée la clause d'exclusion pour élever des enfants (la CEEE), constitue l'une de ces dispositions. En vertu de celle-ci, les parents peuvent retirer de leur calcul de prestations en vertu du Régime la période passée à s'occuper de jeunes enfants. De cette manière, la CEE fait en sorte que les parents qui quittent le marché du travail ou qui travaillent moins pour élever des enfants d'âge préscolaire ne soient pas pénalisés en ce qui concerne la fixation des prestations de pension futures (*Harris c. Canada (Ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2009 CAF 22, [2009] 4 R.C.F. 330, aux paragraphes 89 et 101).

[54] Subsection 48(2) of the Plan is the general provision. It provides as follows:

**48. ...**

Deductions in calculating average monthly pensionable earnings of certain months during child raising years

(2) In calculating the average monthly pensionable earnings of a contributor in accordance with subsection (1) for the purpose of calculating or recalculating benefits payable for a month commencing on or after January 1, 1978, there may be deducted

(a) from the total number of months in a contributor's contributory period, those months during which he was a family allowance recipient and during which his pensionable earnings were less than his average monthly pensionable earnings calculated without regard to subsections (3) and (4), but no such deduction shall reduce the number of months in his contributory period to less than the basic number of contributory months, except

(i) for the purpose of calculating a disability benefit in respect of a contributor who is deemed to have become disabled for the purposes of this Act after December 31, 1997, in which case the words "the basic number of contributory months" shall be read as "48 months",

(i.1) for the purpose of calculating a disability benefit in respect of a contributor who is deemed to have become disabled for the purposes of this Act in 1997, in which case the words "the basic number of contributory months" shall be read as "24 months", and

(ii) for the purpose of calculating a death benefit and a survivor's pension, in which case the words "the basic number of contributory months" shall be read as "thirty-six months"; and

(b) from his total pensionable earnings, the aggregate of his pensionable earnings attributable to the months deducted pursuant to paragraph (a).

[55] Paragraph (a) excludes months from the contributory period and paragraph (b) excludes earnings from total pensionable earnings. Thus, the combined

[54] La disposition générale à ce sujet est le paragraphe 48(2) du Régime, selon lequel :

**48. [...]**

Déductions

(2) Dans le calcul, conformément au paragraphe (1), de la moyenne mensuelle des gains d'un cotisant ouvrant droit à pension, il peut être déduit, dans le but de calculer ou recalculer les prestations payables à l'égard d'un mois à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1978 :

a) du nombre total de mois dans la période cotisable d'un cotisant, les mois durant lesquels il était bénéficiaire d'une allocation familiale et au cours desquels ses gains ouvrant droit à pension étaient inférieurs à sa moyenne mensuelle des gains ouvrant droit à pension établie indépendamment des paragraphes (3) et (4), mais cette déduction ne peut cependant résulter en un nombre de mois de sa période cotisable inférieur au nombre de base des mois cotisables, sauf :

(i) pour le calcul d'une prestation d'invalidité d'un cotisant qui est réputé être devenu invalide, au titre de la présente loi, après le 31 décembre 1997, auquel cas « nombre de base des mois cotisables » s'interprète comme une mention de « quarante-huit mois »,

(i.1) pour le calcul d'une prestation d'invalidité d'un cotisant qui est réputé être devenu invalide, au titre de la présente loi, au cours de 1997, auquel cas « nombre de base des mois cotisables » s'interprète comme une mention de « vingt-quatre mois »,

(ii) pour le calcul d'une prestation de décès et d'une pension de survivant, et alors « nombre de base des mois cotisables » s'interprète comme une mention de « trente-six mois »;

b) du total de ses gains ouvrant droit à pension, l'ensemble de ces gains correspondant aux mois déduits en vertu de l'alinéa a).

[55] L'alinéa a) exclut des mois de la période cotisable et l'alinéa b) exclut des gains du total des gains ouvrant droit à pension. Ainsi, l'effet combiné de ces alinéas

effect of these paragraphs allows a contributor to “drop out” the child-rearing years from his or her Plan benefit calculations.

[56] The CRP provision does not automatically exclude “child rearing” years from the qualifying parent’s benefit calculations. Periods are only dropped if doing so will result in higher pension benefits: paragraph 48(2)(a) of the Plan.

(d) The CRP: who qualifies?

[57] Paragraph 48(2)(a) of the Plan specifies that contributors only qualify for the CRP in months that they (i) are a “family allowance recipient” and (ii) have pensionable earnings that are “less than his [or her] average monthly pensionable earnings”.

[58] The first requirement, “family allowance recipient”, is defined in the Plan and the Plan Regulations [*Canada Pension Plan Regulations*], C.R.C., c. 385. As will be seen below, a parent is considered a “family allowance recipient” if he or she received a payment under the old *Family Allowances Act* [R.S.C. 1970, c. F-1] or qualified for the Canada Child Tax Benefit. The definition also includes the spouse or partner of someone who received a payment under the old *Family Allowances Act*, but only if the recipient of the family allowance waives his or her entitlement to the CRP.

[59] The second requirement—earnings below average monthly pensionable earnings—ensures that the CRP does not drop out months that would otherwise increase the contributor’s pension benefits.

[60] Central to Mr. Runchey’s case is the first requirement—when a person is a “family allowance recipient” within the meaning of the CRP.

permet au cotisant d’« exclure » du calcul de ses prestations en vertu du Régime les années qu’il a passées à élever ses enfants.

[56] La CEE n’exclut pas automatiquement les années passées à « élever les enfants » du calcul des prestations à l’égard du parent admissible. Les périodes sont exclues uniquement si elles ont pour effet de donner lieu à des prestations de pension plus élevées (alinéa 48(2)a) du Régime).

d) Qui peut se prévaloir de la CEE?

[57] L’alinéa 48(2)a) du Régime dispose que le cotisant est admissible à la CEE uniquement durant les mois durant lesquels i) il était « bénéficiaire d’une allocation familiale » et ii) ses gains ouvrant droit à pension étaient « inférieurs à sa moyenne mensuelle des gains ouvrant droit à pension ».

[58] Le Régime et le *Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385 (le Règlement sur le Régime), définissent la première exigence, soit être un « bénéficiaire d’une allocation familiale ». Comme on le verra plus loin, un parent est considéré comme étant le « bénéficiaire d’une allocation familiale » s’il a reçu un paiement en vertu de l’ancienne *Loi sur les allocations familiales* [S.R.C. 1970, ch. F-1] ou s’il est admissible à la prestation canadienne fiscale pour enfants. La définition vise également l’époux ou le conjoint de fait de la personne qui a reçu un paiement en vertu de l’ancienne *Loi sur les allocations familiales*, mais uniquement si le bénéficiaire de l’allocation familiale renonce à son droit à la CEE.

[59] Vu la deuxième exigence — des gains inférieurs à la moyenne mensuelle des gains ouvrant droit à pension — la CEE n’exclue pas des mois qui augmenteraient autrement les prestations de pension du cotisant.

[60] La première exigence est au cœur du dossier de M. Runchey, c’est-à-dire la question de savoir quand une personne est le « bénéficiaire d’une allocation familiale » au sens de la CEE.

(e) “Family allowance recipient”: subsection 42(1) of the Plan

[61] Subsection 42(1) of the Plan defines “family allowance recipient” for the purposes of the CRP. It reads as follows:

42. (1) ...

“family allowance recipient”  
« bénéficiaire d’une allocation familiale »

“family allowance recipient” means a person who received or is in receipt of an allowance or a family allowance pursuant to the *Family Allowances Act*, chapter F-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before being repealed or the *Family Allowances Act* for that period prior to a child reaching seven years of age, and such other persons as may be prescribed by regulation.

[62] Under this definition, a “family allowance recipient” includes any contributor that received an allowance under the various versions of the *Family Allowances Act* before their child turned seven years of age. The most recent version of the *Family Allowances Act* (R.S.C., 1985, c. F-1) was repealed as of January 1, 1993: S.C. 1992, c. 48, section 31. After this date, parents were not eligible for family allowances. Accordingly, family allowances are not relevant to defining “family allowance recipient” after 1993.

[63] As a result, the family allowance cannot be a basis for determining CRP eligibility after 1992. Subsection 42(1) of the Plan solves this problem by including in the definition of “family allowance recipient”, “such other persons as may be prescribed by regulation”. A regulation has been enacted and lies at the heart of the gender distinction under attack in this case.

(f) Subsection 77(1) of the Plan Regulations

[64] Subsection 77(1) of the Plan Regulations expands the definition of “family allowance recipient”. In so doing, it adds new categories of contributors that are eligible for the CRP. This subsection states:

e) « Bénéficiaire d’une allocation familiale » : paragraphe 42(1) du Régime

[61] Le paragraphe 42(1) du régime définit le « bénéficiaire d’une allocation familiale » aux fins de la CEE. En voici le texte :

42. (1) [...]

« bénéficiaire d’une allocation familiale » La personne qui reçoit ou a reçu une allocation ou une allocation familiale en vertu de la *Loi sur les allocations familiales*, chapitre F-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, telle qu’elle se lisait avant son abrogation, ou de la *Loi sur les allocations familiales*, durant la période précédant le moment où un enfant atteint l’âge de sept ans, et toute autre personne désignée par règlement.

« bénéficiaire d’une allocation familiale »  
“family allowance recipient”

[62] Selon cette définition, le « bénéficiaire d’une allocation familiale » englobe tout cotisant qui a reçu une allocation en vertu des différentes versions de la *Loi sur les allocations familiales* avant que son enfant n’atteigne l’âge de sept ans. La plus récente version de la *Loi sur les allocations familiales* (L.R.C. (1985), ch. F-1) a été abrogée le 1<sup>er</sup> janvier 1993 (L.C. 1992, ch. 48, article 31). Après cette date, les parents n’étaient pas admissibles aux allocations familiales. Par conséquent, les allocations familiales ne sont pas pertinentes pour définir le « bénéficiaire d’une allocation familiale » après 1993.

[63] Ainsi, l’allocation familiale ne peut servir de fondement pour déterminer l’admissibilité à la CEE après 1992. Le paragraphe 42(1) du Régime résout ce problème en incluant dans la définition de « bénéficiaire d’une allocation familiale », « toute autre personne désignée par règlement », car un règlement a été pris. Celui-ci est au cœur de la distinction entre les hommes et les femmes en cause dans la présente affaire.

f) Le paragraphe 77(1) du Règlement sur le Régime

[64] Le paragraphe 77(1) du Règlement sur le Régime élargit la définition du « bénéficiaire d’une allocation familiale ». Ce faisant, il ajoute deux nouvelles catégories de cotisants admissibles à la CEE. En voici le texte :

77. (1) For the purposes of the definition “family allowance recipient” in subsection 42(1) of the Act, family allowance recipient includes

(a) the spouse, former spouse, common-law partner or former common-law partner of a person who is described in that definition as having received or being in receipt of an allowance or a family allowance in respect of a child for any period before the child reached the age of seven, if that spouse, former spouse, common-law partner or former common-law partner remained at home during that period as the child’s primary caregiver and that period has not already been or cannot be excluded or deducted from the person’s contributory period under Part II of the Act;

(b) a member of the Canadian Armed Forces who, before 1973, was posted to serve outside Canada, or the spouse or former spouse of such a member, who, but for the posting, would have received an allowance or family allowance for a child under seven years of age;

(c) the person who, under section 122.62 of the *Income Tax Act*, is considered to be an eligible individual for the purposes of subdivision a.1 of Division E of Part I of that Act (Child Tax Benefit) in respect of a qualified dependant under seven years of age; and

(d) the person who would have been considered to be an eligible individual for the purposes of subdivision a.1 of Division E of Part I of the *Income Tax Act* (Child Tax Benefit) had a notice been filed under subsection 122.62(1) of that Act, where no person was considered to be an eligible individual in respect of the same qualified dependant under seven years of age.

[65] Paragraphs (c) and (d) of the provision extend the definition of family allowance recipient to the person eligible for the Canada Child Tax Benefit under Part I, Division E, subdivision a.1 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

[66] The Canada Child Tax Benefit was introduced in the 1992 federal budget, and replaced the family allowance in 1993: S.C. 1992, c. 48, section 12; *Wajchendler v. The Queen*, 2002 CanLII 947, [2003] 3 C.T.C. 2901 (T.C.C.), at paragraph 3. It provides a single non-taxable monthly payment to the custodial parent of a child. This

77. (1) Pour l’application de la définition de « bénéficiaire d’une allocation familiale » au paragraphe 42(1) de la Loi, ce terme s’entend en outre :

a) de l’époux, de l’ancien époux, du conjoint de fait ou de l’ancien conjoint de fait d’une personne qui, selon cette définition, reçoit ou a reçu une allocation ou une allocation familiale à l’égard d’un enfant pour toute période précédant le moment où l’enfant atteint l’âge de sept ans si, pendant cette période, l’époux, l’ancien époux, le conjoint de fait ou l’ancien conjoint de fait restait à la maison et était la principale personne qui s’occupait de l’enfant et que cette période n’a pas déjà été exclue ou déduite de la période cotisable de la personne aux fins de l’application de la partie II de la Loi ou ne peut l’être;

b) du membre ou de son époux ou ancien époux, dans le cas d’un membre des Forces armées canadiennes qui était en poste à l’extérieur du Canada avant 1973, qui aurait reçu, n’eût été cette affectation, une allocation ou une allocation familiale pour un enfant âgé de moins de sept ans;

c) de la personne qui, aux termes de l’article 122.62 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, est considérée comme un particulier admissible pour l’application de la sous-section a.1 de la section E de la partie I de cette loi (prestation fiscale pour enfants) à l’égard d’une personne à charge admissible âgée de moins de sept ans;

d) de la personne qui aurait été considérée comme un particulier admissible pour l’application de la sous-section a.1 de la section E de la partie I de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (prestation fiscale pour enfants) si elle avait présenté l’avis visé au paragraphe 122.62(1) de cette loi, lorsqu’aucune personne n’a été considérée comme un particulier admissible à l’égard de la même personne à charge admissible âgée de moins de sept ans.

[65] Les alinéas c) et d) de la disposition élargissent la définition du « bénéficiaire d’une allocation familiale » à la personne admissible à la prestation fiscale canadienne pour enfants en vertu de la sous-section a.1, section E, partie I, de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

[66] La prestation fiscale canadienne pour enfants a été introduite lors du budget fédéral de 1992 et a remplacé l’allocation familiale en 1993 (L.C. 1992, ch. 48, article 12; *Wajchendler c. La Reine*, 2002 CanLII 947 (C.C.I.), au paragraphe 3). Elle prévoit un seul paiement mensuel non imposable au parent qui a la garde d’un

payment is “intended to benefit the child by providing funds to the parent who primarily fulfilled the responsibility for the care and upbringing of the child”: *S.R. v. The Queen*, 2003 TCC 649, [2004] 1 C.T.C. 2386, at paragraph 12.

[67] Paragraph 77(1)(a) further extends the definition to the spouses and common-law partners of those who received a family allowance under the *Family Allowances Act*. It does so on two conditions: The spouse or common-law partner must have remained at home as the primary caregiver of a child under the age of seven and the “period has not already been or cannot be excluded or deducted from the [recipient of an allowance]’s contributory period under Part II of the Act”.

[68] Before this Court, the parties contested the meaning of this latter requirement.

[69] Mr. Runchey argued that a spouse or common-law partner can only qualify under this extended definition if the person who received the family allowance waives his or her right to the CRP in favour of the contributor.

[70] The Attorney General disagrees and argues that a waiver is not necessary. According to the Attorney General, the waiver was introduced to enhance administrative efficiency. If a parent cannot obtain a waiver, paragraph 53(g) of the Plan Regulations allows Plan administrators to determine which parent actually acted as the primary caregiver.

[71] The Plan and Plan Regulations favour the applicant’s interpretation. Paragraph 77(1)(a) says that the spouse or common-law partner can only qualify for the CRP when the “period has not already been or cannot be excluded or deducted from the person’s contributory period under Part II of the Act”. The words “the person” refer to the parent who received an allowance under the *Family Allowances Act*. The CRP is an exclusion under Part II of the Plan. Therefore, a spouse or partner can only qualify for the CRP when the parent who received the family allowance does not.

enfant, et vise à ce que « [l’]enfant [soit] le bénéficiaire de ce paiement, lequel [est] versé au parent assumant principalement la responsabilité pour son soin et son éducation » (*S.R. c. La Reine*, 2003 CCI 649, au paragraphe 12).

[67] L’alinéa 77(1)a élargit de plus la définition à l’époux et au conjoint de fait de la personne qui a reçu une allocation familiale en vertu de la *Loi sur les allocations familiales* à deux conditions : l’époux ou le conjoint de fait doit être resté au foyer et avoir été la principale personne qui s’occupait de l’enfant âgé de moins de sept ans et la « période n’a pas déjà été exclue ou déduite de la période cotisable [du bénéficiaire d’une allocation] aux fins de l’application de la partie II de la Loi ou ne peut l’être ».

[68] Devant notre Cour, les parties se sont opposées en ce qui concerne la signification de cette deuxième exigence.

[69] M. Runchey a fait valoir qu’un époux ou conjoint de fait peut uniquement être admissible en vertu de cette définition élargie si la personne qui recevait l’allocation familiale renonce à son droit à la CEE en faveur du cotisant.

[70] Le procureur général s’oppose à cette thèse et soutient qu’une renonciation n’est pas nécessaire. Selon lui, la renonciation a été introduite afin d’améliorer l’efficacité sur le plan administratif. Si un parent ne peut obtenir une renonciation, l’alinéa 53g) du Règlement sur le Régime autorise les administrateurs du Régime à décider lequel des deux parents s’occupait principalement de l’enfant concrètement.

[71] Le Régime et le Règlement sur le Régime vont dans le sens de l’interprétation du demandeur. L’alinéa 77(1)a dispose que l’époux ou le conjoint de fait peut être admissible à la CEE uniquement lorsque la « période n’a pas déjà été exclue ou déduite de la période cotisable de la personne aux fins de l’application de la partie II de la Loi ou ne peut l’être ». Les mots « la personne » désignent le parent qui recevait une allocation en vertu de la *Loi sur les allocations familiales*. La CEE est une exclusion aux fins de l’application de la partie II du Régime. Par conséquent, l’époux ou le

[72] Thus, paragraph 77(1)(a) adds an important qualification to the definition of “family allowance recipient” and thus eligibility for the CRP. It recognizes that the eligibility criteria for the CRP are imperfect. That is, in some circumstances the person who received a family allowance was not the child’s primary caregiver. In these circumstances, paragraph 77(1)(a) allows the primary caregiver to access the CRP, but only if the other parent does not get access to the CRP. This can occur if the CRP would lower the amount of the parent’s pension, or if the parent waives his or her right to it.

[73] In sum, subsection 42(1) of the Plan and subsection 77(1) of the Plan Regulations establish three circumstances when a contributor is a “family allowance recipient”:

1. before 1992, he or she received a family allowance under the old *Family Allowances Act*; or
2. he or she remained at home as the primary caregiver of the child, he or she is the present or former spouse or common-law partner of a person who received a family allowance, and the person who received a family allowance does not qualify or waives his or her right to the CRP; and
3. after 1992, he or she did or could qualify for the Canada Child Tax Benefit.

(g) Is there a gender-based distinction?

[74] The foregoing analysis shows that the CRP does not necessarily apply to the parent that had primary caregiving responsibility for the child or children. Because of the definition of “family allowance recipient”, eligibility for the CRP is generally limited to parents that, before 1992, qualified for a family allowance or, after 1992, the Canada Child Tax Benefit.

conjoint de fait est admissible à la CEE uniquement lorsque le parent qui recevait l’allocation familiale ne l’est pas.

[72] Ainsi, l’alinéa 77(1)a) ajoute une importante restriction à la définition du « bénéficiaire d’une allocation familiale » et donc à l’admissibilité à la CEE. Cette disposition reconnaît que les critères d’admissibilité à la CEE sont imparfaits, à savoir que, dans certaines circonstances, la personne qui recevait une allocation familiale n’était pas la personne qui s’occupait principalement de l’enfant. Dans un tel cas, l’alinéa 77(1)a) permet à la personne qui s’occupait principalement de l’enfant d’avoir accès à la CEE, mais uniquement si l’autre parent n’y a pas accès. Cela peut se produire si la CEE diminuait le montant de la pension du parent, ou si le parent renonçait à son droit à celle-ci.

[73] En résumé, le paragraphe 42(1) du Régime et le paragraphe 77(1) du Règlement sur le Régime prévoient trois cas dans lesquels le cotisant est le « bénéficiaire d’une allocation familiale » :

1. avant 1992, il recevait une allocation familiale en vertu de l’ancienne *Loi sur les allocations familiales*;
2. il est resté au foyer à titre de personne qui s’occupait principalement de l’enfant, il est l’époux ou le conjoint de fait actuel ou l’ancien époux ou conjoint de fait d’une personne qui recevait une allocation familiale et la personne qui recevait une allocation familiale n’est pas admissible à la CEE ou a renoncé à son droit;
3. après 1992, il était, ou pouvait être, admissible à la prestation fiscale canadienne pour enfants.

g) Existe-t-il une distinction fondée sur le sexe?

[74] Il ressort de l’analyse qui précède que la CEE ne vise pas nécessairement le parent qui avait la responsabilité de s’occuper principalement de l’enfant ou des enfants. En raison de la définition du « bénéficiaire d’une allocation familiale », l’admissibilité à la CEE est, en règle générale, limitée aux parents qui, avant 1992, étaient admissibles à une allocation familiale ou, après 1992, à la prestation fiscale canadienne pour enfants.

[75] While family allowances and the Canada Child Tax Benefit will generally have gone to the parent with primary caregiving responsibility, this is not always the case. Rather, as we shall see, both programs presumptively apply to the female parent, except when the male parent has sole custody of the child or in other limited circumstances. Therefore, the CRP program favours women as a whole.

(i) Family Allowances

[76] The *Family Allowances Act*, R.S.C. 1970, c. F-1, as it read immediately before being repealed, and all subsequent versions of the *Family Allowances Act* are relevant to determining eligibility for the CRP. This particular case concerns the *Family Allowances Act*, 1973, S.C. 1973-74, c. 44 and subsequent versions.

[77] The *Family Allowances Act* and the associated regulations favoured women over men. The allowance was normally paid to the mother, the father being eligible to receive the benefit “only in exceptional and very precise circumstances”: *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714 (C.A.), at page 720. The allowance was not divisible between the parents. As bluntly put by Pratte J.A. in *Vincer*, above [at page 718]: “Clearly [the *Family Allowances Act* and Regulations] make a distinction between women and men; clearly they treat women more favourably than men.”

[78] The relevant versions of the *Family Allowances Act* paid an allowance to the female parent, except as prescribed by regulations. The relevant provision read as follows:

Recipient of allowance

7. (1) Where payment of a family allowance is approved, the allowance shall, in such manner and at such times as are prescribed, be paid to the female parent, if any, or to such parent or other person or such agency as is authorized by or pursuant to the regulations to receive it.

[75] Le parent qui a la responsabilité de s’occuper principalement des enfants bénéficie généralement des allocations familiales et de la prestation fiscale canadienne pour enfants, mais ce n’est pas toujours le cas. Comme nous le verrons, les deux programmes sont présumés s’adresser plutôt à la mère, sauf lorsque le père a la garde exclusive de l’enfant ou dans d’autres circonstances limitées. Par conséquent, la CEE favorise, globalement, les femmes.

i) Allocations familiales

[76] La *Loi sur les allocations familiales*, S.R.C. 1970, ch. F-1, dans la version qui était en vigueur immédiatement avant son abrogation, et toutes les versions ultérieures de la *Loi sur les allocations familiales* sont pertinentes pour déterminer l’admissibilité à la CEE. La présente affaire met en jeu la *Loi de 1973 sur les allocations familiales*, S.C. 1973-74, ch. 44, et ses versions ultérieures.

[77] La *Loi sur les allocations familiales* et les règlements connexes favorisaient les femmes plutôt que les hommes. L’allocation était habituellement versée à la mère, le père étant admissible à recevoir la prestation « dans des circonstances exceptionnelles et très précises » (*Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714 (C.A.), à la page 720). Les parents ne pouvaient pas se partager l’allocation. Comme l’a dit sans ambiguïté le juge Pratte par l’arrêt *Vincer*, précité [à la page 718] : « Il est clair que [la *Loi sur les allocations familiales* et le *Règlement sur les allocations familiales*] établissent une distinction entre les femmes et les hommes : elles sont nettement plus favorables aux femmes qu’aux hommes. »

[78] En vertu des versions pertinentes de la *Loi sur les allocations familiales*, l’allocation était versée au parent de sexe féminin, sauf dans les cas prescrits par règlement. La disposition pertinente était rédigée comme suit :

Destinataire de l’allocation

7. (1) Lorsque le versement d’une allocation familiale est approuvé, celle-ci doit être versée, de la manière et aux époques prescrites, au parent de sexe féminin, le cas échéant, ou au parent ou autre personne ou à l’organisme qui est autorisé à la recevoir par les règlements ou en vertu de ceux-ci.

See *Family Allowances Act, 1973*, S.C. 1973-74, c. 44, subsection 7(1) and the *Family Allowances Act, R.S.C.*, 1985, c. F-1, subsection 7(1).

[79] Despite the presumption in favour of female parents, males could receive an allowance in certain limited circumstances. Section 10 of the *Family Allowances Regulations*, SOR/74-30 provided as follows:

10. (1) Where payment of a family allowance is approved, the allowance shall be paid to the male parent where

(a) there is no female parent; or

(b) the female parent and male parent are living separate and apart and the male parent has, in fact, custody of the child.

(2) ...

(3) Notwithstanding subsections (1) and (2), payment of any allowance under this Act may be made to any parent or other suitable person or agency in any case where the Minister, on the basis of information received by him,

(a) considers it necessary to do so by reason of infirmity, ill health, improvidence or other reasonable cause of disqualification of the person to whom the allowance is otherwise payable; or

(b) considers that other special circumstances or reasonable cause of any kind renders payments to such a person or agency necessary.

[80] Under this provision, males with sole custody of the child received the family allowance. However, male parents could not qualify if the parents had joint custody of the child: *Canada (Attorney General) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.).

[81] Subsequent versions of the *Family Allowances Regulations* kept this provision, but renumbered it from section 10 to section 9: C.R.C., c. 642 (1978).

Voir la *Loi de 1973 sur les allocations familiales*, S.C. 1973-74, ch. 44, paragraphe 7(1), et la *Loi sur les allocations familiales*, L.R.C. (1985), ch. F-1, paragraphe 7(1).

[79] Malgré la présomption en faveur du parent de sexe féminin, le parent de sexe masculin pouvait recevoir une telle allocation dans certaines circonstances limitées. Voici le texte de l'article 10 du *Règlement sur les allocations familiales*, DORS/74-30 :

10. (1) Lorsque le versement d'une allocation familiale est approuvé, le versement doit être effectué au parent de sexe masculin

a) s'il n'y a pas de parent de sexe féminin; ou

b) si les parents vivent séparés de corps et de biens et que le parent de sexe masculin a la garde de l'enfant.

(2) [...]

(3) Nonobstant les paragraphes (1) et (2), le versement d'une allocation aux termes de la Loi peut être effectué à tout parent ou à une personne ou un organisme approprié, dans tous les cas où le Ministre, d'après les renseignements dont il dispose,

a) juge nécessaire de procéder ainsi en raison de l'infirmité, de la maladie, de l'imprévoyance ou de toute autre cause d'incapacité de la personne qui devrait toucher l'allocation; ou

b) juge que d'autres circonstances particulières ou qu'une autre raison valable, quelles qu'elles soient, exigent que le paiement soit effectué à cette personne ou à cet organisme.

[80] En vertu de cette disposition, l'homme ayant la garde exclusive de l'enfant recevait l'allocation familiale. Toutefois, le parent de sexe masculin ne pouvait pas être admissible si les parents avaient la garde conjointe de l'enfant (*Canada (Procureur général) c. Sirois*, [1988] A.C.F. n° 577 (C.A.) (QL)).

[81] Dans ses versions ultérieures, le *Règlement sur les allocations familiales* a conservé cette disposition, mais l'article 10 est devenu l'article 9 (C.R.C., ch. 642 (1978)).

[82] On December 21, 1989, further amendments to the *Family Allowances Regulations* came into effect. These amendments added additional circumstances when male parents could receive the family allowance: SOR/90-35 [section 4]. The new provisions read:

9. ...

(1.1) Where payment of family allowance is approved and both the female parent and male parent declare in writing that the male parent is the parent who is primarily responsible for the day-to-day care of the child, the family allowance may be paid to the male parent.

(1.2) Where payment of a family allowance is approved and the female parent and the male parent are living separate and apart and have, in fact, joint custody of the child, the family allowance may, on the written request of both the female parent and the male parent, be paid to the male parent.

[83] While expanding eligibility for males, the amendments were intended to preserve females as the primary recipients of family allowances: Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.*, Part II, Vol. 124, No. 2, page 202. The new provisions allowed male parents with joint custody to access the family allowance, but only with the female parent's written consent: subsections 9(1.1) and 9(1.2); *Canada (Attorney General) v. Young* (1996), 108 F.T.R. 124 (T.D.), at paragraph 29.

[84] Thus, males were only eligible for the family allowance in limited situations. Prior to the 1989 amendments, the male had to have sole custody of the child, or there needed to be "special circumstances". After the amendments, males with joint custody could also receive payments with written consent of both parents. But women remained the primary recipients throughout the life of the family allowance.

[82] Le 21 décembre 1989, d'autres modifications apportées au *Règlement sur les allocations familiales* sont entrées en vigueur. Ces modifications prévoyaient des cas supplémentaires où les parents de sexe masculin pouvaient recevoir l'allocation familiale (DORS/90-35 [article 4]). La nouvelle disposition était rédigée comme suit :

9. [...]

(1.1) Lorsque le service d'une allocation familiale est approuvé et que les parents de sexe féminin et de sexe masculin déclarent par écrit que le parent de sexe masculin est celui qui est principalement responsable du soin quotidien de l'enfant, l'allocation familiale peut lui être versée.

(1.2) Lorsque le service d'une allocation familiale est approuvé et que les parents de sexe féminin et de sexe masculin vivent séparés de corps et de biens et qu'ils ont la garde partagée de fait de l'enfant, l'allocation familiale peut, à la demande écrite des deux parents, être versée au parent de sexe masculin.

[83] Tout en élargissant l'admissibilité des hommes, ces modifications visaient à faire en sorte que les femmes continuent d'être les principales bénéficiaires de l'allocation familiale (Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.*, Partie II, vol. 124, n° 2, page 202). La nouvelle disposition permettait aux parents de sexe masculin qui avaient la garde conjointe d'avoir accès à l'allocation familiale, mais uniquement du consentement écrit du parent de sexe féminin (les paragraphes 9(1.1) et 9(1.2); *Canada (Procureur général) c. Young*, [1996] A.C.F. n° 212 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 29).

[84] Ainsi, les hommes n'étaient admissibles à l'allocation familiale que dans des cas précis. Avant les modifications de 1989, le parent de sexe masculin devait avoir la garde exclusive de l'enfant ou il devait exister des « circonstances particulières ». Après l'entrée en vigueur des modifications, les hommes qui avaient la garde conjointe de l'enfant pouvaient également recevoir les paiements avec le consentement écrit des deux parents. Toutefois, les femmes sont demeurées les principales bénéficiaires tout au long de l'existence de l'allocation familiale.

## (ii) Canada Child Tax Benefit

[85] Like the family allowance, the female parent is automatically eligible for the Canada Child Tax Benefit in most circumstances. However, unlike the family allowance, the male parent is usually eligible if he is the primary caregiver, even if both parents live with the child.

[86] According to the *Income Tax Act*, the parent that is the “eligible individual” of the “qualified dependant” receives the Canada Child Tax Benefit. Section 122.6 of the *Income Tax Act* defines “eligible individual” as follows:

**122.6 ...**

“eligible individual”  
« particulier admissible »

“eligible individual” in respect of a qualified dependant at any time means a person who at that time

(a) resides with the qualified dependant,

(b) is a parent of the qualified dependant who

(i) is the parent who primarily fulfils the responsibility for the care and upbringing of the qualified dependant and who is not a shared-custody parent in respect of the qualified dependant, or

(ii) is a shared-custody parent in respect of the qualified dependant,

(c) is resident in Canada or, where the person is the cohabiting spouse or common-law partner of a person who is deemed under subsection 250(1) to be resident in Canada throughout the taxation year that includes that time, was resident in Canada in any preceding taxation year,

(d) is not described in paragraph 149(1)(a) or 149(1)(b), and

(e) is, or whose cohabiting spouse or common-law partner is, a Canadian citizen or a person who

## ii) Prestation fiscale canadienne pour enfants

[85] À l’instar de l’allocation familiale, le parent de sexe féminin est, dans la plupart des cas, automatiquement admissible à la prestation fiscale canadienne pour enfants. Cependant, contrairement à l’allocation familiale, le parent de sexe masculin y est habituellement admissible s’il est le parent qui s’occupe principalement de l’enfant, même si les deux parents vivent avec l’enfant.

[86] Selon la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le parent qui est le « particulier admissible » à l’égard de la « personne à charge admissible » reçoit la prestation fiscale canadienne pour enfants. L’article 122.6 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* définit le « particulier admissible » comme suit :

**122.6 [...]**

« particulier admissible » S’agissant, à un moment donné, du particulier admissible à l’égard d’une personne à charge admissible, personne qui répond aux conditions suivantes à ce moment :

« particulier admissible »  
“eligible individual”

a) elle réside avec la personne à charge;

b) elle est la personne — père ou mère de la personne à charge — qui :

(i) assume principalement la responsabilité pour le soin et l’éducation de la personne à charge et qui n’est pas un parent ayant la garde partagée à l’égard de celle-ci,

(ii) est un parent ayant la garde partagée à l’égard de la personne à charge;

c) elle réside au Canada ou, si elle est l’époux ou conjoint de fait visé d’une personne qui est réputée, par le paragraphe 250(1), résider au Canada tout au long de l’année d’imposition qui comprend ce moment, y a résidé au cours d’une année d’imposition antérieure;

d) elle n’est pas visée aux alinéas 149(1)(a) ou b);

e) elle est, ou son époux ou conjoint de fait visé est, soit citoyen canadien, soit :

(i) is a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

(ii) is a temporary resident within the meaning of the *Immigration and Refugee Protection Act*, who was resident in Canada throughout the 18 month period preceding that time, or

(iii) is a protected person within the meaning of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

(iv) was determined before that time to be a member of a class defined in the *Humanitarian Designated Classes Regulations* made under the *Immigration Act*,

and for the purposes of this definition,

(f) where the qualified dependant resides with the dependant's female parent, the parent who primarily fulfils the responsibility for the care and upbringing of the qualified dependant is presumed to be the female parent,

(g) the presumption referred to in paragraph 122.6 eligible individual (f) does not apply in prescribed circumstances, and

(h) prescribed factors shall be considered in determining what constitutes care and upbringing;

[87] Under this provision, the “eligible individual” is the parent who “primarily fulfils the responsibility for the care and upbringing of the qualified dependant”: paragraph 122.6(f).

[88] Paragraph 122.6(f) presumes that the female parent is the primary caregiver when she is living with the child. Therefore, when both parents reside with the child, the female parent benefits from a presumption that she is the “eligible individual” and collects the Canada Child Tax Benefit.

[89] However, this presumption is rebuttable: *Canada (Attorney General) v. Campbell*, 2005 FCA 420, 262 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 24; *Cabot v. The Queen*,

(i) résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*,

(ii) résident temporaire ou titulaire d'un permis de séjour temporaire visés par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ayant résidé au Canada durant la période de 18 mois précédant ce moment,

(iii) personne protégée au titre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

(iv) quelqu'un qui fait partie d'une catégorie précisée dans le *Règlement sur les catégories d'immigrants* précisées pour des motifs d'ordre humanitaire pris en application de la *Loi sur l'immigration*.

Pour l'application de la présente définition :

f) si la personne à charge réside avec sa mère, la personne qui assume principalement la responsabilité pour le soin et l'éducation de la personne à charge est présumée être la mère ;

g) la présomption visée à l'alinéa f) ne s'applique pas dans les circonstances prévues par règlement;

h) les critères prévus par règlement serviront à déterminer en quoi consistent le soin et l'éducation d'une personne.

[87] Selon cette disposition, le « particulier admissible » est le parent qui « assume principalement la responsabilité pour le soin et l'éducation de la personne à charge » (alinéa 122.6f)).

[88] L'alinéa 122.6f) présume que la mère est la personne qui s'occupe principalement de l'enfant lorsqu'elle vit avec lui. Par conséquent, lorsque les deux parents résident avec l'enfant, la mère bénéficie d'une présomption selon laquelle elle est le « particulier admissible » et elle reçoit la prestation fiscale canadienne pour enfants.

[89] Cette présomption peut cependant être combattue (*Canada (Procureur général) c. Campbell*, 2005 CAF 420, au paragraphe 24; *Cabot c. La Reine*,

1998 CanLII 477, [1998] 4 C.T.C. 2893 (T.C.C.), at paragraph 24. Paragraph 122.6(h) of the definition authorizes factors for determining which parent is the primary caregiver. These factors are set out in section 6302 of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945.

[90] Furthermore, the presumption can be excluded by regulations made under subsection 122.6(g) of the definition. For example, the presumption does not apply when the woman advises the Minister in writing that the man is the primary caregiver, nor, when competing claims are made, there are two female parents or the parents reside in different locations: *Income Tax Regulations*, at paragraphs 6301(a), (c) and (d). In these circumstances, the male parent may claim the Canada Child Tax Benefit without documentation: *Campbell*, above, at paragraph 12.

[91] Evidence given by an expert called by the Attorney General confirms that this constitutes another administrative barrier to access to the CRP encountered by male child caregivers, caused by the operation of an administrative policy that works in conjunction with the above-mentioned provisions of the *Income Tax Regulations*:

Under the Canada Child Tax Benefit (CCTB) Program, only the CCTB eligible individual can benefit from the CRP as specified under subparagraphs 77(1)(c) and (d) of the CPP Regulations. However, in cases where male contributors stayed at home to raise the child(ren) but the female parent received the CCTB, the Canada Revenue Agency (CRA) has agreed to provide a letter confirming the fact that if the male parent had applied for the CCTB according to section 122.6 of the *Income Tax Act* at the time when he was at home caring for the children, he would have been determined to have been the eligible individual for the dates indicated.

Before CRA issues this letter they must receive a signed declaration from the female parent, who had been identified as the “eligible” recipient of the CCTB, attesting to the fact that the other parent was, in fact, the primary caregiver of the child(ren). The female parent must specify the period of time the other parent was the primary caregiver of the child(ren).

1998 CanLII 477 (C.C.I.), au paragraphe 24). L’alinéa 122.6(h) de la définition autorise l’établissement de critères pour déterminer lequel des deux parents est celui qui s’occupe principalement de l’enfant. Ces critères sont énoncés à l’article 6302 du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945.

[90] De plus, la présomption peut être exclue par règlement pris en vertu de l’alinéa 122.6(g) de la définition. À titre d’exemple, la présomption ne joue pas lorsque la femme avise le ministre par écrit que l’homme est la personne qui s’occupe principalement de l’enfant ni, dans le cas de demandes concurrentes, lorsqu’il y a deux parents de sexe féminin ou que les parents résident dans des villes différentes (*Règlement de l’impôt sur le revenu*, alinéas 6301a), c) et d)). Dans de tels cas, le parent de sexe masculin peut demander la prestation fiscale canadienne pour enfants sans documents à l’appui (*arrêté Campbell*, précité, au paragraphe 12).

[91] La preuve présentée par une experte à laquelle le procureur général a fait appel confirme que ces exclusions constituent malgré tout un autre obstacle administratif à l’accès à la CEE que doivent franchir les hommes qui s’occupent principalement des enfants. Cet obstacle résulte de l’application d’une politique administrative de concert avec les dispositions susmentionnées du *Règlement de l’impôt sur le revenu* :

[TRADUCTION] En vertu du programme de prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE), seul le particulier admissible à la PFCE peut bénéficier de la CEE aux termes des alinéas 77(1)c) et d) du Règlement sur le RPC. Cependant, dans les cas où les cotisants de sexe masculin sont restés au foyer pour éduquer l’enfant ou les enfants, mais que le parent de sexe féminin a reçu la PFCE, l’Agence du revenu du Canada (l’ARC) a convenu de fournir une lettre confirmant le fait que si le parent de sexe masculin avait présenté une demande de PFCE conformément à l’article 122.6 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* au moment où il était à la maison à s’occuper des enfants, il aurait été reconnu comme étant le particulier admissible pour les dates indiquées.

Avant que l’ARC ne délivre cette lettre, elle doit recevoir une déclaration signée du parent de sexe féminin, qui avait été identifié comme étant le bénéficiaire « admissible » de la PFCE, confirmant le fait que l’autre parent était, dans les faits, celui qui s’occupait principalement de l’enfant ou des enfants. Le parent de sexe féminin doit préciser la période pendant

All other periods would remain with the parent who had originally been identified as the “eligible” CCTC recipient.

(Exhibit “B” to the affidavit of Natasha Rende, at page 14; respondent’s record, at page 513.) The requirement that the female parent sign a declaration before the male parent that female parents do not encounter. And it might be quite an onerous obstacle where the marriage has broken down and the parents are not cooperating with each other.

[92] Therefore, the *Income Tax Act* does not preclude male parents from claiming the Canada Child Tax Benefit. However, because of the presumption in paragraph 122.6(f), male parents can face an additional administrative burden to qualify when both the parents live with the child. Thus, the preceding analysis shows that it is easier for women to qualify for the Canada Child Tax Benefit as compared to men, and thus gain access to the CRP.

(h) The interaction of the CRP and the DUPE provisions

[93] Mr. Runchey focuses upon the interaction of the CRP and the DUPE provisions on credit splits.

[94] As already discussed, the DUPE provisions equalize the couple’s credits for each year of cohabitation. This effectively transfers credits from the spouse with more pension credits in each year to the spouse with fewer credits. The CRP operates differently. Rather than granting additional credits to the “child-rearing” parent, it permits him or her to simply “drop out” the qualifying years from his or her pension calculation.

[95] In some situations, both the DUPE provisions and CRP will apply in the same year. That is, the spouses’ pension credits are equalized for the same year that the

laquelle l’autre parent s’occupait principalement de l’enfant ou des enfants. Toutes les autres périodes viseraient le parent qui avait été tout d’abord identifié comme étant le bénéficiaire « admissible » de la PFCE.

(Pièce B jointe à l’affidavit de Natasha Rende, à la page 14; dossier du défendeur, à la page 513.) L’exigence que le parent de sexe féminin signe une déclaration avant que l’homme puisse devenir bénéficiaire constitue un obstacle administratif pour le parent de sexe masculin que les parents de sexe féminin n’ont pas à franchir. Cet obstacle peut être relativement substantiel après la rupture du mariage, lorsque les parents ne coopèrent pas.

[92] Par conséquent, la *Loi de l’impôt sur le revenu* n’empêche pas les parents de sexe masculin de réclamer la prestation fiscale canadienne pour enfants, mais, en raison de la présomption prévue à l’alinéa 122.6f), les parents de sexe masculin peuvent être soumis à un fardeau administratif supplémentaire pour être admissibles lorsque les deux parents vivent avec l’enfant. Ainsi, il ressort de l’analyse qui précède qu’il est plus facile pour les femmes que pour les hommes d’être admissibles à la prestation fiscale canadienne pour enfants, et donc d’avoir accès à la CEE.

h) L’interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP

[93] M. Runchey met l’accent sur l’interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP sur les partages des crédits.

[94] Comme nous l’avons déjà vu, les dispositions relatives au PGNAP égalisent les crédits du couple pour chaque année de cohabitation. En effet, les crédits de l’époux qui en compte un plus grand nombre sont transférés à l’époux qui en a moins. La CEE fonctionne différemment. Plutôt que d’accorder des crédits additionnels au parent qui « élève les enfants », la CEE lui permet de simplement exclure les années admissibles du calcul de sa pension.

[95] Dans certains cas, les dispositions relatives au PGNAP et la CEE jouent à l’égard de la même année. Cela signifie que les crédits de pension des époux

“child-rearing” parent subsequently drops out of his or her pension calculation.

[96] When this happens, Mr. Runchey says that the CRP and the DUPE provisions interact in a way that is unfair to the “working parent.” This is because the working parent effectively transfers credits to the child-rearing parent even though the child-rearing parent gets no benefit from these credits (i.e. because the period is “dropped out” of the child-rearing parent’s pension calculation). In his view, it is “unfair and unjust” to reduce the working parent’s pension credits when the other parent does not need them.

[97] Mr. Runchey points out, with justification as the above analysis shows, that men suffer this “unfairness” more often than women. As already discussed, female parents have disproportionate access to the CRP. As a result, when the DUPE and CRP overlap, the male parent is likely to be the one transferring credits that the other parent does not need.

[98] This effect is widely understood. One government document, marked “draft” and dated November 30, 2004, states that in this situation “the potential use of [the transferred] credits is lost to both partners, and the point of the credit split itself is lost”: respondent’s record, Vol. 1, at page 230. See also *National Post* article dated April 30, 1999, respondent’s record, Vol. 1, at page 241.

[99] In light of the foregoing analysis, I conclude that the interaction of the CRP and the DUPE provisions does create a gender-based distinction, a qualitatively subtle one, but nonetheless a distinction. Women do have disproportionate access to the CRP and this can affect the credit split under DUPE to the detriment of men in certain circumstances.

I. Is there discrimination?

(1) General principles

sont égalisés à l’égard de la même année qui est exclue du calcul de sa pension par le parent qui « élève les enfants ».

[96] M. Runchey soutient que, lorsque cela se produit, la CEE et les dispositions relatives au PGNAP interagissent d’une manière qui est injuste envers le « parent qui travaille » parce qu’il transfère, en substance, des crédits au parent qui élève les enfants, même si ce dernier n’obtient aucun avantage de ces crédits (parce que la période est « exclue » du calcul de la pension du parent qui élève les enfants). De l’avis M. Runchey, il est « inéquitable et injuste » de réduire les crédits de pension du parent qui travaille lorsqu’ils sont inutiles pour l’autre parent.

[97] M. Runchey souligne, sur le fondement de l’analyse qui précède, que les hommes subissent cette « injustice » plus souvent que les femmes. Comme je l’ai déjà mentionné, les parents de sexe féminin ont un accès disproportionné à la CEE. Par conséquent, lorsque le PGNAP et la CEE se chevauchent, le parent de sexe masculin est généralement celui qui transfère des crédits dont l’autre parent n’a pas besoin.

[98] Cet effet est largement reconnu. Un document gouvernemental, portant la mention [TRADUCTION] « projet » et daté du 30 novembre 2004, indique que dans cette situation [TRADUCTION] « les deux conjoints perdent l’utilisation potentielle des crédits [transférés] et le partage des crédits n’a plus aucune signification » (dossier du défendeur, vol. 1, à la page 230; voir aussi un article du *National Post* daté du 30 avril 1999, dossier du défendeur, vol. 1, à la page 241).

[99] Compte tenu de l’analyse qui précède, je conclus que l’interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP opère, en effet, une distinction fondée sur le sexe, distinction subtile d’un point de vue qualitatif, mais une distinction néanmoins. Les femmes ont un accès disproportionné à la CEE et cela peut avoir une influence sur le partage des crédits en vertu du PGNAP au détriment des hommes dans certaines circonstances.

I. Y a-t-il discrimination?

1) Principes généraux

[100] The second part of the test—whether there is discrimination—is key. It relates directly to the purpose of section 15 of the Charter. Section 15 of the Charter is not about preventing or redressing mere distinctions.

[101] For this reason, not all distinctions created by legislation offend section 15: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 182; *Law*, above, at paragraph 51; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at paragraph 188. Put another way, “Equality is not about sameness and s. 15(1) does not protect a right to identical treatment”: *Withler*, above, at paragraph 31.

[102] Rather, section 15 is aimed at combating discrimination, which is to be understood as perpetuating disadvantage and stereotyping: *Kapp*, above, at paragraph 24; *Withler*, above, at paragraph 37.

[103] A classic statement of discrimination is found in *Andrews*, above, at pages 174–175:

...discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual’s merits and capacities will rarely be so classed.

[104] Subsequent cases have attempted in various ways to explain that discrimination is more than just treating someone differently. There is a personal “sting” to discrimination. When present, it assaults the dignity of the individual by labelling the individual, for reasons outside of his or her control, as being unworthy of equal respect, equal membership or equal belonging in Canadian society: *Law*, above, at paragraphs 47–53.

[100] La deuxième partie du critère — la question de savoir s’il y a discrimination — est essentielle. Elle se rapporte directement à l’objet de l’article 15 de la Charte, qui ne vise pas à empêcher de simples distinctions ou à y remédier.

[101] Pour ce motif, toutes les distinctions créées par les lois ne sont pas contraires à l’article 15 (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 182; arrêt *Law*, précité, au paragraphe 51; *Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, au paragraphe 188). Autrement dit, « L’égalité n’est pas une question de similitude, et le par. 15(1) ne garantit pas le droit à un traitement identique » (arrêt *Withler*, précité, au paragraphe 31).

[102] L’article 15 vise plutôt à lutter contre la discrimination, au sens de la perpétuation d’un désavantage et de l’application de stéréotypes (arrêt *Kapp*, précité, au paragraphe 24; arrêt *Withler*, précité, au paragraphe 37).

[103] L’arrêt *Andrews*, précité, contient la définition classique de la discrimination, aux pages 174 et 175 :

[...] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d’un individu le sont rarement.

[104] La jurisprudence ultérieure a tenté d’expliquer de diverses manières que la discrimination est plus que simplement traiter quelqu’un de façon différente. La discrimination comporte une « blessure » personnelle. Lorsqu’elle est présente, elle bafoue la dignité de la personne en étiquetant la personne, pour des raisons indépendantes de sa volonté, comme étant indigne d’un respect égal ou d’une appartenance égale à la société canadienne (arrêt *Law*, précité, aux paragraphes 47 à 53).

[105] In *Withler*, above, the Supreme Court described two different types of discrimination. These types, their characteristics, and the types of evidence that are relevant to them, are as follows:

(1) *The perpetuation of prejudice or disadvantage to members of a group on the basis of personal characteristics identified in the enumerated and analogous grounds.* In *Withler*, the Supreme Court observed that perpetuation of disadvantage typically occurs when the law treats a historically disadvantaged group in a way that exacerbates the situation of the group: see, for example, the comments of Wilson J. in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1333 (section 15 as a tool to remedy or prevent “discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society”). The sort of evidence that is relevant to this type of discrimination includes “evidence that goes to establishing a claimant’s historical position of disadvantage or to demonstrating existing prejudice against the claimant group, as well as the nature of the interest that is affected”: *Withler*, at paragraph 38.

(2) *The creation or perpetuation of disadvantage based on a stereotype that does not correspond to the actual circumstances and characteristics of the claimant or claimant group.* Here, historic disadvantage is not required. As explained in *Withler*, “a group that has not historically experienced disadvantage may find itself the subject of conduct that, if permitted to continue, would create a discriminatory impact on members of the group...by stereotyping members of the group” (at paragraph 36). The sort of evidence to be considered here includes “whether there is correspondence with the claimants’ actual characteristics or circumstances,” and “the ameliorative effect of the law on others and the multiplicity of interests [the law] attempts to balance”: *Withler*, at paragraph 38.

[106] Under either type of discrimination, “the analysis is [to be] contextual, not formalistic,” involving “looking at the circumstances of members of the group and the negative impact of the law on them.” The

[105] Dans l’arrêt *Withler*, précité, la Cour suprême a défini deux types de discrimination. Ces types, leurs caractéristiques et le genre de preuve pertinente, sont les suivants :

1) *La perpétuation d’un préjugé ou d’un désavantage dont les membres d’un groupe sont victimes en raison de caractéristiques personnelles décrites dans les motifs énumérés ou analogues.* Dans l’arrêt *Withler*, la Cour suprême a observé qu’en règle générale, il y a perpétuation d’un désavantage lorsqu’une mesure législative applique, à un groupe historiquement défavorisé, un traitement qui a pour effet d’aggraver la situation (voir par exemple, les commentaires du juge Wilson dans l’arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1333 (l’article 15 constitue un outil pour remédier « à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou [pour les protéger] contre toute forme de discrimination »)). Parmi le genre de preuve pertinente pour ce type de discrimination, mentionnons « les éléments tendant à prouver qu’un demandeur a été historiquement désavantagé ou fait l’objet de préjugés, ainsi que la nature de l’intérêt touché » (*Withler*, au paragraphe 38).

2) *L’application de stéréotypes fondés sur ces motifs qui donne lieu à une décision ne correspondant pas à la situation et aux caractéristiques réelles d’un demandeur ou d’un groupe.* Dans ce cas-ci, le désavantage historique n’est pas nécessaire. Comme il est expliqué dans l’arrêt *Withler*, il se peut « qu’un groupe n’ayant jamais souffert d’un désavantage se trouve un jour touché par une conduite qui, si on n’y met pas fin, aura un effet discriminatoire sur ses membres [...] en leur appliquant un stéréotype » (au paragraphe 36). Les éléments de preuve examinés dans ce cas-là viseront « à déterminer si cette vision correspond à la situation ou aux caractéristiques véritables des demandeurs » et à analyser son « effet d’amélioration sur la situation des autres participants et la multiplicité des intérêts qu’elle tente de concilier » (*Withler*, au paragraphe 38).

[106] En présence de l’un ou l’autre type de discrimination, il faut effectuer « une analyse contextuelle, non formaliste », comportant « l’examen de la situation des membres du groupe et de l’incidence négative de la

emphasis is on the “actual situation of the group and the potential of the impugned law to worsen their situation.” See *Withler*, above, at paragraphs 37–40.

[107] The Court must “look at the reality of the situation”, avoiding an “overly technical approach” or “a narrow, formalistic analytical approach”: *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657, at paragraph 25.

[108] The overall objective of the analysis is to protect and promote substantive equality. In *Withler*, above, the Supreme Court described substantive equality as follows (at paragraph 39):

Both the inquiries into perpetuation of disadvantage and stereotyping are directed to ascertaining whether the law violates the requirement of substantive equality. Substantive equality, unlike formal equality, rejects the mere presence or absence of difference as an answer to differential treatment. It insists on going behind the facade of similarities and differences. It asks not only what characteristics the different treatment is predicated upon, but also whether those characteristics are relevant considerations under the circumstances. The focus of the inquiry is on the actual impact of the impugned law, taking full account of social, political, economic and historical factors concerning the group. The result may be to reveal differential treatment as discriminatory because of prejudicial impact or negative stereotyping. Or it may reveal that differential treatment is required in order to ameliorate the actual situation of the claimant group.

[109] Key in assessing the existence of discrimination is the context. In some contexts, a measure may be discriminatory. In others, not.

[110] An important part of the context, as we shall see, is the nature of the legislation that creates the impugned distinction.

[111] In assessing whether an impugned provision perpetuates disadvantage and stereotype, the Supreme Court has suggested that four contextual factors can be helpful:

mesure sur eux ». L’accent porte « sur la situation véritable du groupe et sur le risque que la mesure contestée aggrave sa situation » (voir l’arrêt *Withler*, précité, aux paragraphes 37 à 40).

[107] La Cour « doit se pencher sur la situation réelle » et éviter une interprétation « trop technique » ou « une interprétation formaliste et restrictive » (*Auton (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, au paragraphe 25).

[108] L’objectif général de l’analyse consiste à protéger et à promouvoir l’égalité réelle. Dans l’arrêt *Withler*, précité, la Cour suprême a défini l’égalité réelle comme suit, au paragraphe 39 :

Que l’on cherche à savoir s’il y a perpétuation d’un désavantage ou application d’un stéréotype, il faut déterminer si la mesure transgresse l’impératif d’égalité réelle. L’égalité réelle, contrairement à l’égalité formelle, n’admet pas la simple différence ou absence de différence comme justification d’un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes. Elle demande qu’on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances. L’analyse est centrée sur l’effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l’ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe. Cette analyse peut démontrer qu’un traitement différent est discriminatoire en raison de son effet préjudiciable ou de l’application d’un stéréotype négatif ou, au contraire, qu’il est nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs.

[109] Le contexte est fondamental pour l’appréciation de l’existence de la discrimination. Dans certaines circonstances, une mesure peut être discriminatoire et dans d’autres, elle ne l’est pas.

[110] Comme nous le verrons, une importante partie du contexte est la nature de la loi qui opère la distinction contestée.

[111] Pour déterminer si une disposition contestée perpétue un désavantage ou un stéréotype, la Cour suprême a mis de l’avant quatre facteurs contextuels qui peuvent être utiles :

(1) Pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue;

(2) The relationship or correspondence between the ground(s) on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others;

(3) The ameliorative effects of the impugned legislation upon a more disadvantaged person or group in society; and

(4) The nature and scope of the interest affected by the impugned legislation.

(See generally *Law*, above, at paragraphs 62–75; *Kapp*, above, at paragraph 19.)

[112] The four contextual factors are not to be used as a rigid template in every case. A “rigid template risks consideration of irrelevant matters on the one hand, or overlooking relevant considerations on the other”: *Withler*, above, at paragraph 66; see also *Kapp*, above. Rather, the four contextual factors are to be used as a helpful guide in the analysis.

[113] By its nature, benefits legislation, such as the Plan, has ameliorative objectives and attempts to address competing needs of different groups. This context means that distinctions arising under benefits legislation will not lightly be found to be discriminatory. This is seen in a number of Supreme Court pronouncements.

[114] To this effect, in *Withler*, above, the Supreme Court held that social benefits legislation will be found to be discriminatory in only a narrow range of circumstances (at paragraph 67):

In cases involving a pension benefits program such as this case, the contextual inquiry at the second step of the s. 15(1) analysis will typically focus on the purpose of the provision that is alleged to discriminate, viewed in the broader context of the scheme as a whole. Whom did the legislature

1) la préexistence d’un désavantage, d’un stéréotype, d’un préjugé ou d’une vulnérabilité dont est victime la personne ou le groupe en cause;

2) le rapport ou la correspondance entre le ou les motifs sur lesquels repose l’allégation et les besoins véritables, la capacité ou la situation du prestataire ou d’autres personnes;

3) l’effet améliorateur des dispositions législatives contestées à l’égard d’une personne ou d’un groupe défavorisé dans la société;

4) la nature et l’étendue du droit touché par les dispositions législatives contestées.

(Voir de façon générale l’arrêt *Law*, précité, aux paragraphes 62 à 75; et l’arrêt *Kapp*, précité, au paragraphe 19.)

[112] Les quatre facteurs contextuels ne doivent pas être utilisés comme un modèle rigide dans tous les cas. Un « modèle rigide pourrait mener à un examen qui inclut des questions non pertinentes ou, à l’opposé, qui exclut des facteurs pertinents » (arrêt *Withler*, précité, au paragraphe 66; voir aussi l’arrêt *Kapp*, précité). Les quatre facteurs contextuels doivent plutôt être utilisés comme un guide utile d’analyse.

[113] De par sa nature, les lois qui prévoient le versement de prestations, comme le Régime, comportent des objectifs d’amélioration et tentent de répondre aux besoins divergents de différents groupes. Ce contexte signifie que les distinctions qui sont opérées par de telles lois ne sont pas déclarées discriminatoires à la légère, comme on peut le constater à la lecture de plusieurs arrêts de la Cour suprême.

[114] Ainsi, par l’arrêt *Withler*, précité, la Cour suprême a statué qu’une loi en matière d’avantages sociaux sera déclarée discriminatoire uniquement dans des circonstances limitées (au paragraphe 67) :

Lorsqu’il est question d’un régime de prestations de retraite, comme dans le cas qui nous occupe, l’examen des facteurs contextuels à la deuxième étape de l’analyse requise par le par. 15(1) porte en général sur l’objet de la disposition présentée comme discriminatoire, et se fait à la lumière du régime

intend to benefit and why? In determining whether the distinction perpetuates prejudice or stereotypes a particular group, the court will take into account the fact that such programs are designed to benefit a number of different groups and necessarily draw lines on factors like age. It will ask whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required. Allocation of resources and particular policy goals that the legislature may be seeking to achieve may also be considered.

[115] The interaction of rules may give rise to distinctions that are not discriminatory, unless there is “singling out” (*Auton*, above, at paragraph 41):

It is not open to Parliament or a legislature to enact a law whose policy objectives and provisions single out a disadvantaged group for inferior treatment: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. On the other hand, a legislative choice not to accord a particular benefit absent demonstration of discriminatory purpose, policy or effect does not offend this principle and does not give rise to s. 15(1) review. This Court has repeatedly held that the legislature is under no obligation to create a particular benefit. It is free to target the social programs it wishes to fund as a matter of public policy, provided the benefit itself is not conferred in a discriminatory manner....

[116] In *Auton*, above, the Supreme Court stressed that the purpose of the legislative scheme requires close examination in the discrimination analysis (at paragraph 42):

Where stereotyping of persons belonging to a group is at issue, assessing whether a statutory definition that excludes a group is discriminatory, as opposed to being the legitimate exercise of legislative power in defining a benefit, involves consideration of the purpose of the legislative scheme which confers the benefit and the overall needs it seeks to meet. If a benefit program excludes a particular group in a way that undercuts the overall purpose of the program, then it is likely to be discriminatory: it amounts to an arbitrary exclusion of a particular group. If, on the other hand, the exclusion is consistent with the overarching purpose and scheme of the legislation, it is unlikely to be discriminatory. Thus, the question is whether the excluded benefit

législatif complet. À qui le législateur voulait-il accorder un avantage et pourquoi? Pour trancher la question de savoir si la distinction perpétue un préjugé ou applique un stéréotype à un certain groupe, le tribunal tient compte du fait que de tels programmes sont conçus dans l'intérêt de divers groupes et doivent forcément établir des limites en fonction de certains facteurs comme l'âge. Le tribunal s'interrogera sur l'opportunité générale de telles limites, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime. Point n'est besoin que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. Le tribunal pourra également prendre en considération l'affectation des ressources et les objectifs particuliers d'intérêt public visés par le législateur.

[115] L'interaction de règles peut donner lieu à des distinctions qui ne sont pas discriminatoires à moins que l'on soit en présence d'une « différenciation » (arrêt *Auton*, précité, au paragraphe 41) :

Il n'est pas loisible au Parlement ou à une législature d'adopter une loi dont les objectifs de politique générale et les dispositions imposent à un groupe défavorisé un traitement moins favorable : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Par contre, la décision du législateur de ne pas accorder un avantage en particulier, lorsque l'existence d'un objectif, d'une politique ou d'un effet discriminatoire n'est pas établie, ne contrevient pas à ce principe ni ne justifie un examen fondé sur le par. 15(1). Notre Cour a conclu à maintes reprises que le législateur n'a pas l'obligation de créer un avantage en particulier, qu'il peut financer les programmes sociaux de son choix pour des raisons de politique générale, à condition que l'avantage offert ne soit pas lui-même conféré d'une manière discriminatoire [...]

[116] Par l'arrêt *Auton*, précité, la Cour suprême a insisté sur le fait que l'objectif du régime législatif exige un examen attentif de l'analyse relative à la discrimination (au paragraphe 42) :

Lorsqu'il s'agit de savoir si les membres d'un groupe font l'objet d'un stéréotype, déterminer si une définition légale excluant un groupe est discriminatoire et ne constitue pas un exercice légitime du pouvoir législatif de définir un avantage suppose l'examen de l'objectif du régime législatif qui confère l'avantage ainsi que des besoins généraux auxquels il est censé répondre. Le régime d'avantages excluant un groupe en particulier d'une manière qui compromet son objectif global sera vraisemblablement discriminatoire, car il exclut arbitrairement un groupe donné. Par contre, l'exclusion qui est compatible avec l'objectif général et l'économie du régime législatif ne sera vraisemblablement pas discriminatoire. La question est

is one that falls within the general scheme of benefits and needs which the legislative scheme is intended to address.

- (2) Applying the general principles: is the gender-based distinction created by the interaction between the CRP and the DUPE provisions discriminatory?

[117] I answer this question in the negative. The distinction created by the interaction between the CRP and the DUPE provisions is not discriminatory, based upon the general principles set out above.

[118] There are several reasons for this conclusion. To some extent these reasons overlap, interrelate and build upon each other.

– I –

[119] An important part of the context is the nature of the legislation in this case, the Plan.

[120] The Plan does not implement a social welfare scheme. Rather,

The [Plan] was designed to provide social insurance for Canadians who experience a loss of earnings owing to retirement, disability, or the death of a wage-earning spouse or parent. It is not a social welfare scheme. It is a contributory plan in which Parliament has defined both the benefits and the terms of entitlement, including the level and duration of an applicant's financial contribution.

(*Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703, at paragraph 9.)

[121] The Plan is a contributory-based compulsory social insurance plan created by federal statute and administered by the federal government. Benefits are paid from direct contributions of employees, employers, and monies earned from the investment of excess contributory funds. It covers virtually all employed and self-employed persons in Canada.

donc de savoir si l'avantage exclu fait partie du régime général d'avantages établi par la loi et s'il correspond aux besoins auxquels celle-ci est censée répondre.

- 2) Application des principes généraux : la distinction fondée sur le sexe opérée par l'interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP est-elle discriminatoire?

[117] Je réponds à cette question par la négative. La distinction opérée par l'interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP n'est pas discriminatoire suivant les principes généraux énoncés précédemment.

[118] Plusieurs raisons, qui jusqu'à un certain point se chevauchent, sont interreliés et se fondent les unes sur les autres, appellent cette conclusion.

– I –

[119] La nature de la loi en cause en l'espèce, le Régime, constitue une partie importante du contexte.

[120] Le Régime ne vise pas la mise en œuvre d'un régime d'aide sociale :

Le RPC est un régime d'assurance sociale destiné aux Canadiens privés de gains en raison d'une retraite, d'une déficience ou du décès d'un conjoint ou d'un parent salarié. Il s'agit non pas d'un régime d'aide sociale, mais plutôt d'un régime contributif dans lequel le législateur a défini à la fois les avantages et les conditions d'admissibilité, y compris l'ampleur et la durée de la contribution financière d'un requérant.

(*Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703, au paragraphe 9.)

[121] Le Régime est un régime d'assurance sociale contributif à participation obligatoire créé par une loi fédérale et administré par le gouvernement fédéral. Les prestations versées proviennent des cotisations directes des employés, des employeurs et des fonds gagnés par le placement du surplus des cotisations. Le Régime s'applique à pratiquement toutes les personnes employées et tous les travailleurs autonomes au Canada.

[122] It is not supposed to meet everyone's needs, but rather to provide partial earnings replacement in certain circumstances. It is designed to be supplemented by private pension plans, private savings, or both.

[123] The Plan is a limited scheme that provides for six types of benefits, many of which are related to a contributor's insured earnings: retirement pension, disability pension, death benefit, survivor's pension, disabled contributor's child benefit and benefit for the child of a deceased contributor. It may be that for some applicants, a different set of rules or conditions for certain benefits might be preferable but the Plan cannot meet the needs of all contributors in every conceivable circumstance, nor is it designed to do that.

[124] Under the Plan, contributions do not always translate into benefits. Instead, the Plan achieves various objectives, sometimes conflicting or overlapping objectives, in a forest of detailed eligibility and qualification rules. Perhaps, in light of the analysis of the provisions above, jungle, not forest, would be more apt.

[125] Seen in light of its nature, purpose and design, the fact that the Plan treats men differently from women in the interaction of the CRP and the DUPE provisions is best seen as a consequence of an intricate scheme with many eligibility and qualification rules, rather than a singling out of men for different treatment, as was described in *Auton*, above. For some contributors, a different set of rules or conditions might be preferable but the Plan cannot meet the preferences of every contributor in every conceivable circumstance.

[126] Further, the nature of the distinction between men and women in this case must be considered. The detailed analysis, above, shows that the interaction between the CRP and the DUPE provisions creates a detrimental effect on only some men in only certain circumstances. Not all men are affected. This underscores the finding, above, that the Plan does not "single out" men in an invidious way. Rather, the detrimental

[122] Il n'est pas censé répondre aux besoins de tous, mais est plutôt destiné à assurer un remplacement partiel du revenu dans certains cas. Il est conçu pour être complété par des régimes de pension privée ou des économies privées, ou les deux.

[123] Le Régime est un programme limité qui offre six types de prestations, dont plusieurs sont liées aux gains assurables du cotisant : pension de retraite, prestations d'invalidité, prestations de décès, prestations de survivant, prestations d'enfant de cotisant invalide et prestation d'enfants de cotisant décédé. Il se peut que pour certains demandeurs, un ensemble différent de règles ou de conditions soient préférables, mais le Régime ne peut combler les besoins de tous les cotisants dans toutes les circonstances imaginables, pas plus qu'il n'est conçu pour ce faire.

[124] En vertu du Régime, les cotisations ne se traduisent pas toujours par des prestations. Le Régime a divers objectifs, qui sont parfois des objectifs conflictuels ou qui se chevauchent, dans une forêt de règles d'admissibilité et de conditions détaillées. À la lumière de l'analyse des dispositions précitées, il se peut que le mot « *jungle* » soit plus approprié que le mot « forêt ».

[125] Compte tenu de la nature, de l'objet et de la structure du Régime, le fait qu'il traite les hommes différemment des femmes à l'occasion de l'interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP doit être considéré comme la conséquence d'un programme complexe comportant de nombreuses règles d'admissibilité et conditions, plutôt que comme un traitement différent des hommes, comme le décrivait l'arrêt *Auton*, précité. Pour certains cotisants, un ensemble différent de règles ou de conditions peut être souhaitable, mais le Régime ne peut répondre aux préférences de chaque cotisant dans toutes les circonstances imaginables.

[126] De plus, la nature de la distinction entre les hommes et les femmes en l'espèce doit être examinée. Il ressort de l'analyse détaillée qui précède que l'interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP a un effet préjudiciable uniquement à l'égard de certains hommes dans certaines circonstances uniquement. Tous les hommes ne sont pas touchés. Cela fait ressortir la conclusion tirée plus tôt selon laquelle le Régime

effect on a limited class of men seems to be a consequence of the interaction of complicated rules within a complicated scheme in support of a Plan that is *not* a general social welfare scheme available to all in every circumstance.

– II –

[127] The analysis of the CRP and the DUPE provisions and how they interact shows that a finding of discrimination and the awarding of relief in this case would disrupt the nature and structure of the Plan. Indeed, it would transform it from a limited contributory scheme into a general social welfare scheme designed to achieve perfect equality between men and women in all circumstances. Section 15 [of the Charter] is to prevent and redress discrimination. It is not to alter fundamentally government programs designed for limited purposes, absent the sort of invidious characteristics described in *Auton*, above.

– III –

[128] An important element of the context to be considered is that in benefits schemes such as the Plan, Parliament is allocating scarce resources among competing groups in pursuit of various legitimate policies. In this regard, the Plan is not unlike the *Income Tax Act*. In such legislation, Parliament allocates resources and benefits based on many factors, including demographic characteristics, in order to ameliorate adverse conditions or promote certain behaviour.

[129] The use of demographic characteristics in a context such as this cannot be seen as telling an affected group that it is somehow less worthy of worth, membership or belonging in Canadian society or placing a label on it to that effect. Demographic characteristics are simply used as a way of advancing legitimate government policy

« différencie » de façon injuste aux hommes. L'effet préjudiciable touchant une catégorie limitée d'hommes semble être plutôt une conséquence de l'interaction de règles compliquées à l'intérieur d'un programme compliqué à l'appui d'un Régime qui n'est pas un régime général d'aide sociale dont on peut se prévaloir dans toutes les circonstances.

– II –

[127] L'analyse de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP et de leur interaction montre qu'une conclusion de discrimination et l'octroi d'une mesure de réparation en l'espèce perturberaient la nature et la structure du Régime. En effet, le Régime, régime contributif limité, deviendrait alors un régime d'aide sociale général conçu pour réaliser une égalité parfaite entre les hommes et les femmes dans toutes les circonstances. L'article 15 [de la Charte] vise à prévenir la discrimination et à y remédier, et non à modifier fondamentalement des programmes gouvernementaux conçus à des fins limitées, en l'absence du genre de caractéristiques injustes décrites dans l'arrêt *Auton*, précité.

– III –

[128] Un élément important du contexte à prendre en compte est le fait que dans les régimes qui prévoient le versement de prestations comme le Régime, le législateur répartit des ressources rares entre des groupes opposés qui cherchent à faire appliquer diverses politiques légitimes. À cet égard, le Régime n'est pas différent de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans ces lois, le législateur répartit des ressources et des avantages en fonction de plusieurs facteurs, notamment des caractéristiques démographiques, afin d'améliorer des conditions défavorables ou de promouvoir un certain comportement.

[129] Le recours à des caractéristiques démographiques dans un tel contexte ne peut être considéré comme une indication que le groupe touché aurait une valeur moindre ou serait moins digne d'appartenir à la société canadienne ou qu'on lui applique une étiquette à cette fin. Les caractéristiques démographiques servent

or fashioning eligibility or qualification criteria so that scarce resources can be allocated among competing groups.

[130] There may be a case where demographic criteria effectively single out a particular group for invidious treatment in a manner that has the sort of sting associated with discrimination, but, as mentioned above, in this case there is no such singling out.

– IV –

[131] An important element in the context relevant to the section 15 analysis is the ameliorative nature of the CRP and the DUPE provisions.

[132] The CRP is aimed at accommodating and assisting those who stay at home because of child-rearing responsibilities. The evidence before us suggests that most who do so are women and they often suffer economically as a result: respondent's record, Vol. 2, at pages 354–357, 509–510. Mr. Runchey did not contest this either by way of evidence or submissions.

[133] This evidence shows that those who stay at home rearing children usually earn little or no income. Since pension benefits are calculated in part on the basis of a person's average earnings, the person primarily responsible for child rearing—usually a woman—is at risk of receiving lower pension benefits. Seen against the backdrop of this evidence, the CRP is ameliorative: in certain circumstances it excludes from the calculation of benefits, years of little or no income due to child rearing.

[134] The DUPE provisions are aimed at transferring pension credits from the high income-earning spouse to the low earning spouse upon divorce or separation. In

simplement de moyen visant à favoriser des politiques gouvernementales légitimes ou à modeler des critères d'admissibilité ou des conditions pour que les ressources rares puissent être réparties entre des groupes opposés.

[130] Il peut exister un cas où les critères démographiques ont pour effet d'imposer, en substance, à un groupe particulier un traitement injuste donnant lieu au genre de blessure que cause la discrimination. Mais comme je l'ai déjà mentionné, l'affaire en l'espèce ne vise pas ce type de différenciation.

– IV –

[131] Un élément important du contexte qui est pertinent quant à l'analyse relative à l'article 15 est l'objet d'amélioration de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP.

[132] La CEE a pour but d'offrir des mesures d'accommodement et d'aide aux personnes qui restent au foyer parce qu'ils élèvent des enfants. Selon les éléments de preuve qui nous ont été présentés, la plupart des personnes qui le font sont des femmes et elles en subissent souvent un préjudice économique (dossier du défendeur, vol. 2, aux pages 354 à 357, 509 et 510). Cela n'est pas controversé par M. Runchey par les éléments de preuve qu'il a produits, ou par ses conclusions.

[133] Il ressort des éléments de preuve que les personnes qui restent au foyer pour élever les enfants gagnent habituellement un faible revenu ou n'en gagnent pas. Puisque les prestations de retraite sont calculées en partie en fonction de la moyenne des gains d'une personne, la personne principalement responsable d'élever les enfants, habituellement une femme, risque de recevoir des prestations de pension moins élevées. Avec cet élément de preuve comme toile de fond, la CEE a un objet d'amélioration : dans certaines circonstances, elle exclut du calcul des prestations les années où il y avait peu ou pas de revenus parce que cette personne élevait ses enfants.

[134] Les dispositions relatives au PGNAP visent à transférer des crédits de pension de l'époux qui gagne un revenu élevé à l'époux ayant un revenu faible lors

many families, the low earning spouse is a woman: respondent's record, Vol. 2, at pages 355 and 357. Evidence before us described the disadvantage faced by divorced or separated women:

96. Even if a divorced or separated woman enters paid employment, the pension she earns may be adversely affected by the years she spent in the home as a housewife. Pensions are related to earnings and her earnings prior to, during and after marriage are averaged over the number of years she could have been employed, and this includes the time she remained in the home. While some provision is made for reducing the number of years to be averaged, there will be cases in which a divorced or separated woman will be unable to work a sufficient number of years to make up for a non-earning period as a housewife.

*(Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada, Government of Canada, 1970, Chapter 2, at page 38; respondent's record, at page 510.)*

[135] Further evidence comes from a special committee examining pension reform in 1983. The committee supported credit splitting, as was ultimately done in the DUPE provisions. It identified the principles behind credit splitting as follows:

- Those who care for others do work that entitles them to a pension in their own right.
- Those homemakers in greatest need are those with little attachment to the labour force, because they have no opportunity to receive any pension of their own apart from Old Age Security and the Guaranteed Income Supplement.
- Marriage is a partnership of equals. It creates obligations on each spouse to provide for the needs of the other. It also creates claims; each spouse has claims on the resources of the family unit. In particular, marriage creates obligations to provide for both partners during their retirement years.

d'un divorce ou d'une séparation. Dans de nombreuses familles, l'époux ayant un revenu faible est une femme (dossier du défendeur, vol. 2, aux pages 355 et 357). Un élément de preuve qui nous a été présenté décrivait le désavantage que subissaient les femmes divorcées ou séparées :

96. Même si une femme divorcée ou séparée entre dans le monde du travail, la pension qu'elle gagne peut subir le contre-coup des années passées au foyer, comme ménagère. Les pensions dépendent des gains (et aussi de leur étalement dans le temps) et la moyenne de sa rémunération avant, durant et après le mariage, est calculée selon le nombre d'années où elle aurait pu être employée, et ce nombre comprend donc même les années où elle n'a pas eu d'emploi. Bien que l'on ait pris quelques dispositions pour réduire le nombre d'années dont il faut faire la moyenne, dans certains cas une femme divorcée ou séparée sera incapable de travailler pendant le nombre d'années suffisant pour compenser cette période de travail ménager non rémunéré.

*(Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, Gouvernement du Canada, 1970, chapitre 2, à la page 43; dossier du défendeur, à la page 510.)*

[135] Un autre élément de preuve concernait un comité spécial qui a examiné la réforme des pensions en 1983. Le comité a appuyé le partage des crédits, comme l'ont fait finalement les dispositions relatives au PGNAP. Le comité a cerné comme suit les principes sur lesquels était fondé le partage des crédits :

- Ceux qui prennent soin des autres font un travail qui mérite une pension à part entière.
- En ce qui concerne la réforme des pensions, les personnes au foyer qui ont le plus besoin de protection sont celles qui n'ont que peu participé au marché du travail parce qu'elles n'ont aucune possibilité de recevoir personnellement la moindre pension, sauf la SV (sécurité de la vieillesse) et le SRG (supplément de revenu garanti).
- Le mariage est une association de personnes égales. Il crée pour chaque conjoint l'obligation de subvenir aux besoins de l'autre, dans la mesure de ses capacités. Il donne aussi à chaque conjoint le droit de puiser dans les ressources financières et autres de la cellule familiale. En particulier, le mariage crée l'obligation pour chaque conjoint de subvenir aux besoins de l'autre pendant la retraite.

(*Report of the Parliamentary Task Force on Pension Reform*, House of Commons, 1983, at page 75; respondent's record, at page 511.)

(*Rapport du groupe de travail parlementaire sur la réforme des pensions*, Chambre des communes, 1983, à la page 88; dossier du défendeur, à la page 511.)

[136] Accordingly, the DUPE provisions can be said to be aimed at assisting women who, as a class, suffer economic disadvantage compared to men when they leave the workforce to rear children.

[136] En conséquence, il est possible de dire que les dispositions relatives au PGNAP visent à aider les femmes qui, comme catégorie, subissent un désavantage économique par rapport aux hommes lorsqu'elles quittent le marché du travail pour élever des enfants.

[137] The fact that the interaction of the CRP and the DUPE provisions can benefit women in certain circumstances cannot be said to be anomalous. It is consistent with the ameliorative nature of the CRP and DUPE programs.

[137] On ne peut pas qualifier d'anomalie le fait que l'interaction de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP peut constituer un avantage dans certaines circonstances. Ce constat est compatible avec l'objet d'amélioration de la CEE et des dispositions relatives au PGNAP.

[138] In the words of *Withler*, quoted above, [at paragraph 67], we are to assess “whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme” and we need not insist on “[p]erfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group.” In my view, the lines drawn are generally appropriate. And in the words of *Auton*, quoted above [at paragraph 42], the Plan does not impact men “in a way that undercuts the overall purpose of the program,” nor does it single out men in any invidious way.

[138] Pour reprendre les observations de l'arrêt *Withler* [au paragraphe 67] reproduites précédemment, nous devons apprécier « l'opportunité générale de telles limites, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime » et nous n'avons pas besoin d'exiger que le programme « corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. » À mon avis, les limites établies sont dans l'ensemble appropriées. De plus, encore selon les observations de l'arrêt *Auton* [au paragraphe 42] reproduites précédemment, le Régime ne touche pas les hommes « d'une manière qui compromet son objectif global » pas plus qu'il ne cible les hommes d'une façon injuste.

– V –

– V –

[139] Indeed, the fact that the CRP and the DUPE provisions are ameliorative in nature may have other consequences for the section 15 analysis. To the extent that they are aimed at ameliorating or remedying the condition of women, a subsection 15(1) enumerated group, they may be said to be a “law, program or activity” within the meaning of subsection 15(2). In such a case, they cannot be found to be discriminatory under subsection 15(1): *Kapp*, above, at paragraph 41; *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950, at paragraphs 84–87.

[139] Au demeurant, le fait que la CEE et les dispositions relatives au PGNAP ont un objet d'amélioration peut avoir d'autres conséquences pour l'analyse relative à l'article 15. Dans la mesure où elles visent à améliorer la situation des femmes, groupe visé au paragraphe 15(1), ou à remédier à leur situation, il est possible de dire que ces dispositions sont des « lois, programmes ou activités » au sens du paragraphe 15(2). Dans un tel cas, elles ne peuvent être déclarées discriminatoires sur le fondement du paragraphe 15(1) (arrêt *Kapp*, précité, au paragraphe 41; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950, aux paragraphes 84 à 87).

– VI –

[140] Repeatedly, the Supreme Court has emphasized in its jurisprudence, some of which is cited above, that there need not be “perfect correspondence” in legislation such as this between the ground or grounds on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant. A significant deviation from correspondence, however, might attract special scrutiny in the discrimination analysis.

[141] On the record before us, it cannot be said that there is a significant deviation from perfect correspondence. Further, it is discernible only after much analysis of multiple provisions that serve different ameliorative purposes. Finally, there is no evidence in the record before this Court regarding how many men who had primary responsibility for children were denied the family allowance or Canada Child Tax Benefit, and to what extent.

– VII –

[142] As noted above, in *Auton*, at paragraph 41, the Supreme Court held that “a legislative choice not to accord a particular benefit absent demonstration of discriminatory purpose, policy or effect... does not give rise to s. 15(1) review.” Mr. Runchey has not placed any evidence before this Court upon which it can prove a discriminatory purpose, policy or effect in the sense of a desire to treat men as not being of equal worth, membership or belonging in Canadian society.

– VIII –

[143] There is an absence of evidence in the record regarding whether men in this context have suffered any historical disadvantage, prejudice or stereotyping.

– VI –

[140] La Cour suprême a à maintes reprises insisté dans ses arrêts, dont certains sont cités dans les présents motifs, qu’il n’était pas nécessaire qu’une loi comme celle en cause en l’espèce « corresponde parfaitement » au motif ou aux motifs sur lesquels la demande est fondée et au besoin, à la capacité ou aux circonstances réels du demandeur. Un manque de correspondance important pourrait toutefois appeler un examen particulier dans le cadre de l’analyse relative à la discrimination.

[141] Au vu des éléments dont nous sommes saisis, il n’est pas possible de dire qu’il y a un écart important par rapport à une correspondance parfaite. De plus, l’écart en question est perceptible uniquement après une analyse approfondie de nombreuses dispositions qui ont des fins d’amélioration différentes. Enfin, il ressort d’aucun des éléments de preuve produits devant la Cour que le nombre d’hommes s’occupant principalement des enfants auxquels il a été refusé une allocation familiale ou la prestation fiscale canadienne pour enfants, ni l’ampleur de cette réalité.

– VII –

[142] Comme je l’ai déjà souligné, par l’arrêt *Auton*, au paragraphe 41, la Cour suprême a statué que « la décision du législateur de ne pas accorder un avantage en particulier, lorsque l’existence d’un objectif, d’une politique ou d’un effet discriminatoire n’est pas établie, [...] ne justifie [pas] un examen fondé sur le par. 15(1). » M. Runchey n’a pas présenté à la Cour des éléments de preuve établissant l’existence d’un objectif, d’une politique ou d’un effet discriminatoire dans le sens d’un désir de traiter les hommes de manière à leur nier l’égalité sur le plan de valeur et de l’appartenance à la société canadienne.

– VIII –

[143] Il ne figure au dossier nul élément de preuve concernant la question de savoir si les hommes dans ce contexte ont été historiquement désavantagés ou ont fait l’objet de préjugés ou de stéréotypes.

[144] This is not a situation where the Court can take judicial notice. Mr. Runchey had to prove that men in this situation are in a state of adversity and that the provisions in issue perpetuate that state. Alternatively, Mr. Runchey had to prove that the provisions in issue here create prejudice or stereotyping. He has done neither.

– IX –

[145] Part of the context to be considered is the nature and scope of the interest affected by the impugned legislation. Here, the men’s interest affected is purely economic—the size of the benefit they receive after a credit split.

[146] This underscores the nature of the distinction here as being a natural consequence of a partial income replacement scheme—an economic supplement—with very detailed and complicated eligibility and qualification rules, rather than some comment on the worth, membership or belonging of men in Canadian society.

[147] In light of the foregoing, I find that there is no discrimination, and, thus, no infringement of subsection 15(1) of the Charter.

#### J. The remaining issues

[148] The Attorney General submitted that the CRP and the DUPE provisions could be saved under section 1 of the Charter in the event that any infringement of the Charter was shown. The Attorney General also requested that any declaration of rights or declaration of invalidity be suspended for a period of 18 months so that the Government of Canada could take steps to address the matter.

[149] Given that there is no infringement of the Charter, it is not necessary to consider these issues.

[144] La présente situation n’en est pas une dont la Cour peut prendre connaissance d’office. Il incombait à M. Runchey de prouver que les hommes dans cette situation se trouvent dans une situation préjudiciable. Subsidiairement, M. Runchey était tenu de prouver que les dispositions en cause en l’espèce donnaient lieu à des préjudices ou à des stéréotypes. Or, il n’a fait ni l’un ni l’autre.

– IX –

[145] La nature et la portée de l’intérêt touché par la loi contestée sont des éléments du contexte qui doivent être examinés. En l’espèce, l’intérêt des hommes touchés est purement économique, c’est-à-dire l’importance de la prestation qu’ils reçoivent après le partage des crédits.

[146] Cela met en évidence la nature de la distinction en l’espèce, qui est une conséquence naturelle d’un régime visant l’instauration d’un remplacement partiel du revenu, soit un supplément économique, assorti de règles très compliquées quant à l’admissibilité et aux conditions, et non un jugement sur la valeur des hommes et leur appartenance à la société canadienne.

[147] Compte tenu de ce qui précède, je conclus qu’il n’y a pas discrimination et, par conséquent, qu’il n’y a pas violation du paragraphe 15(1) de la Charte.

#### J. Les autres questions

[148] Le procureur général a soutenu que la CEE et les dispositions relatives au PGNAP pouvaient être sauvegardées par l’article premier de la Charte dans le cas où une violation de la Charte était établie. Le procureur général a également demandé à la Cour de suspendre, pour une période de 18 mois, toute déclaration visant la reconnaissance de droits ou portant que les dispositions en cause sont invalides, afin que le gouvernement du Canada puisse prendre des mesures pour examiner la question.

[149] Vu qu’il n’y a pas violation de la Charte, il n’est pas nécessaire d’examiner ces questions.

## K. Disposition

[150] I would dismiss the application for judicial review. At the hearing of this matter, the Attorney General stated that it would not be seeking costs of the application. Therefore, I would award no costs.

DAWSON J.A.: I agree.

GAUTHIER J.A.: I agree.

## K. Dispositif

[150] Je rejetterais la demande de contrôle judiciaire. À l'audience, le procureur général a déclaré qu'il ne réclamerait pas les dépens relatifs à la présente demande. Par conséquent, je n'adjugerai aucuns dépens.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

IMM-5069-12  
2013 FC 115

IMM-5069-12  
2013 CF 115

**Jules Guiniling Tindungan** (*Applicant*)

**Jules Guiniling Tindungan** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Russell J.—Toronto, January 8; Ottawa, February 1, 2013.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 8 janvier; Ottawa, 1<sup>er</sup> février 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 (RPD) decision refusing applicants' claim for protection as Convention refugee or person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 96, 97 — Applicant, United States citizen, morally objecting to actions of U.S. military while deployed in Afghanistan — Going absent without leave from unit, claiming refugee protection in Canada — Applicant speaking publicly about opposition to U.S. military, fearing persecution if returned to U.S. — RPD finding, inter alia, applicant not rebutting presumption of state protection, not showing reasonable possibility of persecution or risk to life or cruel, unusual treatment, U.S. military actions not coming within United Nations High Commissioner for Refugees' Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (UNHCR Handbook), paragraphs 169, 170 — Whether RPD erring by finding that U.S. judicial system could provide adequate protection; by ignoring evidence on state protection; when interpreting UNHCR Handbook, foreign law; by making unreasonable conclusions — RPD rejecting Canadian, international standards as guide to assess fairness of U.S. military justice system — According to RPD, failure to comply with such standards not rendering state protection inadequate — Decision lacking justification, transparency, intelligibility — Error to conclude that system not meeting basic fairness standards nevertheless providing adequate state protection — Decisions made under IRPA having to comply with Canadian Charter of Rights and Freedoms, international human rights instruments — Interpretation of "adequate" state protection not complying with such instruments when "adequate" falling below standards — UNHCR Handbook clear that national legislation, international instruments may be used in determining whether prosecution amounting to persecution — RPD's conclusions on differential*

*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 (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a rejeté la demande d'asile du demandeur à titre de réfugié au sens de la Convention et personne à protéger en vertu des art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Le demandeur, un citoyen américain, s'est opposé pour des raisons morales aux actions de l'armée américaine alors qu'il était déployé en Afghanistan — Le demandeur s'est absenté de son unité sans permission et a présenté une demande d'asile au Canada — Le demandeur a fait des déclarations publiques concernant ses opinions à propos de l'armée américaine et il craint d'être persécuté advenant son renvoi aux États-Unis — La SPR a conclu que le demandeur n'avait pas réfuté la présomption de protection de l'État et n'avait pas démontré qu'il existait une possibilité raisonnable qu'il soit persécuté ou qu'il soit exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités et que les actions militaires américaines ne tombent pas sous le coup des paragraphes 169 et 170 du Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (Guide du HCNUR) — Il s'agissait de savoir si la SPR a commis une erreur de droit en concluant que le système judiciaire américain pouvait fournir une protection adéquate, en ignorant des éléments de preuve qui contredisaient directement ses conclusions, dans son interprétation du Guide du HCNUR et du droit étranger et en tirait des conclusions déraisonnables — La SPR a rejeté le recours aux normes canadiennes et internationales comme guide de ce qui est adéquat quant à l'équité du système de justice militaire américain — Selon la SPR, la non-conformité du système à ces normes ne rend pas la protection de l'État inadéquate — La décision n'était pas justifiée, transparente et*

*punishment unreasonable — RPD not addressing how applicant protected from misuse of prosecutorial discretion — Cogent evidence before RPD contradicting finding that public statements against war not leading to heavier sentences for desertion — RPD assessing incidents experienced by applicant as isolated, not condoned by U.S., not systemic, despite contrary evidence — Evidence showing U.S. military practices falling under UNHCR Handbook — RPD misunderstanding law regarding defences available against desertion charge in U.S. military — RPD concluding applicant failing to rebut presumption of adequate state protection despite fact applicant not able to put forward defence under UNHCR Handbook, paragraph 171 — Vassey v. Canada (Citizenship and Immigration) teaching this state of law going directly to availability of state protection — Application allowed.*

*intelligible — C'est une erreur que de conclure qu'un système non conforme aux normes d'équité de base peut néanmoins assurer une protection de l'État adéquate — Les décisions rendues en vertu de la LIPR doivent être compatibles avec la Charte canadienne des droits et libertés et doivent respecter les instruments internationaux portant sur les droits de l'homme — L'interprétation de la protection de l'État « adéquate » qui permet que le caractère « adéquat » soit inférieur aux normes énoncées n'est pas une interprétation qui est conforme à ces instruments — Le Guide du HCNUR indique clairement que pour déterminer si une poursuite équivaut à de la persécution, les lois nationales et les instruments internationaux peuvent être utilisés — Les conclusions de la SPR sur la peine différente étaient déraisonnables en raison de ses renseignements — La SPR n'a pas traité de la façon dont le demandeur serait protégé contre l'abus du pouvoir discrétionnaire du poursuivant — La SPR disposait d'éléments de preuve convaincants qui contredisaient les conclusions que des déclarations publiques contre la guerre n'entraînent pas des peines pour désertion plus sévères — La SPR a évalué les expériences personnelles du demandeur comme étant des incidents isolés qui n'étaient pas tolérés par les États-Unis et qui n'étaient pas systémiques, malgré la preuve contraire — La preuve indique que les pratiques militaires de l'armée américaine tombent sous le coup du Guide du HCNUR — La SPR a mal compris le droit concernant les moyens de défense qui peuvent être opposés à une accusation de désertion dans l'armée américaine — La SPR a conclu que le demandeur n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État adéquate malgré le fait qu'il n'était pas en mesure d'opposer un moyen de défense fondé sur l'art. 171 du Guide du HCNUR — La décision Vassey c. Canada (Citoyenneté et Immigration) enseigne que cet état du droit touche directement à l'existence de la protection de l'État — Demande accueillie.*

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

The applicant, a citizen of the United States, was a member of the U.S. Army. While deployed in Afghanistan, the applicant developed moral objections to the actions, practices and procedures undertaken by the U.S. military. He witnessed and participated in things such as the torture of detainees, violent house raids on civilian homes, and indiscriminate and routine firing into populated civilian areas. After completing his tour, he learned that his unit would soon be redeploying and that the same tactics would be used. After unsuccessfully attempting to be reassigned from infantry duty through official channels, he went absent without leave from his unit. He then came to Canada and claimed refugee protection. The

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a rejeté la demande d'asile du demandeur à titre de réfugié au sens de la Convention et personne à protéger conformément aux articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR).

Le demandeur est un citoyen des États-Unis et est un militaire de l'armée américaine. Alors qu'il était en Afghanistan, le demandeur en est venu à s'opposer pour des raisons morales aux actions, aux pratiques et aux procédures de l'armée américaine. Il a été témoin d'actes dont la torture de détenus, des descentes menées avec violence dans des résidences appartenant à des civils et des tirs à l'aveuglette fréquents dans des régions peuplées de civils. Après avoir terminé sa période de service, il a appris que son unité serait à nouveau déployée sous peu et que les mêmes tactiques seraient utilisées. Après avoir tenté sans succès de quitter l'infanterie et d'obtenir une autre affectation par les voies officielles, il s'est absenté de

applicant spoke publicly on news outlets about his opinions on the U.S. military, stating that he was politically and morally opposed to the actions of the U.S. military, and feared he would be persecuted by his unit if returned to the U.S.

The RPD found, *inter alia*, that the applicant had not rebutted the presumption of state protection, or had not shown that there was a reasonable possibility he would be persecuted or that, on a balance of probabilities, there would be a risk to his life, or cruel and unusual treatment or punishment or torture if he returned to the U.S. As an alternative to its adequate state protection finding, the RPD found that the military actions the applicant objected to do not come within paragraphs 169 and 171 of the United Nations High Commissioner for Refugees' *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (UNHCR Handbook).

At issue was whether the RPD erred by finding that the U.S. judicial system could provide adequate protection; by ignoring evidence that directly contradicted its findings regarding state protection; when interpreting both paragraph 171 of the UNHCR Handbook and foreign law related to raising a defence in the U.S. court-martial system; and by making unreasonable conclusions without regard to, and not supported by, the evidence.

*Held*, the application should be allowed.

The RPD rejected Canadian and international standards as a guide to what is adequate when it comes to the fairness of a justice system, but did not make it clear what standards it used to assess the fairness and adequacy of the U.S. military justice system. The RPD's position was that failure to comply with such standards does not render state protection inadequate. The decision lacked justification, transparency and intelligibility because it is not possible to ascertain what the RPD meant by fairness in the U.S. system or why that fairness equates with adequacy when it obviously falls short of Canadian and international standards. It is an error in law to conclude that a system which fails to meet basic fairness standards that are internationally recognized to be fundamental to any tribunal system can, nevertheless, provide adequate state protection. The legislature has expressly indicated that decisions made under the IRPA must be consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and must comply with Canada's obligations under international human rights

son unité sans permission. Il est ensuite venu au Canada et y a présenté une demande d'asile. Le demandeur a fait des déclarations publiques à des médias d'information concernant ses opinions à propos de l'armée américaine, indiquant qu'il était une personne opposée pour des raisons politiques et morales aux actions de l'armée américaine et qu'il craignait d'être persécuté par son unité advenant son renvoi aux États-Unis.

La SPR a conclu, entre autres, que le demandeur n'avait pas réfuté la présomption de protection de l'État et n'avait pas démontré qu'il existait une possibilité raisonnable qu'il soit persécuté ou qu'il soit, selon la prépondérance des probabilités, exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités ou d'être soumis à la torture s'il retournait aux États-Unis. La SPR a conclu de façon subsidiaire que les actions militaires auxquelles s'opposait le demandeur d'asile ne tombent pas sous le coup des paragraphes 169 et 171 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (Guide du HCNUR).

Il s'agissait de savoir si la SPR a commis une erreur de droit en concluant que le système judiciaire américain pouvait fournir une protection adéquate, en ignorant des éléments de preuve qui contredisaient directement ses conclusions en ce qui a trait à la protection de l'État; si elle a commis une erreur de droit dans son interprétation du paragraphe 171 du Guide du HCNUR et son interprétation du droit étranger concernant les moyens de défense qui peuvent être invoqués dans le système de cours martiales aux États-Unis; et si elle a commis une erreur de droit en tirant des conclusions déraisonnables sans égard à la preuve et non étayées par celle-ci.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La SPR a rejeté le recours aux normes canadiennes et internationales comme guide de ce qui est adéquat quant à l'équité d'un système de justice mais elle n'a pas indiqué clairement les normes qu'elle a utilisées pour apprécier l'équité et le caractère adéquat du système de justice militaire américain. Selon la position de la SPR, la non-conformité du système à ces normes ne rend pas la protection de l'État inadéquate. La décision n'était pas justifiée, transparente et intelligible parce qu'il n'est pas possible de déterminer ce que voulait dire la SPR lorsqu'elle parle d'équité dans le système américain ni la raison pour laquelle l'équité équivaut au caractère adéquat lorsque, de toute évidence, le système de justice américain n'est pas conforme aux normes canadiennes et internationales. C'est commettre une erreur de droit que de conclure qu'un système qui n'est pas conforme aux exigences fondamentales d'équité reconnues sur le plan international peut néanmoins offrir une protection adéquate. Le législateur a expressément indiqué que les décisions rendues en vertu de la

instruments, as set out under paragraph 3(3)(f) of the IRPA. An interpretation of “adequate” state protection, wherein “adequate” is permitted to fall below standards set out in international human rights instruments, is not an interpretation that would comply with these instruments. The UNHCR Handbook itself makes it clear that in determining whether prosecution amounts to persecution, “national authorities may frequently have to take decisions by using their own national legislation as a yardstick” and that “recourse may usefully be had to the principles set out in the various international instruments relating to human rights.” In the present case, the RPD disregarded these guidelines and principles.

The RPD’s conclusions on differential punishment were unreasonable. The RPD did not address how the applicant would be protected against the misuse of prosecutorial discretion, or how a criminal justice system can be adequate if there is no review of prosecutorial discretion. In this regard, the RPD has not learned the lessons of *Vassey v. Canada (Citizenship and Immigration)*. There was cogent evidence before the RPD directly contradicting the RPD’s findings that public statements against the war did not lead to heavier sentences for desertion.

As to the applicant’s claim that the military actions he objected to came within paragraphs 169 and 171 of the UNHCR Handbook, the RPD assessed the applicant’s personal experiences as isolated incidents that were not condoned by the United States and were not systemic, or a matter of policy, while completely ignoring the objective documentary evidence that confirmed that the opposite was true. The RPD ignored documentary evidence describing routine practices by the U.S. Army in Iraq and Afghanistan that fall under paragraph 171 of the UNHCR Handbook, and which suggest that the U.S. has not complied with its international obligations in this regard. The RPD also misunderstood the law regarding the defences available against a desertion charge in the U.S. military. The RPD agreed with the applicant that he would not be able to put forward a defence under paragraph 171 of the UNHCR Handbook against a charge of desertion. As *Vassey* teaches, this state of the law of the U.S. “goes directly to the availability of state protection.” Yet the RPD concluded that the applicant failed to rebut the presumption of adequate state protection. The RPD rejected the applicant’s position that he would only be able to submit a defence if he had been ordered to commit a crime or a war crime, and not to conduct one that falls below this threshold, but comes within paragraph 171 of the UNHCR Handbook. Given the teaching in *Vassey*, this

LIPR doivent être compatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et doivent respecter les obligations du Canada en vertu des instruments internationaux portant sur les droits de l’homme, comme l’alinéa 3(3)(f) de la LIPR le prévoit. Une interprétation de la protection de l’État « adéquate » qui permet que le caractère « adéquat » soit inférieur aux normes énoncées dans les instruments internationaux portant sur les droits de l’homme n’est pas une interprétation qui serait conforme à ces instruments. Le Guide du HCNUK lui-même indique clairement que pour déterminer si une poursuite équivaut à de la persécution, « les autorités nationales seront souvent amenées à prendre leur décision par référence à leurs propres lois nationales » et qu’« il peut être utile de se référer aux principes énoncés dans les divers instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme [...] ». En l’espèce, la SPR a clairement ignoré ces lignes directrices et principes.

Les conclusions de la SPR sur la peine différente étaient déraisonnables. La SPR n’a pas traité de la façon dont le demandeur serait protégé contre l’abus du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, ni de la façon dont le système de justice criminelle peut être adéquat s’il n’existe aucun mécanisme d’examen du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. À cet égard, la SPR n’a pas retenu les enseignements de la décision *Vassey c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*. La SPR disposait d’éléments de preuve convaincants qui contredisaient directement ses conclusions que des déclarations publiques contre la guerre n’entraînent pas des peines pour désertion plus sévères.

En ce qui a trait à la prétention du demandeur que les actions militaires auxquelles il s’oppose ne tombent pas sous le coup des paragraphes 169 et 171 du Guide du HCNUK, la SPR a évalué les expériences personnelles du demandeur comme étant des incidents isolés qui n’étaient pas tolérés par les États-Unis et qui n’étaient pas systémiques, ni une question de politique, tout en ignorant complètement la preuve documentaire objective qui confirmait la véracité de la situation opposée. La SPR a ignoré la preuve documentaire qui discute des pratiques militaires courantes autorisées par l’armée américaine en Iraq et en Afghanistan qui tombent sous le coup du paragraphe 171 du Guide du HCNUK et qui indiquent que les États-Unis n’ont pas respecté leurs obligations internationales à cet égard. La SPR a aussi mal compris le droit concernant les moyens de défense qui peuvent être opposés à une accusation de désertion dans l’armée américaine. La SPR a convenu avec le demandeur qu’il ne serait pas en mesure d’opposer un moyen de défense fondé sur le paragraphe 171 du Guide du HCNUK à une accusation de désertion. Comme l’enseigne la décision *Vassey*, cet état du droit des États-Unis « touche directement à l’existence de la protection de l’État ». La SPR a conclu néanmoins que le demandeur n’a pas réfuté la présomption de protection de l’État adéquate. La SPR a rejeté la position du demandeur

finding, and the state protection analysis based upon it, was unreasonable. The RPD agreed with the facts that the applicant put forward, but opted to ignore what the Court had to say on the issue in *Vassey*.

qu'il serait uniquement en mesure de présenter un moyen de défense s'il avait reçu l'ordre de commettre un crime ou un crime de guerre, et non de commettre une action qui se situait au-dessous de ce critère, mais qui était visée par le paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Compte tenu de l'enseignement dans la décision *Vassey*, cette conclusion, ainsi que l'analyse relative à la protection de l'État qui est fondée sur elle, était déraisonnable. La SPR a reconnu les faits que le demandeur a présentés, mais a alors choisi d'ignorer ce que la Cour avait dit sur la question dans la décision *Vassey*.

#### 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].  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 72(1), 96, 97.  
*Uniform Code of Military Justice*, 10 U.S.C. § 837 (2006).

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.  
*Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, August 12, 1949, being Schedule III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.  
*Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at p. 71 (1948).

#### CASES CITED

##### FOLLOWED:

*R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, (1992), 88 D.L.R. (4th) 110.

##### APPLIED:

*Vassey v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 899, [2013] 1 F.C.R. 522; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Flores Carillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160.

#### 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].  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3, 72(1), 96, 97.  
*Uniform Code of Military Justice*, 10 U.S.C. § 837 (2006).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, qui constitue l'annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3.  
*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.  
*Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. NU A/810, à la p. 71 (1948).  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE :

*R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Vassey c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 899, [2013] 1 R.C.F. 522; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Flores Carillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160.

## CONSIDERED:

*Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413, affg 2006 FC 420, [2007] 1 F.C.R. 561; *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Rivera v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267; *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69; *Chaves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 193, 45 Imm. L.R. (3d) 58; *Key v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 838, [2009] 2 F.C.R. 625; *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.); *Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *Trépanier v. R.*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498; *Landry v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 594, 345 F.T.R. 275; *Lowell v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 649.

## REFERRED TO:

*Popov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 90 (F.C.T.D.); *Lozada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 397; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, 2001 FCA 311, [2002] 1 F.C. 200; *Sow v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1313, 400 F.T.R. 91; *Alhayek v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1126, 418 F.T.R. 144; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Ozdemir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 331, 282 N.R. 394; *United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (1995 C.A.A.F.); *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; *Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 326, [2009] 3 F.C.R. 294; *Usta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1525; *Tuck v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 138; *Walcott v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 415, 98 Imm. L.R. (3d) 216; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500.

## AUTHORS CITED

*Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq During Arrest, Internment and Interrogation*, February 2004.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171, confirmant 2006 CF 420, [2007] 1 R.C.F. 561; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL); *Rivera c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 814; *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69; *Chaves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 193; *Key c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 838, [2009] 2 R.C.F. 625; *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.); *Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Trépanier c. R.*, 2008 CACM 3; *Landry c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 594; *Lowell c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 649.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Popov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 489 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Lozada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 397; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, 2001 CAF 311, [2002] 1 C.F. 200; *Sow c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1313; *Alhayek c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1126; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Ozdemir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 331; *United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (C.A.A.F. 1995); *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 326, [2009] 3 R.C.F. 294; *Usta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1525; *Tuck c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 138; *Walcott c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 415; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

## DOCTRINE CITÉE

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, réédition janvier 1992, en ligne : <<http://www.unhcr.fr/4ad2f7fa383.pdf>>.

United Nations. High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, reedited, January 1992, online: <<http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>>.

*Rapport du comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur le traitement réservé par les forces de la coalition aux prisonniers de guerre et autres personnes protégées par les Conventions de Genève en Irak durant l'arrestation, l'internement et l'interrogatoire*, février 2004.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (2012 CanLII 95533) refusing the applicant's claim for protection as a Convention refugee or a person in need of protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

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 (2012 CanLII 95533) a rejeté la demande d'asile du demandeur à titre de réfugié au sens de la Convention et de personne à protéger conformément aux articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

#### APPEARANCES

*Alyssa Manning* for applicant.  
*Nur-Muhammed-Ally* and *Ndija Anderson* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Alyssa Manning* pour le demandeur.  
*Nur-Muhammed-Ally* et *Ndija Anderson* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Alyssa Manning*, Refugee Law Office, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Alyssa Manning*, Refugee Law Office, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

RUSSELL J.:

LE JUGE RUSSELL :

#### INTRODUCTION

[1] This is an application under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act) for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board, dated 18 April 2012 [*X (Re)*, 2012 CanLII 95533] (decision), which refused the applicant's application to be deemed a Convention refugee or a person in need of protection under sections 96 and 97 of the Act.

#### INTRODUCTION

[1] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire présentée en application du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), de la décision, datée du 18 janvier 2012 [*X (Re)*, 2012 CanLII 95533], par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de reconnaître au demandeur la qualité de réfugié au sens de la Convention ou celle de personne à protéger au sens des articles 96 et 97 de la Loi.

## BACKGROUND

[2] The applicant is a 25-year-old citizen of the United States. He is from Rialto, California and is a member of the United States Army. He served a 15-month deployment in Afghanistan with the 82nd Airborne Unit between 2007 and 2008.

[3] The applicant left his unit in the U.S. Army in 2008 after completing his full deployment tour in Afghanistan. He left the unit after attempting to be released from his duties through official channels.

[4] While in Afghanistan, the applicant developed moral objections to the actions, practices and procedures undertaken by the U.S. military. He witnessed and participated in things such as the torturing of detainees, violent house raids on civilian homes, indiscriminate and routine firing into populated civilian areas without taking any precautions to minimize civilian casualties, and the strapping of the bodies of dead insurgents to the front of U.S. military vehicles so as to parade them around towns and villages and intimidate the local civilian populations.

[5] The applicant came to believe that these acts were illegal and in violation of the Geneva Convention [*Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, August 12, 1949, being Schedule III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3]. After completing his tour and returning to the United States, he learned that his unit would soon be redeploying and that the same tactics would be used. The applicant felt such actions were morally wrong and against international law, and after unsuccessfully attempting to have himself reassigned from infantry duty through official channels, he went absent without leave from his unit.

[6] The applicant came to Canada and claimed refugee protection. His hearings were held in June and December 2010. The RPD made its decision on 18 April 2012 and notified the applicant of the outcome on 10 May 2012.

## CONTEXTE

[2] Le demandeur est un citoyen des États-Unis âgé de 25 ans. Il est originaire de Rialto, en Californie, et est un militaire de l'armée américaine. Il a été déployé en Afghanistan pendant 15 mois au sein de la 82<sup>e</sup> division aéroportée en 2007 et en 2008.

[3] Il a quitté son unité de l'armée américaine en 2008 après avoir terminé la totalité de sa période de déploiement en Afghanistan. Il a quitté l'unité après avoir tenté d'être libéré de ses fonctions par les voies officielles.

[4] Alors qu'il était en Afghanistan, le demandeur en est venu à s'opposer pour des raisons morales aux actions, aux pratiques et aux procédures de l'armée américaine. Il a été témoin d'actes dont la torture de détenus, des descentes menées avec violence dans des résidences appartenant à des civils, des tirs à l'aveuglette fréquents dans des régions peuplées de civils sans prendre aucune précaution pour réduire le nombre de victimes parmi eux, le défilé dans les villes et les villages de corps de rebelles morts attachés sur le capot de véhicules militaires pour intimider les populations civiles locales. Il a lui-même participé à de tels actes.

[5] Le demandeur en est venu à croire que ces actes étaient illégaux et qu'ils contrevenaient à la Convention de Genève [*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, qui constitue l'annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3]. Après avoir terminé sa période de service et être retourné aux États-Unis, il a appris que son unité serait à nouveau déployée sous peu et que les mêmes tactiques seraient utilisées. Le demandeur estimait que ces actes étaient moralement répréhensibles et qu'ils allaient à l'encontre du droit international. Après avoir tenté sans succès de quitter l'infanterie et d'obtenir une autre affectation par les voies officielles, il s'est absenté de son unité sans permission.

[6] Le demandeur est venu au Canada et y a présenté une demande d'asile. Les audiences ont eu lieu en juin et en décembre 2010. La SPR a rendu sa décision le 18 avril 2012 et a avisé le demandeur de celle-ci le 10 mai 2012.

## DECISION UNDER REVIEW

[7] The RPD denied the applicant's claim because there is not a serious possibility that he would be persecuted if returned to the United States, and because adequate state protection exists there.

## Review of the Applicant's Claim

[8] The applicant joined the U.S. Army on 4 August 2005. At that time, he did not know about the tactics used on the ground by the Army, and joined due to the financial situation of his family. He completed airborne training, and then went into the Ranger Indoctrination Program (RIP) to become part of the Rangers, which is an elite group within the Army. Once he entered RIP, he refused to take part in the harsh hazing rituals and so dropped out after two or three days.

[9] After leaving the RIP, he was assigned to his unit, the 82nd Airborne, 4th Brigade Combat Team, 4th Squadron, 73rd Cavalry Regiment at Fort Bragg. He was deployed to Afghanistan in January 2007 and ended his deployment in April 2008. While there, he served at 9 different military bases.

[10] The applicant's first position in Afghanistan was as an Indirect Fire Infantryman. He was involved in many firefights; two soldiers in his unit were killed and many were wounded, including himself.

[11] He was then transferred to a unit involved in active combat operations. Some of the incidents detailed by the applicant as part of his unit's operations included:

- Joint house raid missions with the Afghan National Army (ANA) that involved zip-tying the occupants, holding them at gunpoint, and destroying most of the contents of the house;

## LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU PRÉSENT CONTRÔLE

[7] La SPR a rejeté la demande d'asile du demandeur parce qu'il n'existe aucune possibilité sérieuse qu'il soit persécuté s'il était renvoyé aux États-Unis et que la protection de l'État y est adéquate.

## Examen de la demande d'asile du demandeur

[8] Le demandeur s'est enrôlé dans l'armée américaine le 4 août 2005. À cette époque, il n'était pas au courant des tactiques que l'armée utilisait sur le terrain et il s'est enrôlé en raison de la situation financière de sa famille. Il a terminé son entraînement en vol et a par la suite suivi le programme d'initiation des Rangers (Ranger Indoctrination Program — RIP) en vue de faire partie de ce groupe d'élite de l'armée. Une fois inscrit au RIP, il n'a pas voulu prendre part aux pénibles rituels d'initiation et aux brimades, de sorte qu'il a abandonné le programme après deux ou trois jours.

[9] Après avoir quitté le RIP, il a été affecté à son unité, la 82<sup>e</sup> division aéroportée, équipe de combat de la 4<sup>e</sup> brigade, le 4<sup>e</sup> escadron du 73<sup>e</sup> régiment de cavalerie à Fort Bragg. Il a été déployé en Afghanistan de janvier 2007 à avril 2008. Au cours de cette période, il a été affecté à 9 bases militaires différentes.

[10] Le premier poste qu'a occupé le demandeur en Afghanistan était celui de soldat d'infanterie de tir indirect. Il a participé à de nombreux échanges de coups de feu. Deux soldats de son unité ont été tués et plusieurs ont été blessés, dont lui.

[11] Il a alors été transféré à une unité qui se livrait activement à des activités de combat. Parmi les incidents auxquels cette unité aurait participé, il relate les suivants :

- descentes dans des maisons avec l'Armée nationale afghane (ANA) pendant lesquelles les occupants étaient attachés, tenus en joue et la presque totalité du contenu de leur maison était détruit;

- The placement of detainees in shipping compartments known as “hot boxes” and leaving them there for indeterminate periods in extreme temperature conditions;
- confinement de détenus dans des compartiments d’expédition, appelés [TRADUCTION] « boîtes chaudes », dans lesquels ils étaient gardés pendant des périodes indéfinies, à des températures extrêmes;
- The bombarding of large areas of land where there was no enemy with mortars, destroying villages, crops and property—the applicant knew of at least one occasion where innocent civilians were killed;
- bombardements au moyen de mortiers de vastes zones où il n’y avait pas d’ennemis, entraînant la destruction de villages, récoltes et biens; le demandeur sait qu’à au moins une occasion des civils innocents ont été tués;
- The placement of exposed bodies on the back of a trailer, which was then driven through towns to show the locals what happened to fighters;
- placement de corps à l’arrière d’une remorque, pour ensuite défilier dans les villes afin de montrer à la population locale ce qui était arrivé aux combattants;
- The employment of a technique known as “bracketing”, where mortars would be fired around a target until eventually it was hit—the applicant learned that an innocent mother and child were killed using this technique;
- recours à une technique appelée [TRADUCTION] « encadrement », consistant à tirer des mortiers autour d’une cible jusqu’à ce qu’elle soit touchée; le demandeur a su qu’une mère innocente et son enfant avaient été tués lors de tels tirs;
- The refusal of a medic who had been called to treat enemy combatants to provide medical care, stating that he was going to let them die—the applicant said that based on what he heard from another platoon, they all did die;
- refus d’un membre du personnel médical de prodiguer des soins à des combattants ennemis, déclarant qu’il allait les laisser mourir; le demandeur a indiqué que d’après ce qu’il avait entendu d’un autre peloton, ils sont tous effectivement morts;
- The harassment and embarrassment of detainees, such as forcing a man to urinate outside and not allowing him to pray.
- harcèlement et humiliation des détenus, par exemple, forcer un homme à uriner à l’extérieur et ne pas lui permettre de prier.

[12] The applicant also described extreme “hazing” that he was made to endure while in the Army. This included “smoking sessions” where he had to low crawl in gravel rocks scratching his face and elbows, perform flutter kicks, push-ups, run on the spot, and other physical exercises.

[12] Le demandeur a également décrit des « brimades » extrêmes dont il a été la victime pendant qu’il était dans l’armée. Ces brimades ont parfois pris la forme de sessions d’exercices physiques intenses (« *smoking sessions* ») au cours desquelles il a dû ramper à plat ventre sur du gravier, s’entraînant ainsi le visage et les coudes, faire des battements de jambes et des pompes, courir sur place et faire d’autres exercices physiques.

[13] At one point, the applicant suffered a foot injury and had a makeshift cast on his foot. During this time there was a rocket attack, and his sergeant ordered him to run around and check that everyone was accounted for because the sergeant had failed to check the radios and did not want to expose his mistake. The applicant was forced to expose himself to the rocket attack.

[13] À un moment donné, le demandeur a été blessé au pied et a porté un plâtre de fortune. Pendant qu’il avait ce plâtre, il y a eu une attaque à la roquette et son sergent lui a ordonné de courir sur les lieux afin de s’assurer que tout le monde était en vie, parce que le sergent avait omis de vérifier les radios et celui-ci ne voulait pas que son erreur soit connue. Le demandeur a été forcé de s’exposer à l’attaque à la roquette.

[14] Once back in the U.S., the applicant went to see a medic because he was depressed and having trouble going out, seeing people and sleeping. The medic discouraged him from pursuing any mental health treatment because the stigma would negatively impact his career.

[15] The applicant tried various routes of removing himself from what was going on in Afghanistan. He said that he considered making a claim for conscientious objector status, but he knew that he would not qualify because he did not object to all fighting. He tried to apply for a non-combatant position, but learned he would have to be promoted to sergeant in order to become a civil affairs officer. He passed the exam with perfect marks but did not have enough promotion points when he returned from his deployment to be eligible.

[16] The applicant then tried to obtain a transfer, but it was refused because of his specific job placement and experience. He told his captain that he wanted to leave the Army to become a teacher, but the captain made fun of him and wanted him to remain in the unit. The applicant stated that he had no legitimate options that would allow him to get out of the infantry and avoid another deployment. At this point, he decided to desert the military.

[17] The applicant left his post at Fort Bragg on 15 May 2008 and boarded a plane to Los Angeles. The applicant said that during his time in the Army a roommate went AWOL [absent without leave], but then came back within 30 days. He was stripped of all rank and forced to do very difficult physical, pointless tasks such as piling heavy rocks or repeatedly cleaning things that were already clean. He was also ridiculed by his superiors. The applicant came across the War Resisters Support Campaign on the internet and they helped him come to Canada. He arrived in Canada on 16 June 2008 and claimed refugee protection the same day.

[18] Since then, the applicant has spoken publicly on a number of news outlets about his opinions on the U.S.

[14] De retour aux États-Unis, le demandeur a consulté un médecin parce qu'il était déprimé et qu'il avait de la difficulté à sortir, à voir des gens et à dormir. Le médecin lui a déconseillé de suivre des traitements en santé mentale parce que cela était mal vu et que cela aurait des conséquences défavorables sur sa carrière.

[15] Le demandeur a essayé différentes choses pour éviter d'être exposé à ce qui se passait en Afghanistan. Il a déclaré qu'il avait songé à présenter une demande pour obtenir le statut d'objecteur de conscience, mais il savait qu'il ne serait pas admissible parce qu'il ne s'opposait pas à toutes les formes de combat. Il a tenté de postuler pour obtenir un poste de non-combattant, mais il a appris qu'il devait être promu au grade de sergent pour devenir un officier des affaires civiles. Il a réussi l'examen en obtenant une note parfaite, mais il ne possédait pas suffisamment de points pour être admissible à cette promotion au retour de son déploiement.

[16] Le demandeur a alors tenté d'obtenir une mutation, mais celle-ci lui a été refusée en raison du poste précis qu'il occupait et de son expérience. Il a déclaré à son capitaine qu'il voulait quitter l'armée pour devenir un enseignant, mais le capitaine, qui ne voulait pas qu'il quitte l'unité, s'est moqué de lui. Le demandeur a indiqué qu'il n'avait aucun moyen légitime de quitter l'infanterie et d'éviter un autre déploiement. À ce moment-là, il a décidé de désertier.

[17] Le demandeur a quitté son poste à Fort Bragg le 15 mai 2008 et il a pris l'avion à destination de Los Angeles. Il a déclaré que pendant son séjour dans l'armée, un camarade s'était absenté sans permission [ASP], mais qu'il était revenu après 30 jours. Il avait été dépouillé de tous ses grades et forcé d'accomplir des tâches très difficiles et inutiles, comme empiler des pierres très lourdes ou nettoyer à répétition des choses déjà propres. Ses supérieurs l'avaient également ridiculisé. En consultant Internet, le demandeur a appris l'existence de la Campagne d'appui aux résistants à la guerre, coalition qui l'a aidé à venir au Canada. Il est entré au Canada le 16 juin 2008 et a demandé l'asile le même jour.

[18] Depuis lors, le demandeur a fait des déclarations publiques à plusieurs médias d'information concernant

military. He states that it is plainly on record that he is someone who is politically and morally opposed to the actions of the U.S. military, and he fears he will be persecuted by his unit if returned to the U.S.

#### State Protection

[19] The RPD considered whether there is a serious possibility that the applicant would be persecuted if he returned to the U.S. or whether, on a balance of probabilities, he would be subjected personally to a risk to his life or to a risk of cruel and unusual treatment if he returned to the U.S.

[20] The applicant alleged he would suffer “persecution” for desertion if he returns to the U.S. He said he will be targeted for differential prosecution because he has spoken out against the wars in Iraq and Afghanistan. He also says that he comes within paragraphs 169 and 171 of the [United Nations High Commissioner for Refugees] *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status [under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Geneva, reedited, January 1992]* (UNHCR Handbook), but that he would be unable to raise these sections in a court martial proceeding.

[21] The RPD found that there is adequate state protection in the U.S. Alternatively, it found that the military actions the applicant objected to do not come within paragraphs 169 and 171 of the UNHCR Handbook.

[22] The RPD cited much jurisprudence in assessing the issue of state protection. It reiterated that the applicant had an onus to approach the state for protection, and that he bore the burden of proving, on a balance of probabilities, that state protection in the U.S. is not adequate. It stated that an important consideration is whether a legislative and procedural framework for protection exists, and whether the state is able and willing to implement that framework.

ses opinions à propos de l’armée américaine. Il indique qu’il est notoire qu’il est une personne opposée pour des raisons politiques et morales aux actions de l’armée américaine et qu’il craint d’être persécuté par son unité advenant son renvoi aux États-Unis.

#### La protection de l’État

[19] La SPR a examiné la question de savoir s’il existait une possibilité sérieuse que le demandeur soit persécuté s’il retournait aux États-Unis ou si, selon la prépondérance des probabilités, il serait personnellement soumis à une menace à sa vie ou à un risque de traitements cruels et inusités s’il retournait aux États-Unis.

[20] Le demandeur a allégué qu’il subirait de la « persécution » pour désertion s’il retournait aux États-Unis. Il prétend qu’il fera l’objet d’un traitement différent parce qu’il s’est prononcé publiquement contre les guerres en Iraq et en Afghanistan. Il indique également que les paragraphes 169 et 171 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié [au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, Genève, réédition, janvier 1992]* du HCNUR [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés] (Guide du HCNUR) s’appliquent à lui, mais qu’il ne serait pas en mesure d’invoquer ces paragraphes devant une cour martiale.

[21] La SPR a conclu qu’il existe une protection de l’État adéquate aux États-Unis. Subsidiairement, elle a conclu que les paragraphes 169 et 171 du Guide du HCNUR ne visaient pas les actions militaires auxquelles s’oppose le demandeur.

[22] La SPR s’est appuyée sur une abondante jurisprudence lors de son appréciation de la question de la protection de l’État. Elle a répété qu’il incombait au demandeur de s’adresser à l’État pour obtenir sa protection et qu’il avait le fardeau de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la protection de l’État aux États-Unis n’était pas adéquate. Elle a déclaré qu’il était important d’examiner s’il existait effectivement des mécanismes légaux et procéduraux de protection et si l’État était capable et avait la capacité de mettre ces mesures en œuvre.

[23] The United States is a democracy, thus the RPD found a strong presumption of state protection. Refugee claims of U.S. military deserters have been considered by the RPD and it has been found that the U.S. is a developed democracy and there is adequate state protection. If returned to the U.S., claimants are prosecuted for military desertion under a neutral law of general application, and they have available to them a variety of legal safeguards and remedies. Any sentences a claimant may receive for desertion would not be persecutory, nor would punishment be disproportionately severe or amount to cruel and unusual punishment. Other problems that claimants may face in the U.S. as a result of their desertion would amount to discrimination and not persecution. Past RPD decisions to this effect have been upheld by the Federal Court of Appeal in *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413 (*Hinzman*).

[24] Christopher Marco Vassey, who served in the same unit as the applicant and was in Afghanistan for some of the same period of time, also claimed refugee status. His refugee claim was judicially reviewed in *Vassey v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 899, [2013] 1 F.C.R. 522 (*Vassey*). The RPD considered this decision in analysing the applicant's claim.

(i) The U.S. Court Martial System

[25] The applicant submitted that, based on the requirements set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259 (*Généreux*), the U.S. military justice system does not meet the requirements for an independent and impartial tribunal. As a result of *Généreux*, changes were made to the Canadian military justice system. The RPD stated that a comparison to other countries is one aspect of the issue, but the relevant test is whether state protection in the U.S. is adequate.

[23] Les États-Unis sont un pays démocratique. La SPR a donc conclu à l'existence d'une forte présomption de protection de l'État. La SPR a déjà étudié des demandes d'asile présentées par des déserteurs de l'armée américaine et a conclu que la démocratie est bien établie dans ce pays et qu'il y existe une protection de l'État adéquate. S'ils sont renvoyés aux États-Unis, les demandeurs d'asile sont poursuivis pour désertion en vertu d'une loi d'application générale appliquée de façon neutre et peuvent se prévaloir d'un éventail de garanties juridiques et de recours. La peine infligée à un demandeur d'asile pour désertion ne constituerait pas de la persécution ni un châtement disproportionnellement sévère ou équivalent à une peine cruelle et inusitée. Les autres problèmes auxquels les demandeurs d'asile peuvent se heurter aux États-Unis par suite de leur désertion constitueraient de la discrimination et non de la persécution. La Cour d'appel fédérale a maintenu des décisions antérieures de la SPR allant en ce sens : *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171 (*Hinzman*).

[24] Christopher Marco Vassey, qui a servi au sein de la même unité que celle du demandeur et qui, à un certain moment, était en Afghanistan en même temps que lui, a lui aussi présenté une demande d'asile. Sa demande d'asile a fait l'objet d'un contrôle judiciaire dans la décision *Vassey c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 899, [2013] 1 R.C.F. 522 (*Vassey*). La SPR a tenu compte de cette décision lorsqu'elle a analysé la demande d'asile du demandeur.

i) Le système des cours martiales des États-Unis

[25] Le demandeur a soutenu que, suivant les exigences énoncées par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 (*Généreux*), le système de justice militaire américain n'offre pas aux accusés des tribunaux qui peuvent être considérés comme indépendants et impartiaux. À la suite du prononcé de l'arrêt *Généreux*, des changements ont été apportés au système de justice militaire canadien. La SPR a indiqué qu'il est utile de procéder à une comparaison avec les systèmes d'autres pays, mais que le critère pertinent est de savoir si la protection de l'État est adéquate aux États-Unis.

[26] The expert opinions provided by the applicant generally agreed that in the U.S. the military commander has a central role in the military justice system. The commander often initiates investigations, determines the charges, determines the level of court martial, adjudicates the case and selects the jurors who will hear the case. The experts, amongst other matters, examine how the U.S. military justice systems compares to the essential conditions of judicial independence set out in *Généreux*. They conclude that the U.S. system does not meet most of the conditions, and that there are problems in providing a fair trial for an accused.

[27] In his affidavit, Professor Hansen acknowledges different checks and balances within the system to prevent unfairness towards an accused. He states that the most important protection is Article 37 [§837] of the *Uniform Code of Military Justice* [10 U.S.C. §§801–946 (2006)], which precludes any commander from censuring, reprimanding or admonishing any military member, military judge, or counsel with respect to the findings or sentence of a court or with respect to the function of the court. It also proscribes the exercise of unauthorized influence. In addition, military appellate courts have willingly entertained allegations of Unlawful Command Influence (UCI) in the appellate review process.

[28] Professor Hansen also says that commanders exercise their functions with full and candid advice of military lawyers, and though not required to follow that advice, a commander disregards it at his peril. The commander selects the members of a court martial, but an accused at his sole discretion may elect to have his case decided by a military judge rather than a military panel. There is also an appellate system that serves as a significant check against the potential for UCI. There is the ability to appeal a case up to the Court of Appeals of the Armed Forces—which is made up of civilian judges—as well as the right to petition the Supreme Court for review of a decision of the Court of Appeals of the Armed Forces.

[26] Les opinions d'experts qu'a fournies le demandeur s'accordent en général pour dire qu'aux États-Unis, le commandant militaire joue un rôle central dans le système de justice militaire. Il lui revient généralement d'ouvrir les enquêtes, de formuler les accusations qui seront portées et le palier de la cour martiale qui en sera saisi, ainsi que de rendre la décision et de choisir les jurés qui entendront l'affaire. Les experts traitent notamment de la façon dont le système de justice militaire américain répond aux conditions essentielles d'indépendance judiciaire énoncées dans l'arrêt *Généreux*. Ils concluent que le système américain ne remplit pas la plupart de ces conditions et qu'un accusé n'est pas assuré d'obtenir un procès équitable.

[27] Dans son affidavit, le professeur Hansen reconnaît l'existence de différents mécanismes de contrôle au sein du système pour éviter qu'un accusé soit traité de façon inéquitable. Il déclare que la mesure de protection la plus importante est l'article 37 [§837] du *Uniform Code of Military Justice* [10 U.S.C. §§801 à 946 (2006)] (code de justice militaire), qui interdit à un commandant de censurer, de réprimander ou d'admonester un militaire, un juge militaire ou un avocat relativement aux conclusions tirées par une cour ou à la peine qu'elle inflige ou relativement au rôle de la cour. Le code interdit aussi que soit exercée une influence non autorisée. De plus, les cours d'appel militaires ont de leur propre chef accepté de traiter d'allégations d'influence indue de la part de la chaîne de commandement (*Unlawful Command Influence* — UCI) dans le cadre du processus d'examen en appel.

[28] Le professeur Hansen déclare également que, dans l'exercice de leurs fonctions, les commandants bénéficient des conseils exhaustifs des avocats militaires donnés avec franchise et que, bien qu'ils ne soient pas tenus de les suivre, ceux qui ignorent ces conseils le font à leurs risques et périls. Le commandant choisit les membres qui composeront la cour martiale, mais il est loisible à un accusé de choisir de subir son procès devant un juge militaire plutôt que devant un tribunal militaire. Il y a également un système d'appel qui constitue une importante mesure de contrôle à l'encontre d'une UCI. De plus, il y a la possibilité d'interjeter appel devant la cour d'appel des Forces armées, constituée de juges civils, de même que le droit de demander à la Cour

[29] The affidavit of Professor Fidell states that the U.S. system does not satisfy the security of tenure criterion set forth in *Généreux*, nor does it satisfy the criterion of institutional independence. He states that the member selection process is not independent, but is a function of command. He says that despite the safeguards in place, complaints of UCI continue but that challenges on this basis are rarely successful. He concludes that, “If the statutory and regulatory protections were effective, UCI would not be the hardy perennial it is in the garden of American military justice”.

[30] Donald G. Rehkopf, Jr. provided an affidavit calling into question Professor Hansen’s qualifications as an experienced practitioner in the U.S. military justice system. He says that while Professor Hansen may be an academic instructor, this is “not the same experience as actually defending clients charged with desertion”. He says that the system lacks rudimentary fairness if a commander chooses to make an example of a soldier. The system is biased in favour of “discipline”, and commanders are allowed to evaluate the impact of conduct on their organization. This is a significant problem in the case of deserters.

[31] Based on his 34 years of experience with the military justice system, Mr. Rehkopf vehemently disagrees with the opinion of Professor Hansen. He says that the core of the problem is that it is not always about justice, but about the desires and objectives of the military commander, which no military lawyer can overrule. He claims that the safeguards provided look good on paper, but there are no disciplinary sanctions instituted against a person responsible for a UCI. There are also problems with the commander choosing the members of the military who will hear the case, and the Court of Criminal Appeal is primarily staffed by military judges.

suprême d’examiner une décision de la cour d’appel des Forces armées.

[29] L’affidavit du professeur Fidell indique que le système américain ne respecte pas le critère d’inamovibilité énoncé dans l’arrêt *Généreux*, pas plus qu’il ne respecte le critère de l’indépendance institutionnelle. Il déclare que le processus de sélection des membres n’est pas un processus indépendant, mais bien une fonction de commandement. Il indique que malgré les garanties en place, il y a toujours des plaintes d’UCI, mais que les contestations pour ce motif sont rarement accueillies. En conclusion, il déclare ce qui suit : [TRADUCTION] « Si les mesures de protection législatives et réglementaires étaient efficaces, l’UCI ne resterait pas dans le jardin de la justice militaire américaine comme une vivace rustique ».

[30] Donald G. Rehkopf fils a présenté un affidavit mettant en doute les compétences du professeur Hansen à titre de praticien d’expérience dans le système de justice militaire américain. Selon lui, bien que le professeur Hansen soit un professeur, [TRADUCTION] « ce n’est pas la même chose lorsqu’il s’agit de défendre dans les faits des clients accusés de désertion ». Il indique que le système n’offre pas les garanties d’équité élémentaire dans les cas où un commandant choisit de faire du cas d’un soldat un exemple. Le système privilégie la [TRADUCTION] « discipline » et les commandants sont autorisés à évaluer les conséquences de la conduite en cause sur leur organisation, ce qui pose un problème important dans le cas des déserteurs.

[31] S’appuyant sur ses 34 années de travail avec le système de justice militaire, M. Rehkopf est profondément en désaccord avec l’opinion du professeur Hansen. Selon lui, le fond du problème est qu’il ne s’agit pas toujours de justice, mais bien des désirs et des objectifs du commandant militaire, sur lesquels aucun avocat militaire ne peut influencer. Il soutient que les garanties fournies semblent adéquates sur papier, mais qu’en réalité, aucune mesure disciplinaire n’est prise à l’encontre des personnes responsables d’UCI. Entre autres problèmes, il mentionne que c’est le commandant qui choisit les militaires qui entendront l’affaire et la cour d’appel criminelle est principalement constituée de juges militaires.

[32] The declarations of Marjorie Cohn and Kathleen Gilberd, who are authors of U.S. military law, state that military courts and appellate courts have an obligation to uphold the discipline and good order of their parent organization, so that matters of guilt and innocence, or severity and leniency, are thus weighed not only by considerations of law and justice, but also by their effect on the military's smooth functioning, its discipline, morale and its mission. They state that this dual responsibility of military attorneys, judges and panel members affects the fairness of criminal cases, and that they have seen numerous cases where the needs of the service were afforded greater weight than the rights of the accused. They go on to discuss other problems, such as the role of the contravening authority and problems of UCI. They also do not believe that the institutional safeguards to prevent UCI are effective.

[33] The RPD points out that in *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (*Satiacum*), the Federal Court of Appeal stated that [at paragraph 19]:

In the absence of exceptional circumstances established by the claimant, it seems to me that in a Convention refugee hearing, as in an extradition hearing, Canadian tribunals have to assume a fair and independent judicial process in the foreign country. In the case of a non-democratic State, contrary evidence might be readily forthcoming, but in relation to a democracy like the United States contrary evidence might have to go to the extent of substantially impeaching, for example, the jury selection process in the relevant part of the country, or the independence or fair-mindedness of the judiciary itself....

[34] The applicant submitted that all the experts, except Professor Hansen, used Canadian and International Law as their measuring stick for what constitutes a fair system. Professor Hansen states that the changes to the Canadian military justice system after the Supreme Court's decision in *Généreux* may have failed to take into account the doctrine of command responsibility, which holds that a commander may be criminally liable for failing to prevent war crimes committed by those under his or her command.

[32] Selon les auteures en droit militaire américain Marjorie Cohn et Kathleen Gilberd, les tribunaux et cours d'appel militaires ont l'obligation de maintenir la discipline et l'ordre au sein de leur organisation mère. Ainsi, la prise en compte des questions de culpabilité et d'innocence ou de sévérité et de clémence est fonction non seulement du droit et de la justice, mais également de leur effet sur le bon fonctionnement de l'armée, sa mission, la discipline et le moral des troupes. Les auteures déclarent que cette double responsabilité des avocats, des juges et des membres des comités militaires a une incidence sur le respect de l'équité dans les affaires criminelles et elles ont connaissance de nombreux cas où un poids plus élevé a été accordé aux besoins de l'armée qu'aux droits de l'accusé. Elles poursuivent en discutant d'autres problèmes, comme le rôle de l'autorité fautive et des problèmes relatifs aux UCI. Elles ne croient pas non plus à l'efficacité des garanties institutionnelles mises en place pour empêcher les UCI.

[33] La SPR souligne que dans l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL) (*Satiacum*), la Cour d'appel fédérale a déclaré ce qui suit :

En l'absence d'une preuve de circonstances exceptionnelles faite par le revendicateur, il me semble que lors de l'audition d'une revendication du statut de réfugié, comme dans une requête en extradition, les tribunaux canadiens doivent tenir pour acquis qu'il existe un processus judiciaire équitable et impartial dans le pays étranger. Dans le cas d'un État non démocratique, il peut être facile de faire la preuve contraire, mais en ce qui a trait à un État démocratique comme les États-Unis, il se peut qu'il faille aller jusqu'à démontrer, par exemple, que le processus de sélection du jury est gravement atteint dans la région en question ou que l'indépendance ou le sens de l'équité des juges est en cause.

[34] Le demandeur soutient que tous les experts, à l'exception du professeur Hansen, ont utilisé le droit canadien et le droit international comme point de comparaison pour décrire en quoi consiste un système équitable. Le professeur Hansen déclare que les modifications apportées au système de justice militaire canadien, par suite de l'arrêt *Généreux* de la Cour suprême, ne prennent pas nécessairement en compte le principe de la responsabilité du commandement selon lequel un commandant peut être tenu criminellement

[35] Professor Hansen says that the U.S. military courts have chosen not to change their system in the same manner that the Canadian and British systems have been changed based on decisions out of their respected courts. The test is not whether another country's system conforms to that of Canada, but whether the protection afforded by the system is adequate.

[36] The RPD stated that it preferred Professor Hansen's opinion to the others. He does not believe that the U.S. system must change just because changes have occurred in other countries, and he finds that based on the factors he considered, the U.S. system is still fair. There are different models for criminal justice systems, and just because a particular system does not conform to the Canadian or international model does not mean it is not fair.

[37] The RPD concluded that the U.S. military justice system would provide adequate protection to the applicant.

#### (ii) Risk of Differential Prosecution

[38] The applicant submitted that he would be at risk of targeted prosecution because he has been outspoken about his political opinions on the U.S. military. He pointed to the decision in *Rivera v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267 (*Rivera*), at paragraph 101:

In addition, the whole state protection analysis needs to be reconsidered in the light of the stated risk, and supporting evidence, that the U.S. authorities will not neutrally apply a law of general application, but will target the Principal Applicant for prosecution and punishment solely because of her political opinion in a context where other deserters, who have not spoken out against the war in Iraq, have been dealt with by way of administrative discharge.

responsable de ne pas avoir empêché la perpétration de crimes de guerre commis par les personnes sous son commandement.

[35] Le professeur Hansen précise que les tribunaux militaires américains ont choisi de ne pas suivre l'exemple du Canada et du Royaume-Uni, qui ont modifié leurs systèmes à la suite de décisions rendues par les tribunaux de leur pays. Le critère n'est pas de savoir si le système d'un autre pays est conforme à celui du Canada, mais bien de savoir si la protection accordée par le système est adéquate.

[36] La SPR a déclaré qu'elle privilégiait l'opinion du professeur Hansen par rapport à celle des autres experts. Ce dernier ne croit pas que le système américain doive changer uniquement parce qu'il y a eu des changements dans d'autres pays, et estime, sur le fondement des facteurs qu'il a examinés, que le système américain demeure équitable. Il existe différents modèles de système de justice criminelle, et ce n'est pas parce qu'un système donné n'est pas conforme au modèle canadien ou international qu'il est nécessairement inéquitable.

[37] La SPR a conclu que le système de justice militaire des États-Unis accorderait une protection adéquate au demandeur.

#### ii) Risque de traitement différent

[38] Le demandeur a soutenu qu'il risque d'être ciblé pour des poursuites parce qu'il a fait connaître ses opinions politiques à propos de l'armée américaine. Il s'appuie sur le paragraphe 101 de la décision *Rivera c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 814 (*Rivera*) :

De plus, il faut reprendre l'ensemble de l'analyse relative à la protection de l'État en tenant compte du risque allégué, et de la preuve à l'appui, à savoir que les autorités américaines n'appliqueront pas une loi d'application générale de façon neutre, mais qu'elles choisiront la demanderesse principale comme cible de poursuites et de sanctions simplement du simple fait de ses opinions politiques, alors que d'autres déserteurs, qui ne se sont pas prononcés contre la guerre en Iraq, ont fait l'objet de renvoi par mesure administrative.

[39] The RPD stated that the Supreme Court of Canada has recognized discretion as an integral part of any justice system, and found that though there may not be a formal mechanism in the U.S. for review of discretion, this does not lead to a conclusion that, on a balance of probabilities, there is inadequate state protection in the United States.

(iii) Paragraph 171 of the UNHCR Handbook

[40] The applicant said that he would be unable to argue in an American military proceeding that he refused to continue to serve because he did not want to take part in conduct falling under paragraph 171 of the UNHCR Handbook. Further, motive is irrelevant in a charge of desertion, and the defence of unlawful order only applies to conduct that would be considered a crime or war crime.

[41] In her affidavit, Professor Marjorie Cohn says that those charged with desertion are routinely disallowed from raising the defence of the illegality of the orders they received while on duty. Attorney Bridget Wilson agrees with this statement, as does David Gespass. The applicant also referred to the cases involving Sergeant Camilo Mejia and Sergeant Kevin Benderman who were prevented from raising these types of defences. Applicant's counsel also submitted that the above mentioned individuals were similarly situated.

[42] Professor Hansen also agreed that motive is an irrelevant consideration in a desertion case. He says that the "reasons for these limitations are obvious. No functioning military can allow its soldiers to pick and choose the conflicts that they agree with or they would choose to support". He also says that this is not something unique to the U.S. military.

[39] La SPR a fait observer que la Cour suprême du Canada a reconnu que le pouvoir discrétionnaire fait partie intégrante de tout système de justice. Elle a de plus conclu que même s'il n'existait pas aux États-Unis un mécanisme formel pour contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire, on ne pouvait pas conclure, selon la prépondérance des probabilités, que la protection de l'État était inadéquate aux États-Unis.

iii) Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR

[40] Le demandeur a fait valoir qu'il ne serait pas en mesure, dans le cadre d'une instance militaire américaine, de faire valoir qu'il a refusé de continuer à servir dans l'armée parce qu'il ne voulait pas continuer à prendre part à une action visée par le paragraphe 171 du Guide du HCNUR. De plus, dans le cas d'une accusation de désertion, les raisons l'ayant motivée ne sont pas prises en compte et le moyen de défense fondé sur l'illégalité des ordres reçus n'intervient que lorsqu'il s'agit d'une conduite considérée comme un crime ou un crime de guerre.

[41] Dans son affidavit, la professeure Marjorie Cohn déclare que les personnes accusées de désertion sont généralement privées du moyen de défense fondé sur l'illégalité des ordres reçus pendant le service. L'avocate Bridget Wilson est d'accord avec cet énoncé, tout comme David Gespass. Le demandeur a également renvoyé aux affaires visant le sergent Camilo Mejia et le sergent Kevin Benderman, qui n'ont pu invoquer ce type de moyen de défense. L'avocat du demandeur a également soutenu que les personnes susmentionnées se trouvaient dans une situation semblable à celle du demandeur.

[42] Le professeur Hansen a également convenu que les raisons ayant motivé la décision de désertion ne sont pas pertinentes dans une affaire de désertion. Il déclare que les [TRADUCTION] « raisons de ces restrictions sont évidentes. Aucune armée en activité ne peut permettre que ses soldats choisissent les conflits avec lesquels ils sont d'accord ou ceux qu'ils décident de soutenir ». Le professeur Hansen indique également que ces restrictions ne sont pas propres à l'armée américaine.

[43] The RPD pointed out that, in Canada, the offence of desertion sets out the intention as being the physical act of being absent. As in the U.S., defences would be available as to the physical act of being absent.

[44] Paragraph 171 of the UNHCR Handbook states:

Not every conviction, genuine though it may be, will constitute a sufficient reason for claiming refugee status after desertion or draft-evasion. It is not enough for a person to be in disagreement with his government regarding the political justification for a particular military action. Where, however, the type of military action, with which an individual does not wish to be associated, is condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion or draft-evasion could, in the light of all other requirements of the definition, in itself be regarded as persecution.

[45] In the United Kingdom, the case of *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69, set out a three-part test in assessing a matter to which paragraph 171 may apply. This decision was cited with approval in *Hinzman*. The RPD stated the test as follows [at paragraph 137]:

(a) that the level and nature of the conflict, and the attitude of the relevant governmental authority towards it, has reached a position where combatants are or may be required on a sufficiently widespread basis to act in breach of the basic rules of human conduct generally recognised by the international community,

(b) that they will be punished for refusing to do so and

(c) that disapproval of such methods and fear of such punishment is the genuine reason motivating the refusal of an asylum seeker to serve in the relevant conflict, then it should find that a Convention ground has been established.

[46] The RPD said that the U.S. has dealt with serious violations of international humanitarian law, and individuals have been prosecuted because of it. It also stated that cases such as *Hinzman* and *Popov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 90 (F.C.T.D.), at paragraph 10, establish that isolated incidents that violate international humanitarian

[43] La SPR souligne qu'au Canada, l'infraction de désertion comporte l'intention d'être physiquement absent. Comme aux États-Unis, des moyens de défense liés au fait d'être physiquement absent pourraient être invoqués.

[44] Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR est rédigé comme suit :

N'importe quelle conviction, aussi sincère soit-elle, ne peut justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié après désertion ou après insoumission. Il ne suffit pas qu'une personne soit en désaccord avec son gouvernement quant à la justification politique d'une action militaire particulière. Toutefois, lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion ou l'insoumission peut, compte tenu de toutes les autres exigences de la définition, être considérée en soi comme une persécution.

[45] Au Royaume-Uni, l'arrêt *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69, a énoncé un critère en trois volets pour décider si une affaire est susceptible d'être visée par le paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Cet arrêt a été cité avec approbation dans l'arrêt *Hinzman*. La SPR a formulé comme suit ce critère [au paragraphe 137] :

a) [...] le niveau et la nature du conflit, ainsi que l'attitude des autorités gouvernementales pertinentes envers ce conflit, sont tels que les combattants sont ou pourraient être contraints, de façon suffisamment généralisée, d'enfreindre les règles de conduite les plus élémentaires qui sont généralement reconnues par la communauté internationale;

b) [...] ils seraient punis s'ils refusaient de le faire;

c) [...] la désapprobation de telles méthodes et la crainte d'une telle peine constitue[nt] la véritable raison motivant le refus d'un demandeur d'asile de participer au conflit en question, on doit alors estimer qu'un motif de la Convention a été établi.

[46] La SPR a en outre indiqué que les États-Unis avaient examiné des cas de violations graves du droit humanitaire international et que des personnes avaient été poursuivies sur ce fondement. Elle a également déclaré qu'un arrêt comme *Hinzman* et une décision comme *Popov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 489 (1<sup>re</sup> inst) (QL), au

law are an unfortunate, inevitable result of war. The RPD found that there was no evidence that the incidences put forward by the applicant were systemic or condoned by the U.S., and thus did not come within paragraph 171.

[47] The RPD found that the applicant had failed to establish that the U.S. required or allowed its combatants to engage in widespread violation of humanitarian law, or that the U.S. would not allow him to raise a defence that the matter fell within paragraph 171.

[48] The applicant also submitted that a misuse of prosecutorial discretion may bring this matter under paragraph 169 of the UNHCR Handbook, which says:

A deserter or draft-evader may also be considered a refugee if it can be shown that he would suffer disproportionately severe punishment for the military offence on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. The same would apply if it can be shown that he has well-founded fear of persecution on these grounds above and beyond the punishment for desertion.

[49] The applicant submitted case law such as *Rivera*, above, in which U.S. prosecutions of deserters have targeted certain individuals for expressing their political opinions. The applicant also put forward an example of one deserter who had done an interview with the CBC [Canadian Broadcasting Corporation] and who had been given a longer sentence than another deserter charged with the same serious criminal offences. The applicant pointed out that he only had to show a serious possibility of differential prosecution or persecution to come within paragraph 169.

[50] The RPD noted many examples of sentences handed out, and found that there was no persuasive evidence that any of the individuals concerned publicly voiced objections to the war. It also stated that the standard of proof applicable to the demonstration of the facts underlying the applicant's claim is a balance of

paragraphe 10, établissent que les violations isolées du droit humanitaire international constituent un aspect regrettable, mais inévitable des guerres. La SPR a conclu qu'aucun élément de preuve ne montrait que les incidents relatés par le demandeur étaient systémiques ou que les États-Unis les toléraient. Ces incidents n'étaient donc pas visés par le paragraphe 171.

[47] La SPR a conclu que le demandeur n'avait pas démontré que les États-Unis exigeaient de ses combattants qu'ils commettent des violations généralisées du droit humanitaire, ou les autorisaient à en commettre, ou que les États-Unis ne lui permettraient pas de faire valoir, en défense, que le paragraphe 171 s'applique.

[48] Le demandeur a également soutenu que le paragraphe 169 du Guide du HCNUR pouvait s'appliquer à un mauvais exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Ce paragraphe est rédigé comme suit :

Un déserteur ou un insoumis peut donc être considéré comme un réfugié s'il peut démontrer qu'il se verrait infliger pour l'infraction militaire commise une peine d'une sévérité disproportionnée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Il en irait de même si l'intéressé peut démontrer qu'il craint avec raison d'être persécuté pour ces motifs, indépendamment de la peine encourue pour désertion.

[49] Le demandeur a invoqué des décisions, notamment la décision *Rivera*, précitée, dans lesquelles des personnes ayant exprimé leurs opinions politiques ont été la cible de poursuites pour désertion aux États-Unis. Le demandeur a également donné l'exemple d'un déserteur qui avait accordé une entrevue à la SRC [Société Radio-Canada] et qui s'est vu infliger une peine plus longue que celle dont a fait l'objet un autre déserteur accusé des mêmes infractions criminelles graves. Le demandeur a soutenu qu'il n'avait qu'à établir l'existence d'un important risque de traitement différent ou de persécution pour être visé par le paragraphe 169.

[50] La SPR a relevé plusieurs exemples de peines ayant été infligées et a conclu qu'il n'existait aucun élément de preuve convaincant démontrant que les personnes visées avaient déclaré publiquement qu'elles s'opposaient à la guerre. Elle a également indiqué que la norme de preuve applicable aux faits sous-jacents à

probabilities. It found that any differential sentences were not disproportionately severe so as to find, on a balance of probabilities, differential prosecution or punishment. It also found that any sentence the applicant may receive would not be so disproportionately severe as to bring his claim within paragraph 169.

[51] The RPD further found that any consequences the applicant may suffer as a result of a criminal conviction may amount to discrimination, but not persecution. It also stated that if the applicant suffers “hazing” upon his return, he will have a course of action, as cruel and unusual punishment is specifically prohibited by the U.S. Constitution. If he were to suffer hazing, the RPD found that he had not demonstrated the state protection would not reasonably be available to him. This position has been confirmed by the Federal Court.

#### Conclusion

[52] The RPD found that the U.S. is a strong democracy and there are avenues of appeal open to the applicant. It found that the applicant has not rebutted the presumption of state protection, or has not shown that there is a reasonable possibility he will be persecuted or that, on a balance of probabilities, he will be at risk to his life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment or torture if he returns to the U.S. Therefore, the RPD rejected the applicant’s claim.

#### ISSUES

[53] The applicant raises the following issues in this proceeding:

a. Did the RPD err by finding that a judicial system which fails to meet basic internationally recognized

la demande d’asile du demandeur était celle de la prépondérance des probabilités. Elle a statué que les peines par lesquelles un traitement différent serait accordé n’étaient pas d’une sévérité disproportionnée telle qu’on pourrait conclure, selon la prépondérance des probabilités, à l’existence d’un traitement différent en ce qui concerne les poursuites intentées ou la peine infligée. Elle a également conclu que toute peine pouvant être infligée au demandeur ne serait pas une peine d’une sévérité disproportionnée faisant entrer en jeu le paragraphe 169.

[51] La SPR a conclu que les conséquences que pouvaient subir le demandeur à la suite d’une déclaration de culpabilité au criminel pouvaient équivaloir à de la discrimination, et non de la persécution. Elle a également déclaré que si le demandeur subissait des « brimades » à son retour, il aurait un recours, puisque la Constitution des États-Unis interdit expressément les sanctions cruelles et inusitées. La SPR a conclu qu’il n’avait pas démontré que, s’il devait subir des brimades, la protection de l’État ne lui serait pas raisonnablement offerte, ce que la Cour fédérale a confirmé.

#### Conclusion

[52] La SPR a conclu que les États-Unis étaient une démocratie forte et que le demandeur avait plusieurs recours à sa disposition pour porter sa cause en appel. Elle a conclu que le demandeur n’avait pas réfuté la présomption de protection de l’État et n’avait pas démontré qu’il existait une possibilité raisonnable qu’il soit persécuté ou qu’il soit, selon la prépondérance des probabilités, exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités ou d’être soumis à la torture s’il retournait aux États-Unis. Par conséquent, la SPR a rejeté la demande d’asile du demandeur.

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[53] Le demandeur soulève les questions en litige suivantes dans la présente instance :

a. La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant qu’un système judiciaire qui ne répond pas aux exigences

fairness and due process requirements can nonetheless provide adequate protection?

b. In regards to state protection, did the RPD err by ignoring evidence that directly contradicted its findings?

c. Did the RPD err in law when interpreting both paragraph 171 of the UNHCR Handbook and foreign law related to raising a defence in the U.S. court-martial system?

d. As regards differential punishment, did the RPD make unreasonable conclusions without regard to, and not supported by, the evidence?

#### STANDARD OF REVIEW

[54] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to a particular question before the court is well settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis.

[55] The first two issues involve state protection. In *Flores Carillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636, the Federal Court of Appeal held, at paragraph 36, that the standard of review on a state protection finding is reasonableness. Justice Leonard Mandamin followed this approach in *Lozada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 397, at paragraph 17. Further, in *Chaves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 193, 45 Imm. L.R. (3d) 58, Justice Danièle Tremblay-Lamer held, at paragraph 11, that the standard of review on a state protection finding is reasonableness. Reasonableness is the standard applicable to the first two issues.

d'équité et d'application régulière de la loi reconnues internationalement peut néanmoins fournir une protection adéquate?

b. En ce qui a trait à la protection de l'État, la SPR a-t-elle commis une erreur en ignorant des éléments de preuve qui contredisaient directement ses conclusions?

c. La SPR a-t-elle commis une erreur de droit dans son interprétation du paragraphe 171 du Guide du HCNUR et son interprétation du droit étranger concernant les moyens de défense qui peuvent être invoqués dans le système de cours martiales aux États-Unis?

d. En ce qui concerne le traitement différent, la SPR a-t-elle tiré des conclusions déraisonnables sans égard à la preuve et non étayées par celle-ci?

#### NORME DE CONTRÔLE

[54] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a statué qu'il n'est pas nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle dans chaque espèce. Lorsque la norme de contrôle applicable à une question précise est bien établie par la jurisprudence, la cour de révision peut l'appliquer. Ce n'est que lorsque cette démarche se révèle infructueuse que la cour de révision doit examiner les quatre facteurs qui entrent en jeu dans l'analyse relative à la norme de contrôle.

[55] Les deux premières questions touchent à la protection de l'État. Au paragraphe 36 de l'arrêt *Flores Carillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636, la Cour d'appel fédérale a statué que la norme de contrôle applicable à une conclusion relative à la protection de l'État était la norme de la décision raisonnable. Le juge Leonard Mandamin a adopté cette approche dans la décision *Lozada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 397, au paragraphe 17. En outre, dans la décision *Chaves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 193, au paragraphe 11, la juge Danièle Tremblay-Lamer a statué que la norme de contrôle

[56] The interpretation of foreign law is a matter of fact (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, 2001 FCA 311, [2002] 1 F.C. 200, at paragraph 26). In *Vassey*, above, Justice André Scott reviewed the RPD's analysis of whether the applicant would be able to raise the defence of an illegal order on the standard of reasonableness.

[57] The interpretation of statutory provisions outside of the tribunal's home statute is reviewable on a standard of correctness (*Dunsmuir*, above). In *Key v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 838, [2009] 2 F.C.R. 625, Justice Robert Barnes found that the RPD's interpretation of paragraph 171 of the UNHCR Handbook was reviewable on a correctness standard. Based on the principles set out in *Dunsmuir*, the interpretation of the applicable paragraphs of the UNHCR Handbook is reviewable on a correctness standard, but the application of those paragraphs to the facts of the applicant's claim is reviewable on a reasonableness standard.

[58] The issue of differential punishment relates to whether the applicant would suffer persecution upon returning to the U.S. The issue of the RPD's interpretation of "persecution" is a question of mixed fact and law that involves a tribunal interpreting its enabling statute (see *Sow v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1313, 400 F.T.R. 91, at paragraphs 17–21). The Supreme Court of Canada stated in *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraphs 26–34, that such a question is to be reviewed on a reasonableness standard. Further, the RPD's persecution analysis goes to the interpretation of evidence. Therefore, the fourth issue is reviewable on a reasonableness standard (*Alhayek v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1126, 418 F.T.R. 144, at paragraph 49).

applicable à une conclusion relative à la protection de l'État était celle de la décision raisonnable. La norme de la décision raisonnable est donc la norme applicable aux deux premières questions.

[56] L'interprétation du droit étranger est une question de fait (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, 2001 CAF 311, [2002] 1 C.F. 200, au paragraphe 26). Dans la décision *Vassey*, précitée, le juge André Scott a examiné, suivant la norme de la décision raisonnable, l'analyse de la SPR concernant la question de savoir si le demandeur serait en mesure d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'existence d'un ordre illégal.

[57] L'interprétation de dispositions législatives autres que celles de la loi constitutive du tribunal administratif en cause est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (arrêt *Dunsmuir*, précité). Dans la décision *Key c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 838, [2009] 2 R.C.F. 625, le juge Robert Barnes a conclu que l'interprétation du paragraphe 171 du Guide du HCNUR faite par la SPR était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Suivant les principes énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir*, l'interprétation des paragraphes applicables du Guide du HCNUR est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte, mais l'application de ces paragraphes aux faits de la demande est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[58] La question de la peine différente soulève celle de savoir si le demandeur serait persécuté à son retour aux États-Unis. La question de l'interprétation de la « persécution » faite par la SPR est une question mixte de fait et de droit et, lorsqu'il effectue cet exercice, le tribunal interprète sa loi constitutive (voir *Sow c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1313, aux paragraphes 17 à 21). Dans l'arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, aux paragraphes 26 à 34, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'une telle question était susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. De plus, l'analyse de la persécution faite par la SPR touche l'interprétation de la preuve. Par conséquent, la quatrième question est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable (*Alhayek c. Canada*

[59] When reviewing a decision on the standard of reasonableness, the analysis will be concerned with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process [and also with] whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.” See *Dunsmuir*, above, at paragraph 47; and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59. Put another way, the Court should intervene only if the decision was unreasonable in the sense that it falls outside the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.”

#### STATUTORY PROVISIONS

[60] The following provisions of the Act are applicable in this case:

##### 3. ...

Application (3) This Act is to be construed and applied in a manner that

(a) furthers the domestic and international interests of Canada;

(b) promotes accountability and transparency by enhancing public awareness of immigration and refugee programs;

(c) facilitates cooperation between the Government of Canada, provincial governments, foreign states, international organizations and non-governmental organizations;

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

(*Citoyenneté et Immigration*), 2012 CF 1126, au paragraphe 49).

[59] Lorsqu’une décision est soumise au contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable, l’analyse s’intéresse « 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 » (voir l’arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47; et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59). En d’autres termes, la Cour ne devrait intervenir que si la décision était déraisonnable, en ce sens qu’elle n’appartiendrait pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

#### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[60] Les dispositions suivantes de la Loi s’appliquent en l’espèce :

##### 3. [...]

(3) L’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

Interprétation et mise en œuvre

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

b) d’encourager la responsabilisation et la transparence par une meilleure connaissance des programmes d’immigration et de ceux pour les réfugiés;

c) de faciliter la coopération entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les États étrangers, les organisations internationales et les organismes non gouvernementaux;

d) d’assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d’une part, d’égalité et de protection contre la discrimination et, d’autre part, d’égalité du

		français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;	
	(e) supports the commitment of the Government of Canada to enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada; and	e) de soutenir l'engagement du gouvernement du Canada à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada;	
	(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.	
Convention refugee	<b>96.</b> A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,	<b>96.</b> A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :	Définition de « réfugié »
	(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or	a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;	
	...	[...]	
Person in Need of Protection	<b>97.</b> (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	<b>97.</b> (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 :	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	a) 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	b) 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	(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles	

disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

[61] Paragraphs 169 and 171 of the UNHCR Handbook state as follows:

A deserter or draft-evader may also be considered a refugee if it can be shown that he would suffer disproportionately severe punishment for the military offence on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. The same would apply if it can be shown that he has well-founded fear of persecution on these grounds above and beyond the punishment for desertion.

...

Not every conviction, genuine though it may be, will constitute a sufficient reason for claiming refugee status after desertion or draft-evasion. It is not enough for a person to be in disagreement with his government regarding the political justification for a particular military action. Where, however, the type of military action, with which an individual does not wish to be associated, is condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion or draft-evasion could, in the light of all other requirements of the definition, in itself be regarded as persecution.

## ARGUMENTS

### The Applicant

[62] The applicant points out that the circumstances of the present application are very similar to those in *Vassey*, above. In both cases, the decision maker is the same, both applicants were members of the same unit in the 82nd Airborne Division, and similar evidence was presented by counsel in support of both claims for refugee protection. This Court granted Mr. Vassey's application for judicial review, and the applicant submits that many of the same errors were committed by the RPD in his case.

infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

[61] Les paragraphes 169 et 171 du Guide du HCNUR sont rédigés comme suit :

Un déserteur ou un insoumis peut donc être considéré comme un réfugié s'il peut démontrer qu'il se verrait infliger pour l'infraction militaire commise une peine d'une sévérité disproportionnée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Il en irait de même si l'intéressé peut démontrer qu'il craint avec raison d'être persécuté pour ces motifs, indépendamment de la peine encourue pour désertion.

[...]

N'importe quelle conviction, aussi sincère soit-elle, ne peut justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié après désertion ou après insoumission. Il ne suffit pas qu'une personne soit en désaccord avec son gouvernement quant à la justification politique d'une action militaire particulière. Toutefois, lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion ou l'insoumission peut, compte tenu de toutes les autres exigences de la définition, être considérée en soi comme une persécution.

## LES ARGUMENTS

### Le demandeur

[62] Le demandeur souligne que les circonstances de la présente demande sont très semblables à celles de l'affaire *Vassey*, précitée. Dans les deux cas, le décideur est le même, les deux demandeurs appartenaient à la même unité de la 82<sup>e</sup> division aéroportée et les avocats ont présenté des éléments de preuve semblables à l'appui des deux demandes d'asile. La Cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire de M. Vassey et le demandeur soutient que la SPR a commis bon nombre des mêmes erreurs dans son cas.

[63] The applicant says that, as in *Vassey*, the RPD spent a considerable amount of time summarizing portions of the evidence that was before it. Also, as in *Vassey*, the RPD's analysis falls short of being reasonable, and ignores evidence which directly contradicts its conclusions.

#### Paragraph 171 of the UNHCR Handbook

[64] The applicant submits that if a soldier will be punished for refusing to associate with breaches of the rules of armed conflict, then he is entitled to refugee protection according to paragraph 171 of the UNHCR Handbook (*Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.), at page 555).

[65] The applicant put forward considerable evidence detailing condemned actions routinely committed by the U.S. military, including reports from credible sources and his testimony as to the personal experiences of himself and others. The RPD found that the U.S. did not require or allow its combatants to engage in widespread violations of humanitarian law, yet in coming to this conclusion it did not reference any of the hundreds of pages of documentary evidence indicating otherwise. The applicant put forward significant evidence from credible third-party sources and absent any reference to this evidence in the reasons, the applicant submits that the decision cannot stand as reasonable.

[66] For example, the RPD's finding that there were no routine breaches of the Geneva Convention directly contradicts the evidence pertaining to violent civilian house raids. The applicant also provided detailed testimony about these types of raids in his oral testimony. Similar evidence was before the Court in *Key*, above, where it was said at paragraph 5:

The Board found that Mr. Key was not a conscientious objector in the usual sense of being opposed to war generally and

[63] Le demandeur soutient que, tout comme dans la décision *Vassey*, la SPR a passé un temps considérable à résumer des parties des éléments de preuve qui lui avaient été présentés. De même, tout comme dans la décision *Vassey*, l'analyse de la SPR est loin d'être raisonnable et ne mentionne pas des éléments de preuve en contradiction directe avec ses conclusions.

#### Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR

[64] Selon le demandeur, si un soldat doit être puni pour avoir refusé de s'associer à des violations des règles des conflits armés, il a droit à l'asile suivant le paragraphe 171 du Guide du HCNUR (*Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.) à la page 555).

[65] Le demandeur a présenté une preuve abondante décrivant en détail des actions de l'armée américaine qui sont régulièrement condamnées, notamment dans des rapports provenant de sources crédibles et son témoignage quant à ses expériences personnelles et celles d'autres personnes. La SPR a conclu que les États-Unis n'exigeaient pas que ses combattants commettent des violations généralisées du droit humanitaire ni ne leur permettraient d'agir de la sorte. Or, pour arriver à cette conclusion, elle n'a mentionné aucune des centaines de pages de preuve documentaire indiquant qu'il en était autrement. Le demandeur a présenté une preuve importante provenant de sources indépendantes crédibles et, en l'absence de tout renvoi à cette preuve dans les motifs, la décision ne saurait, selon lui, être considérée comme raisonnable.

[66] À titre d'exemple, la conclusion de la SPR selon laquelle la Convention de Genève n'était pas régulièrement violée contredit directement la preuve concernant les descentes accompagnées de violence faites dans des résidences de civils. Le demandeur a également fourni dans son témoignage une description détaillée de ces types de descentes. Des éléments de preuve semblables ont été présentés à la Cour dans la décision *Key*, précitée, où il est écrit ce qui suit au paragraphe 5 :

La Commission a conclu que M. Key n'était pas un objeteur de conscience au sens habituel, à savoir une personne

that his objections to the conflict in Iraq were not politically or religiously motivated. Rather, what Mr. Key objected to were the systematic violations of human rights that resulted from the conduct of the United States Army in Iraq and the requirement that he participate. The Board summarized Mr. Key's evidence concerning these events and compared his experiences to the observations of the International Committee of the Red Cross (ICRC) detailed in its report from 2003. It is apparent that the Board found Mr. Key's experiences to be consistent with the ICRC findings, as can be seen from the following passages from its decision [at paragraphs 34–36]:

Mr. Key performed at least seventy raids on the homes of Iraqi citizens ostensibly looking for weapons. None of them was pleasant. In the blackness of night, doors blown in, homes ransacked, personal effects looted, residents violently roused from their beds and forced outdoors by heavily armed and uniformed soldiers hollering in a foreign language, Muslim women shamed by their exposed bodies, boys too tall for their age, and men cuffed and hauled away for interrogation in their nightclothes, regardless of weather conditions, never, at least as far as Mr. Key could ascertain, to return. Should there have been a belligerent that needed flushing out, Mr. Key had white phosphorous grenades at the ready, part of the standard issue for this type of job. Mr. Key indicated that the searches were largely ineffectual as his unit seldom found weapons or contraband, although they probably did work to the extent that any insurgents would soon learn to hide their guns and bomb-making paraphernalia outside their homes. [Footnote omitted.]

[67] The applicant described being involved in similar types of raids in his Personal Information Form. He testified at his hearing that violent civilian house raids were routine practice for his unit in Afghanistan. He also provided photographic evidence of the “hot boxes” wherein detainees were placed indefinitely, hooded and cuffed, to await further interrogation.

[68] Also before the RPD, and referenced by the Court in *Key*, was a report titled *Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq*

qui s'oppose à la guerre en général, et que ses objections au conflit en Iraq n'avaient pas de motivations d'ordre politique ni religieux. M. Key s'opposait plutôt aux violations systématiques des droits de la personne qui découlaient de la conduite de l'armée des États-Unis en Iraq et à son obligation d'y participer. La Commission a résumé le témoignage de M. Key concernant ces événements et a comparé ses expériences aux observations formulées par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) dans son rapport de 2003. La Commission semble bien avoir trouvé que les expériences de M. Key étaient compatibles avec les constatations du CICR, tel qu'il appert des passages suivants de la décision de la Commission :

M. Key a exécuté au moins soixante-dix descentes dans des domiciles de citoyens irakiens, officiellement à la recherche d'armes. Aucune d'entre elles n'a été agréable. En pleine nuit, les portes étaient défoncées; les maisons étaient saccagées; les effets personnels jetés partout; les résidents sortis violemment de leur lit et forcés de sortir à l'extérieur par des soldats en uniforme lourdement armés et criant dans une langue étrangère; les musulmanes étaient honteuses du fait que leur corps était exposé; des garçons, trop grands pour leur âge, et les hommes étaient menottés et emmenés pour subir des interrogatoires, peu importe les conditions climatiques, pour ne jamais revenir, du moins c'est ce que M. Key croyait. Au cas où il y aurait eu un belligérant qu'il fallait forcer de se montrer, M. Key avait sous la main des grenades de phosphore blanc, ce qui était courant pour ce genre de travail. Il a indiqué que les fouilles n'étaient pas fructueuses, car son unité trouvait rarement des armes ou des objets de contrebande, même si elles ont donné un certain résultat, à savoir que les insurgés ont vite appris à cacher leurs fusils et leur matériel destiné à la fabrication de bombes à l'extérieur de leur domicile. [Note en bas de page omise.]

[67] Dans son Formulaire de renseignements personnels, le demandeur a décrit avoir participé à des descentes semblables. À l'audience, il a déclaré que les descentes accompagnées de violence effectuées dans des maisons de civils constituaient une pratique courante de son unité en Afghanistan. Il a également présenté en preuve des photographies des « boîtes chaudes » dans lesquelles des détenus étaient placés pour une période indéfinie, cagoulés et menottés, en attente d'être interrogés plus longuement.

[68] Un rapport intitulé *Rapport du comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur le traitement réservé par les forces de la coalition aux prisonniers de guerre et autres personnes protégées par les Conventions de Genève en Irak durant l'arrestation, l'internement et*

*During Arrest, Internment and Interrogation* [February 2004]. This report condemns the practice of violent house raids utilized by the U.S. army. It describes the raids as tending to follow a pattern, and that pattern involved extreme abuse, violence and humiliation of civilians. The report specifically finds that the U.S. has not complied with international obligations associated with arrest and detention of combatants and non-combatants during conflict. Also before the RPD were letters from Amnesty International outlining how the practice of violent civilian raids has been persistently used by the U.S. forces. These actions involve breaches of the Geneva Convention and therefore amount to conduct falling under paragraph 171 of the UNHCR Handbook (*Key*).

[69] The evidence that was before the RPD directly contradicts its finding that the U.S. has not, either as a matter of deliberate policy or official indifference, required or allowed its combatants to engage in widespread actions in violation of humanitarian law. The applicant submits that absent any reference by the RPD to the multiple pieces of documentary evidence discussing this routine practice utilized by the U.S. military, it can be reasonably inferred that the RPD ignored this evidence (*Ozdemir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 331, 282 N.R. 394 (*Ozdemir*)).

[70] The applicant states that the evidence pertaining to civilian house raids is only one example of routine military practices utilized by the U.S. military that breach the Geneva Convention. Other evidence that was before the RPD includes evidence of the practice of “recon by fire”, routinely engaged in by the U.S. military without precautions being taken to reduce civilian casualties, the torture of detainees, and knowingly turning detainees over for torture. The applicant submits that there was evidence before the RPD that such practices were not isolated incidents, and the failure of the RPD to reference any of this evidence renders its finding on this point unreasonable (*Ozdemir*, above).

*l’interrogatoire* [février 2004] et que la Cour a mentionné dans la décision *Key*, a également été présenté à la SPR. Ce rapport condamne la pratique des descentes menées avec violence par l’armée américaine dans des maisons. Selon la description qui en est faite, les descentes tendaient à suivre un modèle, dont les caractéristiques comprenaient, de façon extrême, des mauvais traitements, de la violence et de l’humiliation à l’endroit de civils. Le rapport conclut expressément que les États-Unis ne se sont pas conformés aux obligations internationales liées à l’arrestation et à la détention de combattants et de non-combattants pendant le conflit. Des lettres d’Amnistie internationale décrivant la façon dont les forces américaines ont constamment pratiqué des descentes avec violence chez les civils ont également été présentées à la SPR. Ces actions comportaient des violations de la Convention de Genève et, par conséquent, constituent une conduite qui tombe sous le coup du paragraphe 171 du Guide du HCNUR (*Key*).

[69] Les éléments de preuve dont disposait la SPR contredisent directement sa conclusion selon laquelle les États-Unis n’ont pas, que ce soit par une politique délibérée ou l’indifférence des autorités, exigé de leurs combattants qu’ils commettent des violations généralisées du droit humanitaire ou les ont autorisés à agir de la sorte. Selon le demandeur, vu l’omission de la SPR de mentionner les nombreux éléments de preuve documentaire portant sur cette pratique régulière à laquelle l’armée américaine a recours, il est raisonnable d’inférer que la SPR a ignoré ces éléments de preuve (*Ozdemir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CAF 331 (*Ozdemir*)).

[70] Le demandeur indique que la preuve concernant les descentes dans les maisons de civils ne constitue qu’un exemple parmi d’autres des pratiques militaires couramment employées par l’armée américaine et qui violent la Convention de Genève. La SPR disposait aussi d’éléments de preuve concernant la pratique de la « reconnaissance par le feu », régulièrement effectuée par l’armée américaine sans prendre de mesures de précaution en vue de réduire les victimes civiles, ainsi que la torture des détenus et la pratique de sciemment remettre des détenus aux autorités pour qu’ils soient torturés. Le demandeur fait valoir que des éléments de preuve présentés à la SPR indiquent que ces pratiques

State protection, defences and paragraph 171 of the UNHCR Handbook

[71] The applicant submits that the RPD misunderstood the law on raising a defence against charges of desertion within the U.S. military, an error also committed by the same member's error in *Vassey*. The Court in *Vassey* said that it was an error for the RPD to find that the defence of "unlawful orders" in the U.S. is not limited to refusal to perform a war crime; the applicable case law in the United States clearly instructs that the defence of unlawful orders is limited to situations wherein a soldier is directly ordered to commit a positive act that constitutes a war crime (*United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (1995 C.A.A.F.) (*Huet-Vaughn*)).

[72] The Court held at paragraphs 69, 70 and 75 of *Vassey*:

Concerning the U.S. Court of Appeals for the Armed Forces case *Huet-Vaughn*, the Court agrees with the applicant that the Board's interpretation of the case was unreasonable. The U.S. Court of Appeals for the Armed Forces held that (at paragraphs 43 and 45):

To the extent that CPT Huet-Vaughn quit her unit because of moral or ethical reservations, her beliefs were irrelevant because they did not constitute a defence...

...

To the extent that CPT Huet-Vaughn's acts were a refusal to obey an order that she perceived to be unlawful, the proffered evidence was irrelevant. The so-called "Nuremberg defense" applies only to individual acts committed in wartime; it does not apply to the Government's decision to wage war. The duty to disobey an unlawful order applies only to "a positive act that constitutes a crime" that is "so manifestly beyond the legal power or discretion of the commander as to admit of no rational doubt of their unlawfulness." CPT Huet-Vaughn tendered no evidence

ne constituait pas des incidents isolés et que l'omission de la SPR de les mentionner rend sa conclusion sur ce point déraisonnable (arrêt *Ozdemir*, précité).

La protection de l'État, les moyens de défense et le paragraphe 171 du Guide du HCNU

[71] Le demandeur soutient que la SPR a mal compris le droit concernant l'opposition d'un moyen de défense à l'égard d'accusations de désertion de l'armée américaine, erreur également commise par le même commissaire dans la décision *Vassey*. Dans cette décision, la Cour a déclaré que la SPR avait commis une erreur en concluant que le moyen de défense fondé sur des « ordres illégaux » aux États-Unis ne se limitait pas à la perpétration d'un crime de guerre. Il ressort clairement de la jurisprudence américaine que le moyen de défense fondé sur des ordres illégaux est limité aux situations où un soldat reçoit directement l'ordre de commettre un acte positif qui constitue un crime de guerre (*United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (C.A.A.F. 1995) (*Huet-Vaughn*)).

[72] Dans la décision *Vassey*, la Cour a déclaré ce qui suit aux paragraphes 69, 70 et 75 :

En ce qui concerne l'arrêt *Huet-Vaughn* de la Cour d'appel des É.-U. pour les Forces armées, la Cour convient avec le demandeur que l'interprétation qu'en a faite la Commission était déraisonnable. La Cour d'appel des États-Unis pour les Forces armées a dit ceci (aux paragraphes 43 et 45) :

[TRADUCTION] Dans la mesure où la capitaine Huet-Vaughn a quitté son unité à cause de réserves morales ou éthiques, ses convictions n'étaient pas pertinentes parce qu'elles ne constituaient pas un moyen de défense [...]

[...]

Dans la mesure où les actions de la capitaine Huet-Vaughn représentaient un refus d'obéir à un ordre qu'elle considérait comme illégal, les éléments de preuve offerts n'étaient pas pertinents. La soi-disant « défense de Nuremberg » ne s'applique qu'aux actes individuels commis en temps de guerre; elle ne s'applique pas à la décision du gouvernement de déclencher une guerre. Le devoir de désobéir à un ordre illégal s'applique seulement à un « acte positif qui constitue un crime », lequel est « si hors du champ de compétence juridique du commandant qu'il est impossible

that she was individually ordered to commit a “positive act” that would be a war crime.

The Board concluded [at paragraphs 43–44] that this decision did not stand for the principle that “the defence of an unlawful order only applies to extreme cases such as war crimes or grave breaches of the Geneva Convention” and that the “United States Court of Appeals for the Armed Forces has not decided whether an individual could raise the question of whether he or she had been ordered to commit an unlawful act.”

...

Given that the applicant would not be able to present evidence of his motive for desertion nor of the illegality of the conduct that he was required to perform in Afghanistan which could demonstrate a breach of the Geneva Conventions on the rules of armed conflict, this goes directly to the availability of state protection.

[73] The applicant submits that although the defence of unlawful orders under U.S. law applies only to positive acts to commit a war crime, conduct falling well below a war crime may substantiate a claim for refugee protection under paragraph 171 of the UNHCR Handbook. As the Court stated, at paragraphs 29 and 30 of *Key*:

It is clear from the above passages that officially condoned military misconduct falling well short of a war crime may support a claim to refugee protection. Indeed, the authorities indicate that military action which systematically degrades, abuses or humiliates either combatants or non-combatants is capable of supporting a refugee claim where that is the proven reason for refusing to serve. I have, therefore, concluded that the Board erred by imposing a too restrictive legal standard upon Mr. Key.

I would add that the Board’s assertion that Mr. Key’s past combat participation would not be sufficient to support his claim to asylum unless it constituted excludable conduct cannot be correct. This would give rise to an unacceptable “Catch-22” situation where the factual threshold for obtaining protection would necessarily exclude a claimant from that protection. [Emphasis in original.]

de douter rationnellement de son illégalité ». La capitaine Huet-Vaughn n’a présenté aucun élément de preuve indiquant qu’elle a personnellement reçu l’ordre de commettre un « acte positif » qui constituerait un crime de guerre.

La Commission a conclu [aux paragraphes 43 et 44] que cette décision n’établissait pas en principe que « le fait d’invoquer un ordre illégal comme [moyen de] défense ne s’applique que dans des cas extrêmes, comme des crimes de guerre ou de graves infractions à la Convention de Genève » et que « la [cour d’appel des forces armées des États-Unis] n’a pas décidé si une personne pouvait soulever la question de savoir si elle s’était vue ou non ordonner de commettre un acte illégal ».

[...]

Le fait que le demandeur ne pourrait pas présenter d’éléments de preuve portant sur le motif de sa désertion ni l’illégalité de la conduite exigée de lui en Afghanistan, éléments qui seraient susceptibles de démontrer une violation des Conventions de Genève sur les règles des conflits armés, touche directement à l’existence de la protection de l’État.

[73] Le demandeur soutient que même si le moyen de défense des ordres illégaux en vertu du droit américain ne s’applique qu’aux actes positifs qui constituent un crime de guerre, la conduite qui se situe bien au-dessous d’un crime de guerre peut fonder une demande d’asile en vertu du paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Voici ce qu’a déclaré la Cour aux paragraphes 29 et 30 de la décision *Key* :

Il ressort clairement des passages qui précèdent qu’une inconduite militaire officiellement tolérée qui est loin de constituer un crime de guerre peut fonder une demande d’asile. En effet, les sources indiquent qu’une action militaire qui dégrade, maltraite ou humilie systematiquement soit des combattants ou des non-combattants peut fonder une demande d’asile lorsqu’il est démontré qu’il s’agit là du motif du refus de servir. J’ai donc conclu que la Commission avait commis une erreur en imposant une norme juridique trop restrictive à M. Key.

J’ajouterais que l’affirmation de la Commission selon laquelle la participation passée au combat de M. Key ne serait pas suffisante pour fonder sa demande d’asile à moins qu’elle constitue une conduite visée par les clauses d’exclusion ne peut pas être correcte. En effet, cela donnerait lieu à une situation sans issue où les faits à démontrer pour obtenir le droit d’asile excluraient nécessairement le demandeur d’asile de cette protection. [Souligné dans l’original.]

[74] Despite the above jurisprudence of the Federal Court, the RPD stated, at paragraph 147 of the decision that it could not find, on a balance of probabilities, that the applicant would not be able to raise the defence of unlawful order or that the matter fell within paragraph 171. The applicant submits that the RPD made the same error as in *Vassey*; it misunderstood the definition of conduct falling under paragraph 171 of the UNHCR Handbook, in direct contradiction to this Court's instructions in *Key*. The applicant further submits that regardless of whether the RPD misunderstood paragraph 171, or the limits of the defence of unlawful orders in the U.S., it is clear that it misapprehended the relevant law applicable to its findings.

State protection, defences, and “absences of defences” vs. “orders offences”

[75] The applicant submits that the RPD failed to appreciate the important distinction between “absence offences” and “orders offences” when addressing state protection under paragraph 171 of the UNHCR Handbook.

[76] The Court stated, at paragraphs 71–75 of *Vassey*:

However, the applicant's submissions before the Board were that for the charge of desertion, not disobeying orders, there is no defence. This was corroborated with evidence before the Board from two experts and three members of the U.S. military. While the Board summarized this evidence in the decision, it did not analyse it or provide reasons for rejecting it. Rather, the Board focused on the right of appeal within the court-martial system and found that similarly situated individuals would be able to appeal their cases to the U.S. Supreme Court, which they have not done, and therefore avenues of state protection remain.

The Court finds this to be an unreasonable conclusion. First, as the applicant noted in reply, leave to the U.S. Supreme Court was denied in the case of *Huet-Vaughn*, making this the prevailing law. Further, the evidence of the professors, practitioners, and military members in addition to the case of *Huet-Vaughn* demonstrate that the charge of desertion operates

[74] Malgré la jurisprudence de la Cour fédérale susmentionnée, la SPR a déclaré au paragraphe 147 de la décision qu'elle ne pouvait pas conclure, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur ne serait pas en mesure d'invoquer le moyen de défense de l'ordre illégal ou que cette question relevait du paragraphe 171. Le demandeur soutient que la SPR a commis la même erreur que dans la décision *Vassey*. Elle a mal compris la définition de la conduite visée par le paragraphe 171 du Guide du HCNUR, en contradiction directe des directives de la Cour dans la décision *Key*. Le demandeur prétend de plus que peu importe que la SPR ait mal compris le paragraphe 171, ou les limites du moyen de défense des ordres illégaux aux États-Unis, il est clair qu'elle a mal interprété le droit pertinent applicable à ses conclusions.

La protection de l'État, les moyens de défense et les « infractions liées à l'absence », par opposition aux « infractions liées aux ordres »

[75] Le demandeur soutient que la SPR a omis de tenir compte de l'importante distinction entre les « infractions liées à l'absence » et les « infractions liées aux ordres » lorsqu'elle a examiné la protection de l'État en vertu du paragraphe 171 du Guide du HCNUR.

[76] La Cour a déclaré ce qui suit aux paragraphes 71 à 75 de la décision *Vassey* :

Cependant, le demandeur a prétendu devant la Commission qu'il n'y avait pas de défense contre l'accusation de désertion, et non contre celle de désobéissance aux ordres. Cela est corroboré par les dépositions de deux experts et de trois militaires américains. Quoique la Commission ait résumé ces dépositions dans sa décision, elle ne les a pas évaluées et n'a pas expliqué pourquoi elle les rejetait. Elle a plutôt mis l'accent sur l'existence d'un droit d'appel dans le système des cours martiales et conclut que des individus dans une situation similaire auraient pu interjeter appel devant la Cour suprême américaine, ce qu'ils n'ont pas fait, et qu'il subsistait donc des recours pour obtenir la protection de l'État.

La Cour estime qu'il s'agit là d'une conclusion déraisonnable. Premièrement, comme le demandeur l'a noté dans sa réplique, l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême des É.-U. a été refusée dans l'affaire *Huet-Vaughn*, de sorte que c'est le droit qui prévaut. De plus, les dépositions des professeurs, de l'intervenant et des militaires, outre l'affaire

as a strict liability offence where motive for desertion is not relevant.

The UNHCR Handbook acknowledges that, as a general rule, prosecution of deserters does not amount to persecution. However, paragraph 171 provides a caveat:

Not every conviction, genuine though it may be, will constitute a sufficient reason for claiming refugee status after desertion or draft-evasion. It is not enough for a person to be in disagreement with his government regarding the political justification for a particular military action. Where, however, the type of military action, with which an individual does not wish to be associated, is condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion or draft-evasion could, in the light of all other requirements of the definition, in itself be regarded as persecution.

While the Board correctly noted that Justice Zinn held in *Lowell*, above, that the applicant must first show that state protection is unavailable before raising the facts under paragraph 171 of the UNHCR handbook, the applicant's argument went directly to the issue of state protection.

Given that the applicant would not be able to present evidence of his motive for desertion nor of the illegality of the conduct that he was required to perform in Afghanistan which could demonstrate a breach of the Geneva Conventions on the rules of armed conflict, this goes directly to the availability of state protection.

[77] The applicant explained in his submissions that soldiers in the U.S. military are unable to put forward evidence as to their reasons for deserting, regardless of what those reasons might be. He also put forward the *Huet-Vaughn* case, as well as other case law showing how the law is applied.

[78] The RPD considered the applicant's submissions that he would be unable to put forward a defence, at paragraphs 115–133 of the decision. Considerable time is spent summarizing the evidence, and at paragraph 130–133, the RPD seems to agree with the applicant's statement that he would not be able to put forward these defences.

*Huet-Vaughn*, démontrent que l'accusation de désertion est considérée comme une infraction de responsabilité stricte pour laquelle le motif de la désertion n'est pas pertinent.

Le Guide du HCNUR reconnaît que le fait de poursuivre les déserteurs ne constitue pas, en règle générale, de la persécution. Cependant, le paragraphe 171 formule une réserve :

N'importe quelle conviction, aussi sincère soit-elle, ne peut justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié après désertion ou après insoumission. Il ne suffit pas qu'une personne soit en désaccord avec son gouvernement quant à la justification politique d'une action militaire particulière. Toutefois, lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion ou l'insoumission peut, compte tenu de toutes les autres exigences de la définition, être considérée en soi comme une persécution..

Quoique la Commission ait noté avec raison que, suivant la décision du juge Zinn dans la décision *Lowell*, précitée, le demandeur doit d'abord démontrer l'absence de la protection de l'État avant de soulever les faits en vertu du paragraphe 171 du Guide des procédures du HCNU, l'argument du demandeur touchait directement à la question de la protection de l'État.

Le fait que le demandeur ne pourrait pas présenter d'éléments de preuve portant sur le motif de sa désertion ni l'illégalité de la conduite exigée de lui en Afghanistan, éléments qui seraient susceptibles de démontrer une violation des Conventions de Genève sur les règles des conflits armés, touche directement à l'existence de la protection de l'État.

[77] Dans ses observations, le demandeur a expliqué que les soldats de l'armée américaine n'étaient pas en mesure de présenter des éléments de preuve concernant les motifs de leur désertion, peu importe la nature de ces motifs. Il a également présenté l'arrêt *Huet-Vaughn*, de même que d'autres jugements montrant la façon dont le droit était appliqué.

[78] La SPR a examiné, aux paragraphes 115 à 133 de la décision, les observations du demandeur selon lesquelles il ne serait pas en mesure d'invoquer un moyen de défense. Elle a consacré beaucoup de temps au résumé de la preuve et, aux paragraphes 130 à 133, elle semble accepter la déclaration du demandeur qu'il ne serait pas en mesure d'invoquer ces moyens de défense.

[79] Paragraph 171 of the UNHCR Handbook instructs that any punishment for desertion amounts to persecution, whatever that punishment may be, when that desertion is motivated by a refusal to be associated with actions falling under paragraph 171. Given that the RPD accepts that the applicant would not be able to raise a defence against desertion charges based on a refusal to serve in actions falling under paragraph 171, the applicant submits that the RPD erred by concluding that the applicant had failed to rebut the presumption of state protection on this point.

The U.S. court-martial system fails international standards

[80] The applicant submits that the U.S. court-martial is not an independent and impartial tribunal, both structurally and in practice (*Généreux*, above). The applicant argued before the RPD that adequate state protection would not be reasonably forthcoming in a justice system that does not conform to basic internationally recognized fairness requirements. In the decision, the RPD does not find that the U.S. court-martial system meets these standards, but says that a system which fails to meet these basic standards is nonetheless “adequate”.

[81] The applicant submits that the RPD applied the wrong legal test for what constitutes “adequate” protection. He says that it is an error to conclude that a system which fails to meet basic fairness standards internationally recognized to be fundamental to any tribunal system can nonetheless provide “adequate” protection. The applicant submits that the RPD’s interpretation of “adequate” is out of step with applicable jurisprudence, the UNHCR Handbook, and the Act.

[82] Section 3 of the Act provides that it is to be construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is a signatory (*de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; *Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 326, [2009] 3 F.C.R. 294).

[79] Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR prévoit qu’une peine prévue pour la désertion constitue de la persécution, quelle que soit cette peine, lorsque la désertion est motivée par un refus d’être associé aux actions visées par le paragraphe 171. Compte tenu du fait que la SPR reconnaît que le demandeur ne serait pas en mesure d’opposer un moyen de défense fondé sur le refus de participer à des actions visées par le paragraphe 171 à l’égard d’accusations de désertion, le demandeur soutient que la SPR a commis une erreur en concluant qu’il avait omis de réfuter la présomption de protection de l’État sur ce point.

Le système des cours martiales américain n’est pas conforme aux normes internationales

[80] Le demandeur soutient que la cour martiale américaine n’est pas un tribunal indépendant et impartial, tant du point de vue de la structure que dans la pratique (arrêt *Généreux*, précité). Devant la SPR, il a fait valoir que la protection de l’État ne pourrait pas être raisonnablement assurée dans un système de justice qui ne se conforme pas aux exigences fondamentales d’équité reconnues sur le plan international. Dans sa décision, la SPR ne conclut pas que le système des cours martiales américain est conforme à ces normes, mais déclare qu’un système qui ne respecte pas ces normes fondamentales est néanmoins « adéquat ».

[81] Le demandeur prétend que la SPR a appliqué le mauvais critère juridique pour établir ce qu’est une protection « adéquate ». Selon lui, il est erroné de conclure qu’un système qui n’est pas conforme aux exigences fondamentales d’équité reconnues sur le plan international peut néanmoins offrir une protection « adéquate ». Le demandeur soutient que l’interprétation par la SPR du mot « adéquate » va à l’encontre de la jurisprudence applicable, du Guide du HCNUR et de la Loi.

[82] L’article 3 de la Loi prévoit qu’elle doit être interprétée et appliquée d’une manière conforme aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire (*de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

The applicant submits the RPD's conclusion that a system that fails to meet these standards is nonetheless adequate does not comply with paragraph 3(3)(f) of the Act.

[83] The applicant further submits that the language of section 97 also conflicts with an interpretation of "adequate" state protection that would accept judicial systems that do not meet international standards for an independent and impartial tribunal system. Section 97 indicates that cruel and unusual punishment cannot include punishment that is inherent or incidental to lawful sanctions, so long as the sanctions are imposed according to accepted international standards. Presumably, then, a tribunal system that fails to be in accordance with the 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]], the *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47 (ICCPR)], the *European Convention on Human Rights* [*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221], and the *Universal Declaration of Human Rights* [GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at p. 71 (1948)] must be inadequate.

[84] In *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 420, [2007] 1 F.C.R. 561, Justice Anne Mactavish of the Federal Court said, at paragraph 218:

Finally, in considering the applicants' argument that American law is under-inclusive, in that it denies members of the military the right to assert genuine conscientious objections to specific military actions, regard must be had to paragraph 60 of the Handbook. Paragraph 60 provides that in assessing whether punishment meted out under the law of another nation is persecutory, the domestic legislation of the country being asked to grant protection may be used as a "yardstick" in evaluating the claim.

[85] The relevant paragraphs of the UNHCR Handbook state as follows (paragraphs 59 and 60):

*l'Immigration*), 2008 CAF 326, [2009] 3 R.C.F. 294). Le demandeur fait valoir que la conclusion de la SPR portant qu'un système qui n'est pas conforme à ces normes est néanmoins adéquat ne respecte pas l'alinéa 3(3)f) de la Loi.

[83] Le demandeur fait de plus valoir que le libellé de l'article 97 entre également en conflit avec une interprétation d'une protection de l'État « adéquate » qui accepterait des systèmes judiciaires qui ne sont pas conformes aux normes internationales concernant un système de tribunaux indépendants et impartiaux. L'article 97 indique que des peines cruelles et inusitées ne peuvent inclure une peine qui est inhérente ou accessoire à des sanctions légales, dans la mesure où les sanctions sont imposées conformément aux normes internationales reconnues. On doit donc présumer qu'un système de tribunaux qui n'est pas conforme à la Charte [*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]], au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47 (PIDCP)], à la *Convention européenne des droits de l'homme* [*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221] et à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* [Rés. AG 217 A (III), Doc. NU A/810, à la p. 71 (1948)] doit être inadéquat.

[84] Dans la décision *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 420, [2007] 1 R.C.F. 561, la juge Anne Mactavish de la Cour fédérale a déclaré ce qui suit au paragraphe 218 :

Enfin, pour examiner l'argument des demandeurs selon lequel les dispositions légales américaines ont une portée trop limitée, dans la mesure où elles refusent aux membres des forces armées le droit d'exprimer des objections de conscience authentiques à des actions militaires particulières, il convient de tenir compte du paragraphe 60 du Guide. Le paragraphe 60 énonce que, pour décider si la peine prévue par le droit d'une autre nation constitue de la persécution, il est possible d'utiliser la loi du pays saisi de la demande d'asile comme « un point de référence » dans l'évaluation de la demande.

[85] Les paragraphes pertinents du Guide du HCNUR sont rédigés comme suit (paragraphes 59 et 60) :

In order to determine whether prosecution amounts to persecution, it will also be necessary to refer to the laws of the country concerned, for it is possible for a law not to be in conformity with accepted human rights standards. More often, however, it may not be the law but its application that is discriminatory. Prosecution for an offence against “public order”, e.g. for distribution of pamphlets, could for example be a vehicle for the persecution of the individual on the grounds of the political content of the publication.

In such cases, due to the obvious difficulty involved in evaluating the laws of another country, national authorities may frequently have to take decisions by using their own national legislation as a yardstick. Moreover, recourse may usefully be had to the principles set out in the various international instruments relating to human rights, in particular the International Covenants on Human Rights, which contain binding commitments for the States parties and are instruments to which many States parties to the 1951 Convention have acceded.

[86] Based on the above, the applicant submits the UNHCR has clearly instructed that Canada may use principles outlined in international instruments such as the ICCPR, as well as have reference to its own military justice system, when measuring what constitutes “adequate” state protection. This has also been outlined in decisions such as *Généreux*, and confirmed by experts such as Professor Fidell. As such, the applicant submits the RPD’s finding that the U.S. military justice system is able to provide “adequate” protection is not reasonable.

[87] In addition, the applicant submits it was unreasonable for the RPD to prefer the opinion of Professor Hansen, given the content of that opinion. Professor Hansen’s view was essentially that the Supreme Court of Canada and the international community are misguided about what constitutes fairness. The applicant submits that while the RPD member may be entitled to adopt this as his own personal view, an administrative tribunal in Canada is bound by the Supreme Court of Canada’s interpretation of what constitutes fairness.

[88] The RPD finds, at paragraph 108 of the decision, that just because a justice system is based on the inquisitorial model does not mean it is inadequate. The applicant points out that aspects of Canadian law still incorporate the inquisitorial model, and that a tribunal

Pour déterminer si les poursuites équivalent à une persécution, il faudra également se reporter aux lois du pays en question, car il se peut que la loi elle-même ne sort pas conforme aux normes admises en matière de droits de l’homme. Plus souvent, cependant, ce ne sera pas la loi, mais l’application de la loi qui sera discriminatoire. Des poursuites pour une infraction contre « l’ordre public », par exemple la distribution de tracts, peuvent être un moyen de persécuter l’individu en raison du contenu politique de la publication.

En pareil cas, compte tenu des difficultés que présente manifestement l’évaluation des lois d’un autre pays, les autorités nationales seront souvent amenées à prendre leur décision par référence à leurs propres lois nationales. En outre, il peut être utile de se référer aux principes énoncés dans les divers instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme, en particulier dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l’homme, qui ont force obligatoire pour les états parties et qui sont des instruments auxquels ont adhéré nombre des états parties à la Convention de 1951.

[86] Compte tenu de ce qui précède, le demandeur soutient que le HCNUR a clairement indiqué que le Canada peut utiliser les principes décrits dans les instruments internationaux tels que le PIDCP, ainsi que s’en remettre à son propre système de justice militaire pour déterminer ce qu’est une protection de l’État « adéquate ». Des décisions comme *Généreux* l’ont également souligné et des experts comme le professeur Fidell l’ont confirmé. À ce titre, le demandeur soutient que la conclusion de la SPR selon laquelle le système de justice militaire américain est en mesure d’assurer une protection « adéquate » n’est pas raisonnable.

[87] De plus, le demandeur fait valoir qu’il était déraisonnable que la SPR privilégie l’opinion du professeur Hansen, compte tenu du contenu de cette opinion. Essentiellement, selon le professeur Hansen, la Cour suprême du Canada et la communauté internationale se trompent sur ce qu’est l’équité. Le demandeur soutient que même si le commissaire de la SPR a le droit de faire sienne cette opinion, les tribunaux administratifs au Canada sont liés par l’interprétation de la Cour suprême du Canada de ce qu’est l’équité.

[88] Au paragraphe 108 de la décision, la SPR conclut qu’un système de justice n’est pas inadéquat simplement parce qu’il est fondé sur le modèle inquisitoire. Le demandeur souligne que des aspects du droit canadien comportent encore un modèle inquisitoire, mais que le

operating under this system may still be independent and impartial. This highlights how the RPD misconstrued the applicant's arguments on this point; the problem is not that the U.S. system and the Canadian system are not the same, it is that the U.S. system is not fair.

[89] The Supreme Court of Canada provided a baseline in *Généreux* for measuring fairness in an independent and impartial court-martial system. The problem is the fact that the U.S. system fails to comply with basic fairness standards set forth in domestic and international law. For example, in the U.S. a commanding officer still possesses considerable power over the entire process; in Canada and the U.K., however, amendments have been made to separate the military judicial system from the executive so as to ensure that military tribunals are independent and impartial.

[90] Further, Canada's old court-martial system that was under scrutiny in the *Généreux* decision is very similar to the system that exists in the U.S. today. It included an appellate system and JAG [Judge Advocate General] officers. Nevertheless, the Supreme Court of Canada found that it violated all three requirements of an independent and impartial tribunal, and that the executive maintained an unacceptable level of influence over the whole process. The European Court of Human Rights also made similar findings regarding the U.K. court-martial system, which at the time largely mirrored that which exists in the United States today (*Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221).

[91] There was significant evidence on this issue put before the RPD. Professor Fidell is a professor in military law at Yale University, President of the National Institute of Military Justice in the United States, and a member of the "Meeting of Experts" convened in Geneva by the U.N. High Commissioner for Human Rights regarding the U.N. draft principles governing the administration of justice through military tribunals. His ultimate conclusion, after considering a variety of

tribunal qui fonctionne selon ce système peut quand même être indépendant et impartial. Cela fait ressortir la façon dont la SPR a mal interprété les arguments du demandeur sur ce point. Le problème ne réside pas dans le fait que le système américain n'est pas le même que le système canadien, mais bien dans le fait que le système américain n'est pas équitable.

[89] Dans l'arrêt *Généreux*, la Cour suprême du Canada a fourni un point de départ pour mesurer l'équité au sein d'un système de cours martiales indépendantes et impartiales. Le problème réside dans le fait que le système américain ne respecte pas les normes d'équité de base énoncées dans le droit intérieur et le droit international. Par exemple, aux États-Unis, un commandant possède un pouvoir considérable sur l'ensemble du processus. Toutefois, au Canada et au Royaume-Uni, des modifications ont été apportées aux lois pour séparer le système judiciaire militaire du pouvoir exécutif pour faire en sorte que les tribunaux militaires soient indépendants et impartiaux.

[90] De plus, l'ancien système de cours martiales canadien examiné dans l'arrêt *Généreux* est très semblable au système qui existe aux États-Unis aujourd'hui. L'ancien système canadien incluait un système d'appel et des représentants du JAG [juge-avocat général]. La Cour suprême du Canada a néanmoins conclu que ce système violait les trois exigences relatives à un tribunal indépendant et impartial et que le pouvoir exécutif maintenait un niveau d'influence inacceptable sur l'ensemble du processus. La Cour européenne des droits de l'homme a également tiré des conclusions semblables concernant le système de cours martiales du Royaume-Uni qui, à l'époque, reflétait grandement celui qui existe actuellement aux États-Unis (*Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221).

[91] Une preuve importante a été présentée à la SPR sur cette question. Le professeur Fidell enseigne le droit militaire à l'université Yale. Il est président du National Institute for Military Justice aux États-Unis et participe à la « Réunion d'experts » convoquée à Genève par le Haut-commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies concernant le projet de principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires. Après avoir examiné tout un éventail de facteurs, il a finalement

factors, is that “it is doubtful that the United States military justice system can be sustained if it were tested against contemporary Canadian or international norms”.

[92] The RPD found that it preferred the opinion of Professor Hansen. Professor Hansen did not contest that the U.S. system fails to meet international standards for an independent tribunal, but in his opinion this does not make the system fundamentally unfair. The applicant points out that there is no indication of how Professor Hansen is measuring fairness, other than his own personal opinion. Professor Hansen’s article suggests that he thinks it is “fair” to sacrifice the individual rights of soldiers, because competing interests such as deployability, control and discipline require it. In this sense, Professor Hansen simply disagrees with the direction the Supreme Court of Canada and the international community has taken with regard to basic fairness standards in a tribunal system.

[93] The RPD rejects the evidence of Professor Fidell and Mr. Rehkopf, who do not just rely on their personal opinion of what is fair, but who apply the Supreme Court of Canada’s directions on fairness when assessing the U.S. court-martial system. Given that Supreme Court of Canada decisions are binding on the RPD, as well as considering the role played by the standards set in the international community in the context of decision making under sections 96 and 97 of the Act, the applicant submits it was unreasonable for the RPD to favour the opinion of Professor Hansen. It was also unreasonable for it to reject the instruction of the Supreme Court of Canada in *Généreux* and the standards set out in international instruments.

#### Differential punishment

[94] The applicant asserted that he would be disproportionately punished in the U.S. because of his publicly expressed opinions against the wars in Iraq and Afghanistan. Paragraph 169 of the UNHCR Handbook

conclu qu’il [TRADUCTION] « est douteux que le système de justice militaire des États-Unis puisse être maintenu s’il devait être examiné en fonction des normes canadiennes ou internationales contemporaines ».

[92] La SPR a conclu qu’elle préférerait l’opinion du professeur Hansen. Ce dernier ne conteste pas le fait que le système américain ne respecte pas les normes internationales relatives aux tribunaux indépendants, mais, à son avis, cela ne rend pas le système foncièrement inéquitable. Le demandeur souligne que rien n’indique la façon dont le professeur Hansen mesure l’équité, autrement qu’en donnant son opinion personnelle. Selon l’article du professeur Hansen, celui-ci estime qu’il est « équitable » de sacrifier les droits individuels des soldats, parce que des intérêts concurrents tels que la déployabilité, le contrôle et la discipline l’exigent. En ce sens, le professeur Hansen est tout simplement en désaccord avec l’orientation qu’ont prise la Cour suprême du Canada et la communauté internationale en ce qui concerne les normes d’équité de base dans un système de tribunaux.

[93] La SPR rejette la preuve du professeur Fidell et de M. Rehkopf, qui ne s’appuient pas uniquement sur leur opinion personnelle concernant ce qui est équitable, mais qui se fondent sur les directives de la Cour suprême du Canada à l’égard de l’équité pour évaluer le système des cours martiales américain. Étant donné que les arrêts de la Cour suprême du Canada lient la SPR et vu le rôle que jouent les normes établies dans la communauté internationale dans le contexte de la prise de décisions en vertu des articles 96 et 97 de la Loi, le demandeur fait valoir qu’il était déraisonnable que la SPR privilégie l’opinion du professeur Hansen. Il était également déraisonnable que la SPR rejette la directive donnée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Généreux* ainsi que les normes énoncées dans les instruments internationaux.

#### Peine différente

[94] Le demandeur a soutenu qu’une peine disproportionnée lui serait imposée aux États-Unis parce qu’il a publiquement exprimé ses opinions contre les guerres en Iraq et en Afghanistan. Selon le paragraphe 169 du Guide

says that punishment for desertion may result in persecution, if that punishment is differential.

[95] In *Hinzman*, above, the Federal Court of Appeal found that the vast majority of deserters from the U.S. military are not formally prosecuted. The applicant put forward evidence demonstrating that the few deserters who are prosecuted include those who are on public record as opponents of the U.S. war efforts. He also put forward evidence that these soldiers' public opinions were the reasons why they were chosen to be prosecuted rather than administratively discharged.

[96] In *Rivera*, above, the Court said at paragraphs 88 and 99:

In their PRRA application the Applicants introduced evidence and argument of a change of position by the U.S. military authorities; a cracking down on deserters who have spoken out publicly against the war in Iraq. Their point was that the state, or at least the military arm of the state, has now targeted for special treatment those who have gone AWOL and who have publicly expressed their opposition to the war in Iraq. This differential treatment involves a decision by the authorities to subject such people to court martial proceedings, rather than administrative discharge, and to punish them more harshly in order to make an example of them that will discourage others from taking similar action....

...

... The Principal Applicant provided ample evidence of the targeting of similarly situated individuals, but this evidence is never addressed from this perspective. In addition, there was also evidence before the Officer of prosecutors seeking harsher treatment, and judges imposing harsher sentences, for deserters who have spoken out against the war. This again raises the issue of the exercise of prosecutorial and judicial discretion in a way that discriminates against those soldiers who have expressed public opposition to the war in Iraq. In turn, this calls into question the procedural and state protection safeguards available to targeted individuals who are prosecuted (instead of receiving an administrative discharge) and who are punished harshly for their political opinions....

du HCNUR, une peine imposée pour la désertion peut constituer de la persécution si cette peine est différente.

[95] Dans l'arrêt *Hinzman*, précité, la Cour d'appel fédérale a conclu que la grande majorité des déserteurs de l'armée américaine n'étaient pas formellement poursuivis. Le demandeur a présenté des éléments de preuve montrant que les quelques déserteurs qui sont poursuivis incluent ceux qui ont fait publiquement part de leur opposition aux efforts de guerre des États-Unis. Il a également présenté des éléments de preuve montrant que les opinions publiques de ces soldats étaient les motifs pour lesquels ils étaient choisis comme cibles de poursuites plutôt que de faire l'objet d'un renvoi par mesure administrative.

[96] Dans la décision *Rivera*, précitée, la Cour a déclaré ce qui suit aux paragraphes 88 et 99 :

Dans leur demande d'ERAR, les demandeurs ont présenté des éléments de preuve et des arguments visant à démontrer que les autorités militaires américaines ont modifié leur position et appliquent des mesures plus sévères contre les déserteurs qui se sont prononcés publiquement contre la guerre en Iraq. Selon eux, l'État, ou tout au moins l'aile militaire de l'État, réserve maintenant un traitement spécial à ceux qui se sont absentes sans permission (ASP) et qui ont exprimé publiquement leur opposition à la guerre en Iraq. Cela signifie que les autorités ont décidé de les traduire devant la cour martiale, plutôt que de les renvoyer par mesure administrative, et de les punir plus sévèrement afin d'en faire des exemples et d'empêcher que d'autres commettent des actes similaires. [...]

[...]

[...] La demanderesse principale a produit de nombreux éléments de preuve sur le ciblage de personnes se trouvant dans une situation semblable, mais ces éléments n'ont jamais été considérés sous cet angle. De plus, l'agente a été saisie d'éléments de preuve démontrant que, pour ce qui concerne les déserteurs qui s'étaient prononcés contre la guerre, des procureurs demandaient à ce qu'ils soient traités plus sévèrement, et des juges leur infligeaient des peines plus sévères. Ce constat soulève à nouveau la question de l'exercice discriminatoire du pouvoir discrétionnaire du poursuivant et des juges à l'égard des soldats qui se sont publiquement exprimés contre la guerre en Iraq. Ce qui, à son tour, soulève des doutes sur les garanties procédurales et la protection de l'État dont bénéficient les personnes ciblées qui font l'objet de poursuites (plutôt que d'être renvoyées par mesure administrative) et qui sont punies sévèrement en raison de leurs opinions politiques.

[97] The applicant states that in finding that adequate state protection exists the RPD did not point to mechanisms within the system that protect against the discriminatory exercise of prosecutorial discretion. Instead, the RPD suggests that differential prosecution is a necessary and beneficial part of any criminal justice system.

[98] The findings above include the same errors that were made in *Vassey*—the RPD acknowledges that there is no corrective mechanism in the U.S. system for monitoring discretion, yet dismisses this risk factor by finding that discretion benefits the justice system. Even if this is true, prosecutorial discretion must nonetheless be exercised in an unbiased, lawful fashion.

[99] In *Vassey*, the Court said at paragraphs 77–81:

... This Court recognized the disproportionate prosecution for desertion of those who have spoken out against the wars in Iraq and Afghanistan.

For example, in *Rivera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267, Mr. Justice Russell reviewed a decision of the Board concerning the use of prosecutorial discretion to target individuals more severely through the court-martial process who have spoken out against the war. At paragraph 101, Justice Russell concluded of the Board's decision that:

...the whole state protection analysis needs to be reconsidered in the light of the stated risk, and supporting evidence, that the U.S. authorities will not neutrally apply a law of general application, but will target the Principal Applicant for prosecution and punishment solely because of her political opinion in a context where other deserters, who have not spoken out against the war in Iraq, have been dealt with by way of administrative discharge.

The Board in the case at bar largely ignored the evidence presented by the applicant about similarly situated individuals and prosecutorial discretion. The Board concluded that using

[97] Le demandeur soutient qu'en concluant à l'existence d'une protection de l'État adéquate, la SPR n'a pas mentionné les mécanismes de protection que renferme le système pour empêcher l'exercice discriminatoire du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. La SPR indique plutôt qu'un traitement différent quant à la poursuite engagée est un aspect nécessaire de tout système de justice criminelle et est bénéfique pour tout système de justice criminelle.

[98] Les conclusions susmentionnées comportent les mêmes erreurs que celles commises dans la décision *Vassey*. En effet, la SPR reconnaît que le système américain n'a aucun mécanisme de correction pour surveiller l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Or, elle rejette ce facteur de risque en concluant que le pouvoir discrétionnaire est bénéfique pour le système de justice. Même si cela est vrai, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite doit néanmoins être exercé avec impartialité et en respectant la loi.

[99] Dans la décision *Vassey*, la Cour a déclaré ce qui suit aux paragraphes 77 à 81 :

[...] La Cour a reconnu qu'un nombre disproportionné de personnes qui se sont prononcées contre les guerres en Iraq et en Afghanistan ont été effectivement poursuivies pour désertion.

Par exemple, dans la décision *Rivera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 814, le juge Russell a révisé une décision de la Commission en ce qui avait trait à l'utilisation du pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans le but d'infliger un traitement plus sévère aux individus s'étant prononcées contre la guerre par le moyen d'un procès en cour martiale. Au paragraphe 101, le juge Russell a conclu ce qui suit à propos de la décision de la Commission :

[...] il faut reprendre l'ensemble de l'analyse relative à la protection de l'État en tenant compte du risque allégué, et de la preuve à l'appui, à savoir que les autorités américaines n'appliqueront pas une loi d'application générale de façon neutre, mais qu'elles choisiront la demanderesse principale comme cible de poursuites et de sanctions simplement du simple fait de ses opinions politiques, alors que d'autres déserteurs, qui ne se sont pas prononcés contre la guerre en Iraq, ont fait l'objet de renvoi par mesure administrative.

En l'espèce, la Commission a largement ignoré la preuve présentée par le demandeur relativement à des individus placés dans des situations similaires et au pouvoir discrétionnaire du

prosecutorial discretion is a benefit to the justice system and is appropriate where there are aggravating factors.

Paragraph 169 of the UNCHR handbook indicates that:

A deserter or draft-evader may also be considered a refugee if it can be shown that he would suffer disproportionately severe punishment for the military offence on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. The same would apply if it can be shown that he has well-founded fear of persecution on these grounds above and beyond the punishment for desertion.

As such, the UNHCR handbook, as well as the jurisprudence above, hold that where prosecutorial discretion is used to inflict a disproportionately severe punishment on a deserter because of his or her political opinion, this may amount to persecution.

[100] The applicant submits that it is unreasonable to find that state protection against the risk of differential prosecution exists based solely on the fact that discretion is part of a criminal justice system. He further submits that a fulsome state protection analysis requires the RPD to look at how the system would protect an individual when prosecutorial discretion is exercised inappropriately.

#### Evidence of risk of differential punishment

[101] The applicant submits that the RPD's findings on the issue of differential prosecution were unreasonable. The RPD based its conclusion that the applicant did not face a risk of differential prosecution on a brief comparison of sentences received by those who did speak out against the war and those who did not. The RPD then lists a number of individuals—namely Tony Anderson, Abdullah William Webster and Ryan Jackson—who received higher sentences, and states [at paragraph 156] that “there is no persuasive evidence that these individuals publicly voiced any objections to the war.” The applicant submits this was unreasonable; there

poursuivant. La Commission a conclu que le système de justice bénéficiait de ce pouvoir discrétionnaire et que son exercice était approprié en présence de facteurs aggravants.

Le paragraphe 169 du Guide des procédures du HCNUJ indique que :

Un déserteur ou un insoumis peut donc être considéré comme un réfugié s'il peut démontrer qu'il se verrait infliger pour l'infraction militaire commise une peine d'une sévérité disproportionnée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Il en irait de même si l'intéressé peut démontrer qu'il craint avec raison d'être persécuté pour ces motifs, indépendamment de la peine encourue pour désertion.

À ce titre, il ressort du Guide des procédures du HCNUJ, ainsi que de la jurisprudence précitée, que l'utilisation du pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour infliger à un déserteur une peine d'une sévérité disproportionnée en raison de ses opinions politiques peut constituer de la persécution.

[100] Le demandeur soutient qu'il est déraisonnable que la SPR conclue à l'existence de la protection de l'État contre le risque de traitement différent quant à la poursuite en se fondant uniquement sur le fait que l'exercice du pouvoir discrétionnaire fait partie du système de justice criminelle. Il fait de plus valoir que la SPR est tenue, dans le cadre d'une analyse complète relative à la protection de l'État, d'examiner la façon dont le système protégerait une personne en cas d'exercice inapproprié du pouvoir discrétionnaire de poursuivre.

#### La preuve du risque de traitement différent quant à la sanction

[101] Le demandeur soutient que les conclusions de la SPR sur la question du traitement différent quant à la poursuite étaient déraisonnables. La SPR a fondé sa conclusion selon laquelle le demandeur n'était pas exposé à un risque de traitement différent à cet égard sur une brève comparaison des peines dont ont fait l'objet ceux qui se sont exprimés publiquement contre la guerre et ceux qui ne l'ont pas fait. La SPR énumère ensuite un certain nombre de personnes, à savoir Tony Anderson, Abdullah William Webster et Ryan Jackson, à qui des peines plus importantes ont été imposées et déclare [au paragraphe 156] qu'« [i]l n'existe aucun élément de

was clear evidence on record that all of these individuals were vocal opponents of U.S. war efforts.

[102] As regards Tony Anderson, there was a public article before the RPD explaining how he had been outspoken against the war in Iraq and was supported in his views by a number of organizations. He went AWOL for only 22 days, but received 14 months in a military jail as his sentence for desertion. Given that the above is directly contrary to the RPD's finding that there was no persuasive evidence before it that Tony Anderson publicly voiced any objections to the war, the applicant submits the RPD can be reasonably inferred to have ignored this evidence when rendering its decision on this point (*Ozdemir*, above).

[103] The information that the RPD does reference regarding the cases of Webster, Jackson and Anderson, consists of a chart from the online source Wikipedia entitled "Punishments given to Iraq war deserters" that was submitted to the site by the Minister. The name of the document itself suggests that these men are on record as opponents to the Iraq war. Furthermore, the source information cited within the Wikipedia article discusses the cases of different public objectors. Abdullah William Webster is called a "prisoner of conscience", and there are statements from the group Courage to Resist in support of Ryan Jackson.

[104] Professor Cohn and Ms. Gilbert also stated in their declaration, that it is commonplace that public statements against the war lead to heavier sentences for desertion. The statement of Eric Seitz, a military law attorney, says that since 2002 it is common that conscientious objectors are denied any leave from their military service, and have been "subjected to severe punishments including lengthy periods of incarceration" for their objections.

preuve convaincant montrant que ces personnes ont déclaré publiquement qu'elles s'opposaient à la guerre. » Le demandeur soutient que cette conclusion est déraisonnable. Il ressort clairement des éléments de preuve au dossier que toutes ces personnes s'étaient publiquement déclarées contre les efforts de guerre américains.

[102] En ce qui concerne Tony Anderson, la SPR disposait d'un article public expliquant la façon dont il s'était prononcé contre la guerre en Iraq et que plusieurs organisations appuyaient ses opinions. Il a été ASP pendant uniquement 22 jours, mais s'est vu imposer une peine de 14 mois dans une prison militaire pour désertion. Étant donné que ce qui précède contredit directement la conclusion de la SPR selon laquelle elle ne disposait d'aucun élément de preuve convaincant montrant que Tony Anderson s'était publiquement opposé à la guerre, le demandeur soutient qu'il est raisonnable d'inférer que la SPR n'a pas tenu compte de ces éléments de preuve lorsqu'elle a rendu sa décision sur ce point (arrêt *Ozdemir*, précité).

[103] Les renseignements que la SPR mentionne concernant les cas de Webster, de Jackson et d'Anderson sont présentés sous la forme d'un tableau, provenant de la source en ligne Wikipédia, intitulé « Punishments given to Iraq war deserters » [« peines imposées aux déserteurs de la guerre en Iraq »] soumis par le ministre. Le titre du document lui-même indique que ces hommes se sont opposés à la guerre en Iraq. De plus, la source de renseignements citée dans l'article Wikipédia discute des cas de différents opposants publics. Abdullah William Webster est décrit comme un [TRADUCTION] « prisonnier de conscience ». Il y a aussi des déclarations du groupe appelé Courage to Resist qui appuie Ryan Jackson.

[104] La professeure Cohn et M<sup>me</sup> Gilbert ont indiqué dans leur déclaration qu'il était courant que des déclarations publiques contre la guerre entraînent des peines pour désertion plus sévères. Selon la déclaration d'Eric Seitz, un avocat en droit militaire, il est courant depuis 2002 que des congés du service militaire ne soient pas accordés aux objecteurs de conscience et ils ont [TRADUCTION] « fait l'objet de peines sévères, y compris de longues périodes d'incarcération » pour leurs objections.

[105] The applicant submits there was significant evidence before the RPD that was overlooked in its analysis of this issue. He submits that the RPD spent considerable time summarizing the information before it, but failed to engage that material in a meaningful way. This renders the decision unreasonable.

#### The Respondent

##### State protection

[106] The respondent submits that the applicant's submissions fail to appreciate that he had a very heavy burden of establishing that state protection in the U.S. was not available to him. As the Supreme Court of Canada said in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 [at page 722], “[i]t is clear that the lynch-pin of the analysis is the state's inability to protect: it is a crucial element in determining whether the claimant's fear is well-founded” [emphasis in original]. There is a presumption of state protection, and the applicant must rebut it with “clear and convincing” evidence.

[107] The more democratic the country, the heavier the burden on the applicant (*Hinzman*, at paragraph 45). In *Hinzman*, the Federal Court of Appeal considered the case of a U.S. military deserter, and concluded that he was not entitled to refugee protection in Canada because state protection was available to him. The claimant had to exhaust all domestic avenues available to him without success before claiming refugee status in Canada.

##### Conformity with international standards

[108] As the RPD noted [at paragraph 70], comparing the home state's law to Canadian or international standards is “not the definitive test.” The Federal Court of Appeal has stated that in a free and independent country like the U.S., the claimant must establish “[e]xtraordinary circumstances” to demonstrate that state protection

[105] Le demandeur fait valoir que la SPR disposait d'éléments de preuve importants qui ont été ignorés lorsqu'elle a analysé cette question. Il soutient que la SPR a passé un temps considérable à résumer les renseignements dont elle disposait, mais qu'elle a omis d'examiner ces documents de façon significative, ce qui rend la décision déraisonnable.

#### Le défendeur

##### La protection de l'État

[106] Selon le défendeur, les observations du demandeur ne tiennent pas compte de la très grande importance du fardeau pour établir qu'il ne pouvait pas se prévaloir de la protection de l'État aux États-Unis. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 [à la page 722], « [i]l est clair que l'analyse est axée sur l'incapacité de l'État d'assurer la protection: c'est un élément crucial lorsqu'il s'agit de déterminer si la crainte du demandeur est justifiée » [souligné dans l'original]. Il y a une présomption de protection de l'État et le demandeur doit la réfuter au moyen d'une preuve « claire et convaincante ».

[107] Plus un pays est démocratique, plus lourd est le fardeau qui incombe au demandeur (*Hinzman*, au paragraphe 45). Dans l'arrêt *Hinzman*, la Cour d'appel fédérale a examiné le cas d'un déserteur de l'armée américaine et a conclu qu'il n'était pas admissible à l'asile au Canada parce qu'il pouvait se prévaloir de la protection de l'État. Le demandeur d'asile était tenu d'épuiser tous les recours disponibles aux États-Unis sans avoir obtenu gain de cause avant de demander l'asile au Canada.

##### La conformité aux normes internationales

[108] Comme l'a souligné la SPR [au paragraphe 70], la comparaison entre le droit de l'État d'origine et les normes canadiennes ou internationales ne constitue pas le « critère définitif ». La Cour d'appel fédérale a déclaré que dans un pays libre et indépendant comme les États-Unis, le demandeur doit établir l'existence de

is ineffective (*Satiacum*, above [at paragraph 26]). Examples have been circumstances that “tended to impeach the total system of prosecution, jury selection or judging” or the “independence of the fair-mindedness of the judiciary itself” [at paragraph 19 of *Satiacum*, above] (*Usta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1525, at paragraphs 15 and 16; *Tuck v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 138, 268 F.T.R. 243, at paragraph 14).

[109] The respondent submits that no such evidence was adduced in the present case. In fact, the evidence suggests there are sufficient checks and balances within the military justice system; instances of unlawful command influence do not mean that the entire military justice system has been impeached. As said in *Satiacum* [at paragraph 25], “[t]he notion of a fair trial and independent judicial system must make allowance for the self-correcting mechanisms within the system”.

[110] The respondent submits that the RPD put forward a reasonable explanation for preferring the opinion of Professor Hansen: he focused on whether the U.S. system was fair, and not on whether it was compliant with Canadian and U.K. law—that is not the test.

#### Violation of international law

[111] The respondent points out that paragraph 171 of the UNHCR Handbook makes clear that “[n]ot every conviction... will constitute a sufficient reason for claiming refugee status after desertion or draft-evasion.” Punishment for desertion may amount to persecution where the military action in question “is condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct”.

[112] In the Federal Court’s decision in *Hinzman*, it was explained that in determining whether a

« circonstances exceptionnelles » pour montrer que la protection de l’État est inefficace (arrêt *Satiacum*, précité). Parmi des exemples de telles circonstances, mentionnons celles « qui tendent à entâcher tout le régime de poursuites, la sélection du jury ou le jugement » [arrêt *Satiacum*, précité] ou celles où « l’indépendance ou le sens de l’équité des juges est en cause » [arrêt *Satiacum*, précité] (*Usta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1525, aux paragraphes 15 et 16; *Tuck c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 138, au paragraphe 14).

[109] Le défendeur soutient qu’aucun élément de la sorte n’a été présenté en l’espèce. En fait, les éléments de preuve tendent à indiquer que le système de justice militaire comporte suffisamment de mesures de contrôle. Les cas d’influence indue de la chaîne de commandement ne signifient pas que l’ensemble du système de justice militaire a été entâché. Comme l’a déclaré la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Satiacum*, « [l]a notion de procès équitable dans un système judiciaire équitable et impartial doit tenir compte des mécanismes de correction qu’offre le système ».

[110] Le défendeur fait valoir que la SPR a présenté une explication raisonnable pour privilégier l’opinion du professeur Hansen : il a mis l’accent sur la question de savoir si le système américain était équitable et non sur celle de savoir s’il respectait le droit canadien et britannique, ce qui n’était pas le critère.

#### Violation du droit international

[111] Le défendeur souligne qu’il ressort clairement du paragraphe 171 du Guide du HCNUR que « [n]’importe quelle conviction [...] ne peut justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié après désertion ou après insoumission ». La peine prévue pour la désertion peut constituer de la persécution lorsque l’action militaire en cause est « condamné[e] par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires ».

[112] La décision *Hinzman* de la Cour fédérale explique que pour décider si les actions d’un gouvernement

government's actions fall within the scope of paragraph 171, the three factors listed in *Krotov*, above, must be considered. The first factor is (*Hinzman*, at paragraph 139):

... the level and nature of the conflict, and the attitude of the relevant governmental authority towards it, has reached a position where combatants are or may be required on a sufficiently widespread basis to act in breach of the basic rules of human conduct generally recognized by the international community.

The respondent submits that this is fatal to the applicant's case; he has not established that the attitude of the U.S. government has met this threshold.

[113] Just because isolated incidents of breaches of international humanitarian law occurred, it does not mean that the U.S. government sanctioned this behaviour. As noted by the Federal Court in *Hinzman* [at paragraph 169], “[i]t is generally accepted that isolated breaches of international humanitarian law are an unfortunate but inevitable reality of war”.

#### Unlawful order defence

[114] The respondent says that the applicant's submissions on this issue are unclear: on one hand he concedes that the RPD understood that the unlawful order defence does not apply to the charge of desertion; but he then argues that the RPD did not understand the law.

[115] In U.S. military law, the defence is available in respect of refusing an order that is unlawful but cannot be used as a defence to desertion (*Vassey*, above). The respondent submits that the RPD understood this but it was simply not convinced that the unavailability of this defence rebutted the presumption of state protection. This finding was open to the RPD. The evidence was that the reason why someone left the military can be admitted as part of sentencing. This is similar to the state of the law in Canada.

tombent sous le coup du paragraphe 171, il faut prendre en compte les trois facteurs énumérés dans l'arrêt *Krotov*, précité. Le premier facteur est le suivant (*Hinzman*, au paragraphe 139) :

[...] le niveau et la nature du conflit, ainsi que l'attitude des autorités gouvernementales compétentes, sont tels que les combattants sont ou peuvent être tenus de commettre des actes contraires aux règles fondamentales de conduite de façon généralisée et généralement reconnues par la communauté internationale.

Selon le défendeur, ce facteur est fatal à la demande du demandeur, car celui-ci n'a pas établi que l'attitude du gouvernement américain satisfaisait à ce critère.

[113] La simple survenance d'incidents isolés de violations du droit humanitaire international ne signifie pas que le gouvernement américain autorisait cette conduite. Comme l'a souligné la Cour fédérale dans la décision *Hinzman* [au paragraphe 169], « [i]l est généralement accepté que les violations isolées du droit humanitaire international constituent un aspect regrettable, mais inévitable des conflits ».

#### Le moyen de défense de l'ordre illégal

[114] Le défendeur fait valoir que les observations du demandeur sur ce point ne sont pas claires : d'une part, il admet que la SPR a compris que le moyen de défense de l'ordre illégal ne s'appliquait pas à une accusation de désertion, et d'autre part, il prétend que la SPR n'a pas compris le droit.

[115] En droit militaire américain, ce moyen de défense peut être invoqué par un accusé qui a refusé d'obéir à un ordre illégal, mais il ne peut être invoqué comme moyen de défense pour une accusation de désertion (décision *Vassey*, précitée). Le défendeur soutient que la SPR l'a compris, mais qu'elle n'était tout simplement pas convaincue que l'impossibilité d'invoquer ce moyen de défense réfutait la présomption de la protection de l'État. Il était loisible à la SPR de tirer cette conclusion. La preuve indiquait que le motif pour lequel une personne quittait l'armée pouvait être admis dans le cadre de la détermination de la peine. Il en est de même dans l'état actuel du droit au Canada.

[116] The respondent further submits that as outlined above, the incidents described by the applicant do not fall under paragraph 171 of the UNHCR Handbook. It is therefore speculative that the applicant would even be able to use this defence at all.

#### Evidence of similarly situated individuals

[117] The applicant's arguments regarding the evidence of similarly situated people erroneously assumes that punishment for evading military service must be considered persecution for political opinion in all cases where the refusal to perform military duties is motivated by political opinion. However, the Federal Court of Appeal made clear in *Zolfagharkhani*, above, at page 550, that "a claimant's political motivation cannot alone govern any decision as to refugee status."

[118] The respondent submits that it was open to the RPD to find that the applicant had not proven on a balance of probabilities that deserters with public profiles had received disproportionately severe sentences. Some of the applicant's own evidence said that "prosecutor's discretion varies from area to area and no one matter is taken into consideration in prosecution of these matters". In *Vassey*, the Court reiterated that the onus is on the applicant to present evidence to prove this issue on a balance of probabilities. The respondent submits that the applicant has not done so.

#### The Applicant's Reply

[119] The respondent asserts that the applicant's argument that the U.S. military justice system must meet international standards is "untenable", yet does not reconcile this statement with the wording of section 97 of the Act, nor with the authorities set out by the applicant. Instead, the respondent asserts that *Satiacum* sets

[116] Comme nous l'avons vu, le défendeur prétend de plus que les incidents décrits par le demandeur ne tombent pas sous le coup du paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Le fait que le demandeur serait même en mesure d'invoquer ce moyen de défense relève donc de la conjecture.

#### La preuve concernant des personnes se trouvant dans une situation semblable

[117] Les arguments du demandeur relatifs à la preuve concernant des personnes se trouvant dans une situation semblable supposent à tort que la peine pour éviter le service militaire doit être considérée comme de la persécution pour cause d'opinions politiques dans tous les cas où la motivation du refus d'accomplir des fonctions militaires est fondée sur des opinions politiques. La Cour d'appel fédérale a cependant clairement déclaré dans l'arrêt *Zolfagharkhani*, précité, à la page 550, que « la motivation politique d'un demandeur ne peut à elle seule régir la décision sur son statut de réfugié ».

[118] Selon le défendeur, il était loisible à la SPR de conclure que le demandeur n'avait pas prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que les déserteurs ayant un profil public avaient fait l'objet de peines disproportionnellement sévères. Certains éléments de preuve du demandeur lui-même indiquent que [TRADUCTION] « le pouvoir discrétionnaire du poursuivant varie d'une région à une autre et plus d'un élément est pris en compte pour la poursuite de ces cas ». Dans la décision *Vassey*, la Cour a répété qu'il incombait au demandeur de présenter des éléments de preuve pour prouver cette question selon la prépondérance des probabilités. Le défendeur soutient que le demandeur ne l'a pas fait.

#### La réponse du demandeur

[119] Selon le défendeur, la prétention du demandeur selon laquelle le système de justice militaire américain doit répondre aux normes internationales est [TRADUCTION] « insoutenable », mais il ne concilie pas cette déclaration avec le libellé de l'article 97 de la Loi ni avec la jurisprudence présentée par le demandeur. Le défendeur

out a test of “extraordinary circumstances” to rebut the presumption of state protection.

[120] The applicant submits that the respondent has misstated the test that applies to state protection. The applicable test is the one set out in *Ward*, above. This test does not include a requirement that a claimant establish “extraordinary circumstances”, regardless of their country of origin. The comments of the Federal Court of Appeal in *Satiacum* went to the nature of the evidence that might be necessary to impeach a tribunal system in a developed democracy like the United States. This is not the legal test for rebutting the presumption of state protection.

[121] The respondent claims that mechanisms such as JAG officers and protections against unlawful command influence are examples of self-corrective mechanisms which make the U.S. military justice system fair. The applicant points out that similar arguments were put forward in *Vassey*, and were rejected. It was not disputed that these mechanisms exist; what was disputed is whether they make the system fair.

[122] Notwithstanding the differences in opinion as to how to measure fairness, it is uncontested that when standards that are internationally recognized as being basic features of a tribunal system are used as the measuring stick, the U.S. court-martial system falls short (*Vassey*).

[123] The respondent claims that the mere existence of self-correcting mechanisms is enough to demonstrate the adequacy of the state protection. However, the respondent does not provide information as to how these checks and balances actually provide adequate protection in operation and what protection is expected in an “adequate” system. The *Satiacum* decision actually supports the applicant’s argument that a system which is not independent and impartial cannot provide adequate state protection. The [Federal] Court of Appeal said in *Satiacum* [at paragraph 19] that:

soutient plutôt que l’arrêt *Satiacum* énonce un critère relatif aux « circonstances exceptionnelles » pour réfuter la présomption de protection de l’État.

[120] Le demandeur fait valoir que le défendeur a mal énoncé le critère qui s’applique à la protection de l’État. Le critère applicable est le critère énoncé dans l’arrêt *Ward*, précité. Ce critère n’exige pas qu’un demandeur établisse des « circonstances exceptionnelles », peu importe son pays d’origine. Les commentaires de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Satiacum* visaient la nature de la preuve qui pourrait être nécessaire pour entacher un système de tribunaux dans une démocratie développée comme les États-Unis. Ce n’est pas le critère juridique pour réfuter la présomption de protection de l’État.

[121] Le défendeur soutient que des mécanismes tels que les représentants du JAG et les mesures de protection contre l’influence indue de la chaîne de commandement sont des exemples de mécanismes d’autocorrection qui font en sorte que le système de justice militaire américain est équitable. Le demandeur souligne que des arguments semblables ont été présentés dans la décision *Vassey* et qu’ils ont été rejetés. L’existence de ces mécanismes n’est pas contestée. Ce qui était contesté était la question de savoir s’ils rendaient le système équitable.

[122] Nonobstant les divergences d’opinions sur la façon de mesurer l’équité, nul ne conteste que lorsque des normes reconnues internationalement comme caractéristiques de base d’un système judiciaire sont utilisées comme point de référence, le système de cours martiales des États-Unis ne répond pas à ces normes (*Vassey*).

[123] Le défendeur soutient que la simple existence de mécanismes d’autocorrection est suffisante pour démontrer que la protection de l’État était adéquate. Le défendeur ne fournit cependant pas de renseignements sur la façon dont ces mesures de contrôle assurent dans la pratique une protection adéquate lorsqu’elles sont appliquées et le type de protection à laquelle on s’attend dans un système « adéquat ». L’arrêt *Satiacum* appuie en fait la prétention du demandeur qu’un système qui n’est pas indépendant et impartial ne peut assurer une protection de l’État adéquate. Voici ce qu’a déclaré la Cour d’appel [fédérale] dans l’arrêt *Satiacum* :

In the absence of exceptional circumstances established by the claimant, it seems to me that in a Convention refugee hearing, as in an extradition hearing, Canadian tribunals have to assume a fair and independent judicial process in the foreign country. In the case of a nondemocratic State, contrary evidence might be readily forthcoming, but in relation to a democracy like the United States contrary evidence might have to go to the extent of substantially impeaching, for example, the jury selection process in the relevant part of the country, or the independence or fair-mindedness of the judiciary itself. [Footnote: In *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein* (1989), 96 N.R. 321 (S.C.C.), decided June 8, 1989, the Supreme Court of Canada allowed extradition to the United States for trial of Canadian citizens arrested in Canada for alleged offences which took place in Canada and for which they could have been tried in Canada. LaForest, J., for the majority held that “the effective prosecution and the suppression of crime is a social objective of a pressing and substantial nature” (at p. 29) and that “It is not for this Court to pass upon the validity of the laws of other countries” (at p. 31). Wilson, J., in dissent appeared to make an exception of the United States: “The system of justice in the United States, which happens to be the requesting state in this case, may be very similar to our own and the proceedings there may closely parallel the proceedings here. But this will not necessarily be so in the case of all requesting states” (at p. 14). A similar comment was made by Sopinka, J., in dissent: “I cannot agree with this characterization when viewed against the spectrum of nations to which a citizen can be extradited. Our citizens may be extradited not only to the United States but to countries where systems are radically different and whose laws provide none of the traditional protections for persons charged” (at p. 2).

[124] The applicant points out that the decision under review in *Vassey* was very similar, and the Court found it to be unreasonable on this point.

[125] Furthermore, the applicant submits that the standards for fairness that are enshrined in the Canadian Charter are not exceptional rights, but are basic rights from which any deviation requires express justification. The Supreme Court of Canada held in *Généreux* that it was not in the interests of a free and democratic society to deny members of the military the right to a hearing before an independent and impartial tribunal.

En l’absence d’une preuve de circonstances exceptionnelles faite par le revendicateur, il me semble que lors de l’audition d’une revendication du statut de réfugié, comme dans une requête en extradition, les tribunaux canadiens doivent tenir pour acquis qu’il existe un processus judiciaire équitable et impartial dans le pays étranger. Dans le cas d’un État non démocratique, il peut être facile de faire la preuve contraire, mais en ce qui a trait à un État démocratique comme les États-Unis, il se peut qu’il faille aller jusqu’à démontrer, par exemple, que le processus de sélection du jury est gravement atteint dans la région en question ou que l’indépendance ou le sens de l’équité des juges est en cause [Note de bas de page : Dans l’arrêt *Les États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, rendu le 8 juin 1989; la Cour suprême du Canada a permis l’extradition vers les États-Unis, en vue d’un procès, de citoyens canadiens arrêtés au Canada pour des infractions apparemment commises au Canada, qui auraient pu faire l’objet de poursuites au Canada. Au nom de la majorité, le juge La Forest conclut que « les poursuites criminelles fructueuses et la répression du crime constituent un objectif social qui se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles » (à la p. 29) et qu’« il n’appartient pas à cette Cour de se prononcer sur la validité des lois d’autres pays » (à la p. 31). En dissidence, le juge Wilson semble faire une exception pour les États-Unis : « Le système de justice des États-Unis, qui sont l’État requérant en l’espèce, est peut-être très semblable au nôtre et les procédures qui y ont cours sont peut-être aussi très analogues aux nôtres. Mais il n’en est pas nécessairement de même dans le cas de tous les États requérants » (à la p. 14). Le juge Sopinka reprend des propos semblables dans son opinion dissidente : « Je ne puis souscrire à cette qualification compte tenu de l’éventail des pays vers lesquels un citoyen peut être extradé. Nos citoyens peuvent être extradés non seulement vers les États-Unis, mais encore vers des pays où les systèmes sont radicalement différents et dont les lois ne fournissent aucune des protections traditionnelles aux accusés » (à la p. 2).

[124] Le demandeur souligne que la décision faisant l’objet du contrôle dans la décision *Vassey* était très semblable et que la Cour a conclu qu’elle était déraisonnable sur ce point.

[125] De plus, le demandeur soutient que les normes d’équité qui sont enchâssées dans la Charte canadienne ne sont pas des droits exceptionnels, mais des droits fondamentaux à l’égard desquels toute dérogation doit être expressément justifiée. Dans l’arrêt *Généreux*, la Cour suprême du Canada a statué qu’il n’était pas dans l’intérêt d’une société libre et démocratique de refuser aux militaires le droit à une audition par un tribunal indépendant et impartial.

[126] In regards to jury selection, in *Trépanier v. R.*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498 (*J.S.K.T.*), the Court Martial Appeal Court of Canada said, at paragraphs 95 and 103–105:

Thus, the question becomes, as a result of section 165.14 and subsection 165.19(1) of the NDA, the following: does the fact of giving the choice of the trier of facts to the prosecution unjustifiably violate or compromise the accused's constitutional right to full answer and defence and to control that defence which is required by the principles of fundamental justice? We think so for the reasons given by this Court in its unanimous opinion in *Nystrom*, at paragraphs 71 to 86. We have summarized them and reproduced the paragraphs in the present reasons under the heading: The *obiter dictum* of this Court in *R. v. Nystrom*: see paragraphs 59 to 62.

...

For the reasons given, we believe that section 165.14, subsection 165.19(1) and article 111.02(1) of the QR&Os violate section 7 and paragraph 11d) of the Charter. In our view, to give the prosecution, in the military justice system, the right to choose the trier of facts before whom the trial of a person charged with serious *Criminal Code* offences will be held, as do section 165.14 and subsection 165.19(1) of the NDA, is to deprive that person, in violation of the principles of fundamental justice, of the constitutional protection given to offenders in the criminal process to ensure the fairness of their trial. Unless a justification can be provided under section 1 of the Charter, these provisions violate section 7 and paragraph 11d) of the Charter and are of no force and no effect.

Counsel for the respondent has conceded that if the above provisions are found to be unconstitutional by this Court, they cannot be saved under section 1 of the Charter. This approach is consistent with the finding of retired Chief Justice Lamer in his Report that he has “been unable to find a military justification for disallowing an accused charged with a serious offence the opportunity to choose between a military judge alone and a military judge and panel, other than expediency”. He went on to add “When it comes to a choice between expediency on the one hand and the safety of the verdict and fairness to the accused on the other, the factors favouring the accused must prevail”.

As Lamer J. once said in *R. v. Brouillard*, [1985] 1 S.C.R. 39, at paragraph 24, where fairness of the process appeared to have been compromised by the judge's numerous interventions when

[126] En ce qui concerne la sélection du jury, dans l'arrêt *Trépanier c. R.*, 2008 CACM 3 (*J.S.K.T.*), la Cour d'appel de la cour martiale du Canada a déclaré ce qui suit aux paragraphes 95 et 103 à 105 :

Aussi la question, vu l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la LDN, se pose-t-elle comme suit : le fait de donner le choix du juge des faits à la poursuite enfreint-il ou compromet-il de façon injustifiable le droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de contrôler cette défense, droit qui procède des principes de justice fondamentale? Nous croyons que oui, pour les motifs exposés par notre Cour au soutien de son opinion unanime dans *Nystrom*, aux paragraphes 71 à 86. Nous avons résumé ces motifs et en avons reproduit des paragraphes dans la partie des présents motifs intitulée « *Les remarques incidentes de la Cour dans l'arrêt R. c. Nystrom* » : voir les paragraphes 59 à 62.

[...]

Pour les motifs exposés ci-dessus, nous estimons que l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) ainsi que le paragraphe 111.02(1) des ORFC violent l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte. À notre avis, le fait de donner à la poursuite, dans le système de justice militaire, le droit de choisir le juge des faits devant lequel se déroulera le procès d'une personne accusée d'infractions graves au *Code criminel*, comme le font l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la LDN, a pour effet de priver cette personne, en violation des principes de justice fondamentale, de la protection constitutionnelle reconnue aux contrevenants dans le régime criminel en vue d'assurer l'équité du procès qu'ils doivent subir. À moins de pouvoir être justifiées au titre de l'article premier de la Charte, les dispositions en cause violent l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte et sont inopérantes.

L'avocate de l'intimée a reconnu que si notre Cour déclarait inconstitutionnelles les dispositions en cause, celles-ci ne pourraient être sauvegardées par application de l'article premier de la Charte. Cette position concorde avec la conclusion énoncée par le juge en chef à la retraite Lamer, qui dit dans son rapport avoir été « incapable de trouver une raison d'ordre militaire expliquant pourquoi une personne accusée d'une infraction grave n'aurait pas le droit de choisir entre un procès devant un juge militaire seul et un procès devant un juge militaire et un comité, autre que la commodité », et qui ajoute : « Or, lorsqu'il faut choisir entre, d'une part, la commodité et, d'autre part, la sûreté du verdict et le traitement équitable de l'accusé, ce sont les facteurs favorables à l'accusé qui doivent prévaloir ».

Comme le juge Lamer l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Brouillard*, [1985] 1 R.C.S. 39, au paragraphe 24, alors le caractère équitable du processus semblait avoir été compromis par

the accused testified, it should be borne in mind that at the end of the day the accused is the only one who may be leaving the court in handcuffs. At the end of a trial before a court martial, it is also the accused, not the prosecutor, who will be escorted to his or her harsh conditions of detention or imprisonment.

[127] When discussing whether members of the military should be afforded different rights under the law merely because of their military status or rank, the Court in *J.S.K.T.* had the following to say, at paragraph 113:

At the choice of the prosecution, are junior officers in the Canadian Forces less deserving of protection with a trial by a panel of three members, or no panel at all before a judge alone, than senior officers with a panel of five senior ranking officers? Should junior officers, at the choice of the prosecution, be possibly subjected to less equality before and under the law than more senior officers? It is disturbing that in 2008 these questions can still be asked and that these possibilities still exist under the NDA when our Charter promoting equality before and under the law was enacted in 1982 and, on this particular point, came into effect in 1985, nothing less than 23 years ago.

[128] The language used by the Court in the above mentioned passages speaks of fundamental justice, not exceptional protections. The applicant submits that the threshold for “adequate” protection cannot fall so low as to permit a justice system to fail basic fairness standards.

[129] The applicant also submits that there was evidence before the RPD of routine breaches of the Geneva Convention, not isolated incidents. Similar conduct was at issue in *Key*. The applicant’s personal evidence was that these breaches were routine; he did not testify that they were specific incidents. The applicant reiterates that his many examples of condemned military conduct would substantiate a claim under paragraph 171 of the UNHCR Handbook.

[130] The applicant states that the Court need not determine whether this conduct actually amounted to a breach of the Geneva Convention; what is at issue is the

les nombreuses interventions du juge pendant le témoignage de l’accusé, il ne faut pas perdre de vue qu’au bout du compte, l’accusé est le seul qui risque de quitter le prétoire les menottes au poing. À l’issue d’un procès devant une cour martiale, c’est aussi l’accusé, non le poursuivant, qui est escorté vers ses dures conditions de détention ou d’emprisonnement.

[127] Dans l’arrêt *J.S.K.T.*, lorsque la Cour a analysé la question de savoir si les militaires devraient se voir accorder des droits différents simplement en raison de leur statut ou de leur grade militaire, voici ce qu’elle a déclaré au paragraphe 113 :

Au choix de la poursuite, les officiers subalternes des Forces canadiennes méritent-ils moins de protection, subissant un procès devant un comité formé de trois membres ou devant un juge seul sans aucun comité, que les officiers supérieurs qui comparaissent devant un comité formé de cinq officiers supérieurs? Convient-il que les officiers subalternes, au choix du poursuivant, soient exposés à ne pas avoir droit, devant la loi et dans l’application de la loi, à un traitement égal à celui des officiers de grade supérieur? Il est préoccupant qu’en 2008 ces questions puissent encore être posées et que ces possibilités continuent d’exister sous le régime de la LDN, alors que notre Charte, qui protège l’égalité de tous devant la loi et dans l’application de la loi, a été adoptée en 1982 et, sur ce point précis, est entrée en vigueur en 1985, voilà déjà 23 ans.

[128] Dans les passages reproduits ci-dessus, la Cour parle de justice fondamentale, et non de protections exceptionnelles. Le demandeur soutient que le critère relatif à la protection « adéquate » ne peut être si peu élevé qu’il permette qu’un système de justice ne respecte pas les normes d’équité de base.

[129] Le demandeur fait aussi valoir que la SPR disposait d’éléments de preuve montrant des violations régulières de la Convention de Genève et non des incidents isolés. Une conduite semblable était en cause dans la décision *Key*. Selon la preuve se rapportant à l’expérience personnelle du demandeur, ces violations étaient courantes. Dans son témoignage, il n’a pas déclaré qu’il s’agissait d’incidents particuliers. Le demandeur réitère que les nombreux exemples de conduite militaire condamnée qu’il a présentés étaient une demande d’asile en vertu du paragraphe 171 du Guide du HCNUR.

[130] Selon le demandeur, il n’est pas nécessaire que la Cour décide si la conduite constituait dans les faits une violation de la Convention de Genève. L’enjeu est

RPD's treatment of the evidence. The RPD did not reference any of the hundreds of pages of documentary evidence detailing the U.S. military's actions.

[131] Regarding the defence of unlawful order, the applicant agrees that the RPD did understand that this defence is not available when an individual is charged with desertion, but it erroneously determined that the defence of unlawful order in the U.S. would encompass all of the military conduct falling under paragraph 171, when in fact it does not. Paragraph 171 is broader than the U.S. defence of unlawful order. This same error was committed in *Vassey*.

[132] The respondent asserts that "no functioning military can allow its soldiers to pick and choose the conflicts that they agree with or they would choose to support". However, the applicant submits that a state protection analysis is not concerned with the effective functioning of the military. The two issues were (a) whether the applicant was associated with conduct falling under paragraph 171 of the UNHCR Handbook and (b) the applicant will be punished for refusing to participate in such actions. If the applicant will be punished for his absence irrespective of his association with condemned military conduct under paragraph 171, he is entitled to international protection from that punishment.

[133] The applicant says that the respondent has misunderstood his argument on differential persecution. He is not saying that persecution arises in every situation where a refusal to perform military service is motivated by political opinion. Persecution arises when the individual receives a more severe punishment due to his or her political opinion (*Vassey*). Furthermore, cases such as *Vassey*, *Hinzman*, and *Walcott* [*Walcott v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 415, 98 Imm. L.R. (3d) 216] have found that outspoken critics of the U.S. war efforts are singled out for persecution.

la façon dont la SPR a traité les éléments de preuve. La SPR n'a mentionné aucune des centaines de pages de preuve documentaire décrivant en détail les actions militaires des États-Unis.

[131] En ce qui a trait au moyen de défense de l'ordre illégal, le demandeur convient que la SPR a bien compris qu'il ne peut être invoqué lorsqu'une personne est accusée de désertion, mais elle a conclu à tort qu'il visait, aux États-Unis, l'ensemble de la conduite militaire tombant sous le coup du paragraphe 171, alors que ce n'est pas le cas. Le paragraphe 171 a une portée plus large que le moyen de défense de l'ordre illégal qui peut être invoqué aux États-Unis. Cette même erreur a été commise dans la décision *Vassey*.

[132] Selon le défendeur, [TRADUCTION] « aucune armée en activité ne peut permettre que ses soldats choisissent les conflits avec lesquels ils sont d'accord ou ceux qu'ils décident de soutenir ». Le demandeur soutient cependant qu'une analyse relative à la protection de l'État ne se préoccupe pas du fonctionnement efficace de l'armée. Les deux questions étaient les suivantes : a) le demandeur était-il associé à une conduite tombant sous le coup du paragraphe 171 du Guide du HCNUR; b) le demandeur sera-t-il sanctionné pour avoir refusé de participer à ces actions. Advenant l'imposition au demandeur d'une peine pour son absence peu importe son association à une conduite militaire condamnée en vertu du paragraphe 171, il a droit à la protection internationale contre cette peine.

[133] Le demandeur affirme que le défendeur a mal compris son argument concernant le traitement différent assimilable à de la persécution. Le demandeur ne dit pas que toutes les situations dans lesquelles le refus d'accomplir le service militaire est motivé par des opinions politiques donnent lieu à de la persécution. Il y a persécution lorsque la personne se voit imposer une peine plus sévère en raison de ses opinions politiques (*Vassey*). De plus, il a été statué dans des affaires telles que *Vassey*, *Hinzman* et *Walcott* [*Walcott c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 415] que les personnes qui critiquaient ouvertement les efforts de guerre américains étaient choisies comme cibles de persécution.

## The Respondent's Further Memorandum of Argument

[134] The respondent submits that the applicant did not make any meaningful efforts to seek state protection before claiming refugee status in Canada. His attempts to transfer or qualify for a non-combatant position do not rise to the level of efforts required of him as a citizen of a highly democratic country like the United States. Furthermore, the Canadian and United Kingdom military justice systems are not the tests for state protection. This is the reason the RPD preferred the affidavit of Professor Hansen.

[135] The applicant also did not establish that a recognized international standard exists in regards to military tribunals. Canada cannot impose its constitutional standards on other countries (*Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500). The Court has held that valid U.S. laws, such as the *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ), should be given a presumption of validity and neutrality (*Tuck*, above). The onus is on the applicant to show that these laws are persecutory.

[136] Further, the cases of *Findlay* and *Généreux* do not create a binding standard. *Findlay* dealt with the right to an independent and impartial tribunal under the European Convention of Human Rights, an instrument not binding on the U.S. or Canada. *Généreux* dealt with a system of military justice that lacked many of the safeguards that are in place in the U.S. system, including things such as three-year appointments for judges, the right of selection of judge or jury, provisions preventing a judge from being reprimanded and a separate chain of command for military judges who are senior members of the military.

[137] The Federal Court of Appeal held in *Satiacum*, above, that in the absence of proof to the contrary the RPD must assume a fair trial. It would require “extraordinary” circumstances to impeach the justice system in the U.S. The RPD did not think the evidence adduced reached this standard; instances of unlawful command influence do not mean the entire military justice system has been impeached.

## Le mémoire supplémentaire du défendeur

[134] Le défendeur soutient que le demandeur n'a pas fait d'efforts significatifs pour se prévaloir de la protection de l'État avant de présenter une demande d'asile au Canada. Ses tentatives visant à être transféré ou à être admissible à un poste de non-combattant n'atteignent pas le niveau d'efforts requis de la part d'un citoyen d'un pays hautement démocratique comme les États-Unis. De plus, les systèmes de justice militaire du Canada et du Royaume-Uni ne constituent pas les critères en ce qui concerne la protection de l'État, et c'est pourquoi la SPR a privilégié l'affidavit du professeur Hansen.

[135] Le demandeur n'a pas non plus établi l'existence d'une norme internationale reconnue relativement aux tribunaux militaires. Le Canada ne peut imposer ses normes constitutionnelles à d'autres pays (*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500). La Cour a statué que des lois américaines valides, comme l'*Uniform Code of Military Justice* (UCMJ), devraient bénéficier de la présomption de validité et de neutralité (décision *Tuck*, précitée). Il incombe au demandeur de démontrer que ces lois sont source de persécution.

[136] En outre, les arrêts *Findlay* et *Généreux* ne créent pas une norme ayant force obligatoire. L'arrêt *Findlay* portait sur le droit à un tribunal indépendant et impartial conformément à la Convention européenne des droits de l'homme, soit un instrument qui ne lie ni les États-Unis ni le Canada. L'arrêt *Généreux* portait quant à lui sur un système de justice militaire où n'existaient pas bon nombre des garanties que comporte le système américain, comme des mandats de trois ans pour les juges, le droit de sélectionner le juge ou le jury, les dispositions empêchant un juge d'être réprimandé et une chaîne de commandement distincte pour les juges militaires qui sont des cadres supérieurs des forces armées.

[137] Dans l'arrêt *Satiacum*, précité, la Cour d'appel fédérale a statué qu'en l'absence d'une preuve contraire, la SPR doit tenir pour acquise la tenue d'un procès équitable. L'existence de circonstances « exceptionnelles » serait nécessaire pour entacher le système de justice américain. La SPR n'a pas estimé que les éléments de preuve présentés répondaient à cette norme. L'existence de cas d'influence indue de la chaîne de commandement

[138] The respondent submits that the news articles and affidavits submitted by the applicant do not establish that deserters with public profiles are specifically targeted; they show that no one factor is taken into consideration in prosecution. This evidence is speculative, and does not establish on a balance of probabilities that military deserters receive higher sentences. In *Vassey*, the Court held that the applicant could present evidence of similarly situated individuals, but he still had to show that all avenues open to him would have resulted in unfair treatment on a balance of probabilities. As stated in *Landry v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 594, 345 F.T.R. 275, at paragraph 29:

The laws of the United States pertaining to desertion are supposedly neutral and general in application. It was not unreasonable for the member to hold that that presumption was not ousted by affidavits from other deserters, or even indications that over time the penalties have become harsher. In 2005, there were more than 4,000 desertions. A handful of affidavits hardly forms the basis for a statistical analysis.

[139] Secondly, the evidence adduced by the applicant showed that sentences given to the outspoken people ranged from 6 months to 15 months, while sentences for other people ranged from 100 days to 14 months. Contrary to what the applicant submits, the evidence does not establish that the latter group had a public profile prior to the decision to prosecute, and it is difficult to attribute this alleged difference solely to a public profile.

[140] Further, the circumstances surrounding desertion is not an irrelevant factor for a prosecutor to consider. In *Lowell v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 649, the Court said, at paragraph 26:

The fact that there is prosecutorial discretion involved, such that those in the applicant's circumstances may receive a jail

ne signifie pas que l'ensemble du système de justice militaire est discrédité.

[138] Selon le défendeur, les articles de journaux et les affidavits présentés par le demandeur n'établissent pas que les déserteurs ayant un profil public sont expressément ciblés. Ils montrent que plusieurs facteurs sont pris en compte pour engager une poursuite. Ces éléments de preuve sont de nature conjecturale et n'établissent pas, selon la prépondérance des probabilités, que les déserteurs militaires font l'objet de peines plus sévères. Dans la décision *Vassey*, la Cour a statué que le demandeur pouvait présenter des éléments de preuve concernant des personnes se trouvant dans une situation semblable, mais qu'il devait quand même démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les recours qui s'offraient à lui auraient tous conduit à un traitement inéquitable. La Cour fédérale a déclaré ce qui suit dans la décision *Landry c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 594, au paragraphe 29 :

Les lois américaines sur la désertion sont censées être neutres et d'application générale. Il n'était pas déraisonnable pour le commissaire de conclure que la présomption n'était pas écartée par les affidavits des autres déserteurs, ni même d'indiquer que les peines sont de plus en plus sévères avec le temps. En 2005, il y a eu plus de 4 000 désertions. Quelques affidavits ne peuvent servir de fondement à une analyse statistique.

[139] De plus, les éléments de preuve qu'a présentés le demandeur ont démontré que les peines infligées aux personnes qui s'exprimaient publiquement variaient de 6 mois à 15 mois, tandis que les peines imposées à d'autres personnes variaient entre 100 jours et 14 mois. Contrairement à ce que le demandeur prétend, la preuve n'établit pas que les membres du deuxième groupe avaient un profil public avant que la décision de poursuivre ne soit prise et il est difficile d'attribuer cette prétendue différence uniquement à un profil public.

[140] En outre, les circonstances entourant une désertion ne constituent pas un facteur pertinent que doit prendre en compte un poursuivant. Dans la décision *Lowell c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 649, la Cour a déclaré ce qui suit au paragraphe 26 :

L'existence du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, de sorte que ceux qui se trouvent dans la situation du demandeur

term while others may not, does not in itself establish that he will be subject to hardship of the sort that is contemplated in a positive H&C application. The fact is that there is a range of possible sentences to which the applicant may be exposed. As the Officer noted, the evidence indicates that he is not likely to serve more than 15 months and only then after receiving due process.

[141] In addition, the respondent submits that the RPD properly understood the availability of the defence of unlawful order, and that it is not available for a charge of desertion. However, it stated that other defences to the physical act of being absent are available, such as in the *Huet-Vaughn* decision. The reason for desertion is also admissible during sentencing. The fact that motive is inadmissible as a defence does not render state protection in the U.S. inadequate. The respondent also states that the decision in *Key* is of limited assistance as the Court chose not to assess the availability of state protection in that case.

[142] The incidences described by the applicant do not amount to conduct that falls under the first part of the test for paragraph 171 of the UNHCR Handbook. Thus, it is speculative that the unlawful order defence would even apply to these facts. Further, the respondent submits that paragraph 171 is irrelevant to the applicant's claim. The issue here is prosecution for desertion, and not any potential charges for refusing to engage in acts that may fall under paragraph 171.

[143] The *Vassey* decision also does not assist the applicant in the way that he submits. That decision turned on the RPD's failure to provide adequate reasons as to why it determined that motive was inapplicable to the charge of desertion, it did not opine on the availability of the unlawful command defence under paragraph 171.

peuvent faire l'objet d'une peine d'emprisonnement alors que d'autres non, ne montre pas en soi qu'il subira des difficultés de la sorte visée dans une demande CH qui est accueillie. Le fait est qu'il existe une gamme de peines possibles auxquelles le demandeur peut être exposé. Comme l'a souligné l'agente, la preuve indique qu'il est peu probable qu'il purge plus de 15 mois, et ce, uniquement après avoir bénéficié de l'application régulière de la loi.

[141] De plus, le défendeur soutient que la SPR a bien compris la possibilité d'invoquer le moyen de défense de l'ordre illégal et que celui-ci ne peut être opposé à une accusation de désertion. La SPR a cependant déclaré qu'il était possible de recourir à d'autres moyens de défense pour l'absence physique, comme celui invoqué dans l'arrêt *Huet-Vaughn*. Le motif de désertion est également admissible lors de la détermination de la peine. Le fait que le motif est inadmissible comme moyen de défense ne rend pas inadéquate la protection de l'État aux États-Unis. Le défendeur fait également valoir que la décision *Key* est peu utile, puisque la Cour a choisi de ne pas examiner la disponibilité de la protection de l'État dans cette affaire.

[142] Les incidents décrits par le demandeur ne constituent pas une conduite visée par la première partie du critère prévu au paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Ainsi, l'application du moyen de défense de l'ordre illégal à ces faits est de nature conjecturale. Le défendeur soutient en outre que le paragraphe 171 n'est pas pertinent pour la prétention du demandeur. La question en l'espèce concerne une poursuite pour désertion et non la possibilité d'accusations pour avoir refusé de se livrer à des actes qui peuvent tomber sous le coup du paragraphe 171.

[143] La décision *Vassey* n'aide pas non plus le demandeur de la façon dont il le prétend. Cette décision concernait l'omission de la SPR de fournir des motifs suffisants quant à la raison pour laquelle elle avait conclu que le motif n'était pas pertinent pour l'accusation de désertion. Elle n'a formulé aucune opinion quant à la possibilité d'invoquer le moyen de défense de l'ordre illégal en vertu du paragraphe 171.

## ANALYSIS

State protection—Is the U.S. system of military justice impartial and independent?

[144] In *Vassey*, Justice Scott dealt with a judicial review application that had striking similarities with what is presently before me. The decision maker was the same, Mr. Vassey was a member of the same unit in the 82nd Airborne Division as the applicant, and similar evidence was presented by counsel.

[145] I think it is instructive to take a look at how Justice Scott assessed the situation before him, at paragraphs 62–68 in *Vassey*:

The Court agrees with the respondent that the findings of the Federal Court of Appeal in *Hinzman* and *Satiacum*, above, are binding on this Court and were so on the Board, it cannot interpret these cases as overturning the Supreme Court’s decision in *Ward* above. The Supreme Court clearly stated in *Ward* that a refugee claimant can rebut the presumption of state protection with evidence of similarly situated individuals let down by the arrangement of state protection.

It was therefore open to the applicant to present evidence of similarly situated individuals showing that the system of military justice in the United States was not a domestic avenue available to him in seeking state protection due to the lack of independence, impartiality or the lack of defences to the charge of desertion. But he also had to show on a balance of probabilities that all of the avenues that were open to him would have resulted in an unfair treatment because of the U.S. military system of justice.

The Board, in turn, was under a duty to consider all evidence before it. This duty did not require the Board to summarize all of the evidence in its decision so long as it properly addressed evidence which contradicted its conclusions (see *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Florea v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 598 (C.A.)(QL)). The duty to assess this evidence increased with the expert nature of the affiants providing it (see *Gunes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 664; *Begashaw v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 462, 82 Imm. L.R. (3d) 309).

## ANALYSE

Protection de l’État — Le système de justice militaire américain est-il impartial et indépendant?

[144] Dans la décision *Vassey*, le juge Scott devait se prononcer sur une demande de contrôle judiciaire qui comportait des similitudes étonnantes avec la présente affaire. Le décideur était le même, M. Vassey appartenait à la même unité de la 82<sup>e</sup> division aéroportée que le demandeur et l’avocat avait présenté des éléments de preuve semblables.

[145] Je crois qu’il est intéressant de jeter un œil sur la façon dont le juge Scott a apprécié la situation devant lui aux paragraphes 62 à 68 dans la décision *Vassey* :

La Cour convient avec le défendeur que les conclusions de la Cour d’appel fédérale dans *Hinzman* et *Satiacum*, précités, lient la Cour et qu’elles liaient également la Commission, mais elle ne peut interpréter ces arrêts comme infirmant l’arrêt *Ward*, précité, de la Cour suprême. La Cour suprême a statué de manière claire dans *Ward* qu’un revendicateur d’asile peut réfuter la présomption de protection de l’État en établissant que des personnes placées dans une situation semblable n’ont pas pu bénéficier du dispositif de protection étatique.

Le demandeur avait donc la possibilité de présenter des éléments de preuve sur des individus placés dans une situation semblable pour démontrer que le système de justice militaire aux États-Unis n’offrait pas une avenue dont il pouvait se prévaloir dans son pays afin d’obtenir la protection de l’État, étant donné l’absence d’indépendance ou d’impartialité ou l’absence de moyens de défense relativement à l’accusation de désertion. Mais le demandeur devait également démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les recours qui s’offraient à lui auraient tous conduit à un traitement inéquitable à cause du système de justice militaire américain.

Il incombait à la Commission, quant à elle, de prendre en considération l’ensemble des éléments de preuve présentés. Cela ne l’obligeait pas à résumer dans sa décision tous les éléments de preuve, dans la mesure où elle traitait de manière appropriée des éléments qui contredisaient ses conclusions (voir *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Florea c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 598 (C.A.) (QL)). L’obligation d’apprécier ces éléments de preuve était une expertise des experts affiants qui les présentaient (voir *Gunes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 664; *Begashaw c.*

The Board's duty to explain itself increases directly with the relevance of the evidence provided.

The evidence presented by the applicant on the independence and impartiality of the court-martial system in the U.S. emanated from several individuals arguably experts in U.S. military law. Mr. Fidell is a Professor of law at Yale University and the President of the National Institute of Military Justice since 1991. Mr. Rehkopf was a judge advocate in the U.S. Air Force since 1976 and has been practicing military law for 34 years. Ms. Cohn is a law professor and has published widely on disengagement from the military in the United States.

After summarizing the evidence on for several pages, the Board's analysis of the five affiant's evidence was somewhat limited. The only conclusion drawn by the Board is that while UCI is a problem, it can be raised as a defence. This and the self-correcting mechanism of Article 37 [of the UCMJ] demonstrate that state protection is available. The Board did not comment specifically on all the evidence of the affiants which directly stated that these self-correcting mechanisms were ineffective. The Board did not address the findings of the affiants on the jury selection process, the lack of tenure provided to military judges and the inadequacy of appellate judges. Nor did it indicate why it preferred the evidence of Professor Hansen to that of the four other affiants. But nonetheless it concluded, at paragraph 93 of its decision, that: "Effectiveness in state protection is a consideration but I find that, on a balance of probabilities, the evidence does not substantially impeach the US military system." Was this conclusion of the Board reasonable?

As Mr. Justice de Montigny held in *Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1194, [2011] 1 F.C.R. 36, also commenting [at paragraph 52] on the Board's assessment of Mr. Rehkopf: "it was not sufficient to summarize the evidence presented by the applicant. The Board member should have addressed that evidence and discussed it in his reasons". Justice de Montigny further held, at paragraph 69, that:

... I am of the view that his affidavit was not just a lay opinion which the board could reject without providing reasons for doing so. Mr. Rehkopf obviously had a long experience as a military lawyer and has acted as defense

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 462).

L'obligation de la Commission de s'expliquer s'inscrit en proportion directe à la pertinence des éléments de preuve présentées.

Les éléments de preuve présentés par le demandeur sur l'indépendance et l'impartialité du système de cour martiale aux É.-U. provenaient de plusieurs personnes reconnues comme des experts du droit militaire américain. M. Fidell est professeur de droit à l'université Yale et président du National Institute of Military Justice depuis 1991. M. Rehkopf, qui a été un juge-avocat dans la U.S. Air Force, a publié de nombreux articles sur les façons de se désengager de l'armée aux États-Unis.

Or, après avoir résumé les éléments de preuve pendant plusieurs pages, la Commission se contente d'une analyse quelque peu limitée des dépositions des cinq experts affiants. Sa seule conclusion veut que, bien qu'elle soit problématique, l'influence illicite des commandements peut néanmoins constituer un moyen de défense. Cela ainsi que les mécanismes autocorrecteurs prévus à l'article 37 [de l'UCMJ] démontrent l'existence de la protection de l'État. La Commission n'a fait aucun commentaire particulier sur les déclarations des experts affiants sur l'inefficacité de ces mécanismes autocorrecteurs. La Commission ne traite pas de leurs conclusions quant au processus de sélection du jury, l'absence d'inamovibilité des juges militaires et l'insuffisance des juges en appel. Elle n'indique pas non plus pour quelles raisons elle préférerait la déposition du professeur Hansen à celle des quatre autres experts affiants. Mais elle a néanmoins conclu ainsi au paragraphe 93 de sa décision : « L'efficacité de la protection de l'État est un facteur à prendre en considération, mais j'estime que, selon la prépondérance des probabilités, les éléments de preuve ne montrent pas que le système de justice militaire américain est gravement atteint ». Cette conclusion de la Commission était-elle raisonnable?

Comme le juge de Montigny l'a écrit dans la décision *Smith c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1194, [2011] 1 R.C.F. 36, alors qu'il faisait également un commentaire [au paragraphe 52] sur l'évaluation d'une déposition de M. Rehkopf par la Commission, « il ne suffisait pas pour le commissaire de résumer la preuve présentée par la demanderesse. Il aurait dû l'examiner et l'évaluer dans ses motifs ». Le juge de Montigny a ajouté ceci au paragraphe 69 :

[...] je suis d'avis que son affidavit valait plus que l'opinion d'une personne ordinaire que le commissaire pouvait rejeter sans motif. De toute évidence, M. Rehkopf avait beaucoup d'expérience en tant qu'avocat militaire

counsel, prosecutor and judge for many years. It was open to the Board, of course, to prefer other evidence to that provided by Mr. Rehkopf.

The Court finds the Board's lack of analysis of the evidence before it concerning the independence and impartiality of the U.S. court-martial system, as well as the lack of reasons for preferring contrary evidence to that of the applicant to be unreasonable since the documentary evidence ignored by the Board in its reasons goes to one of the central issues of the applicant's claim. [Emphasis in original.]

[146] In the present case, the same RPD member makes it clear [at paragraph 69] that he has "had the opportunity to review the decision of the Federal Court in regard to Christopher Marco Vassey, who served in the same unit as the claimant in this matter and was in Afghanistan for some of the same period of time and I have taken it into consideration in analyzing this matter." [Footnote omitted.]

[147] With the benefit of the guidance provided by *Vassey*, the RPD then goes about assessing whether the U.S. system of military justice is impartial and independent [at paragraphs 70–73]:

Is the US system of military justice impartial and independent? It was submitted by the claimant that the US military justice system does not meet the requirements for an independent and impartial tribunal as set out by the Supreme Court of Canada in the *Généreux* decision. Comparing another country's laws and a system of justice to those in Canada is one aspect in analyzing this issue but it is not the definitive test. The test is whether, on a balance of probabilities, the state protection provided by the country is adequate. I set out the opinions presented in this matter in order to assess the submissions of the claimant.

The Minister tendered an article and two affidavits from Professor [Victor Hansen]. The claimant provided two affidavits from [Donald Rehkopf Jr.], as well as an affidavit from Professor [Eugene R. Fidell] and an affidavit from Professor [Marjorie Cohn] and [Kathleen Gilberd] on this issue.

et avait agi à titre d'avocat de la défense, de procureur et de juge pendant de nombreuses années. Le commissaire était tout à fait libre de se fier à une autre preuve qu'à celle fournie par M. Rehkopf.

La Cour conclut que l'omission par la Commission d'apprécier les éléments de preuve sur l'indépendance et l'impartialité du système des cours martiales américain et d'expliquer pourquoi elle préférerait des éléments de preuve contraires à ceux du demandeur était déraisonnable, car les éléments de preuve documentaire dont la Commission n'a pas tenu compte dans ses motifs touchent à l'une des questions centrales soulevées par la revendication du demandeur. [Souligné dans l'original.]

[146] En l'espèce, le même commissaire de la SPR indique clairement [au paragraphe 69] qu'il a « eu la possibilité d'examiner la décision de la Cour fédérale en ce qui concerne Christopher Marco Vassey, qui a servi dans la même unité que celle du demandeur d'asile en l'espèce et qui était en Afghanistan au même moment pendant un certain temps, et [qu'il en a] tenu compte dans le cadre de [s]on analyse de la présente affaire » [note en bas de page omise].

[147] Suivant les enseignements de la décision *Vassey*, la SPR a précisé ensuite la question de savoir si le système de justice militaire américain est impartial et indépendant [aux paragraphes 70 à 73] :

Le système de justice militaire américain est-il impartial et indépendant? Il a été soutenu par le demandeur d'asile que le système de justice militaire américain ne satisfaisait pas aux exigences relatives à un tribunal indépendant et impartial établies par la Cour suprême du Canada dans la décision *Généreux*. Comparer les lois et le système judiciaire d'un autre pays à ceux du Canada constitue l'un des aspects à considérer dans l'analyse de cette question, mais il ne s'agit pas du critère définitif. Le critère consiste à établir, selon la prépondérance des probabilités, si la protection de l'État offerte par le pays est adéquate. J'expose les opinions présentées dans cette affaire afin d'évaluer les observations du demandeur d'asile.

Le ministre a présenté un article et deux affidavits rédigés par le professeur [Victor Hansen]. Le demandeur d'asile a présenté deux affidavits rédigés par [Donald Rehkopf fils], ainsi qu'un affidavit rédigé par le professeur [Eugene R. Fidell] et un affidavit rédigé par la professeure [Marjorie Cohn] et [Kathleen Gilberd] concernant cette question.

All these individuals basically agreed that the military commander in the USA has a central role in the military justice system. The commander often initiates investigations into alleged misconduct. The commander responsible for the military suspect will determine what charges, if any, will be brought against the service member. The commander determines what level of court-martial (summary court-martial, special court-martial, or general court-martial) will adjudicate the case. The commander also selects the military panel (jurors) who will hear the case.

In the *Généreux* case, the Supreme Court of Canada found that the structure and constitution of the General Court Martial, as it existed at that time, did not comply with the requirements of s. 11(d) of the *Charter of Rights and Freedoms*. The essential conditions of judicial independence were not met. The Court reviewed three essential conditions. [Footnotes omitted.]

[148] The RPD then reviews and assesses the evidence on point. In general, the conflicts in the evidence are summarized by the RPD, at paragraphs 78–79 of the decision as follows:

In their affidavits, [Donald Rehkopf Jr.] and Professor [Eugene R. Fidell], among other matters, analyze how the US military justice system compares with the three areas of essential conditions of judicial independence set out in the *Généreux* case. They conclude that the US military justice system does not meet most of these conditions. The affidavit of [Marjorie Cohn] and [Kathleen Gilberd] also states that the power of the military commander in the USA military justice system is a problem for providing a fair trial for the accused.

In his affidavit, Professor [Hansen] acknowledges the role of the military commander in the US system but he states that there are sufficient checks and balances within the system to prevent a person receiving an unfair disposition in their case. He states that the military justice is one of the primary tools a military commander has to maintain discipline within the ranks. He maintains that there are statutory protections against Unlawful Command Influence (UCI). He states that the most important protection against UCI is Article 37 of the *Unified Code of Military Justice* (UCMJ). He says that this article specifically precludes any commander from censoring, reprimanding or admonishing any military member, military judge, or counsel with respect to the findings or sentence of a court or with respect to the functions of the court. Article 37(a) also proscribes anyone from attempting to exercise unauthorized influence on any member of the military court or tribunal. Article 37(b) prevents anyone from commenting on or considering a person's performance of duty as a member of a

Toutes ces personnes ont fondamentalement reconnu que le commandant militaire aux États-Unis joue un rôle clé dans le système de justice militaire. C'est souvent le commandant qui ordonne des enquêtes sur des allégations de mauvaise conduite. Le commandant responsable du militaire soupçonné détermine quelles accusations seront portées contre lui, le cas échéant. Le commandant détermine quel palier de la cour martiale (cour martiale simplifiée, cour martiale spéciale ou cour martiale générale) statuera sur le cas. Le commandant sélectionne aussi le tribunal militaire (jurés) qui instruira l'affaire.

Dans l'affaire *Généreux*, la Cour suprême du Canada a conclu que la structure et la constitution de la cour martiale générale de l'époque ne répondaient pas aux exigences prévues à l'alinéa 11d) de la *Charte des droits et libertés*. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire n'étaient pas respectées. La Cour a examiné trois conditions essentielles. [Notes en bas de page omises.]

[148] La SPR a ensuite examiné et apprécié les éléments de preuve portant sur ce point. Elle a résumé de façon générale les conflits présentés en preuve aux paragraphes 78 et 79 de la décision :

Dans leurs affidavits, [Donald Rehkopf fils] et le professeur Professor [sic] [Eugene R. Fidell] analysent, entre autres questions, la manière dont le système de justice militaire américain correspond aux trois domaines de conditions essentielles de l'indépendance judiciaire établies dans l'affaire *Généreux*. Ils concluent que le système de justice militaire américain ne respecte pas la majorité de ces conditions. Dans leur affidavit, [Marjorie Cohn] et [Kathleen Gilberd] indiquent également que le pouvoir du commandant du système de justice militaire américain pose problème pour ce qui est de fournir un procès équitable aux accusés.

Dans son affidavit, le professeur [Hansen] reconnaît le rôle du commandant militaire dans le système américain, mais affirme qu'il comporte des mécanismes de surveillance suffisants pour que l'accusé bénéficie d'un traitement équitable de son cas. Il déclare que la justice militaire est l'un des principaux outils du commandant pour maintenir la discipline dans les rangs. Il soutient qu'il existe des mesures de protection réglementaires contre l'influence indue de la chaîne de commandement (Unlawful Command Influence — UCI). Il affirme que la mesure de protection la plus importante contre l'UCI est l'article 37 du code unifié de la justice militaire (*Unified Code of Military Justice* — UCMJ). Il dit que cet article interdit précisément à un commandant de censurer, de réprimander ou d'admonester tout militaire, un juge militaire ou un avocat relativement à toute décision de la cour ou peine prononcée par la cour ou relativement aux fonctions du tribunal. L'alinéa 37a) interdit aussi de tenter d'exercer une influence non autorisée sur un membre d'une cour martiale ou

court-martial in the evaluation and efficiency reports or when considering that person's suitability for promotion, assignment, chance for or retention within the military. He also states that in addition to this statutory protection against UCI, military appellate courts have willingly entertained allegations of UCI in the appellate review process.

[149] The RPD then summarizes the evidence on both sides of the argument and the member comes to the conclusion that he prefers Professor Hansen's evidence. Donald Rehkopf Jr., Professor Fidell, Professor Cohn and Kathleen Gilberd are all at odds with Professor Hansen over whether the U.S. military justice system is fair. They say it does not accord with the principles set out by the Supreme Court of Canada in *Généreux*. As Donald Rehkopf Jr. puts it, Professor Hansen's claims of significant checks and balances may look good on paper, but the reality of the U.S. court-martial system is that UCI continues to be a significant problem.

[150] The RPD then summarizes, at paragraphs 107–109, the arguments on both sides and comes to its conclusions on this issue:

The test for determining whether state protection is available in reviewing a country's judicial system is not that it conforms to the Canadian system or any other country's system, but whether the protection afforded by the system is adequate.

I prefer Professor [Hansen's] opinion to the others. He states that he has read Professor [Fidell's] affidavit and he has a great respect for him, however, this is an area where they disagree. Professor [Hansen] acknowledges the changes that occurred in Canada and the UK but he does not believe that the US system has to change just because the other countries have changed their systems. He analyzed the various factors in the US system, as outlined above, and finds that the system is still fair. The fact that the foreign system of justice does not comply with the Canadian system or the systems of other countries does not mean that the protection provided by that system is inadequate. For example, the criminal justice system in some countries is based on the inquisitorial model and not on an adversarial model. That does not mean that the system is

d'un tribunal. Selon l'alinéa 37b), il est interdit de commenter ou d'examiner le rendement au travail d'une personne en qualité de membre d'une cour martiale dans des rapports d'évaluation et du rendement, ou au moment de déterminer l'admissibilité d'une personne en vue d'une promotion, d'une affectation, d'une possibilité d'entrée dans l'armée ou d'un maintien en poste dans l'organisation. Il soutient aussi que, en plus de cette mesure de protection contre l'UCI, les cours d'appel militaires ont volontairement accueilli des allégations d'UCI dans le processus de contrôle des appels.

[149] La SPR résume ensuite la preuve des deux parties concernant cette question et le commissaire conclut qu'il privilégie le témoignage du professeur Hansen. Donald Rehkopf fils, le professeur Fidell, la professeure Cohn et Kathleen Gilberd sont tous en désaccord avec le professeur Hansen sur la question de l'équité du système de justice militaire américain. Ils affirment que ce système de justice n'est pas conforme aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Généreux*. Comme l'a déclaré Donald Rehkopf fils, les prétentions du professeur Hansen concernant des mesures de contrôle importantes peuvent sembler légitimes en théorie, mais dans la réalité du système de cours martiales aux États-Unis, l'UCI continue d'être un problème important.

[150] La SPR poursuit, aux paragraphes 107 à 109, avec un résumé des prétentions des deux parties et parvient à ses conclusions sur cette question :

Au cours de l'examen du système judiciaire d'un pays, pour évaluer s'il existe une protection de l'État, le critère applicable est celui de savoir si la protection offerte par le système est adéquate, et non celui de savoir si cette protection est conforme à celle offerte par le système canadien ou par le système de tout autre pays.

Je privilégie l'opinion du professeur [Hansen] à celle des autres. Il dit qu'il a lu l'affidavit du professeur [Fidell] et qu'il éprouve un grand respect envers lui. Toutefois, il s'agit d'un aspect sur lequel ils ne sont pas d'accord. Le professeur [Hansen] reconnaît les changements apportés par le Canada et le Royaume-Uni, mais il ne croit pas que des modifications doivent être apportées au système américain simplement parce que c'est ce qu'ont fait les autres pays. Il a analysé les divers facteurs liés au système américain, comme il a déjà été mentionné, et il estime que le système demeure équitable. Le fait que le système de justice étranger ne soit pas conforme à celui du Canada ou d'un autre pays ne veut pas dire que la protection offerte par ce système est inadéquate. Par exemple, le système de justice pénale de certains pays repose

inadequate, simply because it does not conform to the Canadian model or any other international model.

I find that the US military justice system would provide adequate protection for the claimant.

[151] The logic is difficult to follow here. Mr. Rehkopf and Professor Fidell, supported by Professor Cohn and Kathleen Gilberd, tell us, essentially, that the U.S. military justice system is unfair because it does not satisfy the principles of fairness set out by the Supreme Court of Canada in *Généreux*. Professor Hansen says that there are checks and balances that render it fair, but he does not say that it complies with *Généreux*. So it is not possible to understand what Professor Hansen means by fairness or what principles he is using to measure fairness. Professor Hansen is clear that the U.S. system is not like the Canadian or the U.K. systems, but he does not believe that the U.S. system has to change just because other countries have changed their system. He finds that the U.S. system is still fair, but it is not clear what he means by fairness and what standards he is using to measure fairness. For example, can a system that does not conform with *Généreux* principles be fair? The RPD does not answer this question. It says [at paragraph 107] that:

The test for determining whether state protection is available in reviewing a country's judicial system is not that it conforms to the Canadian system or any other country's system but whether the protection afforded by the system is adequate.

[152] Obviously, fairness must have something to do with adequacy, or the RPD would not need to embark upon this inquiry. So the logic is that the U.S. system is adequate because Professor Hansen says that, even though it does not conform with Canada's system and the *Généreux* principles, it is still fair. The other witnesses say it is inadequate because it is unfair, and it is unfair because it does not conform to *Généreux* principles. Relying upon Professor Hansen, the RPD says that

sur le modèle inquisitoire et non sur un modèle accusatoire. Cela ne signifie pas que le système est inadéquat simplement parce qu'il n'est pas conforme au modèle canadien ou à tout autre modèle international.

J'estime que le système de justice militaire des É.-U. assurerait une protection adéquate au demandeur d'asile.

[151] Cette logique est difficile à suivre. M. Rehkopf et le professeur Fidell, appuyés par la professeure Cohn et Kathleen Gilberd, nous disent essentiellement que le système de justice militaire américain est inéquitable parce qu'il ne répond pas aux principes d'équité énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Généreux*. Par ailleurs, selon le professeur Hansen, il existe des mesures de contrôle qui rendent le système équitable, mais il ne dit pas que le système respecte les principes énoncés dans l'arrêt *Généreux*. Il est donc difficile de comprendre ce que le professeur Hansen veut dire lorsqu'il parle d'équité ou les principes qu'il utilise pour évaluer l'équité. Le professeur Hansen déclare clairement que le système américain est différent du système canadien et du système britannique, mais il ne croit pas que le système américain doive être modifié simplement parce que d'autres pays ont changé leur système. Il conclut que le système américain est quand même équitable. Or, on ne sait pas vraiment ce qu'il entend par équité ni quelles sont les normes qu'il utilise pour mesurer l'équité. Par exemple, un système qui ne respecte pas les principes énoncés dans l'arrêt *Généreux* peut-il être équitable? La SPR répond à cette question comme suit [au paragraphe 107] :

Au cours de l'examen du système judiciaire d'un pays, pour évaluer s'il existe une protection de l'État, le critère applicable est celui de savoir si la protection offerte par le système est adéquate, et non celui de savoir si cette protection est conforme à celle offerte par le système canadien ou par le système de tout autre pays.

[152] De toute évidence, l'équité doit avoir un lien avec le caractère adéquat, sinon il ne serait pas nécessaire que la SPR entreprenne cette analyse. Le raisonnement est donc que le système américain est adéquat parce que le professeur Hansen dit que, même s'il n'est pas conforme au système du Canada et aux principes énoncés dans l'arrêt *Généreux*, il est quand même équitable. Les autres témoins déclarent qu'il est inadéquat parce qu'il est inéquitable et il est inéquitable parce qu'il ne

the U.S. system is adequate because it is still fair, and it is fair because ... ? We just do not know, unless the RPD is saying that it is fair because Professor Hansen thinks it is fair, and that is good enough for the RPD.

[153] It seems to me that if the RPD is going to reject using Canadian and international standards as a guide to what is adequate when it comes to the fairness of a justice system, then it needs to make it very clear what standards it is using to assess fairness and adequacy.

[154] It is noteworthy that neither Professor Hansen nor the RPD dispute that the U.S. military justice system does not conform to Canadian or internationally recognized fairness standards. The evidence before the RPD is that it clearly does not comply with such standards. The RPD's position is that failure to comply with such standards does not render state protection inadequate. In my view, this results in two reviewable errors. First of all, it means the decision lacks justification, transparency and intelligibility because it is not possible to ascertain what the RPD means by fairness in the U.S. system or why that fairness equates with adequacy when it obviously falls short of Canadian and international standards. In addition, I do not think the decision can be said to fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law because, as the applicant states, it is an error in law to conclude that a system which fails to meet basic fairness standards that are internationally recognized to be fundamental to any tribunal system can, nevertheless, provide adequate state protection.

[155] I also concur with and adopt as part of my reasons, the applicant's argument that:

The legislature has expressly indicated that decisions made under the *Act*—which would include assessments of state protection under sections 96 and 97—must be consistent with the *Charter*, and must comply with Canada's obligations under international

respecte pas les principes énoncés dans l'arrêt *Généreux*. S'appuyant sur le professeur Hansen, la SPR déclare que le système américain est adéquat parce qu'il est quand même équitable et il est équitable parce que [...] ? Nous ne le savons tout simplement pas, à moins que la SPR ne dise qu'il est équitable parce que le professeur Hansen estime qu'il l'est et que c'est suffisant pour la SPR.

[153] Il me semble que si la SPR rejette le recours aux normes canadiennes et internationales comme guide de ce qui est adéquat quant à l'équité d'un système de justice, elle doit indiquer clairement les normes qu'elle utilise pour en apprécier l'équité et le caractère adéquat.

[154] Il convient de noter que ni le professeur Hansen ni la SPR ne conteste le fait que le système de justice militaire américain ne respecte pas les normes d'équité canadiennes ou reconnues internationalement. Il ressort clairement des éléments de preuve dont disposait la SPR que le système ne respecte pas ces normes. Selon la position de la SPR, la non-conformité du système à ces normes ne rend pas la protection de l'État inadéquate. À mon avis, cela donne lieu à deux erreurs susceptibles de révision. Premièrement, cela signifie que la décision n'est pas justifiée, transparente et intelligible parce qu'il n'est pas possible de déterminer ce que veut dire la SPR lorsqu'elle parle d'équité dans le système américain ni la raison pour laquelle l'équité équivaut au caractère adéquat lorsque, de toute évidence, le système de justice américain n'est pas conforme aux normes canadiennes et internationales. En outre, j'estime qu'on ne peut dire que la décision appartient aux issues possibles acceptables qui peuvent se justifier au regard des faits et du droit. En effet, comme le demandeur le déclare, c'est commettre une erreur de droit que de conclure qu'un système non conforme aux normes d'équité de base reconnues internationalement comme étant fondamentales pour tout système de tribunaux peut néanmoins assurer une protection de l'État adéquate.

[155] De même, je fais mien et incorpore à mes motifs l'argument suivant du demandeur :

[TRADUCTION] Le législateur a expressément indiqué que les décisions rendues en vertu de la Loi, qui pourraient inclure des évaluations de la protection de l'État en vertu des articles 96 et 97, doivent être compatibles avec la Charte et doivent respecter

human rights instruments. Section 3 of the *Act* provides, in part, the following:

(3) Application—This Act is to be construed and applied in a manner that

...

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory

While section 3(3)(f) of the *IRPA* does not incorporate into Canadian law “international human rights instruments to which Canada is a signatory”, it does direct “that the *Act* must be construed and applied in a manner that complies with” these instruments.

It is submitted that an interpretation of “adequate” state protection, wherein “adequate” is permitted to fall *below* standards set out in international human rights instruments to which Canada is a signatory, is not an interpretation that would comply with these instruments. Therefore, the Board’s conclusion that a system that fails to meet the standards is nonetheless adequate, is unreasonable and contrary to section 3(3)(f) of the *Act*.

[156] I also agree with the applicant that the UNHCR Handbook itself makes it clear that in determining whether prosecution amounts to persecution, “national authorities may frequently have to take decisions by using their own national legislation as a yardstick” and that “recourse may usefully be had to the principles set out in the various international instruments relating to human rights, in particular the International Covenants on Human Rights, which contain binding commitments for the State’s parties and are instruments to which many State’s parties to the 1951 Convention have acceded.” See UNHCR, chapter 2(d), paragraph 60. In the present case, the RPD has clearly disregarded these guidelines and principles.

[157] I further agree with the applicant that the RPD was unreasonable in preferring Professor Hansen’s position, given that he provides no acceptable standard of fairness against which to measure adequacy, and merely thinks that the Supreme Court of Canada and the international community are wrong about what is required of

les obligations du Canada en vertu des instruments internationaux portant sur les droits de l’homme. L’article 3 de la Loi prévoit en partie ce qui suit :

(3) Interprétation et mise en œuvre — L’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet

[...]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire.

Même si l’alinéa 3(3)f) de la LIPR n’incorpore pas dans le droit canadien les « instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire », il indique que « [l’]interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [...] de se conformer » à ces instruments.

Le demandeur soutient qu’une interprétation de la protection de l’État « adéquate » qui permet que le caractère « adéquat » soit *inférieur* aux normes énoncées dans les instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire, n’est pas une interprétation qui serait conforme à ces instruments. Par conséquent, la conclusion de la Commission selon laquelle un système qui ne répond pas aux normes est néanmoins adéquat est déraisonnable et contraire à l’alinéa 3(3)f) de la Loi.

[156] Je suis également d’accord avec le demandeur pour dire que le Guide du HCNUR lui-même indique clairement que pour déterminer si une poursuite équivaut à de la persécution « les autorités nationales seront souvent amenées à prendre leur décision par référence à leurs propres lois nationales » et qu’« il peut être utile de se référer aux principes énoncés dans les divers instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme, en particulier dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l’homme, qui ont force obligatoire pour les états parties et qui sont des instruments auxquels ont adhéré nombre des états parties à la Convention de 1951 ». Voir le Guide du HCNUR, chapitre 2d), au paragraphe 60. En l’espèce, la SPR a clairement ignoré ces lignes directrices et principes.

[157] Je suis de plus d’accord avec le demandeur que la SPR a été déraisonnable en privilégiant la position du professeur Hansen, étant donné qu’il ne fournit aucune norme d’équité acceptable pour mesurer le caractère adéquat et qu’il estime simplement que la Cour suprême du Canada et la communauté internationale ont tort à

a system to ensure basic fairness. I agree that there is no problem with the U.S. system merely because it is different from Canada's; the problem is that it fails to comply with basic fairness requirements found in Canadian (*Généreux*) and international law.

[158] Professor Fidell, on the other hand, gives a clear picture of the problem and the yardstick he is using to measure fairness and adequacy (at paragraphs 9, 11, 14, 24, 26, 28–31 and 35):

I have been asked to provide an affidavit that discusses structural and procedural aspects of the United States military justice system. In particular, I have been asked to address the independence and impartiality of that system, with particular reference to the independence of military justices, the selection of court-martial members, and the question of Unlawful Command Influence (UCI).

...

My experience as summarized above qualifies me to provide expert opinion evidence on these topics. I have been permitted to testify as an expert, either live or by affidavit, in several federal and state courts in the United States concerning issues of military law.

...

The independence of military judges in the United States is insufficiently protected and would not satisfy the test set out in *Généreux*.

...

Given the arrangements described in the preceding paragraphs, which sharply contrasted with the statutory five-year terms afforded by the *National Defense Act*, S.C. 1998, c. 35, s. 42, United States military judges and appellate military judges do not satisfy the security of tenure or criterion set forth in *Généreux* or prevailing international norms of military judicial independence.

...

The third *Généreux* criterion—institutional independence—also reveals a material disparity between the two countries' systems. In the United States, military judges are appointed by the JAG .... To the extent that the JAGs ultimately report to the senior uniformed commander of their service branch,

propos des qualités exigées d'un système pour qu'il soit fondamentalement équitable. Je conviens que le système américain ne pose pas problème uniquement parce qu'il est différent du système canadien. Le problème réside dans le fait qu'il ne répond pas aux exigences d'équité fondamentale du droit canadien (*Généreux*) et international.

[158] Pour sa part, le professeur Fidell décrit clairement le problème et le point de référence qu'il utilise pour mesurer l'équité et le caractère adéquat (aux paragraphes 9, 11, 14, 26, 28 à 31 et 35) :

[TRADUCTION] On m'a demandé de fournir un affidavit qui traite de la structure et de la procédure du système de justice militaire des États-Unis. Plus précisément, j'ai été invité à aborder les questions de l'indépendance et de l'impartialité du système, et surtout de l'indépendance des juges militaires, de la sélection des membres de la cour martiale et de la question de l'influence indue de la chaîne de commandement (UCI).

[...]

En raison de mon expérience, résumée ci-dessus, je suis compétent pour fournir une preuve d'expert sur ces sujets. J'ai été autorisé à témoigner en qualité d'expert, soit en personne, soit par affidavit, devant plusieurs cours fédérales et d'État aux États-Unis sur des questions de droit militaire.

[...]

L'indépendance des juges militaires aux États Unis n'est pas suffisamment protégée et ne satisferait pas au critère établi dans *Généreux*.

[...]

Compte tenu des mesures décrites dans les paragraphes qui précèdent, qui contrastent vivement avec les mandats de cinq ans que prévoit la *Loi sur la Défense nationale*, L.C. 1998, ch. 35, article 42, les juges militaires et les juges militaires de la cour d'appel ne répondent pas au critère de l'inamovibilité énoncé dans *Généreux* ni aux normes d'indépendance judiciaire militaire en vigueur à l'échelle internationale.

[...]

Le troisième critère établi dans *Généreux*, à savoir l'indépendance institutionnelle, révèle aussi une différence importante entre le système des deux pays. Aux États-Unis, les juges militaires sont nommés par le JAG [...] Dans la mesure où les JAG relèvent en fin de compte du cadre supérieur

this arrangement does not provide institutional independence from the chain of command.

...

The selection process for court-martial members is structurally inadequate to ensure full independence and impartiality.

Under the UCMJ, the role of jurors is played by the members. Those selected by the convening authority (“CA”) ... The selection is often influenced by the CA’s legal advisor (known as the staff (or command) judge advocate), but ultimately the decision must be the CA’s. The CA is not required to be, and typically is not, an attorney, much less a certified military judge. He or she is also responsible for deciding what charges are prosecuted and to which level of court-martial a case is referred, and for reviewing and approving or disapproving the proceedings after the trial has been conducted.

Far from being independent of command, the member-selection process is intrinsically a function of command. The United States arrangement may be traced back to the British Articles of War. It has been criticized repeatedly over the years.

Quite obviously, the United States system for the detail of court-martial members by the CA would not pass muster in light of the first aspect of the Généreux criterion. Nor would it satisfy the requirements of the European Convention on Human Rights as articulated in *Findlay v United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221.

...

For the foregoing reasons, and without prejudice to the improvements it has experienced over the last half-century, it is doubtful that the United States military justice system can be sustained if it were tested against contemporary Canadian or international norms. [Emphasis added.]

[159] In the end, I do not think the RPD has found a way out of the mistakes it made in *Vassey*. It has simply, in the face of a plethora of principled evidence to the contrary, grasped at the straw offered by Professor Hansen which, in my view, offered nothing more than a personal opinion unconnected to any coherent principle of fairness and adequacy and which attempts to defend a U.S. military justice system that, on the evidence before me and the RPD, appears to be outdated and sadly at odds with Canadian and international norms.

militaire de leur secteur, cet arrangement ne permet pas l’indépendance institutionnelle de la chaîne de commandement.

[...]

Le processus de sélection des membres de la cour martiale est structurellement inadéquat pour assurer une indépendance et une impartialité complètes.

En vertu de l’UCMJ, les membres jouent le rôle de jurés. Ils sont choisis par l’autorité convocatrice (AC) [...] Il arrive souvent que le conseiller juridique de l’AC (appelé le juge-avocat de l’état-major) influe sur la sélection, mais la décision revient ultimement à l’autorité convocatrice. Il n’est pas nécessaire que l’AC soit un avocat et encore moins un juge militaire agréé. L’AC est aussi chargée de déterminer quelles accusations seront portées et à quel palier de la cour martiale seront instruits les cas, ainsi que d’examiner et d’approuver ou de désapprouver la procédure après le procès.

Loin d’être indépendante du commandement, le processus de la sélection des membres est une fonction qui est liée de manière intrinsèque au commandement. Le système américain remonte à l’époque des British Articles of War. Il a fait l’objet de nombreuses critiques au cours des années.

De toute évidence, en ce qui concerne la désignation des membres des cours martiales par l’AC, le système des États-Unis ne serait pas acceptable à la lumière du premier aspect du critère énoncé dans Généreux. Il ne répondrait pas non plus aux exigences de la Convention européenne sur les droits de l’homme formulées dans *Findlay c United Kingdom*, [1997] CEDH 8, 24 RCEDH 221.

[...]

Pour les motifs qui précèdent, et sous toute réserve des améliorations qui ont été apportées au cours des 50 dernières, le système de justice militaire des États-Unis ne pourrait probablement pas être considéré comme équitable s’il devait être évalué au regard des normes canadiennes ou internationales contemporaines. [Non souligné dans l’original.]

[159] Au bout du compte, j’estime que la SPR n’a pas trouvé une façon d’éviter les erreurs qu’elle a commises dans la décision *Vassey*. Malgré la pléthore d’éléments de preuve fondés sur des principes à l’effet contraire, elle s’est désespérément raccrochée au point de vue du professeur Hansen. Or, à mon avis, ce point de vue ne constituait rien de plus qu’une opinion personnelle qui ne se rattachait à aucun principe relatif à l’équité et au caractère suffisant et qui tentait de défendre le système de justice militaire américain qui, selon la preuve dont

je dispose et dont disposait la SPR, semble dépassé et malheureusement aux antipodes des normes canadiennes et internationales.

### Differential punishment

[160] In *Vassey*, at paragraphs 77–81, Justice Scott provided the following guidance to the RPD on disproportionate prosecution:

The applicant argued before the (*sic*) Board that there is no state protection for the discriminatory application of prosecutorial discretion. The applicant presented evidence before the Board indicating that while the large part of deserters are administratively discharged, those who speak out publicly against the war in Iraq were selected to be court-martialled and prosecuted for desertion. This Court recognized the disproportionate prosecution for desertion of those who have spoken out against the wars in Iraq and Afghanistan.

For example, in *Rivera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267, Mr. Justice Russell reviewed a decision of the Board concerning the use of prosecutorial discretion to target individuals more severely through the court-martial process who have spoken out against the war. At paragraph 101, Justice Russell concluded of the Board's decision that:

... the whole state protection analysis needs to be reconsidered in the light of the stated risk, and supporting evidence, that the U.S. authorities will not neutrally apply a law of general application, but will target the Principal Applicant for prosecution and punishment solely because of her political opinion in a context where other deserters, who have not spoken out against the war in Iraq, have been dealt with by way of administrative discharge.

The Board in the case at bar largely ignored the evidence presented by the applicant about similarly situated individuals and prosecutorial discretion. The Board concluded that using prosecutorial discretion is a benefit to the justice system and is appropriate where there are aggravating factors.

Paragraph 169 of the UNCHR handbook indicates that:

### Peine différente

[160] Dans la décision *Vassey*, aux paragraphes 77 à 81, le juge Scott a fourni à la SPR les orientations suivantes concernant le traitement différent :

Le demandeur soutient devant la Commission que la protection de l'État était inexistante en ce qui avait trait à l'exercice discriminatoire du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Le demandeur a présenté à la Commission des éléments de preuve qui indiquaient que, bien qu'une grande partie des déserteurs bénéficiaient d'un renvoi par mesure administrative, ceux qui se prononcent publiquement contre la guerre en Iraq étaient sélectionnés pour être traduits en cour martiale pour désertion. La Cour a reconnu qu'un nombre disproportionné de personnes qui se sont prononcées contre les guerres en Iraq et en Afghanistan ont été effectivement poursuivies pour désertion.

Par exemple, dans la décision *Rivera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 814, le juge Russell a révisé une décision de la Commission en ce qui avait trait à l'utilisation du pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans le but d'infliger un traitement plus sévère aux individus s'étant prononcés contre la guerre par le moyen d'un procès en cour martiale. Au paragraphe 101, le juge Russell a conclu ce qui suit à propos de la décision de la Commission :

[...] il faut reprendre l'ensemble de l'analyse relative à la protection de l'État en tenant compte du risque allégué, et de la preuve à l'appui, à savoir que les autorités américaines n'appliqueront pas une loi d'application générale de façon neutre, mais qu'elles choisiront la demanderesse principale comme cible de poursuites et de sanctions simplement du simple fait de ses opinions politiques, alors que d'autres déserteurs, qui ne se sont pas prononcés contre la guerre en Iraq, ont fait l'objet de renvoi par mesure administrative.

En l'espèce, la Commission a largement ignoré les éléments de preuve présentés par le demandeur relativement à des individus placés dans des situations similaires et au pouvoir discrétionnaire du poursuivant. La Commission conclut que le système de justice bénéficiait de ce pouvoir discrétionnaire et que son exercice était approprié en présence de facteurs aggravants.

Le paragraphe 169 du Guide des procédures du HCNUK indique que :

A deserter or draft-evader may also be considered a refugee if it can be shown that he would suffer disproportionately severe punishment for the military offence on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. The same would apply if it can be shown that he has well-founded fear of persecution on these grounds above and beyond the punishment for desertion.

As such, the UNHCR handbook, as well as the jurisprudence above, hold that where prosecutorial discretion is used to inflict a disproportionately severe punishment on a deserter because of his or her political opinion, this may amount to persecution.

[161] As in *Vassey*, the applicant in the present case asserted that he would be disproportionately punished if sent back to the U.S. because of his publicly expressed political opinions against the wars in Iraq and Afghanistan, and he relied upon paragraph 169 of the UNHCR Handbook.

[162] Essentially, the RPD's answer to this issue is found in paragraphs 112–114 of the decision:

In regard to prosecution, prosecutors in a criminal justice system are given discretion as to the individuals who should be charged and the crimes with which they should be charged. In reviewing prosecutorial discretion the Supreme Court of Canada stated that:

Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of an indictment or summary conviction, launch an appeal and so on. It is accepted that this discretion benefits the justice system. Prosecutors are not obliged to provide reasons for their decisions.

I accept the evidence of [Bridget Wilson] and a further affidavit of [Donald G. Rehkopf] stating that Unlawful Command Influence cannot be used as a defence against alleged differential prosecution. However, in deciding whether

Un déserteur ou un insoumis peut donc être considéré comme un réfugié s'il peut démontrer qu'il se verrait infliger pour l'infraction militaire commise une peine d'une sévérité disproportionnée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Il en irait de même si l'intéressé peut démontrer qu'il craint avec raison d'être persécuté pour ces motifs, indépendamment de la peine encourue pour désertion.

À ce titre, il ressort du Guide des procédures du HCNUR, ainsi que de la jurisprudence précitée, que l'utilisation du pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour infliger à un déserteur une peine d'une sévérité disproportionnée en raison de ses opinions politiques peut constituer de la persécution.

[161] Tout comme dans la décision *Vassey*, le demandeur en l'espèce a soutenu qu'une peine disproportionnée lui serait imposée s'il était renvoyé aux États-Unis en raison du fait qu'il a exprimé ses opinions politiques publiquement à l'encontre des guerres en Iraq et en Afghanistan. Le demandeur s'est aussi appuyé sur le paragraphe 169 du Guide du HCNUR.

[162] La réponse de la SPR à cette question se trouve essentiellement aux paragraphes 112 à 114 de la décision :

Pour ce qui est des poursuites, les procureurs du système de justice pénale se voient accorder le pouvoir discrétionnaire quant aux personnes qui devraient être accusées et aux crimes pour lesquels elles devraient être accusées. Dans son examen du pouvoir de poursuite discrétionnaire, la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit :

Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc. Il est reconnu que ce pouvoir discrétionnaire est favorable au système judiciaire. Les procureurs ne sont pas tenus de motiver leurs décisions.

J'accepte le témoignage de [Bridget Wilson] ainsi qu'un autre affidavit de [Donald G. Rehkopf] selon lequel l'influence induue de la chaîne de commandement ne peut être invoquée en défense contre un supposé traitement différent. Toutefois,

the presumption of state prosecution has been rebutted because of differential prosecution, the standard of proof is on a balance of probabilities. The affidavits and statements provided by various individuals who have been court-martialed (*sic*) for desertion offences as well as media reports and expert reports or affidavits are referred to in submissions about persecution based on political opinion and dealt with later in this decision. The fact that there may not be a formal mechanism to review prosecutorial discretion in the US military justice system does not lead to a conclusion, on a balance of probabilities, that there is inadequate state protection. As pointed out in the above Supreme Court of Canada case, the discretion of the prosecution is part of the criminal justice system. [Footnotes omitted.]

[163] It seems to me that this entirely misses the point of the applicant's argument. His concern was not the use of discretion *per se*, but the fact that the U.S. military justice system has no mechanism to protect someone when prosecutorial discretion is exercised in a biased and inappropriate way because of their political opinions. The RPD appears to acknowledge in paragraph 114 of the decision, that "there may not be a formal mechanism to review prosecutorial discretion in the US military justice system". Having conceded this fact, the RPD does not address how the applicant would be protected against the misuse of that discretion, or how a criminal justice system can be adequate if there is no review of prosecutorial discretion. In this regard, the RPD has not learned the lessons of *Vassey*.

[164] The RPD also reviews some of the evidence put forward by the applicant regarding similarly situated persons who received a differential punishment for speaking out against the wars in Iraq and Afghanistan. The RPD's conclusion on this point, at paragraph 162 of the decision, is as follows:

I cannot find that, on a balance of probabilities, the differences in sentences for absence offenses between the individuals who spoke out against the wars and those who did not, are

au moment de décider si la présomption relative à la protection de l'État a été réfutée en raison d'un traitement différent, la norme de preuve est celle de la prépondérance des probabilités. Les affidavits et les déclarations fournis par diverses personnes qui ont été traduites en cour martiale pour désertion ainsi que les rapports sur les médias et les rapports ou affidavits d'experts sont mentionnés dans les observations sur la persécution fondée sur les opinions politiques, et ils seront traités plus loin dans la présente décision. Le fait qu'il n'existe peut-être pas de mécanisme officiel d'examen du pouvoir de poursuite discrétionnaire au sein du système de justice militaire américain ne permet pas de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'existe pas de protection de l'État adéquate. Comme il a été souligné dans la décision susmentionnée de la Cour suprême du Canada, le pouvoir de poursuite discrétionnaire fait partie intégrante du système de justice pénale. [Notes en bas de page omises.]

[163] Il me semble que ce qui précède passe complètement à côté de la prétention du demandeur. Sa préoccupation n'était pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire en soi, mais le fait que le système de justice militaire américain ne comporte aucun mécanisme pour protéger une personne lorsque le pouvoir discrétionnaire du poursuivant est exercé de façon partielle et inappropriée en raison de ses opinions politiques. Au paragraphe 114 de la décision, la SPR semble reconnaître « qu'il n'existe peut-être pas de mécanisme officiel d'examen du pouvoir de poursuite discrétionnaire au sein du système de justice militaire américain ». Après avoir reconnu ce fait, la SPR ne traite pas de la façon dont le demandeur serait protégé contre l'abus de ce pouvoir discrétionnaire, ni de la façon dont le système de justice criminelle peut être adéquat s'il n'existe aucun mécanisme d'examen du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. À cet égard, la SPR n'a pas retenu les enseignements de la décision *Vassey*.

[164] La SPR a aussi examiné certains éléments de preuve présentés par le demandeur concernant des personnes se trouvant dans une situation semblable et qui ont reçu une peine différente pour s'être exprimées publiquement à l'encontre des guerres en Iraq et en Afghanistan. La conclusion de la SPR sur ce point est présentée au paragraphe 162 de la décision :

Je ne peux conclure que, selon la prépondérance des probabilités, les peines infligées pour des infractions relatives à l'absence aux personnes qui se sont prononcées contre les

disproportionately severe. I cannot find that on a balance of probabilities, that there is inadequate state protection based on differential prosecution and/or punishment. The claimant has not rebutted the presumption of state protection. Again, on the same evidence, if I am incorrect in my decision on state protection, I find that on the same evidence, the claimant does not come within section 169 of the *UNHCR Handbook* since any sentence he would receive for an absence offence would not be disproportionately severe.

[165] In order to reach this conclusion, the RPD, at paragraphs 155 and 156 of the decision, made a brief comparison of sentences received by those who did speak out and persons who the RPD finds did not speak out:

[Camilo Mejia] was sentenced to 12 months confinement and his actual prison time was 9 months. [Stephen Funk] received a sentence of 6 months confinement. [Kevin Benderman] was sentenced to 15 months confinement and served 13 months. [Agustin Aguayo] served 7 months. [Ivan Brobeck] was sentenced to 8 months in a Marine prison. [James Burmeister] was sentenced to 9 months imprisonment and he served 3 months and 10 days. [Robin Long] was sentenced to 15 months and he served 12 months. [Cliff Cornell] was sentenced to one year, but that was later reduced to 11 months.

Other sentences submitted by the Minister that were given to “Iraq War Resisters” are [Abdullah William Webster], 14 months imprisonment and 11 months served. [Ryan Jackson], 100 days imprisonment. [Tony Anderson], 14 months imprisonment. There is no persuasive evidence that these individuals publicly voiced any objections to the war. [Footnotes omitted.]

[166] As the applicant points out, there was cogent evidence before the RPD that directly contradicted these findings:

a. There was clear evidence that Ryan Jackson and Tony Anderson were vocal opponents of the wars in Iraq and Afghanistan. There was information about the court martial of Tony Anderson in a public article. See applicant’s record, pages 521–524 and 636–647;

guerres et à celles qui ne l’ont pas fait différent disproportionnellement. Je ne peux conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu’il n’existe pas de protection adéquate sur le fondement d’un traitement différent en matière de sanctions. Le demandeur d’asile n’a pas réfuté la présomption relative à la protection de l’État. Encore une fois, à la lumière de la même preuve, et dans l’hypothèse où ma conclusion concernant la protection de l’État serait incorrecte, je conclus que le demandeur d’asile n’est pas visé à l’article 169 du Guide du HCR, puisque toute peine qu’il se verrait infliger pour une infraction relative à l’absence ne serait pas disproportionnellement sévère.

[165] Pour arriver à cette conclusion, la SPR a brièvement comparé, aux paragraphes 155 et 156, les peines imposées à ceux qui se sont exprimés publiquement et aux personnes qui, selon elle, ne l’ont pas fait :

[Camilo Mejia] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 12 mois, et le temps réel qu’il a passé en prison a été de 9 mois. [Stephen Funk] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 6 mois. [Kevin Benderman] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 15 mois et il a purgé une peine de 13 mois. [Agustin Aguayo] a purgé une peine de 7 mois. [Ivan Brobeck] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 8 mois dans une prison réservée aux Marines. [James Burmeister] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 9 mois, et il a purgé 3 mois et 10 jours. [Robin Long] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 15 mois et il a purgé 12 mois. [Cliff Cornell] a été condamné à une peine d’un an, qui a par la suite été réduite à 11 mois.

Le ministre a présenté d’autres cas où des peines ont été infligées à des [TRADUCTION] « résistants à la guerre en Iraq » : [Abdullah William Webster] s’est vu infliger une peine d’emprisonnement de 14 mois, et il a purgé 11 mois. [Ryan Jackson] s’est vu infliger une peine d’emprisonnement de 100 jours, et [Tony Anderson], une peine d’emprisonnement de 14 mois. Il n’existe aucun élément de preuve convaincant montrant que ces personnes ont déclaré publiquement qu’elles s’opposaient à la guerre. [Notes en bas de page omises.]

[166] Comme le souligne le demandeur, la SPR disposait d’éléments de preuve convaincants qui contredisaient directement ces conclusions :

a. La preuve établissait clairement que Ryan Jackson et Tony Anderson s’étaient ouvertement déclaré contre les guerres en Iraq et en Afghanistan. Un article public présentait des renseignements concernant le procès en cour martiale de Tony Anderson (voir le dossier du demandeur, aux pages 521 à 524 et 636 à 647).

b. There is the Wikipedia chart referred to by the RPD, which clearly states that Mr. Anderson, Mr. Jackson and Abdullah William Webster were publicly associated with objections to the wars;

c. There was the evidence of Professor Cohn and Ms. Gilberd that deserters are more likely to be selected for prosecution if they publicly express their opposition to the war in Iraq;

d. There was also the statement from Attorney Eric Seitz that even sincere conscientious objectors against the wars in Iraq and Afghanistan have been “subjected to severe punishments, including lengthy periods of incarceration”.

[167] This information is directly contrary to the RPD’s findings, and it should have been referenced and dealt with. It was either overlooked or ignored. Either way, it renders the RPD’s conclusions on differential punishment unreasonable. Once again, the lessons of *Vassey* appeared to have been ignored by the RPD.

#### Paragraph 171 of the UNHCR Handbook

[168] As an alternative to its adequate state protection finding, the RPD found [at paragraph 61] that the “military actions the claimant objected to, do not come within sections 169 and 171 of the *UNHCR Handbook*.”

[169] As regards paragraph 171, the RPD concludes, at paragraphs 145–148 of the decision, as follows:

The actions of various officers and other individuals may have been isolated incidents but as in the Abu Ghraib matter there is no persuasive evidence that any acts in Afghanistan that would come within Section 171 of the *UNHCR Handbook* were condoned by the USA or were systematic or that the USA as a matter of policy or practice is indifferent to alleged violations of international human rights law in Afghanistan.

b. Il y a le tableau de Wikipedia mentionné par la SPR qui indique clairement que M. Anderson, M. Jackson et Abdullah William Webster étaient publiquement associés à l’opposition aux guerres.

c. Selon la preuve présentée par la professeure Cohn et de M<sup>me</sup> Gilberd, les déserteurs étaient plus susceptibles d’être choisis comme cibles de poursuites s’ils exprimaient publiquement leur opposition à la guerre en Iraq.

d. Il y avait également la déclaration de l’avocat Eric Seitz selon laquelle même des objecteurs de conscience sincères s’opposant aux guerres en Iraq et en Afghanistan ont [TRADUCTION] « fait l’objet de peines sévères, notamment de longues périodes d’incarcération ».

[167] Ces renseignements contredisent directement les conclusions de la SPR et ils auraient dû être mentionnés et traités. Ils ont été écartés ou ignorés. Quoi qu’il en soit, les conclusions de la SPR sur la peine différente étaient déraisonnables en raison de ses renseignements. Encore une fois, la SPR semble avoir ignoré les enseignements de la décision *Vassey*.

#### Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR

[168] Après sa conclusion concernant la protection de l’État adéquate, la SPR a conclu [au paragraphe 61] de façon subsidiaire que « les actions militaires auxquelles s’oppose le demandeur d’asile ne tombent pas sous le coup des articles 169 et 171 du Guide du HCR ».

[169] En ce qui a trait au paragraphe 171, la SPR conclut comme suit aux paragraphes 145 à 148 de la décision :

Les actes de divers officiers et d’autres personnes peuvent n’être que des incidents isolés, mais comme dans le cas de la prison d’Abu Ghraib, il n’existe aucun élément de preuve convaincant montrant que des actes commis en Afghanistan qui pourraient être visés à l’article 171 du Guide du HCR ont été tolérés par les É.-U., qu’ils étaient systématiques ou que les É.-U., par principe ou en pratique, n’accordent pas d’importance aux présumées violations du droit international des droits de la personne commises en Afghanistan.

I find that the claimant has failed to establish that he has been associated with or been complicit in military action, condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct. He has not shown that the USA has, either as a matter of deliberate policy or official indifference, required or allowed its combatants to engage in widespread actions in violation of humanitarian law.

I cannot find that, on a balance of probabilities, that the United States would not allow the claimant to raise in his defence, for refusal to obey an order, that the matter fell within Section 171 of the UNHCR Handbook as it would be a crime as outlined in the [Huet-Vaughn] case.

I find that the claimant has not rebutted the presumption of state protection on this basis and if I am incorrect in that conclusion I cannot find, on the same evidence, that, on a balance of probabilities, the United States as a matter of deliberate policy or official indifference, required or allowed its combatants to engage in widespread actions in violation of humanitarian law that would bring the claimant within Section 171 of the UNHCR Handbook.

[170] One of the fundamental problems with the RPD's approach on this issue is that it assesses the applicant's personal experiences as isolated incidents that were not condoned by the USA and were not systemic, or a matter of policy, while completely ignoring the objective documentary evidence that confirms that the opposite is true.

[171] The applicant submitted voluminous documentary evidence from credible, third-party sources such as Amnesty International that discuss routine and authorized military practices in Iraq and Afghanistan by the U.S. Army that describe conduct falling under paragraph 171, and which suggest that the U.S. has not complied with its international obligations in this regard. The RPD simply ignores this evidence.

[172] Furthermore, the applicant's personal testimony was that these were routine practices by the U.S. Army. Yet the RPD found that these were isolated occurrences,

J'estime que le demandeur d'asile n'a pas établi qu'il a été associé à des actions militaires, ou qu'il a été complice de telles actions condamnées par la communauté internationale comme étant contraires aux règles de conduite les plus élémentaires. Il n'a pas démontré que les É.-U., que ce soit par une politique délibérée ou par l'indifférence des autorités, ont exigé de leurs combattants qu'ils commettent des actions généralisées de violation du droit humanitaire ou les y ont autorisés.

Je ne peux conclure que, selon la prépondérance des probabilités, les É.-U. ne permettraient pas au demandeur d'asile d'invoquer, pour sa défense, pour avoir refusé d'obéir à un ordre, que la question était visée à l'article 171 du Guide du HCR, étant donné qu'il s'agirait d'un crime comme il est précisé dans l'affaire [Huet-Vaughn].

J'estime que le demandeur d'asile n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État pour ce motif, et dans l'hypothèse où ma conclusion serait incorrecte, je ne peux conclure, à la lumière de la même preuve et selon la prépondérance des probabilités, que les É.-U., que ce soit par une politique délibérée ou par l'indifférence des autorités, ont exigé de leurs combattants qu'ils commettent des actions généralisées de violation du droit humanitaire ou les y ont autorisés, faisant en sorte que le demandeur d'asile serait visé à l'article 171 du Guide du HCR.

[170] Un des problèmes fondamentaux que suscite l'approche de la SPR sur cette question est qu'elle évalue les expériences personnelles du demandeur comme étant des incidents isolés qui n'étaient pas tolérés par les États-Unis et qui n'étaient pas systémiques, ni une question de politique, tout en ignorant complètement la preuve documentaire objective qui confirme la véracité de la situation opposée.

[171] Le demandeur a présenté une preuve documentaire volumineuse provenant de sources indépendantes crédibles, comme Amnistie internationale, qui discute des pratiques militaires courantes autorisées par l'armée américaine en Iraq et en Afghanistan. Cette preuve décrit une conduite tombant sous le coup du paragraphe 171 et indique que les États-Unis n'ont pas respecté leurs obligations internationales à cet égard. La SPR ignore simplement cette preuve.

[172] De plus, selon le témoignage du demandeur lui-même, il s'agissait de pratiques courantes de la part de l'armée américaine. La SPR a toutefois conclu qu'il

without any explanation as to why it rejected the applicant's evidence on this point.

[173] The RPD also appears to have misunderstood the law regarding the defences available against a desertion charge in the U.S. military [at paragraph 147]:

I cannot find that, on a balance of probabilities, that the United States would not allow the claimant to raise in his defence, for refusal to obey an order, that the matter fell within Section 171 of the UNHCR Handbook as it would be a crime as outlined in the [Huet-Vaughn] case.

[174] This issue was dealt with in *Vassey*, at paragraphs 68, 69 and 74, which the RPD, in this case, claims to have reviewed and taken into account.

[175] The issue was also dealt with by Justice Barnes in *Key*, at paragraphs 29 and 30.

[176] In its reasons, the RPD appears to agree with the applicant that he would not be able to put forward a defence under paragraph 171 of the UNHCR Handbook against a charge of desertion. As *Vassey* teaches [at paragraph 75], this state of the law of the U.S. "goes directly to the availability of state protection." Yet the RPD concludes that the applicant has failed to rebut the presumption of adequate state protection.

[177] The applicant had argued—as acknowledged in paragraph 134 of the decision—that if he was given an unlawful order, he would only be able to submit a defence if he had been ordered to commit a crime or a war crime, and not to conduct one that falls below this threshold, but comes within paragraph 171 of the UNHCR Handbook. In paragraph 147 of the decision, the RPD appears to reject this position.

[178] Given the teaching in *Vassey*, at paragraph 74, this finding, and the state protection analysis based upon it seems unreasonable to me. The RPD essentially agreed with the facts that the applicant put forward, but

s'agissait d'incidents isolés, sans aucunement expliquer la raison pour laquelle elle a rejeté le témoignage du demandeur sur ce point.

[173] La SPR semble aussi avoir mal compris le droit concernant les moyens de défense qui peuvent être opposés à une accusation de désertion dans l'armée américaine [au paragraphe 147] :

Je ne peux conclure que, selon la prépondérance des probabilités, les É.-U. ne permettraient pas au demandeur d'asile d'invoquer, pour sa défense, pour avoir refusé d'obéir à un ordre, que la question était visée à l'article 171 du Guide du HCR, étant donné qu'il s'agirait d'un crime comme il est précisé dans l'affaire [Huet-Vaughn].

[174] La décision *Vassey* a traité de cette question aux paragraphes 68, 69 et 74, que la SPR en l'espèce prétend avoir examinés et pris en compte.

[175] Dans la décision *Key*, le juge Barnes a également traité de la question aux paragraphes 29 et 30.

[176] Dans ses motifs, la SPR semble convenir avec le demandeur qu'il ne serait pas en mesure d'opposer un moyen de défense fondé sur le paragraphe 171 du Guide du HCNUR à une accusation de désertion. Comme l'enseigne la décision *Vassey* [au paragraphe 75], cet état du droit des États-Unis « touche directement à l'existence de la protection de l'État ». La SPR conclut néanmoins que le demandeur n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État adéquate.

[177] Le demandeur avait soutenu, comme en fait foi le paragraphe 134 de la décision, que s'il avait reçu un ordre illégal, il serait uniquement en mesure de présenter un moyen de défense s'il avait reçu l'ordre de commettre un crime ou un crime de guerre, et non de commettre une action qui se situait au-dessous de ce critère, mais qui était visée par le paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Au paragraphe 147 de la décision, la SPR semble rejeter cette position.

[178] Compte tenu de l'enseignement donné au paragraphe 74 de la décision *Vassey*, cette conclusion, ainsi que l'analyse relative à la protection de l'État qui est fondée sur elle, me semble déraisonnable. La SPR a

then opted to ignore what the Court had to say on the issue in *Vassey*.

[179] The respondent has argued that the motive for desertion can be brought up in sentencing and so it will not undermine state protection in the way suggested by the applicant. However, this was not a part of the RPD's analysis of the issue, so it cannot now be used to defend the decision.

#### Conclusions

[180] For the reasons given above, I have to conclude that the decision is unreasonable and must be returned for reconsideration.

[181] Both parties agree that there is no question for certification and the Court concurs.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application is allowed. The decision is quashed and the matter is returned for reconsideration by a differently constituted RPD.

2. There is no question for certification.

essentiellement reconnu les faits que le demandeur a présentés, mais a alors choisi d'ignorer ce que la Cour avait dit sur la question dans la décision *Vassey*.

[179] Le défendeur a soutenu que le motif de la désertion peut être soulevé lors de la détermination de la peine et qu'il ne minera ainsi pas la protection de l'État de la façon dont l'a indiqué le demandeur. Cette prétention ne faisait toutefois pas partie de l'analyse de la SPR relativement à cette question et elle ne peut donc pas maintenant être utilisée pour défendre la décision.

#### Conclusions

[180] Pour les motifs qui précèdent, je dois conclure que la décision est déraisonnable et qu'elle doit être renvoyée pour nouvel examen.

[181] Les deux parties conviennent qu'il n'y a pas de question à certifier et la Cour est du même avis.

#### JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT suivant :

1. La demande est accueillie. La décision est annulée et l'affaire est renvoyée à un tribunal de la SPR différemment constitué pour que celui-ci procède à un nouvel examen.

2. Il n'y a aucune question à certifier.

T-1288-12  
2013 FC 212

T-1288-12  
2013 CF 212

**Mohamed Richi** (*Applicant*)

**Mohamed Richi** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Harrington J.—Montréal, February 20; Ottawa, March 1, 2013.

Cour fédérale, juge Harrington—Montréal, 20 février; Ottawa, 1<sup>er</sup> mars 2013.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Judicial review of Citizenship Judge decision determining that applicant not meeting requirements of Citizenship Act because under removal order for failing to maintain permanent resident status — Applicant first applying for citizenship in 2007 — That application dismissed but matter subsequently referred to another citizenship judge on consent — That Judge making impugned decision at issue herein — Applicant meeting all requirements of Citizenship Act, s. 5 except for s. 5(1)(f), providing that citizenship granted if applicant not under removal order and not subject of declaration made pursuant to section 20 (declaration in matters of security) — Applicant arguing “and” therein conjunctive — Therefore, since he was not subject of declaration made pursuant to Citizenship Act, s. 20, Citizenship Judge wrong in deciding that he had not met requirements thereof — Such an interpretation unreasonable — The “and” in Citizenship Act, s. 5(1)(f) should be read in disjunctive, or should be read as subdividing paragraph (f) into two separate parts — One may become subject of removal order for many reasons other than criminality — Removal orders, declarations under Citizenship Act, s. 20 should not be lumped together — This interpretation confirmed by Citizenship Act, s. 11 wherein Citizenship Act, s. 20 declarations, removal orders distinct — Recent case law holding existence of a removal order precluding the granting of citizenship — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Contrôle judiciaire d'une décision d'une juge de la citoyenneté déterminant que le demandeur ne remplissait pas les conditions prévues dans la Loi sur la citoyenneté, car il se trouvait sous le coup d'une mesure de renvoi, faute d'avoir conservé son statut de résident permanent — Le demandeur a d'abord demandé la citoyenneté canadienne en 2007 — La demande a été rejetée, mais l'affaire a été renvoyée par la suite devant un autre juge de la citoyenneté — Le juge a rendu la décision contestée en l'espèce — Le demandeur répondait à toutes les conditions énoncées à l'art. 5 de la Loi sur la citoyenneté, sauf aux conditions de l'art. 5(1)f), qui prévoit que la citoyenneté est accordée si le demandeur n'est pas sous le coup d'une mesure de renvoi et n'est pas visé par une déclaration faite en application de l'art. 20 (déclaration en matière de sécurité) — Le demandeur a fait valoir que le mot « et » a une fonction conjonctive — Étant donné qu'il n'était pas visé par une déclaration faite en application de l'art. 20 de la Loi, c'est à tort que la juge de la citoyenneté a décidé qu'il ne répondait pas aux exigences de la Loi — Une telle interprétation est déraisonnable — Le mot « et » inscrit à l'art. 5(1)f) de la Loi sur la citoyenneté doit être interprété comme ayant une fonction disjonctive, c'est-à-dire comme divisant l'alinéa f) en deux parties distinctes — L'on peut se retrouver sous le coup d'une mesure de renvoi pour de nombreuses raisons n'ayant rien à voir avec la criminalité — Les mesures de renvoi et les déclarations faites au titre de l'art. 20 de la Loi sur la citoyenneté ne devraient pas être fondues dans un seul bloc — Cette interprétation est confirmée par l'art. 11 de la Loi sur la citoyenneté, aux termes duquel les déclarations prévues à l'art. 20 de la Loi et les mesures de renvoi sont deux choses distinctes — Il a été établi dans la jurisprudence que la prise d'une mesure de renvoi fait obstacle à l'octroi de la citoyenneté — Demande rejetée.*

## 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. 6.  
*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5, 11, 14(1.1), 19, 20.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91, 92.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 41(b).

## CASES CITED

## CONSIDERED:

*Hadaydoun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 995, 417 F.T.R. 49; *Canada (Citizenship and Immigration) v. El Bousserghini*, 2012 FC 88, 408 F.T.R. 9.

## REFERRED TO:

*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

## AUTHORS CITED

Driedger, Elmer. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPLICATION for judicial review of a decision of a Citizenship Judge determining that the applicant did not meet the requirements of the *Citizenship Act* because he was under a removal order. Application dismissed.

## APPEARANCES

Mohamed Richi on his own behalf.  
*Daniel Baum* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## 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. 6.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91, 92.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 41.  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5, 11, 14(1.1), 19, 20.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Hadaydoun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 995; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. El Bousserghini*, 2012 CF 88.

## DÉCISION CITÉE :

*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559.

## DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un juge de la citoyenneté déterminant que le demandeur ne remplissait pas les conditions prévues dans la *Loi sur la Citoyenneté*, car il se trouvait sous le coup d'une mesure de renvoi. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

Mohamed Richi pour son propre compte.  
*Daniel Baum* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

HARRINGTON J.:

#### IF ONLY

[1] If only the first Citizenship Judge had got it right. Mr. Richi would be a Canadian citizen today. The mobility rights guaranteed by section 6 of our *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]] would have allowed him to come and go as he pleases. As it is, by the time he came before the second Citizenship Judge, a removal order had been issued against him for failing to maintain his permanent resident status. That Citizenship Judge said that were it not for that fact, she would have reported to the Minister that he had fulfilled all the requirements of citizenship. However, the removal order prevented her from so doing. This is the appeal of that decision.

[2] Mr. Richi, who was self-represented, but who acquitted himself very well, is understandably very mystified and frustrated by the bureaucracy and red tape that he has encountered. No doubt he will be even more upset when I tell him in these reasons that I am part of the system and cannot help him.

#### THE FACTS

[3] Mr. Richi landed in Canada on September 19, 2003, and was granted permanent resident status the same day. He applied for Canadian citizenship in June 2007. In May 2010, a citizenship judge dismissed his application on the grounds that he had failed to meet the residency requirement, which is at least three years residence in Canada in the four years immediately prior to

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

LE JUGE HARRINGTON :

#### SI SEULEMENT

[1] Si seulement le premier juge de la citoyenneté avait vu juste. M. Richi aurait aujourd'hui la citoyenneté canadienne. La liberté de circulation et d'établissement garantie à l'article 6 de notre *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]], lui permettrait d'aller et de venir comme bon lui semble. Or, lorsqu'il s'est présenté devant un second juge de la citoyenneté, il se trouvait déjà sous le coup d'une mesure de renvoi, faute d'avoir conservé son statut de résident permanent. La juge de la citoyenneté a précisé qu'autrement elle aurait, dans son rapport au ministre, indiqué que le demandeur remplissait toutes les conditions prévues pour l'obtention de la citoyenneté. La mesure de renvoi l'empêchait cependant de procéder ainsi. C'est de cette décision qu'il est fait appel en l'espèce.

[2] M. Richi, qui assurait sa propre représentation, s'est fort bien acquitté de cette tâche. Il est à la fois consterné et frustré par la lourdeur bureaucratique et les tracasseries administratives auxquelles il s'est heurté, et on peut le comprendre. Sans doute sera-t-il encore plus contrarié lorsque j'indiquerai, dans le cadre de ces motifs, que je fais moi-même partie de ce système et que je ne peux lui être d'aucun secours.

#### FAITS

[3] M. Richi est arrivé au Canada le 19 septembre 2003, se voyant accorder le même jour la résidence permanente. Il a demandé la citoyenneté canadienne en juin 2007. En mai 2010, un juge de la citoyenneté a rejeté sa demande au motif qu'il ne répondait pas à la condition à laquelle il était soumis en matière de résidence, à savoir au moins trois années de résidence au Canada au

his application. The decision was only delivered to him in August 2010.

[4] He appealed to this Court. To his surprise, counsel for the Minister informed him that she intended to file a motion to set aside the decision of the citizenship judge, which was “rendered without proper consideration of the materials filed before him”, and have the matter referred to another citizenship judge. Accordingly, a consent order was entered in docket number T-1519-10 in December 2010.

[5] Mr. Richi came up before another citizenship judge in November 2011. That Judge determined that he did not meet the requirements of the Act only because he was then under a removal order. Indeed, an immigration official had issued a departure order against him pursuant to paragraph 41(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), for failing to comply with the residency requirements applicable to permanent residents, which require a physical presence in Canada for at least two of the previous five years.

## THE LAW

[6] Section 5 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 [the Act], provides that the Minister is to grant citizenship to applicants who are at least 18 years of age, who are permanent residents, who have accumulated at least 3 years of residence in Canada in the 4 years immediately prior to the application, who have an adequate knowledge of one of our official languages, and who have an adequate knowledge of Canada and of the responsibilities and privileges of citizenship. Mr. Richi met all those requirements.

[7] However, paragraph 5(1)(f) of the Act goes on to say:

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

...

cours des quatre années précédant le dépôt de sa demande. Cette décision ne lui a été communiquée qu’en août 2010.

[4] Il a fait appel devant la Cour. À sa surprise, l’avocate du ministre lui fit savoir qu’elle entendait déposer une requête en annulation de la décision du juge de la citoyenneté, décision rendue [TRADUCTION] « sans tenir dûment compte des documents versés au dossier », et demander que l’affaire soit renvoyée devant un autre juge de la citoyenneté. Une ordonnance sur consentement fut, en décembre 2010, portée au dossier numéro T-1519-10.

[5] M. Richi s’est présenté devant un autre juge de la citoyenneté en novembre 2011. Selon ce juge, s’il ne répondait pas aux exigences prévues dans la Loi, c’était uniquement parce qu’il était sous le coup d’une mesure de renvoi. Un fonctionnaire de l’immigration avait en effet pris à son encontre une mesure d’interdiction de séjour en vertu de l’article 41 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), pour non-respect des conditions de résidence auxquelles sont soumis les résidents permanents, à savoir une présence effective au Canada pendant au moins deux des cinq années précédentes.

## DISPOSITIONS APPLICABLES

[6] Selon l’article 5 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 [la Loi], le ministre accorde la citoyenneté à toute personne qui, à la fois, en fait la demande, est âgé d’au moins 18 ans, est un résident permanent qui a, dans les 4 ans précédant la date de sa demande, résidé au Canada au moins 3 ans en tout, qui a une connaissance suffisante de l’une de nos langues officielles, et qui a une connaissance suffisante du Canada et des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté. M. Richi répondait à toutes ces conditions.

[7] L’alinéa 5(1)f) de la Loi ajoute cependant ceci :

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

[...]

(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.

[8] Mr. Richi is contesting the departure order, which is a removal order, but understands that the matter will not come up for another year. His position is that he was working for a Canadian company abroad. Under IRPA, days of employment abroad for a Canadian company count as days of Canadian residence. He was working for Cansult Ltd. The officer's notes indicate that that was indeed a Canadian company registered in Ontario, but that it then became established in the United Arab Emirates and was bought by an American company. I had to point out to Mr. Richi that the merits of the removal order were not before the Citizenship Judge, and cannot be considered by me. Furthermore, the Citizenship Judge was required to render her decision within 60 days. Although the proceedings may be suspended under subsection 14(1.1) of the Act, such interruption only applies to a permanent resident who is the subject of an admissibility hearing (*Hadaydoun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 995, 417 F.T.R. 49, at paragraphs 27–28). Mr. Richi is not the subject of such a hearing.

[8] M. Richi conteste la mesure d'interdiction de séjour, qui est une mesure de renvoi, mais comprend que sa cause ne sera pas entendue avant un an. Il fait valoir qu'il travaillait à l'étranger pour une entreprise canadienne. Aux termes de la LIPR, le temps passé à l'étranger à travailler pour une entreprise canadienne est pris en compte pour calculer la période de résidence au Canada. Il travaillait pour Cansult Ltd. Selon les notes consignées par le fonctionnaire, il s'agissait effectivement d'une entreprise canadienne immatriculée en Ontario, mais qui s'est par la suite établie dans les Émirats arabes unis, puis a été rachetée par une entreprise américaine. J'ai dû faire remarquer à M. Richi que la juge de la citoyenneté n'était pas appelée à se prononcer sur le bien-fondé de la mesure de renvoi et qu'il ne m'appartient pas de me prononcer sur la question. Ajoutons que la juge de la citoyenneté était tenue de remettre sa décision dans les 60 jours. Bien que, selon le paragraphe 14(1.1) de la Loi, la procédure puisse être interrompue, une telle interruption ne peut intervenir que dans le cas d'un résident permanent faisant l'objet d'une enquête (*Hadaydoun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 995, aux paragraphes 27 et 28). Or, M. Richi ne fait pas l'objet d'une telle enquête.

#### MR. RICHI'S CASE

[9] Mr. Richi submitted a constitutional question. I explained to him that Parliament could pass any legislation it saw fit, no matter how unreasonable, subject only to the legislative division of powers between Parliament and the provincial legislatures, as set out in sections 91 and 92 of the *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]], and the Charter. His concern is really with delays and how the law has been interpreted, not with the constitutionality of the law itself. Consequently, there is no constitutional question to answer.

#### THÈSE DE M. RICHI

[9] M. Richi a soulevé une question d'ordre constitutionnel. Je lui ai expliqué que le Parlement peut adopter toute mesure législative qu'il juge bonne, aussi déraisonnable qu'elle puisse être, pour peu que soit respectée la répartition des pouvoirs législatifs entre le Parlement et les législatures provinciales prévue aux articles 91 et 92 de la *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]], et par la Charte. En fait, il conteste les retards qui ont eu lieu et la manière dont la Loi est interprétée et non la constitutionnalité de la loi. Il n'y a, par conséquent, aucune question constitutionnelle à trancher.

[10] Mr. Richi's second point is that his legitimate expectations were not met. This concept relates to procedural fairness. It may well be that a decision maker gets it wrong. This has nothing to do with fairness. The Minister put it right by consenting to Mr. Richi's appeal. All that could be done was to send the matter back to another citizenship judge for reconsideration. They are delays inherent in the system. That is a fact of life. Although there have been lengthy delays, such delays are not unusual. Mr. Richi's expectations were unrealistic.

[11] His third argument is based on his interpretation of paragraph 5(1)(f) of the *Citizenship Act*. In his view, the "and" therein is conjunctive. Since he was under a removal order, but not the subject of a declaration by the Governor in Council made pursuant to section 20 of the Act, the Citizenship Judge was wrong in deciding that he had not met the requirements thereof.

## DISCUSSION

[12] Although paragraph 5(1)(f) could be read literally as proposed by Mr. Richi, such an interpretation would be unreasonable. The Supreme Court of Canada has held many times that Elmer Driedger said it all in his *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1983, at page 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

See, for instance, the decision of the Supreme Court in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26 and following.

[13] As stated therein, where the text in question is found in an act which is part of a larger statutory scheme, it should be interpreted so as to be in harmony, coherent and consistent with the other statutes. In that sense, the

[10] M. Richi fait en deuxième lieu valoir qu'il n'a pas été répondu à ses attentes légitimes. Ce concept est lié à celui d'équité procédurale. Il peut très bien arriver qu'un décideur se trompe. Cela n'a rien à voir avec l'équité. Le ministre a corrigé la situation en faisant droit à l'appel de M. Richi. On ne pouvait que renvoyer l'affaire devant un autre juge de la citoyenneté pour réexamen. Les retards en cause sont inhérents au système. Cela est indéniable. Il y a eu de longs retards, mais de tels retards n'ont rien d'inhabituel. Les attentes de M. Richi n'étaient pas réalistes.

[11] Son troisième argument repose sur l'interprétation qu'il donne de l'alinéa 5(1)f) de la *Loi sur la citoyenneté*. Selon lui, le mot « et » a une fonction conjonctive. Étant donné qu'il était sous le coup d'une mesure de renvoi, mais qu'il n'était pas visé par une déclaration du gouverneur en conseil faite en application de l'article 20 de la Loi, c'est à tort selon lui que la juge de la citoyenneté a décidé qu'il ne répondait pas aux exigences de la Loi.

## ANALYSE

[12] Bien que l'alinéa 5(1)f) puisse être interprété littéralement, comme le propose M. Richi, une telle interprétation serait déraisonnable. La Cour suprême du Canada a, à de nombreuses reprises, jugé que dans son ouvrage *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto : Butterworths, 1983, Elmer Driedger avait, à la page 87, tranché une fois pour toutes la question :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Voir, par exemple, comment la Cour suprême s'est prononcée dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 26 et suivants.

[13] Comme le rappelle cet arrêt, lorsque le texte en question fait partie d'un cadre législatif plus large, il doit être interprété de manière à être en harmonie, en cohérence et en conformité avec les autres textes de loi. Cela

residence provisions of IRPA and the *Citizenship Act* should be considered harmoniously.

[14] In my opinion, the “and” in the provision should be read in the disjunctive, or should be read as subdividing paragraph (f) into two separate parts. One may become the subject of a removal order for all sorts of reasons which have nothing to do with criminality, such as allegedly failing to maintain a residency requirement, as in this case. However, section 20, which in turn refers to section 19, applies when the Governor in Council declares that there are reasonable grounds to believe that a person is a threat to Canada’s security or part of organized crime. It simply makes no sense to lump removal orders and section 20 declarations together.

[15] This interpretation is borne out by section 11 of the Act which deals with applications for resumption of citizenship. In that section, section 20 declarations and removal orders are distinct and addressed in paragraphs (b) and (c), respectively.

[16] There are two recent cases that touch upon this point. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. El Bousserghini*, 2012 FC 88, 408 F.T.R. 9, I mentioned in passing that the existence of a removal order precluded the granting of citizenship. However, Mr. Richi’s point of interpretation was not raised before me.

[17] Mr. Justice de Montigny came to the same conclusion in *Hadaydoun*, above. However, there is nothing in his reasons to indicate that Mr. Richi’s point was raised before him.

[18] Finally, there is no reason to believe that Mr. Richi would not make a fine Canadian citizen.

étant, les dispositions en matière de résidence inscrites dans la LIPR et dans la *Loi sur la citoyenneté* doivent être examinées harmonieusement.

[14] Selon moi, le mot « et » inscrit dans la disposition en cause doit être interprété comme ayant une fonction disjonctive, c’est-à-dire comme divisant l’alinéa f) en deux parties distinctes. L’on peut se retrouver sous le coup d’une mesure de renvoi pour des raisons très diverses n’ayant rien à voir avec la criminalité, par exemple, comme ce serait, semble-t-il, le cas en l’espèce, l’inobservation d’une condition de résidence. L’article 20, qui se réfère lui-même à l’article 19, s’applique pourtant lorsque le gouverneur en conseil déclare qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’une personne constitue une menace pour la sécurité du Canada, ou fait partie d’organisations criminelles. Il serait illogique de fondre dans un seul bloc les mesures de renvoi et les déclarations faites au titre de l’article 20.

[15] Cette interprétation est d’ailleurs confirmée par l’article 11 de la Loi concernant les demandes de réintégration dans la citoyenneté. Dans cet article, les déclarations prévues à l’article 20 et les mesures de renvoi sont deux choses distinctes traitées respectivement aux alinéas b) et c).

[16] La question a été évoquée dans deux décisions récentes. Dans la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. El Bousserghini*, 2012 CF 88, j’ai fait observer en passant la prise d’une mesure de renvoi fait obstacle à l’octroi de la citoyenneté. Dans cette affaire, la question de l’interprétation, invoquée par M. Richi, n’avait pas été soulevée.

[17] Dans la décision *Hadaydoun*, précitée, le juge de Montigny est parvenu à la même conclusion. Rien, dans les motifs de sa décision, n’indique cependant que se soit posée la question soulevée en l’espèce par M. Richi.

[18] Et enfin, il n’existe aucune raison de penser que M. Richi ne ferait pas un très bon citoyen canadien.

## ORDER

FOR REASONS GIVEN;

THIS COURT ORDERS that:

1. The appeal is dismissed.
2. There shall be no order as to costs.

## ORDONNANCE

POUR LES MOTIFS EXPOSÉS,

LA COUR ORDONNE :

1. L'appel est rejeté.
2. Aucuns dépens ne sont adjugés.

T-897-12  
2013 FC 336

T-897-12  
2013 CF 336

**Nanakmeet Kaur Kandola by her Guardian at Law,  
Malkiat Singh Kandola** (*Applicant*)

**Nanakmeet Kaur Kandola représentée par son tuteur  
légal, Malkiat Singh Kandola** (*demanderesse*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Blanchard J.—Vancouver, February 14;  
Ottawa, April 4, 2013.

Cour fédérale, juge Blanchard—Vancouver, 14 février;  
Ottawa, 4 avril 2013.

\*Editor's Note: This decision has been reversed on appeal  
(A-154-13, 2014 FCA 85). The reasons for judgment, hand-  
ed down March 31, 2014, will be published in the *Federal  
Courts Reports*.

\*Note de l'arrêstiste : Cette décision a été infirmée en appel  
(A-154-13, 2014 CAF 85). Les motifs du jugement, qui ont  
été prononcés le 31 mars 2014, seront publiés dans le *Recueil  
des décisions des Cours fédérales*.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Judicial review of citizenship officer's decision refusing applicant's application for registration as Canadian citizen born outside Canada — Applicant, minor, born in India, conceived through in vitro fertilization — Embryo of anonymous strangers implanted in applicant's birth mother — Applicant's guardian, Canadian citizen, married to applicant's Indian birth mother — Both registered as applicant's parents, appearing as such on applicant's Indian birth certificate — Citizenship officer refusing application on basis that to determine citizenship by birth outside Canada to Canadian parent, Canadian law relying on evidence of blood connection or genetic link between parent, child that can be proven by DNA testing; that current citizenship policy thereon only recognizing genetic parents — Whether citizenship officer misinterpreting Citizenship Act, s. 3(1)(b) by requiring genetic link to derivative parents, thereby excluding applicant — Pursuant to Act, s. 3(1)(b), only source for applicant's right to citizenship conferred by legislation — Applicant's legal guardian constituting "parent" for purposes of Act, s. 3(1)(b) — Act not expressly requiring genetic link between parent, child in legitimation cases — Parliament defining term "child" in Act, s. 2, which includes child adopted or legitimized in accordance with law of place where adoption or legitimating taking place — Record in present case sufficient to establish existence of parent relationship under Indian law — For purposes of application, applicant legitimized child of birth mother, Canadian legal guardian under Indian law; therefore included in definition of "child" for purposes of Act — Applicant should not be subjected to different treatment on basis legitimized, not adopted*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Contrôle judiciaire visant une décision par laquelle un agent de citoyenneté a refusé la demande d'inscription de la demanderesse en tant que citoyenne canadienne née à l'étranger — La demanderesse, une mineure, est née en Inde et a été conçue au moyen d'une fécondation in vitro — Un embryon provenant de donneurs anonymes a été implanté dans le ventre de sa mère naturelle — Le tuteur de la demanderesse, un citoyen canadien, est marié à la mère naturelle indienne de la demanderesse — Ils sont tous deux enregistrés comme les parents de la demanderesse et sont inscrits ainsi dans son acte de naissance de l'Inde — L'agent de citoyenneté a refusé la demande au motif que pour établir la citoyenneté d'un enfant né à l'étranger d'un père ou d'une mère canadienne, le droit canadien se fonde sur la preuve d'un lien de sang (ou lien génétique) entre le père ou la mère et l'enfant, lequel peut être prouvé par une analyse de l'ADN, et que la politique actuelle sur la citoyenneté ne reconnaît que les père ou mère génétiques — Il s'agissait de savoir si l'agent de citoyenneté a commis une erreur lorsqu'il a interprété l'art. 3(1)b) de la Loi sur la citoyenneté et qu'il a exigé l'existence d'un lien génétique avec les parents pour la citoyenneté acquise par filiation, excluant ainsi la demanderesse — En vertu de l'art. 3(1)b) de la Loi, le seul moyen de la demanderesse pour obtenir la citoyenneté était le droit conféré par la loi — Le tuteur de la demanderesse est un « père » aux fins de l'art. 3(1)b) de la Loi — La Loi n'exige pas expressément de lien génétique entre un père ou une mère et un enfant dans les cas de légitimation — L'art. 2 de la Loi dispose : « Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi [...] "enfant" Tout enfant, y*

— *In present case, terms “parent”, “child” “correlative” or naturally linked — Term “parent” in Act, s. 3(1)(b) construed as including lawfully recognized parents of legitimized child in accordance with laws of place where legitimation taking place; in present case, India — Since one of applicant’s parents (legal guardian) considered Canadian citizen, by operation of Act, s. 3(1)(b), applicant’s application could not be denied for lack of genetic link with Canadian parent — Therefore, citizenship officer erring in interpretation of Act by requiring such genetic link — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a citizenship officer’s decision refusing the applicant’s application for registration as a Canadian citizen born outside of Canada. The applicant sought to have the decision set aside and have her application reconsidered. The applicant, a minor, was born in India and was conceived through *in vitro* fertilization. An embryo, produced by the egg of an anonymous stranger fertilized *in vitro* by the sperm of another anonymous stranger, was implanted in the applicant’s birth mother. The applicant’s guardian, a Canadian citizen, and her Indian birth mother are married. They are registered as the applicant’s parents and appear as such on the applicant’s birth certificate. The applicant’s guardian applied in India for a citizenship certificate on the applicant’s behalf but it was refused. He also informed the citizenship officer who rendered the decision of the presumption in Indian law that a child born to a married woman is the child of her husband. The citizenship officer refused the application on the basis that, for the purposes of determining citizenship by birth outside Canada to a Canadian parent, Canadian law relies on evidence of a blood connection, or genetic link, between parent and child that can be proven by DNA testing. Moreover, for recognition of that source of citizenship, the current citizenship policy only recognizes genetic parents.

*compris l’enfant adopté ou légitimé conformément au droit du lieu de l’adoption ou de la légitimation » — En l’espèce, le dossier suffisait à établir une relation de père ou mère à enfant sous le régime du droit indien — Pour les besoins de la présente demande, la demanderesse est l’enfant légitimée de sa mère naturelle et de son tuteur légal canadien sous le régime du droit indien; par conséquent, elle est incluse dans la définition du terme « enfant » pour l’application de la Loi — La demanderesse ne devrait pas être soumise à un traitement différent, au motif qu’elle est une enfant légitimée et non pas adoptée — En l’espèce, les termes « père ou mère » et « enfant » « correspondent » ou sont naturellement liés — Les termes « père ou mère » contenus à l’art. 3(1)(b) de la Loi ont été interprétés comme incluant les pères ou mère reconnus légalement d’un enfant légitimé en conformité avec les lois de l’endroit où la légitimation a eu lieu : en l’espèce, il s’agissait de l’Inde — Vu que l’un des parents de la demanderesse (son tuteur légal) est un citoyen canadien par application de l’art. 3(1)(b) de la Loi, la demande de la demanderesse ne pouvait pas être refusée au motif que la demanderesse n’a pas de lien génétique avec son père canadien — En conséquence, l’agent de citoyenneté a commis une erreur dans son interprétation de la Loi lorsqu’il a exigé un tel lien génétique — Demande accueillie.*

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire visant une décision par laquelle un agent de citoyenneté a refusé la demande d’inscription de la demanderesse en tant que citoyenne canadienne née à l’étranger. La demanderesse a demandé que la décision soit annulée et que sa demande soit réexaminée. La demanderesse, une mineure, est née en Inde et a été conçue au moyen d’une fécondation *in vitro*. Un embryon, obtenu par fertilisation *in vitro* à partir de l’ovule d’une donneuse anonyme et du sperme d’un donneur anonyme, a été implanté dans le ventre de sa mère naturelle. Le tuteur de la demanderesse, un citoyen canadien, et sa mère naturelle indienne sont mariés. Ils sont enregistrés comme les parents de la demanderesse, et c’est ainsi qu’ils sont inscrits dans son acte de naissance. Le tuteur de la demanderesse a présenté une demande de certificat de citoyenneté en Inde pour le compte de la demanderesse, mais cette demande a été refusée. Il a également informé l’agent de citoyenneté qui a rendu la décision de l’existence d’une présomption en droit indien selon laquelle l’enfant né d’une femme mariée est présumé être l’enfant de son époux. L’agent de citoyenneté a refusé la demande au motif que pour établir la citoyenneté d’un enfant né à l’étranger d’un père ou d’une mère canadienne, le droit canadien se fonde sur la preuve d’un lien de sang (ou lien génétique) entre le père ou la mère et l’enfant, lequel peut être prouvé par une analyse de l’ADN. De plus, aux fins de la reconnaissance de cette source de citoyenneté, la politique actuelle sur la citoyenneté ne reconnaît que les père ou mère génétiques.

The issue was whether the citizenship officer erred in interpreting paragraph 3(1)(b) of the *Citizenship Act* by requiring a genetic link to derivative parents, thereby excluding the applicant.

*Held*, the application should be allowed.

The only source for the applicant's right to citizenship was the right conferred by legislation pursuant to paragraph 3(1)(b) of the Act. It had to be determined whether the applicant's legal guardian was a parent for the purposes of that provision. The Act does not expressly require a genetic link between parent and child in legitimation cases; it was a question of interpreting the meaning of the term "parent" in the Act. The respondent argued that since the Bill C-14 amendments, foreign-born children adopted after February 14, 1977, by Canadian citizens have access to citizenship in the same way as biological children born abroad to Canadian citizens and that by expressly providing for adopted children, Parliament intended the term "parent" in the Act to be narrowly interpreted as a blood relation between parent and child. Although this argument was not without merit, it failed to take into account an important consideration, namely that Parliament saw fit to define the term "child" in the Act. Section 2 of the Act provides that "child" includes a child adopted or legitimized in accordance with the law of the place where the adoption or legitimating took place. Thus, Parliament, by defining the word "child", provides insight into what meaning it intended for the lawful parents of such a child. In this case, the record established that the applicant's guardian, a Canadian citizen, and her Indian birth mother are married and are registered as the applicant's parents and are listed as such on her Indian birth certificate. The record was sufficient to establish this relationship under Indian law. For the purposes of this application, the applicant is the legitimized child of her birth mother and her Canadian legal guardian under Indian law.

As a legitimized child, the applicant is included in the definition of "child" for the purposes of the Act. It was also determined that she should not be subjected to a different treatment on the basis that she is legitimized and not adopted. Had Parliament intended to treat a legitimized child differently than an adopted child with respect to how the term "parents" is defined for the purposes of paragraph 3(1)(b), it would have expressly done so and not included a legitimized child in the same definition. Both are defined as a "child" for the purposes of the Act.

Il s'agissait de savoir si l'agent de citoyenneté a commis une erreur lorsqu'il a interprété l'alinéa 3(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* et qu'il a exigé l'existence d'un lien génétique avec les parents pour la citoyenneté acquise par filiation, excluant ainsi la demanderesse.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Le seul moyen de la demanderesse pour obtenir la citoyenneté était le droit conféré par l'alinéa 3(1)(b) de la Loi. Il fallait donc déterminer si le tuteur légal de la demanderesse est un père pour l'application de cette disposition. La Loi n'exige pas expressément de lien génétique entre un père ou une mère et un enfant dans les cas de légitimation. Il s'agissait d'une question d'interprétation de la signification des termes « père ou mère » contenus dans la Loi. Le défendeur a soutenu que depuis les modifications apportées par le projet de loi C-14, les enfants nés à l'étranger et adoptés après le 14 février 1977 par des citoyens canadiens ont droit à la citoyenneté de la même façon que les enfants biologiques nés à l'étranger de citoyens canadiens et qu'en faisant expressément référence aux enfants adoptés, le législateur avait l'intention de conférer aux termes « père ou mère » contenus dans la Loi une interprétation restrictive exigeant une relation de sang entre le père ou la mère et l'enfant. Bien que cet argument ne soit pas dénué de fondement, il omettait de tenir compte d'un point important, à savoir le fait que le législateur a estimé nécessaire de définir le terme « enfant » dans la Loi. L'article 2 de la Loi dispose : « "enfant" Tout enfant, y compris l'enfant adopté ou légitimé conformément au droit du lieu de l'adoption ou de la légitimation ». Par conséquent, lorsqu'il définit ainsi le terme « enfant », le législateur donne un indice de ce qu'il entend par parents légitimes d'un tel enfant. En l'espèce, le dossier établissait que le tuteur de la demanderesse, un citoyen canadien, et la mère naturelle indienne de la demanderesse étaient mariés et étaient enregistrés comme les parents de la demanderesse et étaient inscrits ainsi dans son acte de naissance. Le dossier suffisait à établir cette relation sous le régime du droit indien. Pour les besoins de la présente demande, la demanderesse est l'enfant légitimée de sa mère naturelle et de son tuteur légal canadien sous le régime du droit indien.

En tant qu'enfant légitimée, la demanderesse est donc incluse dans la définition du terme « enfant » pour l'application de la Loi. Il a également été conclu qu'elle ne devrait pas être soumise à un traitement différent, au motif qu'elle est un enfant légitimée et non pas adoptée. Vu la façon dont les termes « père ou mère » sont définis pour l'application de l'alinéa 3(1)(b), si le législateur avait eu l'intention de traiter différemment un enfant légitimé d'un enfant adopté, il l'aurait fait de façon expresse, et n'aurait pas inclus l'enfant légitimé dans la même définition. Les deux sont définis comme des « enfant[s] » pour l'application de la Loi.

In the present case, the terms “parent” and “child” are “correlative” or naturally linked. If a minor child is “adopted” or “legitimized” a parent/child relationship necessarily flows from this event. Because of the nature of the relationship, it would be incongruous to recognize a child in such circumstances but not the parent of the child. On the basis of the definition of “child” in the Act and given the correlative nature of the terms “parent” and “child” it would be inconsistent with the object and scheme of the Act not to recognize the parent of that same child as a “parent” for the purposes of the Act. Parliament did not intend asymmetry between these “correlative” terms since it did not legislate a specific definition for “parent”.

Moreover, the respondent’s interpretation of the Act was inconsistent with the wording of the Act. The definition of “child” in section 2 thereof includes children who are adopted or legitimized. Paragraph 3(1)(b) of the Act states that a person is a citizen if “at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen” (emphasis added). By excepting only an adoptive parent from this provision under the Act, an inference arises from the legislation that any other type of parent is sufficient to satisfy paragraph 3(1)(b). If it were Parliament’s intent to exclude legitimized parents as well, it needed to do so expressly. As well, legitimation renders adoption impossible. Thus, if legitimation of a Canadian parent by a foreign process does not result in either a “parent” or “adoptive parent” relationship with the child and precludes adoption, obtaining Canadian citizenship for the child is not possible except by ministerial discretion or the citizenship process designed for foreign nationals. Such a result would render meaningless the “legitimation” portion of the definition of “child” and have a discriminatory effect against legitimized children who are not genetically linked to their parents. The Act could not be interpreted that way.

Therefore, the term “parent” in paragraph 3(1)(b) of the Act was construed as including the lawfully recognized parents of a legitimized child in accordance with the laws of the place where the legitimation took place. In this case, it was India. This interpretation respected the well-established approach to statutory interpretation (28) whereas the respondent’s restrictive interpretation of that term did not.

En l’espèce, les termes « père ou mère » et « enfant » « correspondent » ou sont naturellement liés. Si un enfant mineur est « adopté » ou « légitimé », une relation de père ou mère à enfant découle nécessairement de cet acte. En raison de la nature de la relation, il serait incongru de reconnaître un enfant dans de telles circonstances, mais pas le père ou la mère de l’enfant. Sur la base de la définition du terme « enfant » dans la Loi, et vu le caractère correspondant des termes « père ou mère » et « enfant », il serait incompatible avec l’objet et l’esprit de la Loi de ne pas reconnaître les père ou mère de ce même enfant comme des père ou mère pour l’application de la Loi. Le législateur voulait que ces termes « correspondent » puisqu’il n’a pas adopté une définition précise pour les termes « père ou mère ».

En outre, l’interprétation faite par le défendeur de la Loi était incompatible avec le texte de la Loi. La définition du terme « enfant » à l’article 2 de la Loi inclut les enfants adoptés ou légitimés. L’alinéa 3(1)(b) de la Loi prévoit qu’une personne est citoyenne canadienne si elle est « née à l’étranger [ ... ] d’un père ou d’une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance » (dans la version anglaise, « *born outside Canada ... and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen* » (non souligné dans l’original). Vu que le législateur a créé une exception uniquement pour les père ou mère adoptifs à cet alinéa, il est possible d’inférer que tout autre type de père ou mère suffit à satisfaire aux exigences de l’alinéa 3(1)(b). Si le législateur avait aussi eu l’intention d’exclure les père ou mère légitimés, il aurait dû le faire expressément. De plus, la légitimation rend l’adoption impossible. Par conséquent, si la légitimation par un processus étranger d’un père ou d’une mère ayant la qualité de citoyen n’entraîne pas soit une relation de « père ou mère », soit une relation de « père ou mère adoptif » avec l’enfant, et que la légitimation exclut l’adoption, l’obtention de la citoyenneté canadienne pour l’enfant n’est pas possible sauf au moyen de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre, ou par le processus d’acquisition de la citoyenneté conçu pour les étrangers. Un tel résultat rendrait sans effet la partie « légitimation » de la définition du terme « enfant », et cela aurait un effet discriminatoire à l’égard des enfants légitimés qui ne sont pas génétiquement liés à leurs parents. La Loi ne peut pas être interprétée de cette façon.

Par conséquent, les termes « père ou mère » contenus à l’alinéa 3(1)(b) de la Loi ont été interprétés comme incluant les pères ou mères reconnus légalement d’un enfant légitimé en conformité avec les lois de l’endroit où la légitimation a eu lieu : en l’espèce, il s’agissait de l’Inde. Cette interprétation était conforme à l’approche bien établie relative à l’interprétation des lois, tandis que l’interprétation restrictive faite par le défendeur de ces termes ne l’était pas.

Since one of the applicant's parents, her legal guardian, is a Canadian citizen, by operation of paragraph 3(1)(b) of the Act, the applicant's application could not be denied by reason of the lack of a genetic link with her Canadian parent. Therefore, the citizenship officer erred in his interpretation of the Act by requiring such a genetic link, resulting in his refusal to consider parents by legitimation to be parents for the purposes of paragraph 3(1)(b) of the Act.

Vu que l'un des parents de la demanderesse, son tuteur légal, est un citoyen canadien, par application de l'alinéa 3(1)b) de la Loi, la demande de la demanderesse ne pouvait pas être refusée au motif que la demanderesse n'a pas de lien génétique avec son père canadien. En conséquence, l'agent de citoyenneté a commis une erreur dans son interprétation de la Loi lorsqu'il a exigé un tel lien génétique et qu'il a refusé de considérer les père ou mère par légitimation comme les père ou mère pour l'application de l'alinéa 3(1)b) de la Loi.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*An Act to amend the Citizenship Act (adoption)*, S.C. 2007, c. 24.  
*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 2 "child", 3(1)(b), 5.1.  
*Citizenship Regulations*, SOR/93-246, s. 2 "parent".  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 317.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 10.  
*Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 10.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Gingell v. R.*, [1976] 2 S.C.R. 86, [1976] 1 W.W.R. 232.

## DISTINGUISHED:

*Valois-d'Orleans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1009; *Azziz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 663, 368 F.T.R. 281.

## CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401, (1998), 167 D.L.R.(4th) 488 (C.A.); *Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1053, 145 C.R.R. (2d) 8.

## REFERRED TO:

*R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155; *Takeda Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70; *Ogg-Moss v. R.*, [1984] 2 S.C.R. 173, 11 D.L.R. (4th) 549.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 10.  
*Loi d'interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 10.  
*Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté (adoption)*, L.C. 2007, ch. 24.  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 2 « enfant », 3(1)b), 5.1.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.  
*Règlement sur la citoyenneté*, DORS/93-246, art. 2 « parent ».  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 317.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Gingell c. R.*, [1976] 2 R.C.S. 86.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Valois-d'Orleans c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1009; *Azziz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 663.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401 (C.A.); *Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1053.

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155; *Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70; *Ogg-Moss c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 173.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. Operational Bulletin 381. “Assessing Who is a Parent for Citizenship Purposes Where Assisted Human Reproduction (AHR) and/or Surrogacy Arrangements are Involved”, March 8, 2012, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2012/ob381.asp>>.

APPLICATION for judicial review of a citizenship officer’s decision refusing the applicant’s application for registration as a Canadian citizen born outside of Canada. Application allowed.

## APPEARANCES

*Charles E. D. Groos* for applicant.  
*Kimberly Sutcliffe* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Charles E. D. Groos*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] BLANCHARD J.: The applicant, Nanakmeet Kaur Kandola, seeks judicial review under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 of a decision by a Citizenship officer (the officer) dated April 25, 2012, refusing the applicant’s application for registration as a Canadian citizen born outside of Canada.

[2] The applicant seeks an order setting aside the decision refusing her registration and certification as a Canadian citizen, and directing the respondent to reconsider the application “on the basis that, on the present record, there is no reason to refuse it”.

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. Bulletin opérationnel 381. « Évaluation de la filiation aux fins d’attribution de la citoyenneté dans les cas où interviennent des techniques de procréation assistée, y compris la maternité de substitution », 8 mars 2012, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2012/bo381.asp>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant une décision par laquelle un agent de citoyenneté a refusé la demande d’inscription de la demanderesse en tant que citoyenne canadienne née à l’étranger. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Charles E. D. Groos* pour la demanderesse.  
*Kimberly Sutcliffe* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Charles E. D. Groos*, 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 rendus par*

[1] LE JUGE BLANCHARD : La Cour est saisie d’une demande de contrôle judiciaire présentée par la demanderesse, Nanakmeet Kaur Kandola, en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, contre une décision datée du 25 avril 2012, par laquelle un agent de citoyenneté (l’agent) a refusé la demande d’inscription de la demanderesse en tant que citoyenne canadienne née à l’étranger.

[2] La demanderesse sollicite une ordonnance annulant la décision de refuser son inscription et son immatriculant en tant que citoyenne canadienne, et obligeant le défendeur à procéder à un nouvel examen de la demande [TRADUCTION] « au motif que, vu le présent dossier, il n’y a aucune raison de la refuser ».

## FACTS

[3] The applicant was born in Chandigarh, India, on June 3, 2009. She was conceived through *in vitro* fertilization (IVF). An embryo, was implanted in the applicant's birth mother. The applicant's guardian, a Canadian citizen, and her Indian birth mother are married. They are registered as the applicant's parents and are so listed on her Indian birth certificate.

[4] In an unrelated proceeding, the applicant's guardian gave Citizenship and Immigration Canada (CIC) officials notice of the circumstances of the birth. CIC learned about his wife's fertility problems from an interview on January 7, 2009, in the course of considering her sponsored application for a permanent residence visa.

[5] On September 30, 2011, the applicant's guardian applied for a citizenship certificate (proof of citizenship) on behalf of the applicant at the Canadian High Commission in New Delhi. The respondent claims that he had made a previous application, which was also refused.

[6] On April 19, 2012, in supplementary submissions, the applicant's guardian informed the officer who rendered the decision, of the presumption in Indian law that a child born to a married woman is the child of her husband.

[7] After the decision was rendered on April 25, 2012, the applicant's guardian filed a request to the officer pursuant to rule 317 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 for materials in its file not in the possession of the applicant. The materials sent contained neither the April 19, 2012 submissions nor any CIC policy stating that officers should only recognize genetic parents.

## FAITS

[3] La demanderesse est née le 3 juin 2009 à Chandigarh, en Inde. Elle a été conçue au moyen d'une fécondation *in vitro* (la FIV). Un embryon, obtenu par fertilisation *in vitro* à partir de l'ovule d'une donneuse anonyme et du sperme d'un donneur anonyme, a été implanté dans le ventre de sa mère naturelle. Le tuteur de la demanderesse, un citoyen canadien, et sa mère naturelle indienne sont mariés. Ils sont enregistrés comme les parents de la demanderesse, et c'est ainsi qu'ils sont inscrits dans son acte de naissance de l'Inde.

[4] Dans une procédure distincte, le tuteur de la demanderesse a avisé les fonctionnaires de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) des circonstances de la naissance. CIC a été mis au courant des problèmes de fertilité de son épouse lors d'une entrevue tenue le 7 janvier 2009, au cours de laquelle CIC procédait à l'examen de la demande de parrainage de l'épouse pour l'obtention de son visa de résidence permanente.

[5] Le 30 septembre 2011, le tuteur de la demanderesse a présenté une demande de certificat de citoyenneté (la preuve de citoyenneté), pour le compte de la demanderesse, au Haut-commissariat du Canada à New Delhi. Selon le défendeur, le tuteur avait auparavant présenté une demande, laquelle avait aussi été refusée.

[6] Le 19 avril 2012, dans des observations additionnelles, le tuteur de la demanderesse a informé l'agent qui a rendu la décision de l'existence d'une présomption en droit indien selon laquelle l'enfant né d'une femme mariée est présumé être l'enfant de son époux.

[7] Après que la décision eut été rendue le 25 avril 2012, le tuteur de la demanderesse a déposé une requête auprès de l'agent en vertu de la règle 317 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, pour l'obtention de documents que la demanderesse n'avait pas, mais qui étaient au dossier. Les documents envoyés ne contenaient ni les observations du 19 avril 2012, ni aucune politique de CIC selon laquelle les agents devraient reconnaître uniquement les parents génétiques.

## DECISION UNDER REVIEW

[8] The officer refused the application by letter dated April 25, 2012. I reproduce below those portions of the letter explaining his reasons for so doing:

Section 3 of the *Citizenship Act* sets out who is a Canadian citizen. The pertinent paragraph for your child's application is paragraph 3(1)(b), which states that a person is a Canadian citizen if "the person was born outside Canada after February 14, 1977 and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen."

For the purposes of determining citizenship by birth outside Canada to a Canadian parent (derivative citizenship), Canadian law relies on evidence of a blood connection (or genetic link) between parent and child which can be proven by DNA testing. This principle of *jus sanguinis* has deep historical roots both in Canada and internationally, and it is evident from the legislative history of the *Citizenship Act* that Parliament has always intended the term "parent" to refer to genetic parents for derivative citizenship purposes. In addition to the requirement of a genetic link between parent and child, there also needs to be evidence of a parental link, or an intention to parent the child, for determining citizenship. The present citizenship policy is simply a reflection of the current law and is aimed at clarifying the law in light of new technologies for assisted human reproduction.

For the purposes of determining citizenship by birth outside Canada to a Canadian parent (derivative citizenship), the present citizenship policy only recognizes genetic parents (parents who have a genetic link to the child concerned). In all cases where there exists information suggesting that a parent, through whom a claim of derivative citizenship is made, may not be the genetic parent, DNA evidence is requested.

The DNA evidence you have submitted concerning Nanakmeet demonstrates less than 99.8% accuracy, which is the acceptable standard for citizenship purposes. Consequently, you have been found not to be Nanakmeet's genetic parent.

Since you have been found not to be the genetic parent of Nanakmeet, you may wish to explore options for intercountry adoption in order to regularize the parental relationship for the

## DÉCISION SOUMISE AU CONTRÔLE

[8] L'agent a refusé la demande dans une lettre datée du 25 avril 2012. Je reproduis ci-dessous les extraits de la lettre dans lesquels l'agent explique les motifs de son refus :

[TRADUCTION] L'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* établit quelles personnes ont qualité de citoyen canadien. L'alinéa pertinent qui concerne la demande de votre enfant est l'alinéa 3(1)(b), aux termes duquel a qualité de citoyen canadien toute personne « née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance ».

Pour établir la citoyenneté d'un enfant né à l'étranger d'un père ou d'une mère canadienne (citoyenneté acquise par filiation), le droit canadien se fonde sur la preuve d'un lien de sang (ou lien génétique) entre le père ou la mère et l'enfant, lequel peut être prouvé par une analyse de l'ADN. Ce principe du *jus sanguinis* (le droit du sang) a de profondes racines historiques tant au Canada qu'à l'échelle internationale, et il ressort clairement de l'historique législatif de la *Loi sur la citoyenneté* que l'intention du législateur a toujours été de faire référence aux termes « père ou mère » comme étant les père ou mère génériques pour la citoyenneté acquise par filiation. Pour établir la citoyenneté, il faut prouver l'existence non seulement d'un lien génétique entre le père ou la mère et enfant, mais aussi d'un lien parental ou d'une intention de relation parentale avec l'enfant. La présente politique de citoyenneté est simplement un reflet du droit actuel, et elle vise à clarifier le droit à la lumière des nouvelles techniques de procréation assistée.

Pour établir la citoyenneté d'un enfant né à l'étranger d'un père ou d'une mère canadienne (citoyenneté acquise par filiation), la politique actuelle sur la citoyenneté ne reconnaît que les père ou mère génétiques (les père ou mère qui ont un lien génétique avec l'enfant concerné). Dans tous les cas où des renseignements donnent à penser qu'un père ou une mère, par lesquels une demande de citoyenneté acquise par filiation est présentée, n'est pas le père ou la mère génétique, une preuve génétique est demandée.

La preuve par analyse de l'ADN que vous avez fournie concernant Nanakmeet établit avec une certitude inférieure à 99,8 % qu'elle est votre fille, ce qui est la norme acceptable pour l'établissement de la citoyenneté. Par conséquent, vous n'êtes pas le parent génétique de Nanakmeet.

Comme vous n'êtes pas le parent génétique de Nanakmeet, vous pouvez envisager d'autres possibilités relatives à l'adoption internationale pour régulariser la relation parentale aux

purpose of applying for Canada citizenship or immigration (please consult the CIC website for further information at:

[http://www.cic.gc.ca/english/immigrate/adoption/index .asp](http://www.cic.gc.ca/english/immigrate/adoption/index.asp)).

In the event that an adoption is not possible because you are already recognized as the legal parent(s) in the foreign jurisdiction where the child was born (including having your name(s) on the birth certificate), or adoption is not possible for other reasons, you may be eligible for facilitation of your return to Canada through discretionary immigration processing, such as a temporary resident permit for your child. Once in Canada, you may choose to submit on behalf of your child a humanitarian and compassionate permanent resident application, or to apply for a discretionary grant of citizenship.

Consequently, the application for a citizenship certificate for your child has been refused....

#### APPLICANT'S POSITION

[9] The applicant submits that the respondent has failed to interpret the applicable provisions of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (the Act) in accordance with section 10 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which requires that the interpretation of the law must evolve with the evolution of technology. The applicant maintains the respondent's interpretation does not take into account IVF and has denied the applicant's rights "intended by Parliament for those humans created as she has been".

[10] The applicant raises the following two issues. The first is whether the lawful construction of paragraph 3(1)(b) of the Act allows the Minister's officials to restrict derivative citizenship to those who have a direct genetic link to a Canadian parent. The second is whether the Minister's officials may "absolutely displace the benefits of the presumption of legitimacy to a child born to that married woman".

[11] The applicant claims she is the legitimate offspring of her birth mother and her guardian. She

fins du dépôt d'une demande de citoyenneté canadienne ou d'immigration (pour de plus amples renseignements, visitez le site Web de CIC à l'adresse suivante :

[http://www.cic.gc.ca/francais/immigrer/adoption/index .asp](http://www.cic.gc.ca/francais/immigrer/adoption/index.asp)).

Dans le cas où l'adoption n'est pas possible parce que vous êtes déjà considéré comme le parent légal dans le territoire étranger où l'enfant est né (y compris parce que votre nom figure sur le certificat de naissance), ou pour d'autres raisons, votre retour au Canada pourrait être facilité par des mesures de traitement de demandes d'immigration discrétionnaires, comme le recours à un permis de résidence temporaire pour votre enfant. Une fois au Canada, vous pouvez soumettre, pour le compte de votre enfant, une demande de résidence permanente pour motifs d'ordre humanitaires, ou une demande d'attribution discrétionnaire de la citoyenneté.

La demande de certificat de citoyenneté pour votre enfant a donc été rejetée [...]

#### POSITION DE LA DEMANDERESSE

[9] La demanderesse soutient que le défendeur a omis d'interpréter les dispositions applicables de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi), conformément à l'article 10 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui exige que l'interprétation des lois évolue avec les progrès technologiques. La demanderesse soutient que l'interprétation faite par le défendeur ne tient pas compte de la FIV, et que le défendeur a refusé à la demanderesse des droits que [TRADUCTION] « le législateur avait l'intention de conférer aux êtres humains créés selon les mêmes moyens qu'elle ».

[10] La demanderesse soulève les deux questions qui suivent. La première question est de savoir si, lorsqu'ils interprètent légalement l'alinéa 3(1)(b) de la Loi, les fonctionnaires peuvent restreindre la citoyenneté acquise par filiation aux personnes qui ont un lien génétique direct à un père ou une mère canadienne. La seconde question est de savoir si les fonctionnaires peuvent [TRADUCTION] « de façon absolue écarter les avantages de la présomption de légitimité d'un enfant né d'une femme mariée ».

[11] La demanderesse allègue qu'elle est la fille légitime de sa mère naturelle et de son tuteur. Elle maintient

maintains that for the purpose of paragraph 3(1)(b) of the Act they should be considered her parents.

[12] The applicant argues that to uphold the officer's interpretation of parent contradicts the common law presumption of legitimacy without statutory authority, and conflicts with Indian law, the ordinary meaning of the word "parent" in paragraph 3(1)(b) [of the Act], and the definition of "parent" in section 2 of the *Citizenship Regulations*, SOR/93-246. She further argues that the officer's definition is also premised on Parliament intending a restrictive definition based on *jus sanguinis* which is not in keeping with the advancements in reproductive technology or consistent with the evolving nature of the Constitution.

#### RESPONDENT'S POSITION

[13] The respondent adopts the position that Canadian law requires a blood connection or genetic link between parent and child in a derivative citizenship application. In support of this position the respondent relies upon Operational Bulletin 381 ["Assessing Who is a Parent for Citizenship Purposes Where Assisted Human Reproduction (AHR) and/or Surrogacy Arrangements are Involved"] (the Bulletin), dated March 8, 2012, and the principles of statutory interpretation.

[14] The respondent contends that the Bulletin "specifically addresses the question of who is considered a parent in the absence of a genetic link". The Bulletin states that children born through assisted human reproduction or surrogacy arrangements with no genetic link to Canadian parents are ineligible for citizenship.

[15] The respondent argues that in such cases, parents must seek adoption to obtain citizenship for their child. In cases where it is not possible for intending parents to adopt, such as in this instance where the names of the intending parents figure on the birth certificate of the child, then facilitation of their return to Canada may be

que pour l'application de l'alinéa 3(1)(b) de la Loi, ils doivent être considérés comme ses parents.

[12] La demanderesse allègue que le maintien de l'interprétation faite par l'agent des termes père ou mère contredit la présomption de légitimité de la common law, sans base légale pour ce faire, et est incompatible avec le droit indien, avec la signification ordinaire des termes « père ou mère » contenus à l'alinéa 3(1)(b) [de la Loi], et avec la définition de « parent » à l'article 2 du *Règlement sur la citoyenneté*, DORS/93-246. Elle allègue en outre que la définition de l'agent repose aussi sur l'intention du législateur de restreindre la définition fondée sur le *jus sanguinis*, ce qui ne tient pas compte des avancées technologiques de la procréation assistée, et n'est pas compatible avec le caractère évolutif de la Constitution.

#### POSITION DU DÉFENDEUR

[13] Selon le défendeur, le droit canadien exige l'existence d'un lien du sang ou d'un lien génétique entre un père ou une mère et un enfant dans une demande de citoyenneté acquise par filiation. À l'appui de sa position, le défendeur se fonde sur le Bulletin opérationnel 381 [« Évaluation de la filiation aux fins d'attribution de la citoyenneté dans les cas où interviennent des techniques de procréation assistée, y compris la maternité de substitution » ] (le Bulletin), daté du 8 mars 2012, et sur les principes d'interprétation des lois.

[14] Le défendeur soutient que le Bulletin [TRADUCTION] « examine expressément le cas des personnes reconnues comme parents en l'absence de lien génétique ». Le Bulletin déclare que les enfants nés au moyen de la procréation assistée ou d'un accord de maternité de substitution sans lien génétique à des parents canadiens ne sont pas admissibles à la citoyenneté.

[15] Le défendeur avance que dans de tels cas, les parents doivent demander l'adoption pour obtenir la citoyenneté pour leur enfant. Lorsque les parents qui ont l'intention d'adopter ne peuvent pas le faire, comme c'est le cas en l'espèce parce que les noms des parents qui souhaitent adopter figurent dans le certificat de

made through discretionary citizenship or immigration case processing.

[16] With respect to policy, the respondent argues that reproductive technologies present cause for concern with respect to immigration. There is the potential for easily obtained false documents claiming to be evidence of birth via assisted human reproduction that can easily explain DNA tests which do not demonstrate shared genetic material with parents. There is also the potential for human trafficking and undue gain. The respondent submits that the Minister's interpretation and application of paragraph 3(1)(b) of the Act with respect to the requirement of a blood relationship for derivative citizenship rests partly on the above policy factors.

[17] The respondent argues that the principles of statutory interpretation support Operational Bulletin 381. The words of a statute are to derive meaning from their broad context (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110, at paragraph 28). According to the respondent, the ordinary meaning of a provision is presumed to be the meaning intended by the legislature and should be accepted by the court in absence of a reason to reject it. The respondent argues that the distinction between "parent" and "parent who adopted" in paragraph 3(1)(b) demonstrates that the term "parent" is limited and "may be interpreted as the traditional understanding of the term—a blood connection between parent and child".

[18] In addition, the respondent maintains that citizenship "has traditionally been a restrictive concept", with the Act only allowing for three methods of becoming a citizen: *jus soli*, *jus sanguinis*, and naturalization. Although assisted human reproduction was not available in 1977 when Bill C-14 [*An Act to amend the Citizenship Act (adoption)*, S.C. 2007, c. 24] was passed to include adopted children, the provincial law definition of parents included adoptive parents, so in the respondent's view, Parliament intended the definition to be the traditional definition based on *jus sanguinis*.

naissance de l'enfant, alors le retour au Canada peut être facilité par des mesures de traitement discrétionnaires en matière de citoyenneté ou d'immigration.

[16] En ce qui concerne la politique, le défendeur allègue que les techniques de procréation assistée font naître des préoccupations en immigration. Il existe une possibilité d'obtenir facilement de faux documents qui seront présentés comme des éléments de preuve d'une naissance obtenue grâce aux techniques de procréation assistée, et cela peut facilement expliquer les résultats des analyses de l'ADN n'établissant pas l'existence d'un matériel génétique partagé avec les parents. Il existe aussi une possibilité de traite de personnes ou de gain matériel indu. Le défendeur avance que l'interprétation faite par le ministre, et l'application de l'alinéa 3(1)b) de la Loi relativement à l'exigence d'un lien de sang pour la citoyenneté acquise par filiation repose en partie sur les facteurs politiques ci-dessus.

[17] Le défendeur allègue que les principes de l'interprétation des lois étaient le Bulletin. Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; et *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110, au paragraphe 28). Selon le défendeur, le sens ordinaire d'une disposition est présumé être le sens que le législateur avait l'intention de lui conférer, et il devrait être accepté par les tribunaux s'il n'y a aucune raison de le rejeter. Le défendeur allègue que, dans la version anglaise de la Loi, la distinction entre « *parent* » et « *parent who adopted* » à l'alinéa 3(1)b) établit que le terme « *parent* » a un sens strict et [TRADUCTION] « doit être interprété selon son acception traditionnelle — nécessitant un lien de sang entre le parent et l'enfant ».

[18] De plus, le défendeur maintient que la citoyenneté [TRADUCTION] « a traditionnellement été un concept strict », et que la Loi prévoit seulement trois moyens pour devenir citoyen : le *jus soli* (le droit du sol), le *jus sanguinis* (le droit du sang), et la naturalisation. Bien que la procréation assistée ne fût pas disponible en 1977, lorsque le projet de loi C-14 [*Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté (adoption)*, L.C. 2007, ch. 24] a été édicté pour inclure les enfants adoptés, la définition de la notion de parents en droit provincial incluait les parents adoptifs; selon le défendeur, le législateur avait donc

[19] The respondent contends that the case law supports this position. In *Valois-D'Orleans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1009, at paragraph 16, the Federal Court held that “[a]s it stands, the Act does not, save for an adoptive parent, depart from the ordinary meaning that the parent must be one who is in a blood relationship with the child.” Similarly, in *Azziz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 663, 368 F.T.R. 281, at paragraph 73, the Court held that paragraph 3(1)(b) “concerns only the natural children of a parent who is a Canadian citizen at the time of the birth.” Also, in *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401 (C.A.), at paragraphs 57 and 85, the Federal Court of Appeal refers to the automatic right of citizenship that “birth children of a Canadian citizen” possess, and in dissent Justice Linden refers to a connection “represented by blood or soil.” *Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1053, 145 C.R.R. (2d) 8, also refers to “natural-born” and “biological parents”.

## ISSUES

[20] In my view, the determinative issue on this application is whether the Citizenship officer erred in his interpretation of paragraph 3(1)(b) of the Act by requiring a genetic link to derivative parents thereby excluding the applicant?

## STANDARD OF REVIEW

[21] The issue involves the Minister’s interpretation of the Act. The applicable standard of review for such questions is correctness. See: *David Suzuki Foundation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155, at paragraph 6; *Takeda Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70, at paragraph 29.

l’intention de conférer aux termes le sens de leur définition traditionnelle qui repose sur le *jus sanguinis*.

[19] Le défendeur allègue que la jurisprudence appuie sa position. Au paragraphe 16 de la décision *Valois-D'Orleans c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1009, la Cour fédérale a affirmé que « [d]ans son état actuel, la Loi, sauf dans le cas d’un parent adoptif, ne déroge pas au sens ordinaire voulant qu’un parent est une personne qui est liée par le sang avec l’enfant ». De façon semblable, au paragraphe 73 de la décision *Azziz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 663, la Cour a déclaré que l’alinéa 3(1)b) « vise uniquement l’enfant naturel de l’un ou l’autre parent ayant le statut de citoyen canadien au moment de la naissance ». Aussi, aux paragraphes 57 et 85 de l’arrêt *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401 (C.A.), la Cour d’appel fédérale s’est référée au droit automatique à la citoyenneté qu’ont les enfants « s’ils sont nés d’un père ou d’une mère ayant qualité de citoyen », et le juge Linden, dissident, s’est référé à un lien « résult[ant] du droit du sang ou du droit du sol ». La décision *Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1053, fait aussi référence aux « citoyens canadiens de naissance », et aux « parents biologiques ».

## QUESTIONS EN LITIGE

[20] Selon moi, la question déterminante en l’espèce est de savoir si l’agent a commis une erreur lorsqu’il a interprété l’alinéa 3(1)b) de la Loi et qu’il a exigé l’existence d’un lien génétique avec les parents pour la citoyenneté acquise par filiation, excluant ainsi la demanderesse.

## NORME DE CONTRÔLE

[21] La question a trait à l’interprétation de la Loi par le ministre. Une telle question commande l’application de la norme de la décision correcte. Voir : *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155, au paragraphe 6; et *Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70, au paragraphe 29.

## ANALYSIS

[22] In Canadian law there are three possible sources of a right to citizenship:

- a. *jus soli*, when a person is born on Canadian soil;
- b. *jus sanguinis*, when a person's "blood" or a genetic parent is Canadian; and
- c. naturalization in accordance with the laws of Canada, namely the *Citizenship Act*.

See: *Valois-d'Orleans*, at paragraph 12; and *McKenna*, at paragraph 18.

[23] The applicant was not born on Canadian soil and she claims no genetic link to her only intended parent who is Canadian. Consequently her right of citizenship cannot be sourced through a claim of *jus soli* or *jus sanguinis*.

[24] The remaining source for the applicant is the right of citizenship conferred by legislation. I reproduce below the applicable provision of the Act:

Persons who are citizens      **3.** (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

...

(b) the person was born outside Canada after February 14, 1977 and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen;

...

Adoptees—minors      **5.1** (1) Subject to subsection (3), the Minister shall on application grant citizenship to a person who was adopted by a citizen on or after January 1, 1947 while the person was a minor child....

[25] The key question in this instance is whether the applicant's legal guardian is a parent for the purposes of paragraph 3(1)(b) of the Act. The Act does not expressly

## ANALYSE

[22] En droit canadien, il existe trois moyens possibles pour l'obtention de la citoyenneté :

- a. le *jus soli*, lorsqu'une personne est née en sol canadien,
- b. le *jus sanguinis*, lorsqu'une personne a du « sang » canadien ou un parent génétique canadien,
- c. la naturalisation, conformément aux lois du Canada, nommément la *Loi sur la citoyenneté*.

Voir : la décision *Valois-d'Orleans*, au paragraphe 12, et l'arrêt *McKenna*, au paragraphe 18.

[23] La demanderesse n'est pas née en sol canadien, et elle ne prétend pas avoir de lien génétique avec son seul parent visé qui est Canadien. Par conséquent, son droit à la citoyenneté ne peut trouver son origine ni dans une allégation relative au *jus soli* ni dans une allégation relative au *jus sanguinis*.

[24] Pour la demanderesse, le moyen restant est le droit à la citoyenneté conféré par la loi. Je reproduis ci-dessous les dispositions de la Loi qui s'appliquent :

**3.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne :      Citoyens

[...]

b) née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance;

[...]

**5.1** (1) Sous réserve du paragraphe (3), le ministre attribue, sur demande, la citoyenneté à la personne adoptée par un citoyen le 1<sup>er</sup> janvier 1947 ou subséquemment lorsqu'elle était un enfant mineur [...].      Cas de personnes adoptées — mineurs

[25] En l'espèce, la question déterminante est de savoir si le tuteur légal de la demanderesse est un père pour l'application de l'alinéa 3(1)(b) de la Loi. La Loi n'exige

require a genetic link between parent and child in legitimation cases. It is a question of interpreting the meaning of the term “parent” in the Act.

[26] This case is not about fraudulent claim of parentage or any other misrepresentation of facts. The applicant and her legal guardian and birth mother were forthright from the outset with respect to all elements of the application. The case can therefore be distinguished on its facts from certain authorities cited to the Court, including *Valois-d’Orleans* and *Azziz*, where fraud is involved and different issues are raised.

[27] Although Justice Hughes and Justice Martineau seem to pronounce definitively on the issue, at paragraph 16 of *Valois-d’Orleans* and paragraph 73 of *Azziz*, a situation of legitimation by a foreign state was not before the Court in either case. As such, the general statements in these two cases are of little assistance, and I am required to look to the Act itself for guidance.

[28] In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, at paragraphs 21 and 22, the Supreme Court adopts the following approach to statutory interpretation:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The Supreme Court also relies upon section 10 of the [Ontario] *Interpretation Act* [R.S.O. 1990, c. I.11] which provides that every Act “shall be deemed to be remedial” and directs that every Act shall “receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit.” The prescribed approach therefore requires that the words of the Act and their ordinary meaning be considered.

[29] *Prima facie*, the word “parent” when used in a statute should be given its ordinary meaning unless in

pas expressément de lien génétique entre un père ou une mère et un enfant dans les cas de légitimation. Il s’agit d’une question d’interprétation de la signification des termes « père ou mère » contenus dans la Loi.

[26] La présente espèce n’a pas trait à une allégation frauduleuse de parentalité ou à quelque autre mauvaise représentation des faits que ce soit. La demanderesse, son tuteur légal et sa mère naturelle ont été honnêtes dès le début en ce qui concerne tous les éléments de la demande. La présente espèce peut donc être distinguée dans les faits de certains précédents cités à la Cour, y compris les décisions *Valois-d’Orleans* et *Azziz*, dans lesquelles il y avait de la fraude et où des questions différentes étaient soulevées.

[27] Bien que les juges Hughes et Martineau semblent avoir définitivement tranché la question, au paragraphe 16 de la décision *Valois-d’Orleans* et au paragraphe 73 de la décision *Azziz*, il n’était question de légitimation par un territoire étranger dans aucune de ces deux affaires. Ainsi, les déclarations générales faites dans ces deux décisions sont peu utiles, et je dois me pencher sur la Loi elle-même pour obtenir des indications à cet égard.

[28] Aux paragraphes 21 et 22 de l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, la Cour suprême a adopté l’approche suivante quant à l’interprétation des lois :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

La Cour suprême s’appuyait aussi sur l’article 10 de la *Loi d’interprétation* [de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. I.11], qui prévoit que les lois « sont réputées apporter une solution de droit » et doivent « s’interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables ». L’approche prescrite exige donc de tenir compte des termes de la Loi et de leur sens ordinaire.

[29] *Prima facie*, les mots « le père ou la mère » doivent être pris dans leur sens ordinaire, à moins que le

the context of the statute a restricted meaning should be given. See: *Gingell v. R.*, [1976] 2 S.C.R. 86.

[30] At the outset, I note that the applicant is a minor child. There is no dispute on this point.

[31] The Minister argues that since the Bill C-14 amendments, foreign-born children adopted after February 14, 1977, by Canadian citizens have access to citizenship in the same way as biological children born abroad to Canadian citizens. He argues that by expressly providing for adopted children, Parliament intended the term “parent” in the Act to be narrowly interpreted as a blood relation between parent and child. Otherwise, the amendment to allow adoptive parents to pass on derivative citizenship to their children would be redundant. The Minister therefore argues that Parliament intended the more traditional and restrictive definition of “parent” based on the concept of *jus sanguinis*, and any changes to this definition would require legislative amendment.

[32] The Minister’s argument is not without merit. However, it fails to take into account an important consideration, namely that Parliament saw fit to define the term “child” in the Act. Section 2 of the Act provides: “In this Act, ... ‘child’ includes a child adopted or legitimized in accordance with the law of the place where the adoption or legitimating took place.” In so defining “child”, Parliament provides insight into what meaning it intended for the lawful parents of such a child.

[33] In the instant case, the record establishes that the applicant’s guardian, a Canadian citizen, and her Indian birth mother are married and are registered as the applicant’s parents. They are listed as her parents on her Indian birth certificate. Absent evidence to the contrary, the record is sufficient to establish this relationship under Indian law. There appears to be no dispute on this point. For the purposes of the application, I am

contexte de la loi ne commande le sens restreint. Voir : *Gingell c. R.*, [1976] 2 R.C.S. 86.

[30] D’entrée de jeu, je souligne que la demanderesse est une enfant mineure. Il n’y a aucune contestation sur ce point.

[31] Le ministre soutient que depuis les modifications apportées par le projet de loi C-14, les enfants nés à l’étranger et adoptés après le 14 février 1977 par des citoyens canadiens ont droit à la citoyenneté de la même façon que les enfants biologiques nés à l’étranger de citoyens canadiens. Il soutient qu’en faisant expressément référence aux enfants adoptés dans la version anglaise de la Loi, le législateur avait l’intention de conférer aux termes « père ou mère » contenus dans la Loi, une interprétation restrictive exigeant une relation de sang entre le père ou la mère et l’enfant. Autrement, la modification visant à permettre aux parents adoptifs de transmettre à leurs enfants la citoyenneté acquise par filiation serait superflue. Le ministre soutient donc que le législateur avait l’intention d’adopter la définition plus traditionnelle et restrictive des termes « père ou mère » reposant sur le concept du *jus sanguinis*, et que tout changement à cette définition nécessiterait une modification de la loi.

[32] L’argument du ministre n’est pas dénué de fondement. Toutefois, il omet de tenir compte d’un point important, à savoir le fait que le législateur a estimé nécessaire de définir le terme « enfant » dans la Loi. L’article 2 de la Loi dispose : « Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi [...] “enfant” Tout enfant, y compris l’enfant adopté ou légitimé conformément au droit du lieu de l’adoption ou de la légitimation ». Lorsqu’il définit ainsi le terme « enfant », le législateur donne un indice de ce qu’il entend par parents légitimes d’un tel enfant.

[33] En l’espèce, le dossier établit que le tuteur de la demanderesse, un citoyen canadien, et la mère naturelle de la demanderesse sont mariés et sont enregistrés comme les parents de la demanderesse. Ils sont inscrits comme ses parents dans son certificat de naissance de l’Inde. En l’absence de preuve contraire, le dossier suffit à établir cette relation sous le régime du droit indien. Il ne semble pas y avoir de contestation sur ce point. Pour

satisfied that the applicant is the legitimized child of her birth mother and her Canadian legal guardian under Indian law.

[34] As a legitimized child, the applicant is therefore included in the definition of “child” for the purposes of the Act. Had she been an adopted child, the Minister would have been required, on application, to grant her citizenship pursuant to section 5.1 of the Act. The question then is whether she should be subjected to a different treatment on the basis that she is legitimized and not adopted. In my view, for the following reasons, she should not be.

[35] Had Parliament intended to treat a legitimized child differently than an adopted child with respect to how the term “parents” is defined for the purposes of paragraph 3(1)(b), it would have expressly done so and not included a legitimized child in the same definition. Both are defined as a “child” for the purposes of the Act.

[36] The courts have used the definition of “child” to discern the intended meaning of “parent” in statutes that do not expressly define “parent” because the concepts are “correlative”, or naturally linked. (See: *Ogg-Moss v. R.*, [1984] 2 S.C.R. 173.) Chief Justice Laskin considered the correlative nature of these terms in *Gingell*, at page 95. The learned Chief Justice stated that the proper starting point in determining the meaning of the word “parent” in a particular statutory provision is to consider the meaning of “child” as used in the same Act.

[37] In the instant case, the terms parent and child are “correlative”. If a minor child is “adopted” or “legitimized”, a parent/child relationship necessarily flows from this event. Because of the nature of the relationship, which is essentially about nurturing and dependency, it would be incongruous to recognize a child in such circumstances but not the parent of the child.

les besoins de la demande, je suis convaincu que la demanderesse est l’enfant légitimée de sa mère naturelle et de son tuteur légal canadien sous le régime du droit indien.

[34] En tant qu’enfant légitimée, la demanderesse est donc incluse dans la définition du terme « enfant » pour l’application de la Loi. Si elle avait été une enfant adoptée, le ministre aurait été obligé, sur demande, de lui attribuer la citoyenneté en application de l’article 5.1 de la Loi. La question consiste donc à savoir si elle devrait être soumise à un traitement différent, au motif qu’elle est une enfant légitimée et non pas adoptée. Selon moi et pour les motifs exposés ci-dessous, il ne devrait pas en être ainsi.

[35] Vu la façon dont les termes « père ou mère » sont définis pour l’application de l’alinéa 3(1)b), si le législateur avait eu l’intention de traiter différemment un enfant légitimé d’un enfant adopté, il l’aurait fait de façon expresse, et n’aurait pas inclus l’enfant légitimé dans la même définition. Les deux sont définis comme des « enfant[s] » pour l’application de la Loi.

[36] Les tribunaux se sont servis de la définition du terme « enfant » pour discerner le sens visé des termes « père ou mère » dans des lois qui ne définissent pas de façon expresse ces termes, parce que leurs concepts « correspondent » ou sont naturellement liés. (Voir : *Ogg-Moss c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 173.) Le juge en chef Laskin a tenu compte du caractère correspondant de ces termes dans l’arrêt *Gingell*, à la page 95. Le juge en chef a déclaré que la recherche du sens des mots « père ou mère » dans une loi précise devrait commencer par une étude du mot « enfant » comme il est utilisé dans la même loi.

[37] En l’espèce, les termes père ou mère et enfant « correspondent ». Si un enfant mineur est « adopté » ou « légitimé », une relation de père ou mère à enfant découle nécessairement de cet acte. En raison de la nature de la relation, laquelle repose essentiellement sur les soins et la dépendance, il serait incongru de reconnaître un enfant dans de telles circonstances, mais pas le père ou la mère de l’enfant.

[38] On the basis of the definition of “child” in the Act and given the correlative nature of the terms “parent” and “child”, it would be inconsistent with the object and scheme of the Act not to recognize the parent of that same child as a “parent” for the purposes of the Act. If Parliament intended asymmetry between these “correlative” terms, it would have legislated a specific definition for “parent.” It did not.

[39] Moreover, the Minister’s interpretation of the Act is inconsistent with the wording of the Act. The definition of “child” in section 2 of the Act includes children who are adopted or legitimized. Paragraph 3(1)(b) of the Act states that someone born abroad who “at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen” (emphasis added). By excepting only an adoptive parent from this provision under the Act, an inference arises from the legislation that any other type of parent (genetic or legitimized) is sufficient to satisfy paragraph 3(1)(b). If it were Parliament’s intent to exclude legitimized parents as well, it needed to do so expressly.

[40] Further, legitimation renders adoption impossible. The Minister does not dispute this. Consequently, if legitimation of a Canadian parent by a foreign process does not result in either a “parent” or “adoptive parent” relationship with the child and precludes adoption, obtaining Canadian citizenship for the child is not possible except by ministerial discretion or the citizenship process designed for foreign nationals. In my view, such a result would render meaningless the “legitimation” portion of the definition of “child” and have a discriminatory effect against legitimized children who are not genetically linked to their parents. The Act cannot be interpreted in this way.

[38] Sur la base de la définition du terme « enfant » dans la Loi, et vu le caractère correspondant des termes « père ou mère » et « enfant », il serait incompatible avec l’objet et l’esprit de la Loi de ne pas reconnaître les père ou mère de ce même enfant comme des père ou mère pour l’application de la Loi. Si le législateur n’avait pas voulu que ces termes « correspondent », il aurait adopté une définition précise pour les termes « père ou mère ». Il ne l’a pas fait.

[39] En outre, l’interprétation faite par le ministre de la Loi est incompatible avec le texte de la Loi. La définition du terme « enfant » à l’article 2 de la Loi inclut les enfants adoptés ou légitimés. L’alinéa 3(1)(b) de la Loi dispose qu’il s’agit d’une personne « née à l’étranger [...] d’un père ou d’une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance » (dans la version anglaise, « *born outside Canada ... and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen* » (non souligné dans l’original). Vu que le législateur crée une exception uniquement pour les père ou mère adoptifs à cet alinéa, il est possible d’inférer que tout autre type de père ou mère (génétique ou légitimé) suffit à satisfaire aux exigences de l’alinéa 3(1)(b). Si le législateur avait aussi eu l’intention d’exclure les père ou mère légitimés, il aurait dû le faire expressément.

[40] En outre, la légitimation rend l’adoption impossible. Le ministre ne conteste pas ce fait. Par conséquent, si la légitimation par un processus étranger d’un père ou d’une mère ayant la qualité de citoyen n’entraîne pas, soit une relation de « père ou mère », soit une relation de « père ou mère adoptif » avec l’enfant, et que la légitimation exclut l’adoption, l’obtention de la citoyenneté canadienne pour l’enfant n’est pas possible sauf au moyen de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre, ou par le processus d’acquisition de la citoyenneté conçu pour les étrangers. Selon moi, un tel résultat rendrait sans effet la partie « légitimation » de la définition du terme « enfant », et cela aurait un effet discriminatoire à l’égard des enfants légitimés qui ne sont pas génétiquement liés à leurs parents. La Loi ne peut pas être interprétée de cette façon.

[41] I therefore construe the term “parent” in paragraph 3(1)(b) of the Act to include the lawfully recognized parents of a legitimized child in accordance with the laws of the place where the legitimation took place: in this instance, India. The above interpretation is consistent with the words of an Act, read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. The Minister’s restrictive interpretation of the term “parent” is not.

[42] Since one of the applicant’s parents, her legal guardian, is a Canadian citizen by operation of paragraph 3(1)(b) of the Act, the applicant’s application cannot be denied by reason of the lack of a genetic link with her Canadian parent.

[43] For the above reasons, I conclude that the Citizenship officer erred in his interpretation of the Act by requiring such a genetic link thereby refusing to consider parents by legitimation to be parents for the purposes of paragraph 3(1)(b) of the Act.

[44] The application for judicial review will be allowed. The officer’s decision is quashed, and the matter is returned to the Minister to be reconsidered by a different officer in accordance with these reasons for judgment.

#### JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES that:

1. The application for judicial review is allowed.
2. The Citizenship officer’s decision is quashed, and the matter is returned to the Minister to be reconsidered by a different officer in accordance with these reasons for judgment.

[41] Par conséquent, j’interprète les termes « père ou mère » contenus à l’alinéa 3(1)b) de la Loi comme incluant les pères ou mères reconnus légalement d’un enfant légitimé en conformité avec les lois de l’endroit où la légitimation a eu lieu : en l’espèce, il s’agit de l’Inde. L’interprétation ci-dessus est conforme aux termes de la Loi lus dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. L’interprétation restrictive faite par le ministre des termes « père ou mère » ne l’est pas.

[42] Vu que l’un des parents de la demanderesse, son tuteur légal, est un citoyen canadien, par application de l’alinéa 3(1)b) de la Loi, la demande de la demanderesse ne peut pas être refusée au motif que la demanderesse n’a pas de lien génétique avec son père canadien.

[43] Pour les motifs exposés ci-dessus, je conclus que l’agent de citoyenneté a commis une erreur dans son interprétation de la Loi, lorsqu’il a exigé un tel lien génétique, et qu’il a donc refusé de considérer les père ou mère par légitimation comme les père ou mère pour l’application de l’alinéa 3(1)b) de la Loi.

[44] La demande de contrôle judiciaire sera accueillie. La décision de l’agent sera annulée, et l’affaire sera renvoyée au ministre pour être examinée à nouveau par un agent différent, en conformité avec les présents motifs de jugement.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La décision de l’agent de citoyenneté est annulée, et l’affaire est renvoyée au ministre pour être examinée à nouveau par un agent différent, en conformité avec les présents motifs de jugement.

IMM-1543-12  
2013 FC 147

IMM-1543-12  
2013 CF 147

**Qin Qin** (*Applicant*)

**Qin Qin** (*demanderesse*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Gleason J.—Toronto, December 5, 2012; Ottawa, February 8, 2013.

Cour fédérale, juge Gleason—Toronto, 5 décembre 2012; Ottawa, 8 février 2013.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of immigration officer's decision refusing application for permanent resident visa under Canadian experience class pursuant to Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 87.1 — Applicant, citizen of China, carrying out administrative duties, translation, interpretation at law firm — Officer finding applicant's salary significantly lower than minimum salary applicable in Toronto to occupations (listed in National Occupational Classification (NOC)) applicant seeking to qualify under — Officer obtaining comparator wage data from Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) website — Officer holding that applicant lacking experience in those positions — Whether officer entitled to consider comparable wage information from HRSDC; required to disclose to applicant that HRSDC wage data considered — Permissible, reasonable for officer to compare salary paid to applicant to that paid for similar work in Toronto — S. 87.1 providing no guidance for evaluating work experience — Officer required to understand nature, complexity of work performed — Analysis necessitating more than rote comparison of duties listed in NOC — Officer having to undertake substantive analysis of work done by applicant — Salary paid typically one indicator of complexity of work performed — Officer not using salary as preliminary disqualifying factor or to perform “gatekeeper function” — Open to officer to consider applicant's salary as one piece of information relevant to determining if applicant possessing requisite experience to obtain s. 87.1 visa — However, failure to disclose that HRSDC wage data considered, to provide applicant opportunity to make submissions regarding data violation of procedural fairness — Consideration of wage data could not be reasonably anticipated by applicant — Question certified as to whether visa officer may consider HRSDC comparator salary data when assessing Canadian experience class application — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration qui a refusé une demande de résidence permanente au titre de la catégorie de l'expérience canadienne en vertu de l'art. 87.1 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — La demanderesse, une citoyenne chinoise, s'acquittait de tâches administratives et effectuait des travaux de traduction et d'interprétation dans un cabinet d'avocats — L'agent a conclu que le salaire de la demanderesse était significativement inférieur au salaire minimal en vigueur à Toronto pour les professions (énumérées dans la Classification nationale des professions (CNP)) au titre desquelles elle tentait d'être admise — L'agent avait obtenu les données comparatives sur les salaires sur le site Web de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC) — L'agent a estimé qu'elle n'avait pas assez d'expérience dans ces emplois — Il s'agissait de savoir si l'agent était en droit de tenir compte des données comparatives sur les salaires provenant de RHDCC et s'il devait informer la demanderesse qu'il se servirait de ces données — Il était à la fois acceptable et raisonnable que l'agent compare le salaire payé à la demanderesse à ceux qui étaient versés à Toronto pour des emplois similaires — L'art. 87.1 du Règlement ne prévoit pas comment évaluer l'expérience de travail d'un candidat — L'agent doit comprendre la nature du travail effectué et le degré de complexité des tâches accomplies — Cette analyse exige bien plus qu'une comparaison mécanique des fonctions énoncées sous le code de la CNP — L'agent doit analyser de manière approfondie les tâches remplies par un demandeur — Le salaire versé est, en règle générale, un indicateur de la complexité du travail effectué — L'agent ne s'est pas servi du salaire comme d'un facteur d'exclusion préliminaire ou pour s'acquitter d'une quelconque « fonction de gardien » — Il était loisible à l'agent de considérer le salaire de la demanderesse comme un renseignement utile pour déterminer si elle détenait l'expérience requise pour*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Immigration officer refusing application for permanent resident visa under Canadian experience class pursuant to Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 87.1 — Officer finding applicant's salary significantly lower than minimum salary applicable in Toronto to occupations (listed in National Occupational Classification) applicant seeking to qualify under — Officer obtaining comparator wage data from Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) website — Standard of review applicable to visa officers' decisions, interpretation of Regulations implicit in officer's consideration of HRSDC wage data — Application of correctness standard by Federal Court of Appeal conflicting with Supreme Court of Canada guidance — However, Court herein bound by Federal Court of Appeal decisions, applying correctness standard — Reasonableness standard applied to officer's assessment, comparison of applicant's experience to NOC — Question certified as to what standard of review is applicable to visa officer's interpretation of Regulations, assessment of application under Regulations.*

This was an application for judicial review of a decision by an immigration officer refusing the applicant's application for a permanent resident visa under the Canadian experience class pursuant to section 87.1 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations).

The applicant, a citizen of China, obtained a temporary resident permit and was employed by a small law firm in Toronto, where she carried out administrative duties and assisted with translation and interpretation for the firm's Chinese clientele. The officer found that the applicant's salary was significantly lower than the minimum salary applicable in Toronto to the two occupations the applicant sought to

*obtenir un visa en vertu de l'art. 87.1 du Règlement — Cependant, le fait qu'il n'ait rien dit à la demanderesse à propos des données de RHDCC sur le salaire et qu'il ne lui ait pas permis de présenter des observations à cet égard a porté atteinte à l'équité procédurale — La demanderesse ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'agent tienne compte des données relatives au salaire — La question de savoir si un agent des visas peut examiner les données comparatives de RHDCC sur les salaires pour évaluer une demande faite au titre de la catégorie de l'expérience canadienne a été certifiée — Demande accueillie.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Un agent d'immigration a refusé une demande de résidence permanente au titre de la catégorie de l'expérience canadienne en vertu de l'art. 87.1 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) — L'agent a conclu que le salaire de la demanderesse était significativement inférieur au salaire minimal en vigueur à Toronto pour les professions (énumérées dans la Classification nationale des professions) au titre desquelles elle tentait d'être admise — L'agent avait obtenu les données comparatives sur les salaires sur le site Web de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC) — La norme de contrôle applicable aux décisions des agents des visas et l'interprétation du Règlement implicitement retenue par l'agent lorsqu'il a choisi de tenir compte des données de RHDCC doivent être considérées — L'application de la norme de la décision correcte par la Cour d'appel fédérale est incompatible avec les directives récentes de la Cour suprême du Canada — Cependant, la Cour en l'espèce était liée par les décisions de la Cour d'appel fédérale et est tenue d'appliquer la norme de la décision correcte — La norme de la raisonnable a été appliquée à l'évaluation par l'agent de l'expérience professionnelle et à la comparaison de cette expérience avec les descriptions contenues dans la matrice de la CNP — La question de savoir quelle norme de contrôle judiciaire est applicable à l'interprétation par un agent des visas du Règlement et à son évaluation d'une demande fondée sur ce règlement a été certifiée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration qui a refusé la demande de résidence permanente de la demanderesse au titre de la catégorie de l'expérience canadienne en vertu de l'article 87.1 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement).

La demanderesse, une citoyenne chinoise, a obtenu un permis de résidence temporaire et a été engagée par un petit cabinet d'avocats de Toronto, où elle s'acquittait de tâches administratives et effectuait des travaux de traduction et d'interprétation à l'intention de la clientèle chinoise. Il a paru à l'agent que le salaire de la demanderesse était significativement inférieur au salaire minimal en vigueur à Toronto pour

qualify under, namely legal administrative assistants (National Occupational Classification (NOC) Code 1242) and translators, terminologists and interpreters (NOC Code 5125). The officer obtained the comparator wage data for legal assistants and translators/interpreters from the Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) website. Finally, the officer held that the applicant did not demonstrate that she carried out more than one of the main duties of the NOC Code 1242 position and thus lacked experience in that position.

The main issues were the standard of review applicable to visa officers' decisions and to the interpretation of the Regulations implicit in the officer's consideration of the HRSDC wage data; whether the officer was entitled to consider comparable wage information from the HRSDC website; and whether the officer was required to disclose to the applicant that he was considering the HRSDC wage data.

*Held*, the application should be allowed.

The application of the correctness standard by the Federal Court of Appeal to visa officers' interpretations of the Regulations appears to conflict with recent guidance from the Supreme Court of Canada establishing that deference should be afforded to an administrative decision maker's interpretation of its home statute. However, the Court herein was bound by the rulings of the Federal Court of Appeal in *Khan v. Canada (Citizenship and Immigration)* and *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)* and applied the correctness standard of review to the officer's interpretation of the Regulations. As to the officer's assessment of the applicant's job experience and comparison of that experience to the descriptors contained in the NOC matrix, the authorities support the application of the reasonableness standard.

In ascertaining whether the applicant performed the work of NOC codes 1242 and 5125, it was both permissible and reasonable for the officer to have considered the salary paid to the applicant in comparison to that paid in Toronto for similar work as a fact relevant to the assessment of the applicant's job experience. Section 87.1 of the Regulations requires an officer to evaluate whether a candidate has experience in one of the listed NOC occupations, but provides no guidance as to how such experience is to be evaluated. In evaluating whether or not an applicant's experience falls within a permissible NOC Code, an officer is required to understand the nature of the work performed and the degree of complexity of the tasks undertaken. The requisite analysis necessitates more than a rote comparison of the duties listed in the NOC Code with those described in a letter of reference or job description. The

deux professions au titre desquelles elle tentait d'être admise, à savoir celle d'adjointe administrative juridique (code 1242 de la Classification nationale des professions (CNP)), et celle de traductrice, terminologue et interprète (code 5125 de la CNP). L'agent a obtenu les données comparatives sur les salaires des adjoints juridiques et des traducteurs/interprètes sur le site Web de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC). Finalement, l'agent a estimé que la demanderesse n'avait pas démontré qu'elle avait rempli plus qu'une des fonctions principales associées au code 1242 de la CNP et donc qu'elle n'avait pas assez d'expérience dans cet emploi.

Il s'agissait principalement de savoir quelle était la norme de contrôle applicable aux décisions des agents des visas et à l'interprétation du Règlement implicitement retenue par l'agent lorsqu'il a choisi de tenir compte des données de RHDC sur le salaire, si l'agent était en droit de tenir compte des données comparatives sur les salaires provenant du site Web de RHDC et si l'agent devait informer la demanderesse qu'il se servirait de ces données.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

L'application de la norme de la décision correcte par la Cour d'appel fédérale aux interprétations du Règlement par les agents des visas semble incompatible avec les directives récentes de la Cour suprême du Canada selon lesquelles l'interprétation par un décideur administratif de sa loi habilitante mérite une certaine déférence. Cependant, la Cour en l'espèce était liée par les décisions de la Cour d'appel fédérale dans *Khan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* et *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* et a appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation du Règlement retenue par l'agent. Pour ce qui est de l'évaluation par l'agent de l'expérience professionnelle de la demanderesse et de la comparaison de cette expérience avec les descriptions contenues dans la matrice de la CNP, la jurisprudence commande l'application de la norme de la raisonabilité.

Pour vérifier si la demanderesse avait rempli les fonctions se rapportant aux codes 1242 et 5125 de la CNP, il était à la fois acceptable et raisonnable que l'agent compare son salaire à ceux qui étaient versés à Toronto pour des emplois similaires, et y voie une information pertinente pour l'évaluation de son expérience professionnelle. L'article 87.1 du Règlement prévoit que l'agent doit évaluer si le candidat a de l'expérience dans l'une des professions énumérées dans la CNP, sans préciser comment il doit s'y prendre. Pour déterminer si l'expérience d'un demandeur relève d'un code admissible de la CNP, l'agent doit comprendre la nature du travail effectué et le degré de complexité des tâches accomplies. Cette analyse indispensable exige plus qu'une comparaison mécanique des fonctions énoncées sous le code de la CNP avec celles qui sont évoquées dans une lettre de recommandation ou une

officer must undertake a substantive analysis of the work actually done by an applicant. Salary paid is typically one indicator of the complexity of the work performed. The requirement to provide salary data is indicative of the respondent's view of the factors which are relevant to the assessment of experience. The documents furnished by the respondent to applicants contemplate that salary information must be provided and will be considered in the assessment of the application. The officer did not use salary as a preliminary disqualifying factor or to perform a "gatekeeper function" to disqualify the applicant. The officer considered the salary information as one fact relevant to the evaluation of the nature and degree of the applicant's experience. It was open to the officer to consider the salary paid to the applicant and to compare it to the salaries typically paid to those working as legal assistants and translators/interpreters in Toronto as one piece of information relevant to determining if the applicant possessed the requisite experience to obtain a visa under section 87.1 of the Regulations.

The officer's failure to disclose to the applicant the fact that he was considering the HRSDC wage data and to provide her an opportunity to make submissions regarding the data was a violation of procedural fairness. The consideration of the wage data was a key step in the officer's reasoning and was not something that the applicant could reasonably have anticipated might be an issue.

Questions were certified (1) as to whether a visa officer may consider HRSDC comparator salary data when assessing the nature of the work experience of an applicant who wishes to qualify as a member of the Canadian experience class; and (2) as to the standard of review applicable to a visa officer's interpretation of the Regulations and assessment of an application under the Regulations.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 11.  
*Employment Standards Act, 2000*, S.O. 2000, c. 41, s. 42.  
*Equal Wages Guidelines, 1986*, SOR/86-1082.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 74.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 82(2)(c)(ii)(C), 87.1.  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 2(1).  
*Pay Equity Act*, R.S.O. 1990, c. P.7.

description de travail. L'agent doit analyser de manière approfondie les tâches effectivement remplies par un demandeur. Le salaire versé est, en règle générale, un indicateur de la complexité du travail effectué. L'obligation de fournir des renseignements liés au salaire donne une idée des facteurs que le défendeur juge pertinents pour évaluer l'expérience. Les documents que le défendeur remet aux demandeurs indiquent que les renseignements liés au salaire sont exigibles et qu'ils seront pris en compte dans l'évaluation de la demande. L'agent ne s'est pas servi du salaire comme d'un facteur d'exclusion préliminaire ou pour s'acquitter d'une quelconque « fonction de gardien » en vue de rejeter sa demande. L'agent a plutôt considéré que ce renseignement était pertinent pour apprécier la nature et l'étendue de l'expérience de la demanderesse. Il était loisible à l'agent de comparer le salaire touché par la demanderesse à celui des adjoints juridiques et traducteurs/interprètes de Toronto, et de le considérer comme un renseignement utile pour déterminer si elle détenait l'expérience requise pour obtenir un visa en vertu de l'article 87.1 du Règlement.

Le fait que l'agent n'ait pas dit à la demanderesse qu'il avait tenu compte des données de RHDCC sur le salaire et qu'il ne lui ait pas permis de présenter des observations à cet égard portait atteinte à l'équité procédurale. C'était là une étape-clé de son analyse, et la demanderesse ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle pose problème.

Les questions de savoir 1) si un agent des visas peut examiner les données comparatives de RHDCC sur les salaires pour évaluer une demande faite au titre de la catégorie de l'expérience canadienne et 2) quelle norme de contrôle judiciaire est applicable à l'interprétation par un agent des visas du Règlement et à son évaluation d'une demande fondée sur ce règlement ont été certifiées.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 11.  
*Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, ch. 41, art. 42.  
*Loi sur l'équité salariale*, L.R.O. 1990, ch. P.7.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 74.  
*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082.  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 82(2)c)(ii)(C), 87.1.

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*Khan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 339, [2013] 3 F.C.R. 463; *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 187, [2013] 1 F.C.R. 340.

## APPLIED:

*Kalra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 941, 29 Imm. L.R. (3d) 208.

## DISTINGUISHED:

*Cheng v. Canada (Secretary of State)* (1994), 83 F.T.R. 259, 25 Imm. L.R. (2d) 162 (F.C.T.D.); *Tam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 16712, 130 F.T.R. 237 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Takeda Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70; *Lukaj v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 8, [2014] 3 F.C.R. 24; *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155; *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, (1978), 89 D.L.R. (3d) 161; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Canada (Attorney General) v. Kane*, 2012 SCC 64, [2012] 3 S.C.R. 398.

## REFERRED TO:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Zhao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 75; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Grusas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 733, 413 F.T.R. 82; *Nabizadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 365, 407 F.T.R. 74; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706; *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 186, [2007] 1 F.C.R. 387; *Shahid v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 40, [2012] 4 F.C.R. 99; *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013]

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS SUIVIES :

*Khan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 339, [2013] 3 R.C.F. 463; *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 187, [2013] 1 R.C.F. 340.

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Kalra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 941.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Cheng c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1318 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Tam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 568 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70; *Lukaj c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 8, [2014] 3 R.C.F. 24; *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155; *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Canada (Procureur général) c. Kane*, 2012 CSC 64, [2012] 3 R.C.S. 398.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Zhao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 75; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Grusas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 733; *Nabizadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 365; *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 186, [2007] 1 R.C.F. 387; *Shahid c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 40, [2012] 4 R.C.F. 99; *Toussaint c. Canada*

1 F.C.R. 374; *Thiruguanasambandamurthy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1518; *Talpur v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 25, 4 Imm. L.R. (4th) 143; *Vancouver Wharves Ltd. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Local 514* (1985), 60 N.R. 118 (F.C.A.); *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 255, [2009] 2 F.C.R. 576; *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 571; *Hassani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1283, [2007] 3 F.C.R. 501; *Shah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82, 170 N.R. 238 (F.C.A.); *Qureshi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1081, [2010] 4 F.C.R. 256; *Tariku v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 474, 67 Imm. L.R. (3d) 124; *Toma v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 780, 55 Imm. L.R. (3d) 197; *Amoateng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 90 F.T.R. 51, 26 Imm. L.R. (2d) 317 (F.C.T.D.); *Khan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 302; *Arora v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 241, 97 Imm. L.R. (3d) 262; *Szabo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1422, 422 F.T.R. 152.

APPLICATION for judicial review of a decision by an immigration officer refusing the applicant's application for a permanent resident visa under the Canadian experience class pursuant to section 87.1 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. Application allowed.

#### APPEARANCES

*Mario D. Bellissimo* for applicant.  
*Lorne McClenaghan* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Bellissimo Law Group*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] GLEASON J.: The applicant is a citizen of China, who earned a Bachelor of Arts degree from York University. Following her graduation, she obtained a

(*Procureur général*), 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374; *Thiruguanasambandamurthy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 FC 1518; *Talpur c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 25; *Vancouver Wharves Ltd. c. Syndicat international des débardeurs et magasiniers, section locale 514*, [1985] A.C.F. n° 217 (C.A.) (QL); *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 255, [2009] 2 R.C.F. 576; *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 571; *Hassani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1283, [2007] 3 R.C.F. 501; *Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1299 (C.A.) (QL); *Qureshi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1081, [2010] 4 R.C.F. 256; *Tariku c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 474; *Toma c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 780; *Amoateng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 2000 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Khan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 302; *Arora c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 241; *Szabo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1422.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration qui a refusé la demande de résidence permanente de la demanderesse au titre de la catégorie de l'expérience canadienne en vertu de l'article 87.1 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

#### ONT COMPARU

*Mario D. Bellissimo* pour la demanderesse.  
*Lorne McClenaghan* pour le défendeur.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Bellissimo Law Group*, Toronto, 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] LA JUGE GLEASON : Après avoir obtenu un baccalauréat ès arts de l'Université York, la demanderesse, une citoyenne chinoise, s'est vu accorder un permis de

three-year temporary resident permit and was employed by a small law firm in Toronto, where she carried out administrative duties and assisted with translation and interpretation for the firm's Chinese clientele. She applied for permanent resident status as a member of the new graduate category of the Canadian experience class, a relatively new immigration category provided for in section 87.1 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations).

[2] In a decision dated January 31, 2012, a case officer of Citizenship and Immigration Canada refused the applicant's application for a permanent resident visa, holding that she lacked the requisite experience to qualify for admission. The officer based this determination on two points. First, he found that the applicant's salary was significantly lower than the minimum salary applicable in Toronto to the two occupations the applicant sought to qualify under, namely legal administrative assistants (National Occupational Classification (NOC) Code 1242) and translators, terminologists and interpreters (NOC Code 5125). In an affidavit he filed in connection with this application for judicial review, the officer explained that he obtained the comparator wage data for legal assistants and translators/interpreters from the Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) website, which contains extensive data on the hourly wages earned in each NOC Code. Secondly, the officer held that the applicant did not demonstrate that she carried out more than one of the main duties of the NOC Code 1242 position and thus lacked experience in that position. The NOC descriptions state that an incumbent must perform "some or all" of the listed duties.

### The Issues

[3] This application for judicial review raises for the first time the issue of what data an officer may consider in making assessments under the new graduate portions of the Regulations. It also raises interesting questions

résidence temporaire d'une durée de trois ans. Elle a été engagée par un petit cabinet d'avocats de Toronto, où elle s'acquittait de tâches administratives et effectuait des travaux de traduction et d'interprétation à l'intention de la clientèle chinoise. Elle a présenté sa demande de résidence permanente au titre de la catégorie de l'expérience canadienne (nouveaux diplômés), une catégorie d'immigration relativement récente prévue à l'article 87.1 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement).

[2] Dans une décision datée du 31 janvier 2012, un agent préposé aux cas de Citoyenneté et Immigration Canada a refusé la demande de visa de résident permanent de la demanderesse, estimant qu'elle n'avait pas l'expérience requise pour être admissible. Il a fondé sa décision sur deux motifs : premièrement, le salaire de la demanderesse lui a paru significativement inférieur au salaire minimal en vigueur à Toronto pour les deux professions au titre desquelles elle tentait d'être admise, à savoir celle d'adjointe administrative juridique (code 1242 de la Classification nationale des professions (CNP)), et celle de traductrice, terminologue et interprète (code 5125 de la CNP). Dans l'affidavit qu'il a déposé relativement à cette demande de contrôle judiciaire, l'agent a expliqué qu'il avait obtenu les données comparatives sur les salaires des adjoints juridiques et des traducteurs/interprètes sur le site Web de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC), lequel fournit des renseignements détaillés sur les salaires horaires associés à chacun des codes de la CNP. Deuxièmement, l'agent a estimé que la demanderesse n'avait pas démontré qu'elle avait rempli plus qu'une des fonctions principales associées au code 1242 de la CNP et donc qu'elle n'avait pas assez d'expérience dans cet emploi. Les descriptions de la CNP précisent que le titulaire du poste doit exercer « une partie ou l'ensemble » des fonctions énoncées.

### Les questions en litige

[3] La présente demande de contrôle judiciaire soulève pour la première fois la question des données sur lesquelles un agent peut s'appuyer pour effectuer une évaluation au titre des nouvelles dispositions réglementaires. Elle

surrounding the standard of review applicable to the officer's decision.

[4] More specifically, the applicant asserts that the officer committed a reviewable error in considering the HRSDC wage data because this criterion is not listed in the portions of the Regulations dealing with the Canadian experience class (as opposed to the federal skilled worker class, which specifically references salary). Alternatively, if it was permissible for the officer to have considered the wage data, the applicant argues that the officer violated the principles of procedural fairness in failing to disclose to her that he was doing so, thereby depriving her of the ability to respond. The applicant notes in this regard that there could well have been additional information that she could have provided (such as further details of the work she was doing or wage surveys specific to law firms, segmented by firm size and type of law practised, which might have shown that the applicant's salary was not inordinately low for an employee in training at a very small firm doing a considerable amount of legal aid work). The applicant further argues that the officer's determination that she performed only one of the main duties listed in an NOC Code 1242 is unreasonable, because the letter of reference the applicant submitted indicated that she performed at least two of the listed duties, which under the jurisprudence must lead to the conclusion that an applicant's job experience complies with the requirements of the NOC. Finally, the applicant asserts that paragraphs 14, 15, 18 and 26 of the officer's affidavit should be struck as they attempt to impermissibly bolster his decision.

[5] In response to this last point, the respondent maintains that the impugned paragraphs in the officer's affidavit constitute merely an explanation of the background to his decision and are accordingly admissible. Insofar as concerns the officer's consideration of the HRSDC wage data, the respondent argues that wages paid to an occupation are relevant to the determination of the type of work performed and that it was accordingly appropriate for the officer to have considered the data. With respect to the alleged lack of procedural fairness, the respondent asserts that there was no need

soulève également des questions intéressantes en ce qui a trait à la norme de contrôle applicable à la décision de l'agent.

[4] Plus particulièrement, la demanderesse affirme que l'agent a commis une erreur susceptible de contrôle en tenant compte des données de RHDCC sur les salaires, car ce critère ne figure pas dans les dispositions du Règlement touchant la catégorie de l'expérience canadienne (par opposition à la catégorie des travailleurs qualifiés (fédérale), qui fait spécifiquement mention du salaire). Elle fait valoir subsidiairement que l'agent a violé les principes de l'équité procédurale en ne l'informant pas qu'il utiliserait ces données, même s'il était en droit de le faire, car il l'a ainsi privée de la possibilité de répondre. La demanderesse fait valoir à cet égard qu'elle aurait très bien pu fournir des renseignements additionnels (par exemple, de plus amples détails sur son travail, ou une vue d'ensemble des salaires typiques dans les cabinets d'avocats, classés selon la taille du cabinet et le type de pratique; ces informations auraient pu montrer que son salaire n'était pas anormalement bas pour une employée en formation dans un très petit cabinet se consacrant largement à l'aide juridique). La demanderesse soutient en outre que la conclusion de l'agent selon laquelle elle ne remplissait qu'une seule des fonctions principales énumérées sous le code 1242 de la CNP est déraisonnable, puisque la lettre de recommandation qu'elle a soumise indiquait qu'elle remplissait au moins deux des fonctions énoncées, ce qui, suivant la jurisprudence, oblige à conclure que l'expérience professionnelle est conforme aux exigences de la CNP. Enfin, la demanderesse affirme que les paragraphes 14, 15, 18 et 26 de l'affidavit de l'agent doivent être radiés puisqu'ils visent à étayer sa décision, ce qui est inacceptable.

[5] En réponse à ce dernier argument, le défendeur avance que les paragraphes contestés de l'affidavit de l'agent exposent simplement le contexte de la décision et qu'ils sont donc admissibles. Pour ce qui est de l'utilisation par l'agent des données de RHDCC sur le salaire, il soutient que la rémunération associée à une profession est pertinente pour caractériser le travail effectué, et que l'agent a donc eu raison d'en tenir compte. Quant au prétendu manquement à l'équité procédurale, le défendeur affirme qu'il n'était pas nécessaire que l'agent révèle à la demanderesse qu'il examinerait les

for the officer to disclose to the applicant that he was considering the HRSDC wage data as it related to the assessment of the applicant's experience, which clearly was at issue. As concerns the officer's assessment, the respondent argues that his conclusions are reasonable, based on the evidence before him. The respondent finally raises an additional point and argues that the documentation submitted by the applicant fails to meet the requirements for NOC Code 5125 and that this represents an additional basis for upholding the officer's decision. The respondent argues in this regard that the application would be bound to fail if the matter were remitted for re-determination as the applicant must meet the requirements of both of the occupations she listed to have worked sufficient hours to qualify for admission as a member of the Canadian experience class and cannot meet the requirements of NOC Code 5125.

[6] As is more fully discussed below, while the binding authority from the [Federal] Court of Appeal mandates that the officer's interpretation of the Regulations be reviewed on the correctness standard, the jurisprudence from the Supreme Court of Canada suggests that the reasonableness standard should be applied to the review of this interpretation. However, nothing turns on the standard of review in this case as under either the correctness or the reasonableness standard of review the officer did not err in having regard to HRSDC wage data for purposes of assessing the applicant's work experience. Procedural fairness, though, required that the officer disclose the fact he was relying on this data to the applicant so as to provide her with an opportunity to respond to it. I have accordingly determined that the officer's decision must be set aside and the application remitted to another visa officer for re-determination, following provision of an opportunity to the applicant to make submissions regarding the HRSDC wage data. I have also determined that the standard of review applicable to the officer's assessment of the applicant's experience against the NOC Code descriptions is reasonableness and that it is accordingly not necessary or appropriate for me to rule on the reasonableness of the officer's assessment of the applicant's experience under NOC Code 1242 nor to decide whether the applicant would meet the NOC Code 5125 requirements as that is a matter which should be assessed by a visa officer and not the Court in the first instance.

données de RHDCC sur le salaire puisqu'elles se rapportaient à l'évaluation de son expérience, ce dont il était clairement question. S'agissant de cette évaluation, le défendeur soutient que les conclusions de l'agent sont raisonnables, compte tenu de la preuve dont il disposait. Le défendeur fait valoir un dernier argument selon lequel les documents soumis par la demanderesse ne remplissent pas les exigences du code 5125 de la CNP, ce qui constitue une raison de plus de maintenir la décision de l'agent. Il ajoute à cet égard que la demande serait sûrement rejetée si l'affaire était renvoyée pour réexamen, attendu que la demanderesse doit satisfaire aux exigences des deux professions auxquelles elle prétend avoir consacré suffisamment d'heures de travail pour être admise au titre de la catégorie de l'expérience canadienne, et qu'elle n'a pas rempli celles du code 5125 de la CNP.

[6] Comme nous l'expliquerons plus en détail ci-après, bien que les décisions faisant autorité de la Cour d'appel [fédérale] imposent d'examiner l'interprétation du Règlement adoptée par l'agent suivant la norme de la décision correcte, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada donne à penser que c'est la norme de la raisonnable qui doit plutôt s'appliquer. Cependant, la norme de contrôle n'a aucune importance en l'espèce puisque l'agent n'a pas commis d'erreur en tenant compte des données de RHDCC sur le salaire pour évaluer l'expérience professionnelle de la demanderesse, que ce soit au regard du critère de la décision correcte ou de celui de la raisonnable. L'équité procédurale l'obligeait toutefois à informer la demanderesse qu'il s'appuierait sur ces données afin qu'elle puisse y répondre. J'ai donc décidé que la décision de l'agent devait être annulée et la demande renvoyée à un autre agent des visas pour réexamen, pour autant que la demanderesse puisse présenter des observations concernant les données de RHDCC sur le salaire. J'ai également conclu que la norme de contrôle applicable à l'évaluation faite par l'agent de l'expérience de la demanderesse en fonction de la description des codes de la CNP était celle de la raisonnable; il n'est donc ni nécessaire ni indiqué que je me prononce sur le caractère raisonnable de son évaluation au titre du code 1242 de la CNP, ou que je décide si la demanderesse remplit les exigences du code 5125, puisqu'il appartient d'abord à l'agent des visas de le faire et non à la Cour.

[7] As is evident from the foregoing, the following issues are considered in this decision:

- i. What standard of review is applicable to the various errors alleged;
- ii. Should portions of the officer's affidavit should be struck;
- iii. Was the officer entitled to consider comparable wage information from the HRSDC website in his assessment;
- iv. Was the officer required to disclose to the applicant that he was considering the HRSDC wage data; and
- v. Should I rule on the reasonableness of the officer's assessment of the applicant's experience or on whether the applicant meets the requirements of NOC 5125?

Each of these issues is discussed below.

What standard of review is applicable to the various errors alleged?

[8] The question of what portions of the officer's affidavit are properly before the Court on this application is evidently not part of the decision being reviewed and thus no standard of review applies to this question. In terms of the fourth issue, it is well-established that no deference is owed to decision makers on questions of procedural fairness (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43; *Zhao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 75, at paragraph 5). Thus, it is for me to settle issues 2 and 4.

[9] The situation is less clear with respect to issue 3, which involves determination of the standard of review applicable to visa officers' decisions and, more particularly, to the interpretation of the Regulations implicit in the officer's having chosen to consider the HRSDC wage data in assessing the applicant's

[7] Comme il ressort de ce qui précède, voici les questions qui seront examinées dans le cadre de la présente décision :

- i. Quelle norme de contrôle s'applique aux diverses erreurs alléguées?
- ii. Certaines parties de l'affidavit de l'agent devraient-elles être radiées?
- iii. L'agent était-il en droit de tenir compte des données comparatives sur les salaires provenant du site Web de RHDCC dans son évaluation?
- iv. L'agent devait-il informer la demanderesse qu'il se servirait de ces données?
- v. Devrais-je me prononcer sur le caractère raisonnable de l'évaluation de l'agent concernant l'expérience de la demanderesse, ou déterminer si cette dernière remplit les exigences du code 5125 de la CNP?

Chacune de ces questions est abordée ci-après.

Quelle norme de contrôle s'applique aux diverses erreurs alléguées?

[8] La question de savoir quelles parties de l'affidavit de l'agent ont été correctement soumises à la Cour dans le cadre de la présente demande ne fait évidemment pas partie de la décision contrôlée et n'est donc soumise à aucune norme. S'agissant de la quatrième question, il est bien établi que la Cour n'a pas à faire preuve de déférence à l'endroit des décideurs lorsque l'équité procédurale est en jeu (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 229, au paragraphe 43; *Zhao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 75, au paragraphe 5). Il m'appartient donc de trancher les questions 2 et 4.

[9] La situation est moins claire en ce qui concerne la question 3, qui suppose de déterminer la norme de contrôle applicable aux décisions des agents des visas et, plus particulièrement, à l'interprétation du Règlement implicitement retenue par l'agent lorsqu'il a choisi de tenir compte des données de RHDCC sur le salaire

experience. The parties disagree regarding the applicable standard, with the applicant arguing that it is correctness and the respondent arguing that the reasonableness standard applies.

[10] The recent jurisprudence of the Supreme Court of Canada suggests that the reasonableness standard should apply to the review of this determination as the officer is interpreting and applying his home statute (or regulation) and normally deference is accorded in such circumstances (see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 54; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paragraph 34; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 (*Celgene*), at paragraph 34; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Smith*), at paragraph 28; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paragraphs 15–27; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30). Certain recent decisions from this Court endorse the application of the reasonableness standard to the review of a visa officer's interpretation of the requirements of the Regulations (*Grusas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 733, 413 F.T.R. 82, at paragraph 12; *Nabizadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 365, 407 F.T.R. 74, at paragraph 27).

[11] The Federal Court of Appeal, however, has indicated otherwise, holding in *Khan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 339, [2013] 3 F.C.R. 463 (*Khan*), at paragraph 26; and *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 187, [2013] 1 F.C.R. 340 (*Patel*), at paragraph 27 that the correctness standard of review applies to interpretations of the Regulations by visa officers. (See also *Takeda Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70, at paragraph 116, where Justice Dawson, writing for the majority, endorses the application of the correctness standard to visa officers' interpretations of the Regulations in the context of discussing other issues.) The reasoning underlying these decisions, expressly noted in *Patel*, at paragraph 26, relies on statements

pour valuer l'expérience de la demanderesse. Les parties ne s'entendent pas sur ce point : la demanderesse estime que c'est la norme de la décision correcte qui s'applique, tandis que le défendeur invoque celle de la raisonabilité.

[10] La jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada avance que le contrôle de cette décision appelle la norme de la raisonabilité, puisque l'agent interprète et applique sa loi habilitante (ou le règlement), ce qui implique normalement un certain degré de déférence (voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 54; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, au paragraphe 34; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3 (*Celgene*), au paragraphe 34; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Smith*), au paragraphe 28; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, aux paragraphes 15 à 27; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 30). Certaines décisions récentes de la Cour approuvent l'application de cette norme de contrôle à l'interprétation par un agent des visas des exigences du Règlement (*Grusas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 733, au paragraphe 12; *Nabizadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 365, au paragraphe 27).

[11] La Cour d'appel fédérale, toutefois, ne va pas dans ce sens, estimant dans l'arrêt *Khan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 339, [2013] 3 R.C.F. 463 (*Khan*), au paragraphe 26; et dans l'arrêt *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 187, [2013] 1 R.C.F. 340 (*Patel*), au paragraphe 27, que les interprétations du Règlement par les agents des visas sont soumises à la norme de la décision correcte (voir également *Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70, au paragraphe 116, où la juge Dawson, s'exprimant au nom de la majorité, le confirme, dans un contexte intéressant d'autres questions). Le raisonnement qui sous-tend ces décisions, expressément formulé dans l'arrêt *Patel* au paragraphe 26, repose sur les déclarations de la Cour

from the Supreme Court in *Dunsmuir*, at paragraph 62, which instruct that the first step in determining the applicable standard of review is to “ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question.” The [Federal] Court of Appeal applied this instruction and held that the jurisprudence had previously determined that the correctness standard applied to the review of visa officers’ interpretations of the Regulations (relying on the pre-*Dunsmuir* decisions in *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706; *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 186, [2007] 1 F.C.R. 387; and *Shahid v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 40, [2012] 4 F.C.R. 99). The [Federal] Court of Appeal thus concluded that the correctness standard continues to apply subsequent to *Dunsmuir* (see *Patel*, at paragraphs 26–28).

[12] Given the decisions of the Supreme Court issued subsequent to *Patel*, it is arguable whether the application of the correctness standard to visa officers’ interpretations of the Regulations can still be said to be “satisfactory” as its application appears to conflict with recent guidance from the Supreme Court of Canada establishing that deference should be afforded to an administrative decision maker’s interpretation of its home statute.

[13] If the happenstance of whether the case law had determined prior to *Dunsmuir* that the correctness standard of review applies to a provision in the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) requires that the correctness standard continue to apply to that provision, the result may well be that there will be a patchwork applicable to judicial review in immigration law, with those provisions in the IRPA and the Regulations that previously had been held to be subject to the correctness standard continuing to be subject to full curial review and new provisions or those which had not previously been analysed presumably being accorded deference, as required by the Supreme Court of Canada. It is difficult to see how this could be said to be satisfactory. Indeed, both Justice Stratas in *Toussaint v.*

suprême dans l’arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 62, selon lesquelles la première étape visant à déterminer la norme de contrôle applicable consiste à « vérifier[er] si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier ». La Cour d’appel [fédérale] a appliqué cette directive et a conclu que la jurisprudence avait précédemment établi que l’interprétation du Règlement par les agents des visas était soumise à la norme de la décision correcte (sur la base de décisions antérieures à l’arrêt *Dunsmuir* : les arrêts *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 186, [2007] 1 R.C.F. 387; et *Shahid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2011 CAF 40, [2012] 4 R.C.F. 99). La Cour d’appel [fédérale] a ainsi conclu que la norme de la décision correcte s’appliquait encore après *Dunsmuir* (voir *Patel*, aux paragraphes 26 à 28).

[12] Compte tenu des décisions rendues par la Cour suprême après l’arrêt *Patel*, il est douteux que l’application de la norme de la décision correcte aux interprétations du Règlement par les agents des visas puisse encore être jugée « satisfaisante », puisqu’elle semble incompatible avec les directives récentes de la Cour suprême du Canada selon lesquelles l’interprétation par un décideur administratif de sa loi habilitante mérite une certaine déférence.

[13] S’il fallait que la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Dunsmuir*, suivant laquelle la norme de contrôle de la décision correcte s’applique à une disposition de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), continue à s’appliquer, le contrôle judiciaire en matière d’immigration pourrait bien devenir disparate, dans la mesure où les dispositions de la LIPR et du Règlement dont il avait été précédemment établi qu’elles étaient soumises à la norme de la décision correcte continueraient de faire l’objet d’un examen judiciaire complet, et que les nouvelles dispositions ou celles qui n’ont pas encore été analysées se verraient probablement accorder une certaine déférence, comme l’exige la Cour suprême du Canada. Il est difficile de voir en quoi cette situation

*Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, at paragraphs 17–20 and Chief Justice Crampton in *Lukaj v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 8, [2014] 3 F.C.R. 24, at paragraph 12 have commented to this effect.<sup>1</sup> Be that as it may, the rulings of the [Federal] Court of Appeal in *Khan* and *Patel* are directly on point and thus binding on me so I am required to apply the correctness standard of review to the officer's interpretation of the Regulations. Happily nothing turns on this point, as the same result pertains under either standard.

[14] The fifth issue that arises in this case also requires consideration of the standard of review applicable to the officer's assessment of the experience possessed by a candidate when compared to the descriptions in the NOC matrix, because determination of the applicable standard informs whether it is appropriate for me to decide if the applicant possessed the experience required for issuance of the visa or whether her file should be remitted back to another visa officer for a re-determination. Such assessments involve either factual determinations or findings of mixed fact and law. Normally, the reasonableness standard of review applies to findings of fact or of mixed fact and law (*Dunsmuir*, at paragraph 51; *Patel*, at paragraphs 36–37; *Thiruguanasambandamurthy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1518 (*Thiruguanasambandamurthy*), at paragraph 27; *Talpur v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 25, 4 Imm. L.R. (4th) 143 (*Talpur*), at paragraph 19).

<sup>1</sup> Chief Justice Crampton raised but questioned an alternative basis for the application of the correctness standard to visa officers, namely, that they are ministerial delegates and their legal interpretations might therefore always be subject to the correctness standard. I likewise question this alternative argument as it seems to me that visa officers making decisions interpreting the Regulations are much closer to an administrative tribunal than an alter ego for the Minister, and thus their situation would appear to not fall within the ruling in *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 156, which determined that a Minister cannot shield from curial review his or her interpretation of a law that binds the Minister to a certain course of action.

peut être considérée comme satisfaisante. D'ailleurs, le juge Stratas dans l'arrêt *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374, aux paragraphes 17 à 20, et le juge en chef Crampton dans la décision *Lukaj c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 8, [2014] 3 R.C.F. 24, au paragraphe 12, se sont tous deux prononcés en ce sens<sup>1</sup>. Quoi qu'il en soit, les décisions de la Cour d'appel [fédérale] dans *Khan* et *Patel* sont directement pertinentes et je suis donc liée par elles; dès lors, je suis tenue d'appliquer la norme de contrôle de la décision correcte à l'interprétation du Règlement retenue par l'agent. Heureusement, cette question ne prête pas à conséquence puisque l'une ou l'autre des normes entraîne la même issue.

[14] La cinquième question soulevée en l'espèce nous oblige également à nous pencher sur la norme de contrôle applicable à l'évaluation par un agent de l'expérience d'un candidat en fonction des descriptions contenues dans la matrice de la CNP, car la détermination de cette norme dira s'il y a lieu que je décide si la demanderesse avait l'expérience nécessaire pour qu'on lui accorde un visa, ou si son dossier doit être renvoyé à un autre agent en vue d'une nouvelle décision. De telles évaluations font intervenir des conclusions factuelles ou des conclusions de fait et de droit qui appellent normalement la norme de la raisonabilité (*Dunsmuir*, au paragraphe 51; *Patel*, aux paragraphes 36 et 37; *Thiruguanasambandamurthy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1518 (*Thiruguanasambandamurthy*), au paragraphe 27; *Talpur c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 25 (*Talpur*), au paragraphe 19).

<sup>1</sup> Le juge en chef Crampton a soulevé, pour le remettre en question, un motif subsidiaire d'application de la norme de la décision correcte aux agents des visas, à savoir qu'il s'agit de délégués ministériels et que leurs interprétations devraient donc toujours obéir à cette norme. Je mets également en doute cet argument subsidiaire puisqu'il me semble que les agents des visas qui rendent des décisions en interprétant le Règlement s'apparentent davantage à un tribunal administratif qu'à un représentant du ministre, et qu'ils ne paraissent pas visés par l'arrêt *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 156, qui a établi qu'un ministre ne peut soustraire à un examen judiciaire son interprétation d'une loi qui le contraint à adopter une certaine ligne de conduite.

[15] There are, however, certain statements in *Khan* that could be read as mandating a correctness standard for all aspects of a visa officer's decision, but these statements are premised on the Court's earlier ruling in *Patel*. In *Khan*, Justice Pelletier, writing for the Court, stated as follows [at paragraph 26]: "This Court has held that the standard of review to be applied to a visa officer's decision is correctness: see *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 187, [[2013] 1 F.C.R. 340], at paragraph 27". *Patel*, however, did not mandate application of the correctness standard to all aspects of a visa officer's decision, but, rather, only to the officer's interpretation of the Regulations. In terms of the review of the officer's actual assessment of the applicant's file, the [Federal] Court of Appeal in *Patel* applied a reasonableness standard.

[16] As *Khan* relies on *Patel* and as the jurisprudence in other contexts overwhelmingly requires application of the reasonableness standard to an inferior tribunals' determinations of fact and of mixed fact and law, I believe the authorities support the application of the reasonableness standard to the officer's assessment of the applicant's job experience—as set out in the documents she filed—and comparison of that experience to the descriptors contained in the NOC matrix. Accordingly, deference must be afforded to such determinations. As is discussed below, this conclusion has important implications for the alternative argument advanced by the respondent.

#### Should portions of the officer's affidavit be struck?

[17] Turning, then, to the request to strike portions of the officer's affidavit, there are several propositions that may be drawn from the authorities. First is the recognition that the "decision" subject to review in a case such as this is the letter sent to the applicant, advising of the rejection of her application, and the Computer Assisted Immigration Process System (CAIPS) notes of the

[15] Cependant, certains passages de l'arrêt *Khan* peuvent être compris comme imposant la norme de la décision correcte à tous les aspects de la décision d'un agent des visas; ces passages reposent néanmoins sur la décision antérieure de la Cour dans l'arrêt *Patel*. Dans l'arrêt *Khan*, le juge Pelletier, s'exprimant au nom de la Cour, observait [au paragraphe 26] : « Notre Cour a statué que la norme de contrôle applicable à la décision d'un agent des visas est celle de la décision correcte : voir *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 187, [[2013] 1 R.C.F. 340], au paragraphe 27. » Or, l'arrêt *Patel* n'exigeait pas d'appliquer la norme de la décision correcte à tous les aspects de la décision d'un agent des visas, mais seulement à son interprétation du Règlement. Pour ce qui est du contrôle de l'évaluation du dossier de la demanderesse à laquelle a effectivement procédé l'agent, la Cour d'appel [fédérale], dans l'arrêt *Patel*, s'est servi de la norme de la raisonabilité.

[16] Comme l'arrêt *Khan* s'appuie sur l'arrêt *Patel* et que les décisions rendues dans d'autres contextes commandent irrésistiblement l'application de la norme de la raisonabilité aux conclusions de fait et aux conclusions mixtes de fait et de droit des tribunaux d'instance inférieure, j'en conclus que la jurisprudence va dans le même sens pour ce qui est de l'évaluation par l'agent de l'expérience professionnelle de la demanderesse — telle que l'attestent les documents qu'elle a déposés —, et de la comparaison de cette expérience avec les descriptions contenues dans la matrice de la CNP. Par conséquent, ces conclusions méritent une certaine déférence, ce qui, comme nous le verrons plus loin, aura des répercussions importantes sur l'argument subsidiaire avancé par le défendeur.

#### Certaines parties de l'affidavit de l'agent devraient-elles être radiées?

[17] S'agissant maintenant de la demande visant à radier certaines parties de l'affidavit de l'agent, plusieurs propositions peuvent être déduites de la jurisprudence. La première revient à reconnaître que la « décision » soumise au contrôle dans une affaire comme celle-ci est composée de la lettre envoyée à la demanderesse pour l'informer du rejet de sa demande, et des notes du

officer, which were created before the formal letter was signed and record the officer's reasoning for the determination (*Kalra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 941, 29 Imm. L.R. (3d) 208 (*Kalra*), at paragraph 15). Second, the materials before the Court in a judicial review application are normally the tribunal's decision and the record before the tribunal. Third, the case law teaches that decision makers will be allowed to make submissions in an application for judicial review of their decisions only to the extent that may be required to provide needed context to the reviewing court, and will not be allowed to make submissions on the merits of the application as this is unseemly (*Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684 (*Northwestern Utilities*), at pages 708–709; *Vancouver Wharves Ltd. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Local 514* (1985), 60 NR 118 (F.C.A.), at paragraphs 5–8). Indeed, in *Northwestern Utilities*, at page 710, Justice Estey, writing for the Supreme Court, stated, "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."

[18] The foregoing principles have been applied in the context of visa officers to permit affidavits from them to be filed in applications to review their decisions so long as the affidavits merely provide background context or facts relevant to allegations of violation of procedural fairness or bias. Conversely, affidavits which seek to bolster the decision by providing new or expanded reasons for the decision are not admissible (*Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 255, [2009] 2 F.C.R. 576, at paragraphs 45–47; *Kalra*, at paragraph 15).

[19] Application of the foregoing principles results in the impugned paragraphs in the officer's affidavit being struck. They fall on the impermissible side of the line as each constitutes further and expanded argument setting forth additional reasons why the decision was made. In many instances, the content of the officer's affidavit

Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration (STIDI) de l'agent, qui ont été créées avant que la lettre officielle ne soit signée et qui contiennent le raisonnement sur lequel l'agent a fondé sa conclusion (*Kalra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 941 (*Kalra*), au paragraphe 15). Deuxièmement, les documents dont dispose normalement la Cour dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire sont constitués de la décision du tribunal administratif et du dossier qui lui a été présenté. Troisièmement, la jurisprudence établit que, dans un tel cas, les décideurs ne seront autorisés à présenter des observations que dans la mesure où il peut être nécessaire de fournir au tribunal de révision le contexte de l'affaire; les observations liées au bien-fondé de la demande sont inopportunes (*Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684 (*Northwestern Utilities*), aux pages 708 et 709; *Vancouver Wharves Ltd. c. Syndicat international des débardeurs et magasiniers, section local 514*, [1985] A.C.F. n° 217 (C.A.) (QL), aux paragraphes 5 à 8). Le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour suprême, déclarait d'ailleurs dans l'arrêt *Northwestern Utilities*, à la page 710, que : « 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. »

[18] Les principes susmentionnés ont été appliqués de manière à permettre à des agents des visas de déposer des affidavits dans le cadre de demandes de contrôle visant leurs décisions, mais simplement pour préciser le contexte ou présenter des faits pertinents au regard d'allégations de partialité ou de manquement à l'équité procédurale. Inversement, les affidavits qui tendent à étayer la décision par l'ajout ou l'étoffement de motifs ne sont pas admissibles (*Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 255, [2009] 2 R.C.F. 576, aux paragraphes 45 à 47; *Kalra*, au paragraphe 15).

[19] Les principes que nous venons de mentionner justifient la radiation des paragraphes contestés dans l'affidavit de l'agent. Ils doivent être tenus pour inadmissibles puisqu'ils fournissent chacun des arguments approfondis et avancent de nouveaux motifs justifiant la décision. À de nombreux égards, le contenu de

goes well beyond what was contained in the CAIPS notes. As Justice Martineau said in *Kalra*, at paragraph 15, “if I compare the visa officer’s CAIPS notes and affidavit, it is obvious that the latter incorporates a lot more information than the former which raises the question: upon what documents, information or notes did the visa officer base [the] affidavit, which was executed [well] after the decision?” This reasoning applies with full force and effect to the impugned paragraphs in the officer’s affidavit. Accordingly, paragraphs 14, 15, 18 and 26 of the officer’s affidavit shall be struck and have not been considered by me in making this decision.

Was it improper for the officer to have considered the HRSDC data on wage rates payable to NOC codes 1242 and 5125?

[20] Turning next to the central issue in this case—the propriety of considering comparator salary data—it is useful to reproduce the regulatory provisions applicable to the Canadian Experience Class because this is the first time this issue has been considered by this Court. Section 87.1 of the Regulations provides:

*Canadian Experience Class*

Class **87.1** (1) For the purposes of subsection 12(2) of the Act, the Canadian experience class is prescribed as a class of persons who may become permanent residents on the basis of their experience in Canada and who intend to reside in a province other than the Province of Quebec.

Member of the class (2) A foreign national is a member of the Canadian experience class if

(a) they

(i) have acquired in Canada within the 24 months before the day on which their application for permanent residence is made at least 12 months of full-time work experience, or the equivalent in part-time work experience, in one or more occupations that are listed in Skill Type 0

l’affidavit de l’agent va bien au-delà des notes du STIDI. Comme le déclarait le juge Martineau dans la décision *Kalra*, au paragraphe 15 : « si je compare les notes du STIDI et l’affidavit de l’agente des visas, il est évident que le dernier incorpore beaucoup plus de renseignements que les premières, ce qui soulève la question : sur quels documents, sur quels renseignements ou sur quelles notes l’agente des visas a-t-elle basé [l’]affidavit, lequel a été souscrit [bien] après la décision? » Ce raisonnement s’applique parfaitement aux paragraphes contestés de l’affidavit de l’agent. Par conséquent, les paragraphes 14, 15, 18 et 26 de l’affidavit de l’agent doivent être radiés et ils n’ont pris aucune part dans ma décision.

L’agent des visas a-t-il eu tort de tenir compte des données de RHDCC sur les taux de rémunération relatifs aux codes 1242 et 5125 de la CNP?

[20] S’agissant maintenant de la question centrale dans la présente affaire — l’opportunité de considérer les données comparatives sur les salaires —, il est utile de reproduire les dispositions réglementaires concernant la catégorie de l’expérience canadienne puisque c’est la première fois que la Cour est saisie de cette question. L’article 87.1 du Règlement prévoit :

*Catégorie de l’expérience canadienne*

**87.1** (1) Pour l’application du paragraphe 12(2) de la Loi, la catégorie de l’expérience canadienne est une catégorie réglementaire de personnes qui peuvent devenir résidents permanents du fait de leur expérience au Canada et qui cherchent à s’établir dans une province autre que le Québec. Catégorie

(2) Fait partie de la catégorie de l’expérience canadienne l’étranger qui satisfait aux exigences suivantes : Qualité

a) l’étranger, selon le cas :

(i) a accumulé au Canada au moins douze mois d’expérience de travail à temps plein ou l’équivalent s’il travaille à temps partiel dans au moins une des professions appartenant aux genre de compétence 0 Gestion ou niveaux de compétences A ou B de la matrice de la

Management Occupations or Skill Level A or B of the *National Occupational Classification* matrix, and have acquired that work experience after having obtained

(A) a diploma, degree or trade or apprenticeship credential issued on the completion of a program of full-time study or training of at least two years' duration at a public, provincially recognized post-secondary educational or training institution in Canada,

(B) a diploma or trade or apprenticeship credential issued on the completion of a program of full-time study or training of at least two years' duration at a private, Quebec post-secondary institution that operates under the same rules and regulations as public Quebec post-secondary institutions and that receives at least 50 per cent of its financing for its overall operations from government grants, subsidies or other assistance,

(C) a degree from a private, provincially recognized post-secondary educational institution in Canada issued on the completion of a program of full-time study of at least two years' duration, or

(D) a graduate degree from a provincially recognized post-secondary educational institution in Canada issued on the completion of a program of full-time study of at least one year's duration and within two years after obtaining a degree or diploma from an institution referred to in clause (A) or (C), or

(ii) have acquired in Canada within the 36 months before the day on which their application for permanent residence is made at least 24 months of full-time work experience, or the equivalent in part-time

*Classification nationale des professions* au cours des vingt-quatre mois précédant la date de la présentation de sa demande de résidence permanente et, antérieurement à cette expérience de travail, a obtenu au Canada, selon le cas :

(A) un diplôme, certificat de compétence ou certificat d'apprentissage après avoir réussi un programme d'études ou un cours de formation nécessitant au moins deux ans d'études à temps plein et offert par un établissement d'enseignement ou de formation postsecondaire public reconnu par une province,

(B) un diplôme, certificat de compétence ou certificat d'apprentissage après avoir réussi un programme d'études ou un cours de formation nécessitant au moins deux ans d'études à temps plein et offert par un établissement d'enseignement postsecondaire privé au Québec qui est régi par les mêmes règles et règlements que les établissements d'enseignement publics et dont les activités sont financées, pour au moins 50 %, par le gouvernement notamment, au moyen de subventions,

(C) un diplôme universitaire après avoir réussi un programme d'études nécessitant au moins deux ans d'études à temps plein et offert par un établissement d'enseignement postsecondaire privé reconnu par une province,

(D) un diplôme d'études supérieures après avoir réussi un programme d'études à temps plein d'une durée d'au moins un an, offert par un établissement d'enseignement postsecondaire reconnu par une province, au plus tard deux ans après avoir obtenu un diplôme d'un établissement visé aux divisions (A) ou (C),

(ii) a accumulé au Canada au moins vingt-quatre mois d'expérience de travail à temps plein ou l'équivalent s'il travaille à temps partiel dans au moins une des professions appartenant aux genre de

work experience, in one or more occupations that are listed in Skill Type 0 Management Occupations or Skill Level A or B of the *National Occupational Classification* matrix; and

(b) they have had their proficiency in the English or French language assessed by an organization or institution designated under subsection (4) and have obtained proficiencies for their abilities to speak, listen, read and write that correspond to benchmarks, as referred to in *Canadian Language Benchmarks 2000* for the English language and *Niveaux de compétence linguistique canadiens 2006* for the French language, of

(i) in the case of a foreign national who has acquired work experience in one or more occupations that are listed in Skill Type 0 Management Occupations or Skill Level A of the *National Occupational Classification* matrix,

(A) 7 or higher for each of those abilities, or

(B) 6 for any one of those abilities, 7 or higher for any other two of those abilities and 8 or higher for the remaining ability, and

(ii) in the case of a foreign national who has acquired work experience in one or more occupations that are listed in Skill Level B of the *National Occupational Classification* matrix,

(A) 5 or higher for each of those abilities, or

(B) 4 for any one of those abilities, 5 or higher for any other two of those abilities and 6 or higher for the remaining ability.

compétence 0 Gestion ou niveaux de compétences A ou B de la matrice de la *Classification nationale des professions* au cours des trente-six mois précédant la date de la présentation de sa demande de résidence permanente;

b) il a fait évaluer sa compétence en français ou en anglais par une institution ou organisation désignée aux termes du paragraphe (4) et obtenu, pour les aptitudes à parler, à écouter, à lire et à écrire, selon le document intitulé *Niveaux de compétence linguistique canadiens 2006*, pour le français, et le *Canadian Language Benchmarks 2000*, pour l'anglais, les niveaux de compétence suivants :

(i) s'il a une expérience de travail dans une ou plusieurs professions appartenant au genre de compétence 0 Gestion ou niveaux de compétences A de la matrice de la *Classification nationale des professions* :

(A) 7 ou plus pour chacune des aptitudes,

(B) 6 pour l'une des aptitudes, 7 ou plus pour deux des aptitudes et 8 ou plus pour l'aptitude restante,

(ii) s'il a une expérience de travail dans une ou plusieurs professions appartenant au niveau de compétences B de la matrice de la *Classification nationale des professions* :

(A) 5 ou plus pour chacune des aptitudes,

(B) 4 pour l'une des aptitudes, 5 ou plus pour deux aptitudes et 6 ou plus pour l'aptitude restante.

Application

(3) For the purposes of subsection (2),

(a) full-time work is equivalent to at least 37.5 hours of work per week;

(3) Pour l'application du paragraphe (2) :

a) le travail à temps plein équivaut à au moins trente-sept heures et demie de travail par semaine;

Application

(b) any period of self-employment or unauthorized work shall not be included in calculating a period of work experience;

(c) the foreign national must have had temporary resident status during their period of work experience and any period of full-time study or training;

(d) the foreign national must have been physically present in Canada for at least two years of their full-time study or training;

(e) any period during which the foreign national was engaged in a full-time program of study or training in English or French as a second language — and any period of full-time study or training in respect of which study or training in English or French as a second language amounted to most of the full-time study or training — shall not be included in calculating the period of full-time study or training;

(f) any period of study or training during which the foreign national was a recipient of a Government of Canada scholarship or bursary, or participated in an exchange program sponsored by the Government of Canada, a purpose or condition of which was that the foreign national return to their country of origin or nationality on completion of their studies or training shall not be included in calculating the period of full-time study or training; and

(g) in the case of a foreign national whose work experience is referred to in both subparagraphs (2)(b)(i) and (ii), the foreign national must obtain a proficiency in the English or French language that corresponds to the benchmarks required for the skill type, as set out in subparagraph (2)(b)(i) or (ii), in which the foreign national has acquired most of their work experience.

Designated  
organization

(4) The Minister may designate organizations or institutions to assess language proficiency for the purposes of this section and shall, for the purpose of correlating the results of such an assessment by a particular designated organization or institution with the benchmarks referred to in subsection (2), establish the minimum test result required to be awarded for each ability and each

b) les périodes de travail non autorisées ou celles accumulées à titre de travailleur autonome ne peuvent être comptabilisées pour le calcul de l'expérience de travail;

c) l'étranger doit détenir le statut de résident temporaire durant les périodes de travail et durant toutes périodes d'études ou de formation à temps plein;

d) l'étranger doit être effectivement présent au Canada pendant au moins deux de ses années d'études ou de formation à temps plein;

e) les périodes d'études ou de formation acquises par l'étranger dans le cadre d'un programme d'anglais ou de français langue seconde à temps plein, et les périodes d'études ou de formation à temps plein consacrées principalement à l'étude de ces langues ne peuvent être comptabilisées pour le calcul de la période d'études ou de formation à temps plein;

f) les périodes d'études ou de formation acquises pendant que l'étranger était détenteur d'une bourse d'études offerte par le gouvernement du Canada ou participait à un programme d'échange parrainé par ce dernier, dans le cas où la bourse ou le programme a pour but ou condition le retour de l'étranger dans le pays dont il a la nationalité ou celui de sa résidence habituelle à la fin de ses études, ne peuvent être comptabilisées pour le calcul de la période d'études ou de formation à temps plein;

g) l'étranger qui a l'expérience de travail dans les professions visées aux sous-alinéas (2)b)(i) et (ii) doit obtenir le niveau de compétence en anglais ou en français qui est exigé aux sous-alinéas (2)b)(i) ou (ii) selon la profession pour laquelle il a le plus d'expérience.

Organisme  
désigné

(4) Le ministre peut désigner les institutions ou organisations chargées d'évaluer la compétence linguistique pour l'application du présent article et, en vue d'établir des équivalences entre les résultats de l'évaluation fournis par une institution ou organisation désignée et les niveaux de compétence mentionnés au paragraphe (2), il fixe le résultat de test minimal qui doit être

level of proficiency in the course of an assessment of language proficiency by that organization or institution in order to meet those benchmarks.

attribué pour chaque aptitude et chaque niveau de compétence lors de l'évaluation de la compétence linguistique par cette institution ou organisation pour satisfaire aux niveaux mentionnés à ce paragraphe.

Conclusive  
evidence

(5) The results of an assessment of the language proficiency of a foreign national by a designated organization or institution and the correlation of those results with the benchmarks in accordance with subsection (4) are conclusive evidence of the foreign national's proficiency in an official language of Canada for the purposes of this section.

(5) Les résultats de l'examen de langue administré par une institution ou organisation désignée et les équivalences établies en vertu du paragraphe (4) constituent une preuve concluante de la compétence de l'étranger dans l'une des langues officielles du Canada pour l'application du présent article.

Preuve  
concluante

[21] These provisions may be contrasted with the provisions in the Regulations on the federal skilled worker (FSW) class, which specifically contemplate review of salary as part of the eligibility determination. More specifically, the Regulations require that, in the case of an FSW application, an applicant's prospective employer must obtain a labour market opinion from HRSDC, which is to be premised in part on the determination that the "wages offered to the skilled worker are consistent with the prevailing wage rate for the occupation" in Canada (clause 82(2)(c)(ii)(C) of the Regulations).

[21] Ces dispositions peuvent être mises en opposition avec les dispositions du Règlement liées à la catégorie des travailleurs qualifiés (fédérale), qui envisagent spécifiquement l'examen du salaire comme un élément de l'admissibilité. Le Règlement exige plus particulièrement, dans le cas d'une demande au titre de la deuxième catégorie, que le futur employeur obtienne de RHDCC un avis sur le marché du travail, qui suppose en partie que « la rémunération offerte au travailleur qualifié est conforme au taux de rémunération en vigueur pour la profession » au Canada (division 82(2)c)(ii)(C) du Règlement).

[22] The applicant argues that in the absence of a similar listing of salary as a relevant criterion in the evaluation of experience for purposes of the Canadian experience class (in either the Regulations or the NOC Code provisions), an officer is prohibited from considering salary as one of the factors to be weighed in assessing whether an applicant has the requisite experience in one of the listed NOC classes. The applicant asserts that an officer who considers salary in evaluating the nature of an applicant's Canadian work experience for purposes of eligibility as a member of the Canadian experience class fetters his or her discretion and imposes criteria that Parliament never intended. In this regard, the applicant relies on *Cheng v. Canada (Secretary of State)* (1994), 83 F.T.R. 259 (*Cheng*); and *Tam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 16712, 130 F.T.R. 237 (*Tam*), where visa officers were found to have impermissibly fettered their discretion when they imported a requirement that an applicant be engaged in overall management and performance of the business in order to meet the definitions contained in the

[22] La demanderesse soutient que, puisque le salaire n'est mentionné ni par le Règlement ni par les dispositions de la CNP comme un critère pertinent pour l'évaluation de la nature de l'expérience professionnelle canadienne aux fins de l'admissibilité au titre de la catégorie de l'expérience canadienne, l'agent n'a pas à en tenir compte pour déterminer si un demandeur a l'expérience requise relativement à l'une des professions énumérées dans la CNP. Elle affirme qu'en tenant ainsi compte du salaire dans cette évaluation, l'agent entrave son pouvoir discrétionnaire et introduit un critère que le législateur n'a jamais envisagé. Elle s'appuie à cet égard sur les décisions *Cheng c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1318 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*Cheng*); et *Tam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 568 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*Tam*), où il a été établi que les agents des visas avaient indûment limité leur pouvoir discrétionnaire en important l'exigence que les demandeurs prennent part à la gestion globale et au rendement de l'entreprise pour satisfaire aux définitions afférentes aux catégories des

investor and entrepreneur classes. In *Cheng*, Justice Cullen summarized the finding upon which the applicant relies, in the following way (at paragraph 9):

This strict reading of the definition of investor is not consistent with the policies of Immigration Canada, as set out in the Regulations or expressed in the guidelines. It is not intended that the applicant operate a wholly-owned business or a wholly-owned undertaking. That interpretation is clearly wrong and the addition of such a criteria does amount to an error of law which adversely affected the exercise of her jurisdiction and which warrants referring the matter back to a different Immigration Officer for redetermination. Essentially, by imposing her own criteria for the definition of investor on the circumstances of the applicant, the Officer has fettered her discretion. Further, unless and until some new guidelines are introduced, the parties affected by the policy are entitled to be treated in a consistent manner, not to the arbitrary addition of criteria by each particular Immigration Officer.

The applicant urges that similar reasoning be applied here.

[23] I do not believe it should be. In the first place, it is debatable whether there remains any place for the concept of the fettering of discretion as an independent ground of review, in light of the recent developments in administrative law, commencing with the decision of the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir*. In *Dunsmuir* and the cases that follow it, the Supreme Court has traced a single basis for the evaluation by reviewing courts of the content of administrative tribunals' decisions, namely, the evaluation of whether or not they are reasonable or correct. As Justice Stratas recently noted in *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, at paragraph 23, the concept of fettering discretion lives "uncomfortably" with the approach to judicial review that has been endorsed by the Supreme Court since *Dunsmuir*.

[24] It is not necessary in this case to decide whether the concept of fettering discretion remains a stand-alone ground of review as, even if it does, I do not believe that the officer in this case improperly fettered his discretion. There is an important distinction between what occurred here and what happened in *Cheng* and *Tam*. There, the relevant provisions in the Regulations and applicable

investisseurs et entrepreneurs. Dans la décision *Cheng*, le juge Cullen résumait en ces termes la décision invoquée par la demanderesse (au paragraphe 9) :

Cette interprétation stricte de la définition du terme « investisseur » n'est pas compatible avec les politiques d'Immigration Canada énoncées dans le Règlement ou exposées dans les lignes directrices. Je ne vois aucune intention d'obliger le requérant à exploiter une entreprise ou un commerce lui appartenant en exclusivité. Cette interprétation est manifestement erronée et l'ajout d'un tel critère constitue une erreur de droit qui vicie l'exercice de la compétence de l'agente d'immigration et justifie le renvoi du dossier à un agent d'immigration différent afin qu'il le réexamine. En imposant ses propres critères à la définition du terme « investisseur » dans le cas du requérant, l'agente a essentiellement limité son pouvoir discrétionnaire. En outre, tant que de nouvelles lignes directrices ne sont pas mises en place, les parties visées par une politique ont le droit d'être traitées de façon uniforme, et de ne pas se voir imposer arbitrairement l'ajout d'un critère par chaque agent d'immigration.

La demanderesse demande instamment que la Cour reprenne ce raisonnement à son compte.

[23] Je ne pense pas devoir le faire. Tout d'abord, il est permis de se demander si le concept d'entrave du pouvoir discrétionnaire a encore sa place comme motif de contrôle indépendant, compte tenu des développements récents en droit administratif, à commencer par la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dunsmuir*. Dans cette décision et celles qui ont suivi, la Cour suprême a indiqué que les cours de révision ne pouvaient examiner la teneur des décisions des tribunaux administratifs que pour en évaluer le caractère raisonnable ou correct. Comme le mentionnait récemment le juge Stratas dans *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, au paragraphe 23, l'idée d'entrave du pouvoir discrétionnaire « s'accorde mal » avec l'approche adoptée par la Cour suprême en matière de contrôle judiciaire depuis l'arrêt *Dunsmuir*.

[24] Il n'est pas nécessaire en l'occurrence de déterminer s'il s'agit encore d'un motif indépendant de contrôle, car, quand bien même ce serait le cas, je ne pense pas que l'agent ait indûment entravé son pouvoir discrétionnaire dans ce cas précis. Il y a une distinction importante à faire entre les faits qui nous occupent et ce dont il est question dans les décisions *Cheng* et *Tam*.

departmental guidelines outlined to a far greater extent than here the parameters of what could be permissibly considered by the officer in determining eligibility.

[25] In *Cheng* [at paragraph 4], the *Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172* provided that to be considered as an investor an applicant was required, amongst other things, to meet the criterion of “successful operation, control or direction of a business or a commercial undertaking” (subsection 2(1)). Immigration Canada had issued guidelines, indicating that the investor class was “not limited to owners, presidents or vice presidents, but [was] intended to extend to persons who have held a post of significant responsibility, such as a manager of a particular division or section of a larger company” (*Cheng*, at paragraph 5). These provisions provide much more direction to an officer as to the scope of permissible inquiry than does section 87.1 of the Regulations in respect of the evaluation of experience for purposes of the Canadian experience class.

[26] Likewise, in *Tam* [at paragraph 2], the relevant regulatory provision stipulated that an “entrepreneur” meant an immigrant,

(a) who intends and has the ability to establish, purchase or make a substantial investment in a business or commercial venture in Canada that will make a significant contribution to the economy and whereby employment opportunities will be created or continued in Canada for one or more Canadian citizens or permanent residents, other than the entrepreneur and his dependants, and

(b) who intends and has the ability to provide active and ongoing participation in the management of the business or commercial venture

[27] In face of these provisions, Justices Cullen and Pinard concluded that the officers in question had fettered their discretion in requiring the applicants to demonstrate that they were responsible for the overall management and performance of the company that employed them. Effectively, such a definition would have limited the classes only to those in a presidential or vice-presidential position, which Parliament never

Dans ces affaires, les dispositions pertinentes du Règlement et les lignes directrices ministérielles applicables décrivaient avec bien plus de détails les paramètres dont l’agent était autorisé à tenir compte pour se prononcer sur l’admissibilité.

[25] Dans la décision *Cheng* [au paragraphe 4], le *Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172* prévoyait que pour être considéré comme un investisseur, un demandeur devait, entre autres choses, avoir « l’exploitation, le contrôle ou la direction d’une entreprise ou d’un commerce » (paragraphe 2(1)). Immigration Canada avait publié des lignes directrices où il précisait que la catégorie des investisseurs « ne se limit[ait] pas aux propriétaires, présidents ou vice-présidents, mais s’étend[ait] aux personnes qui ont occupé un poste de responsabilité, tels les postes de directeur d’une division ou section particulière d’une société de plus grande envergure » (*Cheng*, au paragraphe 5). Ces dispositions fournissent bien plus d’indications aux agents sur l’étendue de l’examen autorisé que ne le fait l’article 87.1 du Règlement pour ce qui est de l’évaluation de l’expérience relativement à la catégorie de l’expérience canadienne.

[26] De même, dans *Tam* [au paragraphe 2], la disposition réglementaire pertinente précisait qu’un « entrepreneur » devait s’entendre de l’immigrant,

a) qui a l’intention et qui est en mesure d’établir ou d’acheter au Canada une entreprise ou un commerce, ou d’y investir une somme importante, de façon à contribuer de manière significative à la vie économique et à permettre à au moins un citoyen canadien ou résident permanent, à part l’entrepreneur et les personnes à sa charge, d’obtenir ou de conserver un emploi, et

b) qui a l’intention et est en mesure de participer activement et régulièrement à la gestion de cette entreprise ou de ce commerce;

[27] Compte tenu de ces dispositions, les juges Cullen et Pinard ont conclu que les agents en question avaient entravé leur pouvoir discrétionnaire en exigeant des demandeurs qu’ils démontrent qu’ils étaient responsables de la gestion et du rendement généraux de l’entreprise qui les employait. Une telle définition revenait en fait à réduire les catégories aux demandeurs occupant un poste de président ou de vice-président, ce qui n’a jamais été

intended, and, at least in *Tam*, added criteria that were completely different from those in the Regulations.

[28] Here, on the other hand, section 87.1 of the Regulations requires an officer to evaluate whether a candidate has experience in one of the listed NOC occupations, but provides no guidance as to how such experience is to be evaluated, other than by reference to the listing of duties contained in the NOC matrix.

[29] Significantly, only the more senior and complex jobs in the administrative category qualify as occupations for the Canadian experience class. Thus, for example, work in a purely clerical position (at Skill Level C in the NOC matrix) would not qualify but work in the more skilled occupation of legal assistant (at Skill Level B) does.

[30] In evaluating whether or not an applicant's experience falls within a permissible NOC Code, an officer is required to understand the nature of the work performed and the degree of complexity of the tasks undertaken, to determine whether or not they fall within the duties listed in the relevant NOC Code descriptors. The requisite analysis necessitates much more than a rote comparison of the duties listed in the NOC Code with those described in a letter of reference or job description. Rather, what is required is a qualitative assessment of the nature of the work done and comparison of it with the NOC Code descriptor. Indeed, there is a line of authority which indicates that, in the context of federal skilled workers (where an officer is similarly required to assess duties performed against the NOC Code descriptors), the officer may legitimately question whether the applicant possesses the relevant experience if all that he or she does is repeat the duties from the NOC descriptor in a letter of reference. In such cases, this Court has sometimes held that an officer is required to hold an interview or pose additional questions in writing to an applicant, in order to obtain more detail about the actual nature of the work performed (see e.g., *Talpur* and *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 571). Thus, it is beyond debate that the officer must

l'intention du législateur et, du moins dans l'affaire *Tam*, venait ajouter des critères tout à fait différents de ceux du Règlement.

[28] En revanche, dans notre cas, l'article 87.1 du Règlement prévoit que l'agent doit évaluer si le candidat a de l'expérience dans l'une des professions énumérées dans la CNP, sans préciser comment il doit s'y prendre, à l'exception d'un renvoi aux fonctions énumérées dans la matrice de la CNP.

[29] Fait important, seuls les postes de plus haut niveau ou plus complexes de la classe administrative sont admissibles comme professions au titre de la catégorie de l'expérience canadienne. Ainsi, un emploi de commis de bureau (niveau de compétence C dans la matrice de la CNP), ne serait pas admissible, contrairement à la profession plus qualifiée d'assistant juridique (niveau de compétence B).

[30] Pour déterminer si l'expérience d'un demandeur relève d'un code admissible de la CNP, l'agent doit comprendre la nature du travail effectué et le degré de complexité des tâches accomplies pour déterminer si elles correspondent aux fonctions énumérées sous la description du code pertinent. Cette analyse indispensable exige bien plus qu'une comparaison mécanique des fonctions énoncées sous le code de la CNP avec celles qui sont évoquées dans une lettre de recommandation ou une description de poste. Il s'agit plutôt d'évaluer de manière qualitative le travail exécuté et de le comparer à la description du code de la CNP. D'ailleurs, il est un courant jurisprudentiel suivant lequel, s'agissant de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédérale) (à l'égard de laquelle les agents doivent de la même façon apprécier les tâches remplies en fonction des descriptions du code de la CNP), lequel l'agent peut à bon droit se demander si le candidat possède l'expérience pertinente s'il n'a fait que recopier les fonctions énoncées sous la description de la CNP dans une lettre de recommandation. En pareils cas, il est arrivé à la Cour de conclure que l'agent devait effectuer une entrevue ou poser des questions additionnelles par écrit au demandeur, afin d'obtenir plus de détails sur la nature véritable de son travail (voir p. ex. *Talpur* et *Patel c. Canada (Citoyenneté*

undertake a substantive analysis of the work actually done by an applicant.

[31] As the respondent correctly notes, salary paid is typically one indicator of the complexity of the work performed, as the more complex the task, generally, the higher the wages paid for it. During the argument of this application, counsel for the applicant candidly conceded that there may well be a rational connection between the nature of the work performed and wages paid, which, indeed, is a fairly self-evident proposition. The connection between wages and job complexity is recognized in other spheres. For example, pay equity and employment standards legislation require payment of equal wages for work of equal or equivalent value performed by men and women, thereby confirming that compensation should follow complexity of the work performed (see e.g., *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, section 11; *Equal Wages Guidelines*, 1986, SOR/86-1082; Ontario's *Pay Equity Act*, R.S.O. 1990, c. P.7; and Ontario's *Employment Standards Act*, 2000, S.O. 2000, c. 41, section 42). Thus, average wages paid in the Toronto area (where the applicant worked) for jobs within the applicable NOC Codes is certainly relevant to the assessment of the nature of the applicant's experience.

[32] Moreover, as part of the application process, the applicant was required to have her employer attest to her salary in the letter of reference; this is required by point 6 in the respondent's document checklist. While this is certainly not determinative of the interpretation to be afforded to the Regulations, as was the case with the departmental guidelines in *Cheng*, the requirement to provide salary data is indicative of the respondent's view of the factors which are relevant to the assessment of experience. (The request for salary information is not only required in order to verify the full-time status of an employee, as the applicant claims. If all that was relevant was verifying full-time status, it would be far simpler and less invasive of candidates' privacy interests to merely have the employer confirm the hours worked by

*et Immigration*), 2011 CF 571). Il est donc indiscutable que l'agent doit analyser de manière approfondie les tâches effectivement remplies par un demandeur.

[31] Comme le signale justement le défendeur, le salaire versé est, en règle générale, un indicateur de la complexité du travail effectué : plus complexe est la tâche, plus élevée sera la rémunération. Au cours des plaidoiries, en l'espèce, l'avocat de la demanderesse a convenu franchement qu'il était fort possible qu'il y ait un lien rationnel entre la nature du travail exécuté et le salaire versé, proposition qui va d'ailleurs plutôt de soi. Ce lien entre le salaire et la complexité du travail est du reste reconnu dans d'autres sphères. Ainsi, la législation en matière de parité salariale et de normes professionnelles prévoit que les hommes et les femmes qui effectuent des travaux d'une valeur égale ou comparable doivent recevoir des salaires égaux, ce qui confirme que la rétribution correspond à la complexité de l'emploi (voir, p. ex., *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, article 11; *Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082; *Loi sur l'équité salariale* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.7 et *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* de l'Ontario, L.O. 2000, ch. 41, article 42). Par conséquent, les salaires moyens versés dans la région de Toronto (où travaillait la demanderesse) pour les emplois correspondant aux codes de la CNP applicables sont certainement pertinents pour l'évaluation de la nature de l'expérience accumulée par la demanderesse.

[32] Par ailleurs, dans le cadre du processus de demande, la demanderesse devait soumettre une lettre de recommandation dans laquelle l'employeur confirme son salaire, conformément au point 6 de la liste de contrôle de documents du défendeur. Même si, à l'instar des lignes directrices ministérielles dans la décision *Cheng*, cet élément n'est sûrement pas déterminant quant à l'interprétation à donner au Règlement, l'obligation de fournir des renseignements liés au salaire donne une idée des facteurs que le défendeur juge pertinents pour évaluer l'expérience. (Contrairement à ce qu'affirme la demanderesse, le but ici n'est pas seulement de vérifier qu'un employé travaille à temps plein. S'il ne s'agissait que de cela, il serait beaucoup plus simple et moins attentatoire à la vie privée de demander

an applicant.) Thus, the documents furnished by the respondent to applicants contemplate that salary information must be provided and therefore presumably will be considered in the assessment of the application.

[33] Contrary to what the applicant asserts, the officer did not use salary as a preliminary disqualifying factor or to perform a “gatekeeper function” to disqualify the applicant’s application. Had the officer done so—as the respondent conceded—he may well have engaged in an unreasonable and incorrect interpretation of the Regulations. In this regard, there is a significant difference between requiring a minimum salary as the starting point for consideration—and weeding out those who do not earn the minimum salary—as compared to examining the salary paid as but one of the data points relevant to determining if an applicant possesses the requisite experience to qualify as a member of the Canadian experience class.

[34] In this case, the officer did not use salary as a preliminary disqualifying factor. Rather, the officer considered the salary information as one fact relevant to the evaluation of the nature and degree of the applicant’s experience. The fact that the officer did not use the salary information as a preliminary disqualifying factor is evident from his letter to the applicant and the CAIPS notes. Both contain a comparison of the applicant’s duties as detailed in the letter of reference to those listed in NOC Code 1242. Had the officer used the salary analysis as a preliminary disqualifying factor, it would not have been necessary for him to have gone on to discuss and analyse the nature of the duties performed by the applicant—as listed in her letter of reference—and compare them to the duties listed in the NOC Code 1242.

[35] Moreover, given the brevity of the letter of reference and the ambiguity of certain of the statements contained in it regarding the nature of the duties performed by the applicant, the officer reasonably required additional data beyond that set out in the letter of reference for a more complete assessment. It was open to him to consider the salary paid to the applicant and to compare it to the salaries typically paid to those working as legal assistants and translators/interpreters in the Toronto

à l’employeur de confirmer les heures de travail du demandeur.) Les documents que le défendeur remet aux demandeurs indiquent que les renseignements liés au salaire sont exigibles et donc qu’ils seront probablement pris en compte dans l’évaluation de la demande.

[33] Contrairement à ce que prétend la demanderesse, l’agent ne s’est pas servi du salaire comme d’un facteur d’exclusion préliminaire ou pour s’acquitter d’une quelconque « fonction de gardien » en vue de rejeter sa demande. Comme l’a reconnu le défendeur, s’il l’avait fait, son interprétation du Règlement aurait sans doute été déraisonnable et incorrecte. À cet égard, il y a une différence importante entre exiger un salaire minimum comme point de départ à l’examen — de manière à éliminer ceux qui n’y satisfont pas — et considérer le salaire comme l’une des données pertinentes à examiner pour déterminer si le demandeur possède l’expérience exigée au titre de la catégorie de l’expérience canadienne.

[34] En l’espèce, l’agent ne s’est pas servi du salaire comme facteur d’exclusion préliminaire, mais a plutôt considéré que ce renseignement était pertinent pour apprécier la nature et l’étendue de l’expérience de la demanderesse. La lettre qu’il a adressée à cette dernière et les notes du STIDI le montrent bien : il y compare ses fonctions, telles qu’elles sont décrites en détail dans la lettre de recommandation, et celles qui sont énumérées sous le code 1242 de la CNP. S’il avait effectivement utilisé le salaire comme facteur d’exclusion préliminaire, l’agent n’aurait pas eu à évoquer et à analyser la nature des tâches remplies par la demanderesse — telles qu’elles figurent dans sa lettre de recommandation —, ni à les comparer à celles qui correspondent à ce code.

[35] De plus, compte tenu de la brièveté de la lettre de recommandation et de certaines de ses ambiguïtés regardant la nature des fonctions de la demanderesse, l’agent a raisonnablement exigé des renseignements additionnels pour pouvoir effectuer une évaluation plus complète. Il lui était loisible de comparer le salaire touché par la demanderesse à celui des adjoints juridiques et traducteurs/interprètes de la région de Toronto, où travaillait la demanderesse, et de le considérer comme

area, where the applicant worked, as one piece of information relevant to determining if the applicant possessed the requisite experience to obtain a visa under section 87.1 of the Regulations. In this regard, it is to be recalled that this class applies only to higher-skilled administrative occupations; a relevant factor in assessing whether the applicant actually possesses the requisite experience is consideration of the wages paid. If they are far lower than those typically paid for comparable work, and if the documentation otherwise submitted detailing the nature of the work performed does not definitively establish the requisite experience, an officer may reasonably reject a visa application for permanent residence as a member of the Canadian experience class.

[36] Thus, in ascertaining whether the applicant performed the work of NOC codes 1242 and 5125, it was both permissible and reasonable for the officer to have considered the salary paid to the applicant in comparison to that paid in Toronto for similar work as a fact relevant to the assessment of the applicant's job experience.

Did the officer violate procedural fairness in failing to disclose to the applicant that he was considering the HRSDC wage data?

[37] However, while it was permissible and reasonable for the officer to have considered the HRSDC wage data, his failure to disclose to the applicant the fact that he was doing so and to provide her an opportunity to make submissions to him regarding the data was a violation of procedural fairness.

[38] This Court has made clear that where officers have questions regarding the credibility or authenticity of an application, they have a duty to go back to the applicant and give the applicant an opportunity to make further submissions, normally through an interview (*Talpur*, at paragraph 21; *Hassani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1283, [2007] 3 F.C.R. 501, at paragraph 24). It is similarly well established that a decision maker's failure to disclose extrinsic information upon which he or she relies, and that the applicant could not reasonably anticipate would be consulted, violates procedural fairness (see e.g., *Shah v.*

un renseignement utile pour déterminer si elle détenait l'expérience requise pour obtenir un visa en vertu de l'article 87.1 du Règlement. Rappelons à cet égard que cette catégorie ne vise que les professions administratives plus spécialisées; le salaire touché est l'un des facteurs qu'il y a lieu d'évaluer pour savoir si la demanderesse possède réellement l'expérience requise. Si ce salaire est bien inférieur à celui normalement versé pour un travail comparable, et si les documents par ailleurs soumis sur la nature du travail effectué n'établissent pas catégoriquement l'expérience requise, l'agent peut raisonnablement rejeter la demande de visa de résidence permanente présentée à titre de membre de la catégorie de l'expérience canadienne.

[36] Ainsi, pour vérifier si la demanderesse avait rempli les fonctions se rapportant aux codes 1242 et 5125 de la CNP, il était à la fois acceptable et raisonnable que l'agent compare son salaire à ceux qui étaient versés à Toronto pour des emplois similaires, et y voie une information pertinente pour l'évaluation de son expérience professionnelle.

L'agent a-t-il manqué à l'équité procédurale en n'informant pas la demanderesse qu'il se servirait des données de RHDCC sur le salaire?

[37] Cependant, s'il était acceptable et raisonnable que l'agent tienne compte des données de RHDCC sur le salaire, le fait qu'il n'en ait rien dit à la demanderesse et qu'il ne lui ait pas permis de présenter des observations à cet égard portait atteinte à l'équité procédurale.

[38] La Cour a bien expliqué qu'en cas de doute sur la crédibilité ou l'authenticité d'une demande, les agents sont tenus d'en faire part aux demandeurs et de leur donner la possibilité de présenter d'autres observations, normalement dans le cadre d'une entrevue (*Talpur*, au paragraphe 21; *Hassani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1283, [2007] 3 R.C.F. 501, au paragraphe 24). Il est également bien établi qu'en ne divulguant pas les renseignements externes sur lesquels il se fonde, et dont les demandeurs ne pouvaient raisonnablement prévoir qu'il les consulterait, le décideur contrevient à l'équité procédurale (voir,

*Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (F.C.A.); *Qureshi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1081, [2010] 4 F.C.R. 256, at paragraph 32; *Tariku v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 474, 67 Imm. L.R. (3d) 124, at paragraph 15; *Toma v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 780, 55 Imm. L.R. (3d) 197, at paragraph 18; *Amoateng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 90 F.T.R. 51 (F.C.T.D.).

[39] Here, the officer had doubts as to whether the applicant had actually fulfilled the requirements of the legal assistant NOC category, and considered average wages applicable to that category to resolve those doubts. The difference between the wages earned by the applicant and the average wages thus played an important part in the officer's conclusion that the applicant was not acting as a legal assistant. Had the applicant been informed of the officer's concerns *vis-à-vis* her wage and been provided with notice that the officer was considering the HRSDC average wage data, she could have provided additional submissions in response, such as evidence relating to average wages paid in small law firms to people of similar experience. Likewise, had she been aware of the officer's concerns, she might have provided more detail about the kind of work she was performing for the firm. Not knowing that the officer was relying on average wage data, the applicant had no reason to submit such information.

[40] The failure of the officer to inform the applicant of his consideration of average wage data thus amounts to a violation of procedural fairness. The consideration of the data was a key step in the officer's reasoning and was not something that the applicant could reasonably have anticipated might be an issue.

[41] As a result, this matter must be remitted to another visa officer to allow the applicant to make additional submissions related to the complexity of her duties and salary paid in respect of them.

p. ex., *Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1299 (C.A.) (QL); *Qureshi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1081, [2010] 4 R.C.F. 256, au paragraphe 32; *Tariku c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 474, au paragraphe 15; *Toma c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 780, au paragraphe 18; *Amoateng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 2000 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)).

[39] En l'espèce, l'agent n'était pas certain que la demanderesse ait réellement rempli les exigences liées à la catégorie des adjoints juridiques de la CNP et, pour dissiper ses doutes, il a examiné les salaires moyens se rapportant à cette catégorie. La différence entre la rémunération de la demanderesse et le salaire moyen a donc grandement influencé sa conclusion selon laquelle la demanderesse n'était pas une adjointe juridique. Si elle avait été informée des préoccupations de l'agent touchant sa paye, et du fait qu'il examinait les données de RHDC sur le salaire moyen de sa profession, elle aurait pu soumettre en réponse des éléments additionnels, concernant par exemple la rémunération moyenne des personnes ayant une expérience comparable à la sienne dans les petits cabinets d'avocats. De même, si elle avait été au fait des préoccupations de l'agent, elle aurait peut-être pu fournir plus de détails sur le type de travail qu'elle effectuait pour le cabinet. Ne sachant pas que l'agent s'appuyait sur des données relatives aux salaires moyens, la demanderesse n'avait aucune raison de soumettre de telles informations.

[40] Par conséquent, l'agent a manqué à l'équité procédurale en n'informant pas la demanderesse qu'il tiendrait compte de ces données. C'était là une étape clé de son analyse, et la demanderesse ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle pose problème.

[41] La présente affaire doit donc être renvoyée à un autre agent des visas pour permettre à la demanderesse de présenter des observations additionnelles concernant la complexité de ses fonctions et le salaire reçu en contrepartie.

[42] In light of this, it is not necessary or appropriate to address whether this officer's evaluation of the duties performed by the applicant was reasonable as the new officer will have additional information to consider on the re-determination by reason of the opportunity that the applicant will have to file additional evidence. Thus, any comments I might make on the reasonableness of the officer's assessment would be at best superfluous and at worst prejudicial to one or the other of the parties as they might well influence the re-determination but would not be based on the full record that will be considered on re-determination.

Should this application be dismissed due to the applicant's ineligibility under NOC Code 5125?

[43] The same may also be said of the respondent's alternative argument that requests I rule on the applicant's alleged ineligibility under NOC Code 5125. More specifically, these same concerns indicate that I ought not rule on the applicant's alternative argument as additional evidence will possibly be placed before the officer on re-determination related to whether the applicant has experience within NOC Code 5125. Thus, my commenting on the issue would be superfluous and potentially prejudicial.

[44] In addition, there is an important institutional reason why I should not consider whether the applicant would meet the experience requirements under NOC Code 5125: doing so would have me usurp the role of a visa officer. As already discussed, the reasonableness standard of review applies to the review of visa officers' assessments of evidence and comparison of that evidence to the requirements of the NOC matrix to determine if an applicant possesses the requisite experience for admission as a member of the Canadian experience class. This means that it is outside the proper scope of review for this Court to substitute its views for those of a visa officer in matters of candidate suitability (see e.g., *Thiruguanasambandamurthy*, at paragraphs 27–28; *Talpur*, at paragraph 19; *Khan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 302, at paragraph 9; *Arora v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 241, 97 Imm. L.R. (3d) 262, at paragraph 23). In light of this,

[42] Compte tenu de ce qui précède, il n'est ni nécessaire ni indiqué de se demander si l'évaluation par l'agent des fonctions de la demanderesse était raisonnable, puisque cette dernière pourra déposer des éléments de preuve additionnels et que le nouvel agent disposera de renseignements supplémentaires lors du réexamen. Ainsi, mes commentaires à ce sujet seraient au mieux superflus et, au pire, préjudiciables à l'une ou l'autre des parties, car ils pourraient très bien influencer le processus de réexamen alors qu'ils ne reposeraient pas sur l'ensemble du dossier qui sera alors pris en compte.

La présente demande devrait-elle être rejetée en raison de l'inadmissibilité de la demanderesse au titre du code 5125 de la CNP?

[43] Il en va de même de l'argument subsidiaire du défendeur qui m'invite à me prononcer sur la prétendue inadmissibilité de la demanderesse au titre du code 5125 de la CNP. Plus spécifiquement, les mêmes raisons m'interdisent de statuer sur ce point puisque l'agent disposera possiblement de nouveaux éléments de preuve au moment du réexamen en ce qui a trait à l'expérience de la demanderesse au titre du code 5125 de la CNP. Mes commentaires à ce sujet pourraient donc s'avérer superflus et potentiellement préjudiciables.

[44] De plus, une importante raison d'ordre institutionnel m'empêche d'examiner la question de savoir si la demanderesse détient l'expérience requise à l'égard du code 5125 de la CNP, puisque j'usurperais ainsi le rôle de l'agent des visas. Comme je l'ai déjà noté, la norme de la raisonabilité s'applique aux conclusions des agents des visas qui évaluent la preuve en regard des exigences de la matrice de la CNP pour déterminer si un demandeur possède l'expérience requise aux fins d'admission au titre de la catégorie de l'expérience canadienne. Cela signifie qu'il n'appartient pas à la Cour de substituer son avis à celui d'un agent des visas en ce qui concerne les qualités requises d'un candidat (voir p. ex. *Thiruguanasambandamurthy*, aux paragraphes 27 et 28; *Talpur*, au paragraphe 19; *Khan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 302, au paragraphe 9; *Arora c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 241, au paragraphe 23). Cela dit, j'estime que

I believe I should not grant the respondent's request to dismiss this application by reason of the applicant's alleged ineligibility under NOC Code 5125. The officer did not address whether the details of the applicant's duties fell within the list of duties contained in NOC Code 5125 in his decision, and it is far from self-evident what the conclusion would be on this point. It is not for this Court to address this issue as this would require that I act as a visa officer and make a finding that is squarely within the jurisdiction and scope of expertise of an officer (see *Canada (Attorney General) v. Kane*, 2012 SCC 64, [2012] 3 S.C.R. 398 (*Kane*), at paragraph 9; *Szabo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1422, 422 F.T.R. 152, at paragraph 11). Indeed, as the Supreme Court held in *Kane* (at paragraph 9), to do this would fall into the error of "undertaking [my] own assessment of the record", which a reviewing court ought not do.

[45] Thus, it is not appropriate for me to rule on the respondent's alternative argument.

Should a question be certified under subsection 74(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

[46] Finally, consideration must be given to whether I should certify a question under section 74 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c.27 (IRPA) to allow for an appeal. Both parties concurred that in the event I address the propriety of the officer's considering the HRSDC wage data in my decision, a question should be certified on this issue under subsection 74(1) of the IRPA as this is the first time the issue has arisen in the case law and is an issue which will apply broadly to future applicants. I agree. I accordingly certify the following question:

Is it permissible or reasonable for a visa officer to consider HRSDC comparator salary data when assessing the nature of the work experience of an applicant who wishes to qualify as a member of the Canadian

je ne devrais pas rejeter la présente demande en raison de la prétendue inadmissibilité de la demanderesse au titre du code 5125 de la CNP, comme m'y invite le défendeur. L'agent n'a pas précisé dans sa décision si les fonctions détaillées de la demanderesse correspondaient à celles qui sont énumérées sous le code 5125 de la CNP, et la conclusion qu'il aurait tirée sur ce point est loin d'être évidente. Il ne revient pas à la Cour de se prononcer sur la question, car je me trouverais autrement à agir comme agent des visas et à dégager une conclusion qui relève carrément de la compétence et du domaine d'expertise de l'agent (voir *Canada (Procureur général) c. Kane*, 2012 CSC 64, [2012] 3 R.C.S. 398 (*Kane*), au paragraphe 9; *Szabo c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1422, au paragraphe 11). Comme l'a d'ailleurs indiqué la Cour suprême dans l'arrêt *Kane* (au paragraphe 9), je commettrais ainsi l'erreur de « [me] livr[er] concrètement à [ma] propre évaluation du dossier », ce que ne peut pas faire une cour de révision.

[45] Par conséquent, il n'est pas indiqué que je statue sur l'argument subsidiaire du défendeur.

Y a-t-il lieu de certifier une question en application du paragraphe 74(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

[46] Enfin, je dois me demander s'il y a lieu de certifier une question en application de l'article 74 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) pour permettre un pourvoi en appel. Les deux parties ont convenu que, si je devais me pencher dans ma décision sur l'opportunité pour l'agent d'examiner les données de RHDCC sur le salaire, il conviendrait alors de certifier une question en ce sens en application du paragraphe 74(1) de la LIPR, puisque c'est la première fois que la est soulevée dans la jurisprudence et qu'elle aura une application générale pour les futurs demandeurs. Je suis d'accord. Par conséquent, je certifie la question suivante :

Est-il acceptable ou raisonnable qu'un agent des visas examine les données comparatives de RHDCC sur les salaires pour évaluer la nature de l'expérience professionnelle d'un demandeur qui veut être admis au titre de

experience class, as described in section 87.1 of *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227?

[47] In addition, because my decision to decline to deal with the request that I evaluate the applicant's experience under NOC Code 5125 rests in considerable part on my assessment of the standard of review applicable to visa officers' decisions, and in recognition of the tension between the case law from the Supreme Court of Canada and the Federal Court of Appeal on this issue, I have determined it appropriate to certify the following additional question:

What standard of review is applicable to a visa officer's interpretation of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 and to an officer's assessment of an application under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227?

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. Paragraphs 14, 15, 18 and 26 of the affidavit of Charles Fiola are struck;
2. This application for judicial review of the March 12, 2012 decision of the officer is granted;
3. The officer's decision is set aside;
4. The applicant's application for permanent residence as a member of the Canadian experience class is remitted to the respondent for re-determination by a different officer;
5. In connection with that re-determination, the applicant shall be afforded an opportunity to file additional evidence and make additional submissions regarding the nature of her work experience and salary earned during the applicable reference period;
6. The following serious questions of general importance are certified under section 74 of the IRPA:

la catégorie de l'expérience canadienne, au sens de l'article 87.1 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227?

[47] De plus, comme mon refus d'accéder à la demande m'invitant à évaluer l'expérience de la demanderesse au titre du code 5125 de la CNP découle en grande partie de ce que j'estime être la norme de contrôle applicable aux décisions des agents des visas, et compte tenu des contradictions entre la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et celle de la Cour d'appel fédérale en cette matière, j'ai jugé approprié de certifier également la question suivante :

Quelle est la norme de contrôle applicable à l'interprétation par un agent des visas du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, et à son évaluation d'une demande fondée sur ce règlement?

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. Les paragraphes 14, 15, 18 et 26 de l'affidavit de Charles Fiola sont radiés;
2. La demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent datée du 12 mars 2012 est accueillie;
3. La décision de l'agent est annulée;
4. La demande de résidence permanente présentée par la demanderesse au titre de la catégorie de l'expérience canadienne est renvoyée au défendeur en vue d'un réexamen par un autre agent;
5. En ce qui concerne ce réexamen, la demanderesse doit avoir la possibilité de soumettre d'autres éléments de preuve et des observations additionnelles ayant trait à la nature de son expérience professionnelle et au salaire touché durant la période pertinente;
6. Les questions graves de portée générale qui suivent sont certifiées en application de l'article 74 de la LIPR :

Is it permissible for a visa officer to consider comparator salary data when assessing the nature of the work experience of an applicant who wishes to qualify as a member of the Canadian experience class, as described in section 87.1 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227?; and

What standard of review is applicable to a visa officer's interpretation of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 and to the officer's assessment of an application under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227? and

7. There is no order as to costs.

Est-il acceptable ou raisonnable qu'un agent des visas examine les données comparatives de RHDCC sur les salaires pour évaluer la nature de l'expérience professionnelle d'un demandeur qui veut être admis au titre de la catégorie de l'expérience canadienne, au sens de l'article 87.1 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227?

Quelle est la norme de contrôle applicable à l'interprétation par un agent des visas du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, et à son évaluation d'une demande fondée sur ce règlement?

7. Aucuns dépens ne sont adjugés.

T-2090-10  
2013 FC 109

T-2090-10  
2013 CF 109

**Doris Tremblay** (*Plaintiff/Defendant to Counterclaim*)

**Doris Tremblay** (*demandeur/défendeur reconventionnel*)

v.

c.

**Orio Canada Inc.** (*Defendant/Plaintiff by Counterclaim*)

**Orio Canada Inc.** (*défenderesse/demanderesse reconventionnelle*)

**INDEXED AS: TREMBLAY v. ORIO CANADA INC.**

**RÉPERTORIÉ : TREMBLAY c. ORIO CANADA INC.**

Federal Court, Boivin J.—Montréal, January 8; Ottawa, January 31, 2013.

Cour fédérale, juge Boivin—Montréal, 8 janvier; Ottawa, 31 janvier 2013.

Editor’s Note: This decision has been affirmed on appeal (A-86-13, 2013 FCA 225). The reasons for judgment, handed down September 25, 2013, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Note de l’arrêstiste : Cette décision a été confirmée en appel (A-86-13, 2013 CAF 225). Les motifs du jugement, ayant été prononcé le 25 septembre 2013, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

*Copyright — Infringement — Motion for summary trial brought under Federal Courts Rules, rr. 213 to 219 — Plaintiff, defendant to counterclaim (plaintiff), alleging owning copyright in computer program called “SAM”; submitting that defendant, plaintiff by counterclaim (defendant), infringing copyright by allowing program to be copied, modified, installed, sold, distributed to clients, contrary to Copyright Act — Plaintiff seeking various declarations regarding alleged copyright, court order ordering, inter alia, defendant to delete, destroy copies of reworked modified SAM program — Plaintiff, information technology consultant, providing work on defendant’s SAM program under verbal agreement; creating “modified SAM program” — When plaintiff’s, defendant’s relationship ending, other third party company sought by defendant creating “reworked modified SAM program” — Plaintiff stating not authorizing defendant to make copy of “modified SAM program” source code — Defendant selling, installing on clients’ computers copies of “reworked modified SAM program” — Reworked software including substantial part of source code developed by plaintiff — Whether plaintiff owning copyright in “modified SAM program”; whether copyright in “modified SAM program” assigned; whether copyright in “modified SAM program” infringed — Based on evidence herein, plaintiff constituting author of “modified SAM program” — As to whether copyright assigned pursuant to Act, s. 13(4), wording of clause plaintiff including in bids to defendant amounting to assignment of copyright to defendant — However, plaintiff not signing written document as required by Act, s. 13(4) — Thus, given absence of plaintiff’s signature, plaintiff not assigning copyright of “modified SAM program” — Nevertheless, on basis of evidence, parties’ conduct*

*Droit d’auteur — Violation — Requête pour procès sommaire en vertu des règles 213 à 219 des Règles des Cours fédérales — Le demandeur, défendeur reconventionnel (le demandeur) a allégué être titulaire des droits d’auteur dans un programme d’ordinateur qui s’intitule « SAM », et a soutenu que la défenderesse et demanderesse reconventionnelle (la défenderesse) a violé ses droits d’auteur en permettant qu’on en fasse une copie, qu’on le modifie, et en l’installant, le vendant et le distribuant auprès de ses clients, le tout en violation de la Loi sur le droit d’auteur (la Loi) — Le demandeur demandait diverses déclarations quant à ses droits d’auteur présumés ainsi qu’une ordonnance de la Cour enjoignant, entre autres, à la défenderesse de supprimer et de détruire ses copies du logiciel SAM modifié retravaillé — Le demandeur, un consultant en informatique, a effectué du travail sur le logiciel SAM de la défenderesse en vertu d’une entente verbale; il a créé le « logiciel SAM modifié » — Lorsque la relation entre le demandeur et la défenderesse a pris fin, une autre société tierce recherchée par la défenderesse a créé le « logiciel SAM modifié retravaillé » — Le demandeur a affirmé ne pas avoir autorisé la défenderesse à faire des copies du code source du « logiciel SAM modifié » — Le logiciel retravaillé contenait une partie substantielle du code source développé par le demandeur — Il s’agissait de savoir si le demandeur est titulaire des droits d’auteur dans le « logiciel SAM modifié »; si les droits d’auteur dans le « logiciel SAM modifié » ont été cédés; et s’il y a eu violation des droits d’auteur dans le « logiciel SAM modifié » — D’après la preuve aux présentes, le demandeur constituait l’auteur du « logiciel SAM modifié » — Pour ce qui est de savoir si les droits d’auteur ont été cédés conformément à l’art. 13(4) de la Loi, le libellé de la clause que le*

*in present case, plaintiff granting implied licence of use to defendant with respect to modified SAM program — Thus, plaintiff's claim that copyright infringed under Act, s. 27 for lack of consent therefrom not accepted given plaintiff's consent — Motion granted in part.*

This was a motion for summary trial brought under rules 213 to 219 of the *Federal Courts Rules*. The plaintiff and defendant to counterclaim (plaintiff) alleged that he owned the copyright in a computer program called “SAM” and submitted that the defendant and plaintiff by counterclaim (defendant) infringed his copyright by allowing it to be copied and modified and by installing, selling and distributing it to its clients, contrary to the *Copyright Act*. The plaintiff was seeking various declarations regarding his alleged copyright and a court order ordering the defendant to delete and destroy its copies of the reworked modified SAM program and enjoining it from selling and installing it. The defendant submitted that it owned the copyright in the modified SAM program and sought a summary judgment in its favour and an order dismissing the plaintiff's motion.

The plaintiff is an information technology consultant operating as an unincorporated information technology consulting business whereas the defendant is a corporation whose primary activity is selling an appointment management software tool for the auto mechanics industry called SAM (Service Appointment Monitor). The plaintiff and defendant had reached a verbal agreement providing that the plaintiff would work on the SAM program (program). The defendant's president considered himself to be the designer and creator of the SAM program. The plaintiff and his employees provided information technology services to the defendant by working on the SAM program from 2006 to 2009. They created the “modified SAM program”, which was almost twice the size of the original version of the SAM program. The plaintiff billed the defendant for the programming work performed on the SAM program. When the plaintiff's and defendant's relationship ended, the complete source code of the “modified SAM program” was on the defendant's server. The defendant began working with another company to continue developing the software program, providing it with a copy of the source code of the “modified SAM program” and giving it access

*demandeur a insérée dans ses soumissions auprès de la défenderesse constituait une cession de ses droits d'auteur au profit de la défenderesse — Cependant, le demandeur n'a pas signé de document écrit comme l'exige l'art. 13(4) de la Loi — Par conséquent, étant donné l'absence de la signature du demandeur, celui-ci n'a pas cédé les droits d'auteur du « logiciel SAM modifié » — Néanmoins, sur la base de la preuve et du comportement des parties, le demandeur a octroyé une licence d'utilisation implicite à la défenderesse dans le logiciel SAM modifié — Par conséquent, la prétention du demandeur comme quoi ses droits d'auteur ont été violés en vertu de l'art. 27 de la Loi pour cause d'absence de consentement de sa part n'a pas été retenue compte tenu du consentement de la part du demandeur — Requête accueillie en partie.*

Il s'agissait d'une requête pour procès sommaire déposée en vertu des règles 213 à 219 des *Règles des Cours fédérales*. Le demandeur et défendeur reconventionnel (le demandeur) a allégué être titulaire des droits d'auteur dans un programme d'ordinateur qui s'intitule « SAM », et a soutenu que la défenderesse et demanderesse reconventionnelle (la défenderesse) a violé ses droits d'auteur en permettant qu'on en fasse une copie, qu'on le modifie, et en l'installant, le vendant et le distribuant auprès de ses clients, le tout en violation de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le demandeur demandait diverses déclarations quant à ses droits d'auteur présumés ainsi qu'une ordonnance de la Cour enjoignant à la défenderesse de supprimer et de détruire ses copies du logiciel SAM modifié retravaillé et de cesser de l'offrir en vente et de l'installer. La défenderesse, quant à elle, estimait qu'elle était titulaire des droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié et demandait un jugement sommaire en sa faveur et une ordonnance rejetant la demande du demandeur.

Le demandeur est consultant en informatique et exploite une entreprise non incorporée de consultation en informatique, alors que la défenderesse est une société commerciale qui a pour activité principale la commercialisation d'un logiciel de gestion de rendez-vous dans le domaine de la mécanique automobile, soit le logiciel SAM (Service Appointment Monitor). La défenderesse a conclu une entente verbale avec le demandeur pour que ce dernier effectue du travail sur le logiciel SAM (le logiciel). Le président de la défenderesse estimait toutefois être le concepteur et créateur du logiciel SAM. Le demandeur et ses employés ont fourni des services informatiques à la défenderesse en travaillant sur le logiciel SAM de 2006 à 2009. Ils ont créé le « logiciel SAM modifié », qui était presque deux fois plus volumineux que la version initiale du logiciel SAM. Le demandeur facturait la défenderesse pour le travail de programmation effectué sur le logiciel SAM. Lorsque la relation entre le demandeur et la défenderesse a pris fin, le code source complet du « logiciel SAM modifié » se trouvait sur le serveur de la défenderesse. La défenderesse a commencé à travailler avec une autre société pour poursuivre le développement du logiciel, en lui

to its server. That other company allegedly carried on with the development using the “modified SAM program” as a jumping-off point and created a “reworked modified SAM program”. The plaintiff stated that he did not authorize the defendant to make a copy of the source code of the “modified SAM program”. The defendant has been selling copies of the “reworked modified SAM program” and installing them on its clients’ computers; this software included a substantial part of the source code developed by the plaintiff and his employees.

The issues were whether: the plaintiff owns the copyright in the “modified SAM program”; the copyright in the “modified SAM program” was assigned; and the copyright in the “modified SAM program” was infringed.

*Held*, the motion should be granted in part.

Paragraph 34.1(1)(b) of the Act sets out a presumption that, in any civil proceedings in which the defendant puts in issue either the existence of copyright or the plaintiff’s title, the author shall be presumed to be the owner of the copyright unless the contrary is proven. The Act does not define the term “author”. The existence of copyright in the SAM program was uncontested in this case. Moreover, there was nothing significant in the evidence indicating that the modifications the plaintiff made to the SAM program were trivial, unoriginal or purely mechanical. As for the “modified SAM program”, in light of the case law stating that the author is the one who clothes the work with form and not the one who has the idea without making it concrete, the plaintiff, through his employees, was the author for the purposes of this case. Therefore, it was clear that the plaintiff was the author of the “modified SAM program”.

As to whether the copyright was assigned in this case pursuant to subsection 13(4) of the Act, the clause that the plaintiff included in his bids to the defendant was considered. Subsection 13(4) provides that no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right. The signed writing requirement is a substantial legal requirement and not a mere rule of evidence. In short, subsection 13(4) of the Act does not require any particular wording as a condition of validity; instead, it sets out a copulative condition: writing and a signature. The wording of the plaintiff’s clause amounted to an assignment of the copyright to the defendant. In this case, there was a written document that demonstrated the plaintiff’s intention to assign its rights to the defendant company. However, the written document was not signed as subsection 13(4) of the Act requires. The plaintiff admitted to having included the clause at issue on his own initiative in all bids submitted to the defendant.

remettant une copie du code source du « logiciel SAM modifié » et en lui donnant accès au serveur. Cette autre société aurait poursuivi le développement à partir du « logiciel SAM modifié », créant ainsi le « logiciel SAM modifié retravaillé ». Le demandeur a affirmé ne pas avoir autorisé la défenderesse à faire une copie du code source du « logiciel SAM modifié ». La défenderesse vend et installe des copies de « logiciel SAM modifié retravaillé » chez ses clients; ce logiciel contient une partie substantielle du code source développé par le demandeur et ses employés.

Il s’agissait de savoir si le demandeur est titulaire des droits d’auteur dans le « logiciel SAM modifié »; si les droits d’auteur dans le « logiciel SAM modifié » ont été cédés et s’il y a eu violation des droits d’auteur dans le « logiciel SAM modifié ».

*Jugement* : la requête doit être accueillie en partie.

L’alinéa 34.1(1)(b) de la Loi énonce une présomption suivant laquelle, dans toute procédure où un défendeur conteste l’existence du droit d’auteur ou la qualité du demandeur, l’auteur de l’œuvre est présumé être titulaire de ce droit d’auteur jusqu’à preuve contraire. La Loi ne définit pas le terme « auteur ». L’existence en soi d’un droit d’auteur dans le logiciel SAM n’était pas contestée en l’espèce. De plus, rien dans la preuve n’indiquait de façon significative que les modifications faites au logiciel SAM par le demandeur étaient négligeables, non originales ou purement mécaniques. En ce qui a trait au « logiciel SAM modifié », compte tenu de la jurisprudence suivant laquelle l’auteur est celui qui a donné corps à une œuvre et non celui qui en a eu l’idée sans la concrétiser, c’est le demandeur, par le biais de ses employés, qui était l’auteur dans la présente affaire. Par conséquent, la conclusion voulant que le demandeur soit l’auteur du « logiciel SAM modifié » s’imposait.

Quant à la question de savoir s’il y a eu cession des droits d’auteur en l’espèce conformément au paragraphe 13(4) de la Loi, la clause que le demandeur a incluse dans ses soumissions à la défenderesse a été prise en considération. Le paragraphe 13(4) prévoit que la cession ou la concession n’est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit. L’exigence de l’écrit et de la signature est une condition de fond, et non une simple question de preuve. En somme, le paragraphe 13(4) de la Loi ne requiert nullement comme condition de validité que celles-ci soient rédigées en des termes particuliers; il énonce plutôt une condition conjonctive, à savoir un écrit et une signature. Le libellé de cette clause équivalait à une cession des droits d’auteur du demandeur au profit de la défenderesse. En l’espèce, il y avait un écrit qui démontrait une intention de la part du demandeur de céder ses droits à la société défenderesse. Toutefois, cet écrit n’a pas été signé tel que l’exige le paragraphe 13(4) de la

Even if the plaintiff's admission may have reflected his intention, it was difficult to conclude herein, in light of the wording of subsection 13(4) of the Act, that the plaintiff's intention could be used to get around the Act's copulative requirements of writing and a signature. Parliament did not refer to the concept of intention at that subsection but expressly requires writing and a signature to render an assignment of copyright valid. Had it not been for the absence of the plaintiff's signature, there would have been an assignment of the copyright under the Act, but in the circumstances, the plaintiff did not assign his copyright in the "modified SAM program". While appearing rigid, this finding complied with the formal requirements of the Act. Nevertheless, on the basis of the record and the evidence, the plaintiff granted an implied licence of use to the defendant with respect to the "modified SAM program". This conclusion was based on the determinative factor that the plaintiff authored the clause at issue and it was the plaintiff, not the defendant, who included it in the bids.

Therefore, the plaintiff granted the defendant an implied licence to use the "modified SAM program". An implied licence can be inferred from the parties' conduct and need not be made in writing, which was the case here. It follows that the plaintiff's claim that his copyright was infringed under section 27 of the Act for lack of consent on his part could not be accepted since there was consent on the plaintiff's part.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 "computer program", "literary work", 3, 5, 13, 27, 34.1.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219.  
*The Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24.  
*The Copyright Amendment Act, 1923*, S.C. 1923, c. 10, s. 5.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, concluded at Berne on September 9, 1886, as revised by the Paris Act of 1971, [1998] Can. T.S. No. 18.

Loi. Le demandeur a admis avoir pris l'initiative d'intégrer la clause en cause à l'ensemble de ses soumissions présentées à la défenderesse.

Même si l'admission du demandeur aurait pu traduire une intention, il était difficile de conclure en l'espèce, à la lecture du libellé du paragraphe 13(4) de la Loi, que cette intention du demandeur puisse servir à contourner la condition conjonctive de l'écrit et de la signature imposée par la Loi. Le législateur n'a pas fait référence au concept d'intention à ce paragraphe, mais exige expressément un écrit et une signature afin que la cession des droits d'auteur soit cristallisée. N'eût été l'absence de signature du demandeur, il y aurait eu cession des droits d'auteur au sens de la Loi, mais dans les circonstances, le demandeur n'a pas cédé ses droits d'auteur dans le « logiciel SAM modifié ». Quoiqu'elle puisse paraître rigide, cette conclusion était conforme aux exigences formalistes de la Loi. Néanmoins, sur la base du dossier et de la preuve, le demandeur a octroyé une licence d'utilisation implicite à la défenderesse dans le « logiciel SAM modifié ». Cette conclusion se fondait sur le facteur déterminant selon lequel le demandeur était l'auteur du libellé de la clause en cause, et cette dernière a été inscrite dans les soumissions à l'initiative du demandeur et non de la défenderesse.

Ainsi, le demandeur a implicitement consenti à une licence au profit de la défenderesse afin que cette dernière puisse utiliser le « logiciel SAM modifié ». Une licence implicite peut s'inférer du comportement des parties et n'a pas à être consignée par écrit, ce qui était le cas en l'espèce. Il s'ensuit que la prétention du demandeur comme quoi ses droits d'auteur ont été violés en vertu de l'article 27 de la Loi pour cause d'absence de consentement de sa part ne pouvait donc être retenue car il y a eu consentement de la part du demandeur.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, ch. 24.  
*Loi de 1923 modifiant la Loi du droit d'auteur*, S.C. 1923, ch. 10, art. 5.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « œuvre littéraire », « programme d'ordinateur », 3, 5, 13, 27, 34.1.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, conclue à Berne le 9 septembre 1886, dans sa version révisée par l'Acte de Paris de 1971, [1998] R.T. Can. n° 18.

## CASES CITED

## APPLIED:

*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339.

## DISTINGUISHED:

*Harmony Consulting Ltd. v. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 FC 340, 92 C.P.R. (4th) 6, affd 2012 FCA 226, 107 C.P.R. (4th) 1.

## CONSIDERED:

*Tremblay v. Orio Canada Inc.*, 2011 FC 1437; *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2010 FC 966, 87 C.P.R. (4th) 412; *Motel 6, Inc. v. No. 6 Motel Ltd.*, [1982] 1 F.C. 638, (1981), 127 D.L.R. (3d) 267 (T.D.); *Amusements Wiltron inc. c. Mainville*, [1991] R.J.Q. 1930, (1991), 40 C.P.R. (3d) 521 (Que. Sup. Ct.); *Mensys Business Solution Centre Ltd. c. Drummond (Municipalité régionale de comté)*, 2002 CanLII 41481, [2002] R.J.Q. 765 (Que. Sup. Ct.).

## REFERRED TO:

*J.L. de Ball Canada Inc. v. 421254 Ontario Ltd.*, 1999 CanLII 9222, (1999), 5 C.P.R. (4th) 352 (F.C.T.D.); *Hanis v. Teevan*, 1998 CanLII 7126, 162 D.L.R. (4th) 414 (Ont. C.A.); *Matrox Electronic Systems Ltd. v. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 (Que. Sup. Ct.); *Teva Canada Limited v. Wyeth LLC and Pfizer Canada Inc.*, 2011 FC 1169, 99 C.P.R. (4th) 398, revd 2012 FCA 141, 431 N.R. 342; *Inspiration Management Ltd. v. McDermid St. Lawrence Ltd.*, 1989 CanLII 229, 36 B.C.L.R. (2d) 202 (B.C.C.A.); *Dahl et al. v. Royal Bank of Canada et al.*, 2005 BCSC 1263, 46 B.C.L.R. (4th) 342; *Milliken & Co. v. Interface Flooring Systems (Canada) Inc.*, [1998] 3 F.C. 103, 83 C.P.R. (3d) 470 (T.D.); *Céjibé Communication inc. c. Construction Cleary (1992) inc.*, [1998] J.Q. No. 3520 (Sup. Ct.) (QL); *Silverson v. Neon Products Ltd.*, [1978] 6 W.W.R. 512 (B.C.S.C.); *Cselko Associates Inc. v. Zellers Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 56 (Ont. Gen. Div.).

## AUTHORS CITED

McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2003.  
Tamaro, Normand. *La Loi sur le droit d'auteur : commentée et annotée*, 8th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2009.

MOTION for summary trial by the plaintiff and defendant to counterclaim seeking various declarations regarding his alleged copyright in a computer program called “SAM” as well as an order that the defendant and

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Harmony Consulting Ltd. c. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 CF 340, conf. par 2012 CAF 226.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Tremblay c. Orio Canada Inc.*, 2011 CF 1437; *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2010 FC 966; *Motel 6, Inc. c. No. 6 Motel Ltd.*, [1982] 1 C.F. 638 (1<sup>re</sup> inst.); *Amusements Wiltron inc. c. Mainville*, [1991] R.J.Q. 1930 (C.S. Qué.); *Mensys Business Solution Centre Ltd. c. Drummond (Municipalité régionale de comté)*, 2002 CanLII 41481, [2002] R.J.Q. 765 (C.S. Qué.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*J.L. de Ball Canada Inc. c. 421254 Ontario Ltd.*, 1999 CanLII 9222 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Hanis v. Teevan*, 1998 CanLII 7126, 162 D.L.R. (4th) 414 (C.A. Ont.); *Matrox Electronic Systems Ltd. v. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 (C.S. Qué.); *Teva Canada Limited c. Wyeth LLC and Pfizer Canada Inc.*, 2011 CF 1169, infirmée par 2012 CAF 141; *Inspiration Management Ltd. v. McDermid St. Lawrence Ltd.*, 1989 CanLII 229, 36 B.C.L.R. (2d) 202 (C.A. C.-B.); *Dahl et al. v. Royal Bank of Canada et al.*, 2005 BCSC 1263, 46 B.C.L.R. (4th) 342; *Milliken & Co. c. Interface Flooring Systems (Canada) Inc.*, [1998] 3 C.F. 103 (1<sup>re</sup> inst.); *Céjibé Communication inc. c. Construction Cleary (1992) inc.*, [1998] J.Q. n° 3520 (C.S.) (QL); *Silverson v. Neon Products Ltd.*, [1978] 6 W.W.R. 512 (C.S. C.-B.); *Cselko Associates Inc. v. Zellers Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 56 (Div. gén. Ont.).

## DOCTRINE CITÉE

McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 4<sup>e</sup> éd. Toronto : Carswell, 2003.  
Tamaro, Normand. *La Loi sur le droit d'auteur : commentée et annotée*, 8<sup>e</sup> éd. Scarborough, Ont. : Carswell, 2009.

REQUÊTE pour procès sommaire par le demandeur et défendeur reconventionnel qui demande diverses déclarations concernant ses droits d'auteur présumés dans un programme d'ordinateur qui s'intitule « SAM »,

plaintiff by counterclaim delete and destroy its copies of the reworked modified SAM program and that it be enjoined from selling and installing it. Motion granted in part.

#### APPEARANCES

*Pascal Lauzon* for plaintiff/defendant to counterclaim.

*André J. Bélanger* for defendant/plaintiff by counterclaim.

#### SOLICITORS OF RECORD

*BCF LLP*, Montréal, for plaintiff/defendant to counterclaim.

*André J. Bélanger*, Montréal, for defendant/plaintiff by counterclaim.

*The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by*

BOIVIN J.:

#### Introduction

[1] This is a motion for summary trial brought under rules 213 to 219 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules). The plaintiff and defendant to counterclaim alleges that he owns the copyright in a computer program called “SAM” and submits that the defendant and plaintiff by counterclaim infringed his copyright by allowing it to be copied and modified and by installing it, selling it and distributing it to its clients, contrary to the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act).

[2] The plaintiff and defendant to counterclaim is seeking a declaration that (i) he owns the copyright in the developments and improvements made to the SAM software between April 2006 and June 2009 (the modified SAM program); (ii) the defendant infringed his copyright by allowing and authorizing a third party to copy the source code of the modified SAM program, which was then further modified by the third party (the reworked modified SAM program); and (iii) the

ainsi qu’une ordonnance enjoignant à la défenderesse de supprimer et de détruire ses copies du logiciel SAM modifié retravaillé et de cesser de l’offrir en vente et de l’installer. Requête accordée en partie.

#### ONT COMPARU

*Pascal Lauzon* pour le demandeur/défendeur reconventionnel.

*André J. Bélanger* pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*BCF s.e.n.c.r.l.*, Montréal, pour le demandeur/défendeur reconventionnel.

*André J. Bélanger*, Montréal, pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle.

*Voici les motifs du jugement et du jugement rendu en français par*

Le juge Boivin :

#### Introduction

[1] La Cour est saisie d’une requête pour procès sommaire en vertu des règles 213 à 219 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles). Le demandeur et défendeur reconventionnel allègue être titulaire des droits d’auteur dans un programme d’ordinateur qui s’intitule « SAM », et soutient que la défenderesse et demanderesse reconventionnelle a violé ses droits d’auteur en permettant qu’on en fasse une copie, qu’on le modifie, et en l’installant, le vendant, et le distribuant auprès de ses clients, le tout en violation de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi).

[2] Le demandeur et défendeur reconventionnel recherche une déclaration suivant laquelle : i) il est titulaire des droits d’auteur dans les développements et améliorations du logiciel SAM effectués entre avril 2006 et juin 2009 (le logiciel SAM modifié); ii) la défenderesse a violé ses droits d’auteur en permettant et en autorisant à un tiers de faire une copie du code source du logiciel SAM modifié, lequel a par la suite été modifié par ce tiers (le logiciel SAM modifié retravaillé); et

defendant infringed his copyright by possessing and selling the modified SAM program and installing it on its clients' computers since August 2009. By this motion, the plaintiff and defendant to counterclaim is also seeking an order from this Court ordering the defendant and plaintiff by counterclaim to delete and destroy its copies of the reworked modified SAM program and enjoining it from selling and installing it.

[3] The defendant and plaintiff by counterclaim, on the other hand, submits that it owns the copyright in the modified SAM program. As plaintiff by counterclaim, it is seeking a summary judgment in its favour and an order dismissing the plaintiff's motion, declaring that it owns the copyright in the modified SAM program and its modules and ordering the plaintiff and defendant to counterclaim to hand over to it the modified SAM program and its complementary modules within five days of the date of service of the judgment. In the alternative, the defendant and plaintiff by counterclaim is seeking an order declaring that it holds a licence to use the modified SAM program and its modules, authorizing it to sell them and reproduce them freely for an unlimited time.

#### Factual background

[4] Generally, the facts in this case are admitted by the parties. Doris Tremblay is the plaintiff and defendant to counterclaim in this motion (the plaintiff). He is an information technology consultant operating under the name of Service Informatique Professionnel, an unincorporated information technology consulting business. Orio Canada Inc. (Orio) is the defendant and plaintiff by counterclaim (the defendant) in this case. The defendant is a corporation whose primary activity is selling an appointment management software tool for the auto mechanics industry called SAM (Service Appointment Monitor). François Gagné is the president of the defendant company (affidavit of François Gagné, response to notice of motion, Tab 2). In April 2006, the defendant reached a verbal agreement with the plaintiff to have him do some work on the SAM program (summary trial motion record, Exhibit MAD-2 of the affidavit of

iii) la défenderesse a violé ses droits d'auteur en possédant, en offrant en vente et en installant le logiciel SAM modifié chez ses clients depuis août 2009. La requête du demandeur et défendeur reconventionnel vise également l'obtention d'une ordonnance de cette Cour enjoignant la défenderesse et demanderesse reconventionnelle à supprimer et à détruire ses copies du logiciel SAM modifié retravaillé et à cesser de l'offrir en vente et de l'installer.

[3] La défenderesse et demanderesse reconventionnelle, quant à elle, estime qu'elle est titulaire des droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié. Se portant demanderesse reconventionnelle, elle requiert un jugement sommaire en sa faveur et une ordonnance rejetant la demande du demandeur, déclarant qu'elle est titulaire des droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié et ses modules, et ordonnant au demandeur et défendeur reconventionnel dans les cinq jours de la signification du jugement de lui remettre le logiciel SAM modifié et ses modules complémentaires. Subsidiairement, la défenderesse et demanderesse reconventionnelle recherche une ordonnance déclarant qu'elle jouit d'une licence d'exploitation du logiciel SAM modifié et de ses modules, l'autorisant à les commercialiser et à les reproduire gratuitement pendant une période illimitée.

#### Contexte factuel

[4] De façon générale, les faits dans le présent dossier sont admis par les parties. M. Doris Tremblay est le demandeur et défendeur reconventionnel dans la présente requête (le demandeur). Il est consultant en informatique et fait affaire sous le nom de Service Informatique Professionnel, une entreprise non incorporée de consultation en informatique. Orio Canada Inc. (Orio) est la défenderesse et demanderesse reconventionnelle (la défenderesse) dans le présent dossier. La défenderesse est une société commerciale qui a pour activité principale la commercialisation d'un logiciel de gestion de rendez-vous dans le domaine de la mécanique automobile, soit le logiciel SAM (Service Appointment Monitor). M. François Gagné est le président de la société défenderesse (affidavit de François Gagné, réponse à l'avis de requête, onglet 2). En avril 2006, la défenderesse a conclu une entente verbale avec le demandeur

Marie-Anick Décarie, examination of François Gagné, page 153).

[5] An initial preliminary version of the SAM program was developed in 2002-2003 by the brother of François Gagné, president of the defendant company. However, François Gagné considers himself to be the designer and creator of the SAM program, having designed the original characteristics essential to the development of the software (affidavit of François Gagné, paragraph 3). A second version of the SAM software was developed by third party company Openpole in 2005–2006, at the defendant’s request (summary trial motion record, Exhibit MAD-2 of the affidavit of Marie-Anick Décarie, examination of François Gagné, page 151).

[6] In April 2006, the defendant wanted to continue developing the SAM program with another programmer, which led to the business relationship between the plaintiff and the defendant following an oral agreement for these services. For this purpose, the third party company Openpole provided the source code for the SAM program to the plaintiff’s employee Julie Gaudreault (summary trial motion record, Exhibit MAD-2 of the affidavit of Marie-Anick Décarie, examination of François Gagné, page 154).

[7] The plaintiff and his employees, Julie Gaudreault in particular, provided information technology services to the defendant by working on the SAM program from April 2006 to June 2009 (summary trial motion record, Exhibit MAD-2 of the affidavit of Marie-Anick Décarie, examination of François Gagné, pages 154–155). The new version of the source code as programmed by the plaintiff and his employees, the “modified SAM” program, is almost twice the size of the original version of SAM, going from 412 files, 224 folders and 1 273 pages to 669 files, 286 folders and 2 453 pages (summary trial motion record, affidavit of Doris Tremblay, page 21). The plaintiff also added complementary modules, at François Gagné’s request ([TRANSLATION] “Display”, “E-mail”, “Fuel”, “Estimator”, “Roadmap”, “Shop Equipment” and “Estimate Tool”) (response to notice of motion for summary trial, affidavit of Julie Gaudreault, Tab 12).

pour que ce dernier effectue du travail sur le logiciel SAM (dossier de requête pour procès sommaire, pièce MAD-2 de l’affidavit de Marie-Anick Décarie, interrogatoire de François Gagné, page 153).

[5] Une première version préliminaire du logiciel SAM avait été développée en 2002-2003 par le frère de M. François Gagné, président de la société défenderesse. M. François Gagné estime toutefois être le concepteur et créateur du logiciel SAM, ayant conçu les caractéristiques essentielles initiales au développement du logiciel (affidavit de François Gagné, paragraphe 3). Une deuxième version du logiciel SAM a été développée par la société tierce Openpole au cours des années 2005–2006, à la demande de la défenderesse (dossier de requête pour procès sommaire, pièce MAD-2 de l’affidavit de Marie-Anick Décarie, interrogatoire de François Gagné, page 151).

[6] En avril 2006, la défenderesse a voulu poursuivre le développement du logiciel SAM avec un autre programmeur, d’où la naissance de la relation d’affaires entre le demandeur et la défenderesse suivant une entente verbale pour lesdits services. À cette fin, la société tierce Openpole a remis les codes sources du logiciel SAM à l’employée du demandeur, Julie Gaudreault (dossier de requête pour procès sommaire, pièce MAD-2 de l’affidavit de Marie-Anick Décarie, interrogatoire de François Gagné, page 154).

[7] Le demandeur et ses employés, plus particulièrement M<sup>me</sup> Julie Gaudreault, ont fourni des services informatiques à la défenderesse en travaillant sur le logiciel SAM d’avril 2006 à juin 2009 (dossier de requête pour procès sommaire, pièce MAD-2 de l’affidavit de Marie-Anick Décarie, interrogatoire de François Gagné, pages 154 et 155). La nouvelle version du code source tel que programmée par le demandeur et ses employés, « SAM modifié », est presque deux fois plus volumineuse que la version initiale de SAM, passant de 412 fichiers, 224 dossiers et 1 273 pages à 669 fichiers, 286 dossiers et 2 453 pages (dossier de requête pour procès sommaire, affidavit de Doris Tremblay, page 21). Le demandeur y a également ajouté des modules complémentaires, à la demande de M. François Gagné (« Afficheur », « E-mail », « Essence », « Estimateur », « Feuille de route », « Matériel d’atelier » et « Outil d’estimation »;

[8] The plaintiff billed the defendant at an hourly rate for the programming work performed on the SAM program. The plaintiff received more than \$73 000 for the work performed from April 2006 to June 2009 (amended defence and counterclaim, paragraph 22).

[9] The plaintiff's and defendant's business relationship ended in June 2009. At that time, the complete source code of the modified SAM program was on the defendant's server in Blainville, Quebec (summary trial motion record, Exhibit MAD-2 of the affidavit of Marie-Anick Décarie, examination of François Gagné, page 168). In July 2009, the defendant began working with another company, Groupe Énode (Énode), to continue developing the software. The defendant provided a copy of the source code of the modified SAM program to Énode and gave it access to the server in Blainville (summary trial motion record, Exhibit MAD-2 of the affidavit of Marie-Anick Décarie, examination of François Gagné, pages 169 and 171). This company allegedly carried on with the development using the modified SAM program as a jumping-off point, thus creating the "reworked modified SAM program". The plaintiff states that he did not authorize the defendant to make a copy of the source code of the modified SAM program (summary trial motion record, affidavit of Doris Tremblay, page 22).

[10] The defendant has been selling copies of the reworked modified SAM program and installing them on its clients' computers since August 2009. This software includes a substantial part of the source code developed by the plaintiff and his employees (summary trial motion record, defendant's admission, page 145; Exhibit MAD-3 of the affidavit of Marie-Anick Décarie, examination of François Gagné on March 26, 2012, pages 204–205). The plaintiff was served with a formal demand by the defendant on July 21, 2009, to hand over the source code of the modified SAM program (amended defence and counterclaim, paragraph 35). The defendant was also served with a formal demand by the plaintiff on December 18, 2009, and on June 10, 2010, to cease its activities in relation with the SAM software.

réponse à l'avis de requête pour procès sommaire, affidavit de Julie Gaudreault, onglet 12).

[8] Le demandeur facturait la défenderesse pour le travail de programmation effectué sur le logiciel SAM et recevait une rémunération à un taux horaire. En tout, le demandeur a reçu plus de 73 000 \$ pour son travail d'avril 2006 à juin 2009 (défense amendée et demande reconventionnelle, paragraphe 22).

[9] La relation d'affaires entre le demandeur et la défenderesse a pris fin en juin 2009. À ce moment, le code source complet du logiciel SAM modifié se trouvait sur le serveur de la défenderesse à Blainville (dossier de requête pour procès sommaire, pièce MAD-2 de l'affidavit de Marie-Anick Décarie, interrogatoire de François Gagné, page 168). À partir de juillet 2009, la défenderesse a poursuivi le développement du logiciel SAM modifié avec une autre société, Groupe Énode (Énode). La défenderesse a remis une copie du code source du logiciel SAM modifié à Énode en lui donnant accès au serveur de Blainville (dossier de requête pour procès sommaire, pièce MAD-2 de l'affidavit de Marie-Anick Décarie, interrogatoire de François Gagné, pages 169 et 171). Cette société aurait poursuivi le développement à partir du logiciel SAM modifié, créant ainsi le « logiciel SAM modifié retravaillé ». Le demandeur affirme ne pas avoir autorisé la défenderesse à faire une copie du code source du logiciel SAM modifié (dossier de requête pour procès sommaire, affidavit de Doris Tremblay, page 22).

[10] Depuis le mois d'août 2009 et jusqu'à ce jour, la défenderesse vend et installe des copies du logiciel SAM modifié retravaillé chez ses clients. Ce logiciel contient une partie substantielle du code source développé par le demandeur et ses employés (dossier de requête pour procès sommaire, admission de la défenderesse, page 145 ; pièce MAD-3 de l'affidavit de Marie-Anick Décarie, interrogatoire de François Gagné du 26 mars 2012, pages 204 et 205). Le demandeur a été mis en demeure par la défenderesse le 21 juillet 2009, le sommant de remettre les codes source du logiciel SAM modifié (défense amendée et demande reconventionnelle, paragraphe 35). La défenderesse a également été mise en demeure le 18 décembre 2009 et le 10 juin 2010, le demandeur la sommant de cesser ses activités en lien avec le logiciel SAM.

[11] An order by Prothonotary Morneau, dated December 7, 2011, was issued in this file allowing the plaintiff to amend his statement to include the fact that the defendant had allowed Énode to make a copy of the modified SAM program, a fact that came to light during the examination for discovery of the president of the defendant company. The Court also ordered the parties to agree on a draft protection order to ensure that certain documents be produced under seal (namely, the defendant company's invoices to its clients from May 2006 to November 2011) (*Tremblay v. Orio Canada Inc.*, 2011 FC 1437).

### Issues

[12] This case raises three issues:

- a. Who owns the copyright in the modified SAM program?
- b. Has the copyright in the modified SAM program been assigned?
- c. Has the copyright in the modified SAM program been infringed?

### Relevant legislative provisions

[13] The provisions of the Act that are relevant to this dispute, as well as the relevant Rules relating to summary judgments and trials, are reproduced in the Annex to this judgment.

### Parties' submissions

#### *Plaintiff's submissions*

[14] The plaintiff alleges that he developed a full version of the source code that was copied, used and installed by the defendant without his authorization. The plaintiff submits that because he owns the copyright, there has been a clear infringement of his rights under

[11] Une ordonnance, en date du 7 décembre 2011, du protonotaire Morneau a été émise dans le dossier, permettant au demandeur d'amender sa déclaration pour inclure le fait que la défenderesse ait permis à Énode de faire une copie du logiciel SAM modifié, fait qui fut découvert lors de l'interrogatoire préalable du président de la défenderesse. La Cour a également ordonné que les parties s'entendent sur un projet d'ordonnance de protection afin que certains documents soient produits sous le sceau de la confidentialité (soit les factures de la société défenderesse à ses clients de mai 2006 à novembre 2011) (*Tremblay c. Orio Canada Inc.*, 2011 CF 1437).

### Questions en litige

[12] La présente affaire soulève trois questions en litige :

- a. Qui est titulaire des droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié?
- b. Les droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié ont-ils été cédés?
- c. Y a-t-il eu violation des droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié?

### Dispositions législatives pertinentes

[13] Les dispositions de la Loi qui sont pertinentes à ce litige, ainsi que les Règles pertinentes portant sur les jugements et procès sommaires, sont reproduites en annexe au présent jugement.

### Arguments des parties

#### *Arguments du demandeur*

[14] Le demandeur allègue qu'il a développé une version intégrale du code source qui a été copiée, utilisée et installée par la défenderesse sans son autorisation. Le demandeur soutient que puisqu'il est le titulaire des droits d'auteurs, il y a clairement eu violation de ses

sections 3 and 27 of the Act. The plaintiff notes that the defendant is not denying that the copyright exists—instead it is claiming to be the owner of the copyright. The plaintiff specifies that paragraph 34.1(1)(b) of the Act sets out a presumption of ownership in his favour.

[15] The plaintiff also notes that his employees did the development work on the original SAM program that led to the modified SAM program and that they are therefore the authors of the program and are presumed to be the owners of the copyright, unless the contrary is proven. Under subsection 13(3) of the Act, the plaintiff himself, as the employer, owns the copyright in the work performed by his employees. The plaintiff claims that he has never assigned his copyright in the modified SAM program because, under subsection 13(4) of the Act, no such assignment to the defendant would have been valid unless it had been in writing and signed by the plaintiff. The plaintiff submits that the requirement that an assignment be in writing is a substantial legal requirement (citing *J.L. de Ball Canada Inc. v. 421254 Ontario Ltd.*, 1999 CanLII 9222, (1999), 5 C.P.R. (4th) 352 (F.C.T.D.)).

[16] The plaintiff argues that the president of the defendant company is not a programmer and does not possess the skills necessary to translate any ideas he may have into code. According to the plaintiff, only his employees, who are programmers, can be the authors of the modified SAM program, and the instructions of the defendant company's president, François Gagné, were merely requests expressing the result he was seeking (summary trial motion record, Exhibit MAD-2 of the affidavit of Marie-Anick Décarie, page 155; book of authorities for the motion, see Normand Tamaro, *La Loi sur le droit d'auteur : commentée et annotée*, 8th ed, Scarborough, Ont.: Carswell, 2009, at pages 359–374, Tab 10 (Tamaro); book of authorities for the motion, John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 4th ed, Toronto: Carswell, 2003, at pages 17-2 to 17-7, Tab 9 (Fox)).

[17] The plaintiff also submits that the case law clearly establishes that the author of a computer program is the programmer, not the person who has the original

droits au sens des articles 3 et 27 de la Loi. Le demandeur rappelle que la défenderesse ne nie pas l'existence des droits d'auteur — elle prétend plutôt en être la titulaire. Le demandeur précise que l'alinéa 34.1(1)(b) de la Loi énonce ainsi une présomption de propriété en sa faveur.

[15] Le demandeur précise également que ses employés ont fait le travail de développement sur le logiciel SAM original pour en arriver au logiciel SAM modifié, qu'ils sont donc les auteurs du programme et présumés être titulaires du droit d'auteur jusqu'à preuve du contraire. En vertu du paragraphe 13(3) de la Loi, le demandeur lui-même, à titre d'employeur, est le titulaire du droit d'auteur sur le travail réalisé par ses employés. Le demandeur prétend qu'il n'a jamais cédé ses droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié puisque, suivant le paragraphe 13(4) de la Loi, seule une cession écrite et signée par le demandeur en faveur de la défenderesse aurait pu avoir cet effet. Le demandeur soutient que la condition voulant que la cession se fasse par écrit et soit signée est une condition de fond (citant *J.L. de Ball Canada Inc. c. 421254 Ontario Ltd.*, 1999 CanLII 9222 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

[16] Le demandeur souligne que le président de la défenderesse n'est pas programmeur et ne possède pas les connaissances nécessaires pour mettre sous forme de code les idées qu'il aurait pu avoir. Selon le demandeur, seuls ses employés, des programmeurs, peuvent être les auteurs du logiciel SAM modifié et les instructions du président de la défenderesse, M. François Gagné, n'étaient que des demandes par lesquelles il exprimait le résultat qu'il désirait obtenir (dossier de requête pour procès sommaire, pièce MAD-2 de l'affidavit de Marie-Anick Décarie, page 155; cahier des autorités pour la requête, voir Normand Tamaro, *La Loi sur le droit d'auteur : commentée et annotée*, 8<sup>e</sup> éd., Scarborough, Ont. : Carswell, 2009, aux pages 359 à 374, onglet 10 (Tamaro); cahier des autorités pour la requête, John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto : Carswell, 2003, aux pages 17-2 à 17-7, onglet 9 (Fox)).

[17] Le demandeur prétend aussi que la jurisprudence confirme clairement que l'auteur d'un programme d'ordinateur est le programmeur, et non la personne qui

idea (citing *Hanis v. Teevan*, 1998 CanLII 7126, 162 D.L.R. (4th) 414 (Ont. C.A.) (*Hanis*), at paragraph 49 and *Matrox Electronic Systems Ltd. v. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 (Que. Sup. Ct.) (*Matrox*), at paragraphs 27–30).

[18] With respect to the issue of copyright infringement, the plaintiff alleges that his copyright has been infringed in two ways: (i) the act of allowing and authorizing a third party company, Énode, to copy the source code; and (ii) the act of possessing, selling and installing the version of the SAM program developed from the copy made by Énode.

#### *Defendant's arguments*

[19] According to the defendant, this is a simple case that does not require lengthy legal arguments. Its submissions are limited to a single page.

[20] The defendant claims that it is the sole owner of all the rights associated with the SAM program, which was already operational in 2006 and installed at several dealerships, and that the plaintiff was aware that the defendant's sole objective in relation to the SAM program was to sell it. The defendant states that at the outset of its relationship with the plaintiff, the latter assigned up front all rights in future developments of the SAM program.

[21] According to the defendant, the oral agreement of April 2006 between it and the plaintiff was formalized in writing in a number of bids. The defendant alleges that, in drafting his bids, the plaintiff knew that the defendant's use of the SAM program was commercial rather than personal (response to notice of motion and counterclaim, Exhibit BS-1 of the affidavit of Brigitte Sauvageau, examination of Doris Tremblay, Tab 4, page 11). The defendant submits that the written clause in the bids constitutes an assignment of any rights the plaintiff could have claimed.

[22] The defendant notes that the plaintiff knew several of its clients, having implemented corrections himself directly on their servers. The defendant claims

a eu l'idée du logiciel (citant *Hanis v. Teevan*, 1998 CanLII 7126, 162 D.L.R. (4th) 414 (C.A. Ont.) (*Hanis*), au paragraphe 49 et *Matrox Electronic Systems Ltd. v. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 (C.S. Qué.) (*Matrox*), aux paragraphes 27 à 30).

[18] En ce qui concerne la question des actes de violation des droits d'auteurs, le demandeur allègue deux types de violation, soit : i) le fait d'avoir permis et autorisé une copie du code source par une tierce société, Énode; et ii) le fait de détenir, vendre et installer le logiciel SAM développé à partir de la copie effectuée par Énode.

#### *Arguments de la défenderesse*

[19] Selon la défenderesse, il s'agit d'une affaire simple qui ne nécessite pas de longs arguments juridiques. En effet, son argumentaire écrit tient sur une page.

[20] La défenderesse prétend qu'elle est la seule détentrice de tous les droits liés au logiciel SAM, qu'il était déjà fonctionnel en avril 2006 et installé chez plusieurs concessionnaires, et que le demandeur était au courant qu'elle utilisait le logiciel SAM à seule fin de commercialisation. La défenderesse affirme que dès le début des relations entre elle et le demandeur, ce dernier lui a cédé à l'avance tous les droits relatifs aux futurs développements du logiciel SAM.

[21] Selon la défenderesse, l'entente verbale d'avril 2006 entre elle et le demandeur a été formalisée par écrit dans diverses soumissions. La défenderesse allègue qu'en rédigeant ses soumissions, le demandeur savait que la défenderesse utilisait le logiciel SAM à des fins commerciales, et non personnelles (réponse à l'avis de requête et demande reconventionnelle, pièce BS-1 de l'affidavit de Brigitte Sauvageau, interrogatoire de Doris Tremblay, onglet 4, page 11). La défenderesse prétend que la clause écrite dans les soumissions constitue une cession de tous droits auxquels aurait pu prétendre le demandeur.

[22] La défenderesse rappelle que le demandeur connaissait plusieurs de ses clients, ayant lui-même effectué des opérations de correction directement sur les

to be the sole owner of the copyright in the modified SAM program and its modules.

[23] In the alternative, the defendant submits that the plaintiff granted it a licence or marketing rights with respect to the SAM program and its modules. The defendant notes that from April 2006 to June 2009, during their business relationship, the plaintiff neither demanded any royalties nor indicated to the defendant that any would be required in the future.

### Analysis

#### A. *Motion for summary trial*

[24] The provisions relating to summary trials were added to the Rules in 2009. The Court set out some of the general principles governing summary trials in *Teva Canada Limited v. Wyeth LLC and Pfizer Canada Inc.*, 2011 FC 1169, 99 C.P.R. (4th) 398 (*Teva*), at paragraphs 28–36, *revd* on other grounds by 2012 FCA 141, 431 N.R. 342 (*Teva*) and *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2010 FC 966, 87 C.P.R. (4th) 412 (*Wenzel Downhole*), at paragraphs 33–39. The plaintiff bears the burden of demonstrating that a summary trial is appropriate (*Teva*, above, at paragraph 35). In deciding whether a file lends itself to a summary trial, a judge may consider, among other things, the complexity of the matter, its urgency, the cost of taking the case forward to a conventional trial in relation to the amount involved (*Inspiration Management Ltd. v. McDermid St. Lawrence Ltd.*, 1989 CanLII 229, 36 B.C.L.R. (2d) 202 (B.C.C.A.)), whether the litigation is extensive, whether the summary trial will take considerable time, whether credibility is a crucial factor, whether the summary trial will involve a substantial risk of wasting time and effort and whether the summary trial will result in litigating in slices (*Wenzel Downhole*, above, at paragraph 37, citing *Dahl et al. v. Royal Bank et al.*, 2005 BCSC 1263, 46 B.C.L.R. (4th) 342, at paragraph 12).

[25] Because the facts underlying this case are uncontested, the credibility of the parties is not at issue, and the documentary evidence presented by the parties,

serveurs de ces derniers. Selon la défenderesse, les droits d’auteurs sur le logiciel SAM modifié et ses modules lui appartiennent en totalité.

[23] Subsidiairement, la défenderesse avance que le demandeur lui a accordé une licence ou un droit de commercialisation du logiciel SAM et de ses modules. La défenderesse rappelle que d’avril 2006 à juin 2009, pendant leur relation d’affaires, le demandeur n’a jamais exigé de royauté (redevances), ni indiqué à la défenderesse qu’il en exigerait à l’avenir.

### Analyse

#### A. *La requête pour procès sommaire*

[24] Les dispositions prévoyant la tenue de procès sommaires ont été ajoutées aux Règles en 2009. La Cour a énoncé certains principes généraux concernant les procès sommaires dans les arrêts *Teva Canada Limited c. Wyeth LLC and Pfizer Canada Inc.*, 2011 CF 1169 (*Teva*), aux paragraphes 28 à 36, *infirmée* pour d’autres motifs par 2012 CAF 141 (*Teva*) et *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2010 FC 966 (*Wenzel Downhole*), aux paragraphes 33 à 39. Le fardeau de démontrer que le procès sommaire est un recours approprié incombe au demandeur (*Teva*, précité, au paragraphe 35). Afin de décider si un dossier se prête à un procès sommaire, un juge peut considérer, entre autres, la complexité d’une affaire, sa nature urgente, les coûts d’aller de l’avant avec un procès régulier par rapport aux montants en jeu (*Inspiration Management Ltd. v. McDermid St. Lawrence Ltd.*, 1989 CanLII 229, 36 B.C.L.R. (2d) 202 (C.A. C.-B.)), ainsi que la question de savoir si le litige est prolongé, si le procès sommaire prendrait du temps, si la crédibilité est un enjeu, si le procès sommaire comporte un risque important de gaspillage d’efforts et d’énergie ou si le procès sommaire aurait pour effet de morceler le litige (*Wenzel Downhole*, précité, au paragraphe 37, citant *Dahl et al. v. Royal Bank of Canada et al.*, 2005 BCSC 1263, 46 B.C.L.R. (4th) 342, au paragraphe 12).

[25] Les faits qui sous-tendent la présente affaire n’étant pas contestés, la crédibilité des parties n’est pas en cause et la preuve documentaire présentée par les

such as the affidavits and other documents produced in the ordinary course of business, is sufficient to allow the Court to reach a conclusion (*Teva*, above, at paragraph 32).

[26] At the beginning of the hearing before this Court, the parties confirmed their desire to proceed by way of a motion for summary trial. The plaintiff submits and the Court agrees that the facts are clear and that the dispute between the parties is limited and restricted to the legal effects of those facts. According to the plaintiff, the Court can render a judgment based on the facts already before it. The plaintiff is of the view that a summary trial would permit a judgment on the merits to be reached more quickly and less expensively, which is important to the parties, whose resources are limited. The Court also notes that this case is limited in time (2006 to 2009) and limited to the software at issue (the modified SAM program). The Court is of the view that the circumstances of this case lend themselves to a motion for summary judgment in accordance with rules 213 to 219.

B. *The issue of who owns the copyright in the modified SAM program*

[27] First, the Court notes that copyright law is statutory; its rights and remedies are therefore found in the Act (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*), at paragraph 9). Although it is possible to register one's copyright, it is not necessary to do so in Canada: the author merely needs to be Canadian, or a citizen of any other signatory of the *Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, concluded at Berne on September 9, 1886 [as revised by the Paris Act of 1971, [1998] Can. T.S. No. 18], and the work needs to have been first published in such a country, if publication is relevant.

[28] Section 3 of the Act sets out the content of copyright, including, *inter alia*, the sole right to produce or reproduce the work in question. Section 5 of the Act lists the types of works in which copyright may subsist, specifying that the work must be an "original literary, dramatic, musical [or] artistic work". Although the Act

parties, tels les affidavits et autres documents produits dans le cours normal des affaires, est suffisante pour permettre à la Cour d'en venir à une conclusion (*Teva*, précité, au paragraphe 32).

[26] En début d'audience devant cette Cour, les parties ont notamment confirmé leur souhait et leur volonté de procéder par voie de requête pour procès sommaire. Le demandeur avance, et la Cour est en accord, que les faits sont clairs et que le litige entre les parties est circonscrit et relève strictement des effets juridiques découlant de ces faits. Selon le demandeur, la Cour peut rendre jugement sur les faits présentés en preuve devant elle à cette étape. Le demandeur estime qu'un procès sommaire permettrait un jugement sur le fond rapide et à moindre coût, ce qui est important pour les parties qui ont des ressources modestes. De plus, la Cour note que la présente affaire est circonscrite dans le temps (2006 à 2009) et limité au logiciel en cause (SAM modifié). En l'espèce, la Cour est d'avis que les circonstances de la présente affaire se prêtent à une requête pour procès sommaire conformément aux règles 213 à 219.

B. *La question de la propriété des droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié*

[27] Tout d'abord, la Cour rappelle que le droit applicable au droit d'auteur est statutaire; conséquemment, les droits et recours se trouvent dans la Loi (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (*CCH*), au paragraphe 9). Bien qu'on puisse enregistrer un droit d'auteur, cela n'est pas nécessaire au Canada : il suffit que l'auteur soit Canadien, ou citoyen de tout autre pays signataire de la *Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* conclue à Berne le 9 septembre 1886 [dans sa version révisée par l'Acte de Paris de 1971, [1998] R.T. Can. n° 18], et que l'œuvre soit d'abord publiée dans un tel pays, si la publication est pertinente.

[28] L'article 3 de la Loi énonce le contenu du droit d'auteur, et inclut, entre autres, le droit exclusif de produire ou reproduire l'œuvre en question. L'article 5 de la Loi indique quelles sont les œuvres pouvant faire l'objet d'un droit d'auteur, et précise qu'il doit s'agir d'une « œuvre littéraire, dramatique, musicale ou

does not define the term “original”, the Supreme Court of Canada considered this issue in *CCH*, above. Noting that the existing case law on the subject was contradictory, the Supreme Court of Canada held that an “original” work originates from an author and is not copied from another work, and must be “the product of an author’s exercise of skill and judgment. The exercise of skill and judgment required to produce the work must not be so trivial that it could be characterized as a purely mechanical exercise” (*CCH*, above, at paragraph 25).

[29] The case law also states that copyright “protects the expression of ideas in these works; it does not protect ideas in and of themselves” (*CCH*, above, at paragraph 8). A work must therefore be in a fixed material form to attract copyright protection, as indicated, for example, by the definition of “computer program” [in section 2]. The definition of a “literary work” in section 2 of the Act also expressly includes computer programs, and a “computer program” is defined as “a set of instructions or statements, expressed, fixed, embodied or stored in any manner, that is to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a specific result”. In this case, it is clear and uncontested by the parties that copyright exists in the modified SAM program. The issue is who owns it.

[30] Paragraph 34.1(1)(b) of the Act sets out a presumption that, in any civil proceedings in which the defendant puts in issue either the existence of copyright or the title of the plaintiff to it, the author shall be presumed to be the owner of the copyright unless the contrary is proven. Furthermore, section 13 of the Act sets out the elements relevant to the ownership of copyright. Under subsection 13(1), the author of a work is the first owner of the copyright. However, under subsection 13(3), where “the author of a work was in the employment of some other person under a contract of service or apprenticeship and the work was made in the course of his employment by that person, the person by whom the author was employed shall, in the absence of any agreement to the contrary, be the first owner of the copyright”. Subsection 13(4) states that the owner of a

artistique originale ». Bien que la Loi ne définisse pas le terme « originale », la Cour suprême du Canada s’est penchée sur la question dans l’arrêt *CCH*, précité. Suite à une constatation de l’état contradictoire de la jurisprudence, la Cour suprême du Canada a conclu qu’une œuvre « originale » émane d’un auteur, n’est pas une copie d’une autre œuvre, et est « le produit de l’exercice du talent et du jugement d’un auteur. Cet exercice ne doit pas être négligeable au point qu’on puisse le qualifier d’entreprise purement mécanique. » (*CCH*, précité, au paragraphe 25).

[29] La jurisprudence précise également que le droit d’auteur « protège l’expression des idées dans ces œuvres, et non les idées comme telles » (*CCH*, précité, au paragraphe 8). Une œuvre doit donc être fixée sous une forme matérielle pour être protégée, comme l’indique par exemple la définition de « programme d’ordinateur » [à l’article 2]. La définition d’« œuvre littéraire » à l’article 2 de la Loi inclut expressément les programmes d’ordinateur, et un « programme d’ordinateur » est défini comme étant un « [e]nsemble d’instructions ou d’énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d’un résultat particulier ». Dans le cas présent, il est clair et non contesté par les parties qu’il existe des droits d’auteurs dans le logiciel SAM modifié. La question qui se pose est de définir qui en est le ou la titulaire.

[30] L’alinéa 34.1(1)b) de la Loi énonce une présomption suivant laquelle, dans toute procédure où un défendeur conteste l’existence du droit d’auteur ou la qualité du demandeur, l’auteur de l’œuvre est présumé être titulaire de ce droit d’auteur jusqu’à preuve contraire. De plus, l’article 13 de la Loi énonce les éléments pertinents à la possession du droit d’auteur. En vertu du paragraphe 13(1), l’auteur de l’œuvre est le premier titulaire du droit d’auteur. Cependant, en vertu du paragraphe 13(3), si « l’auteur est employé par une autre personne en vertu d’un contrat de louage de service ou d’apprentissage, et que l’œuvre est exécutée dans l’exercice de cet emploi, l’employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d’auteur ». Le paragraphe 13(4) stipule qu’un titulaire du droit d’auteur peut le céder ou en concéder un intérêt

copyright may assign the right or grant any interest in the right by licence, but only through a written and signed document.

[31] The Act does not define the term “author”. As indicated in Fox, above, at page 17-2.1, “There is no copyright in an idea, but only in the form in which the idea is ultimately expressed, whether it is a written production or a picture. The author is the person who has clothed the idea with form”[footnotes omitted] (emphasis added).

[32] The issue is therefore to determine who exercised his skill and judgment to express an idea, to fix it in material form (*CCH*, above, at paragraphs 8 and 25; Fox, above, at page 17-7). In Tamaro, above, at page 364, the author indicates that [TRANSLATION] “it does not suffice to act as secretary; one must effectively participate in the creation of the work and not merely its expression under someone else’s dictation”. The author adds the following with respect to the particular cases of programmers receiving instructions, at page 372:

[TRANSLATION] However, it must be understood that, strictly speaking, a concept is an idea. Thus, the Court held in a case involving telecommunications software that the person who supplies the ideas and a general concept to programmers in the form of notes is not the author for copyright purposes. The authors are instead the programmers who express the ideas and the concept in programming language. In accordance with accepted copyright principles, the authors are those who use their skills to fix the work in a tangible form: *Hanis v Teevan*.... [Citations omitted; emphasis added.]

[33] In this case, as mentioned above, the existence of copyright in the SAM program is uncontested. Moreover, there is nothing significant in the evidence indicating that the modifications made to the SAM program by the plaintiff were trivial, unoriginal or purely mechanical, unlike in *Harmony Consulting Ltd. v. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 FC 340, 92 C.P.R. (4th) 6, affd 2012 FCA 226, 107 C.P.R. (4th) 1, in which an expert had testified that the modifications made by the programmer were exceptionally simple and therefore not protected by copyright.

quelconque par une licence, mais il doit le faire au moyen d’un document écrit et signé.

[31] La Loi ne définit pas le terme « auteur ». Tel qu’indiqué dans Fox, précité, à la page 17-2.1, « *There is no copyright in an idea, but only in the form in which the idea is ultimately expressed, whether it is a written production or a picture. The author is the person who has clothed the idea with form* » [notes en bas de page omises] (la Cour souligne).

[32] La question à examiner est donc celle de cerner qui a exercé son talent et son jugement pour donner une forme d’expression à l’idée, pour la fixer sous une forme matérielle (*CCH*, précité, aux paragraphes 8 et 25; Fox, précité, à la page 17-7). Dans Tamaro, précité, à la page 364, l’auteur indique qu’il « n’est pas suffisant d’agir à titre de secrétaire; il faut participer effectivement à la création de l’œuvre et non à sa seule expression sous la dictée de quelqu’un d’autre ». L’auteur ajoute ce qui suit en lien avec les cas particuliers de programmeurs recevant des instructions, à la page 372 :

Il faut toutefois bien comprendre qu’au sens strict, un concept correspond à une idée. C’est ainsi qu’en rapport avec un logiciel de télécommunication, la Cour déclare que n’est pas auteur au sens du droit d’auteur celui qui fournit sous forme de notes des idées et un concept général à des programmeurs. Les auteurs sont plutôt les programmeurs qui expriment ces idées et ce concept en langage informatique. Conformément aux principes reconnus par le droit d’auteur, les auteurs sont ceux qui, grâce à leurs habiletés, donnent corps à une œuvre : *Hanis c Teevan* [...] [Citations omises; la Cour souligne.]

[33] En l’espèce, tel que mentionné précédemment, l’existence en soi d’un droit d’auteur dans le logiciel SAM n’est pas contestée. De plus, rien dans la preuve n’indique de façon significative que les modifications faites au logiciel SAM par le demandeur étaient négligeables, non originales, ou purement mécaniques, contrairement au cas de *Harmony Consulting Ltd. c. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 CF 340, conf. par 2012 CAF 226, où un expert avait témoigné comme quoi les modifications effectuées par le programmeur étaient excessivement simples et n’étaient donc pas protégées par le droit d’auteur.

[34] As for the modified SAM program, in light of the case law stating that the author is the one who clothes the work with form and not the one who has the idea without making it concrete, I must find that it is the plaintiff, through his employees, who is the author for the purposes of this case. Mr. Gagné, president of the defendant company, openly admitted that he was not a programmer and that he could not have done the work himself (summary trial motion record, Exhibit MAD-2 of the affidavit of Marie-Anick Décarie, examination of François Gagné, pages 152, 153, 155, 159 and 160). No affidavit has been filed by the defendant describing the precise nature of the instructions given to the plaintiff. Furthermore, the defendant has not provided specific arguments on the issue of ownership of the copyright. Both its oral and written submissions are limited to the sole issue of the assignment of rights or the grant of a licence. Therefore, in light of the case law and the evidence in the docket, it is clear that the plaintiff (through the work of his employees) is the author of the modified SAM program.

C. *Has there been an assignment of copyright?*

[35] Given the previous finding that the plaintiff owns the copyright in the modified SAM program because of his programming work, the issue at the heart of this dispute is whether the copyright has been assigned in this case. The Court must consider the clause that the plaintiff has included in his bids to the defendant (a copy of which, dated April 12, 2007, has been filed in evidence, Exhibit BS-2 of the affidavit of Brigitte Sauvageau, response to notice of motion for summary trial, Tab 5, page 3). The clause reads as follows:

[TRANSLATION] Any development done for Orio Canada Inc. shall become the exclusive property thereof and may not therefore be marketed or reused by Service Informatique Professionnel or any other party.

[36] More specifically, the issue raised is whether this clause, included by the plaintiff in his bids, constitutes

[34] En ce qui a trait au logiciel SAM modifié, compte tenu de la jurisprudence suivant laquelle l'auteur est celui qui a donné corps à une œuvre et non celui qui en a eu l'idée sans la concrétiser, force est de conclure que c'est le demandeur, par le biais de ses employés, qui soit l'auteur dans la présente affaire. En effet, M. Gagné, président de la société défenderesse, a admis sans détour qu'il n'est pas programmeur et n'aurait pu effectuer ce travail lui-même (dossier de requête pour procès sommaire, pièce MAD-2 de l'affidavit de Marie-Anick Décarie, interrogatoire de François Gagné, pages 152, 153, 155, 159 et 160). Aucun affidavit n'a été déposé de la part de la défenderesse détaillant la nature exacte des instructions données au demandeur. De surcroît, la défenderesse n'a pas présenté d'arguments précis sur la question de la titularité des droits d'auteur. Son argumentaire tant à l'écrit qu'à l'oral a ciblé l'unique question de la cession des droits ou la concession d'une licence. Ainsi, au regard de la jurisprudence et de la preuve au dossier, la conclusion voulant que le demandeur (par l'entremise du travail de ses employés) soit l'auteur du logiciel SAM modifié s'impose.

C. *Y a-t-il eu cession des droits d'auteur?*

[35] Compte tenu de la conclusion précédente selon laquelle le demandeur est titulaire des droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié par son travail de programmation, la question qui se pose, et qui se retrouve au cœur du présent litige, est de savoir s'il y a eu cession des droits d'auteur en l'espèce. À cet égard, la Cour doit se pencher sur la clause que le demandeur a inclus dans ses soumissions à la défenderesse (dont un exemple daté du 12 avril 2007 a été déposé en preuve, pièce BS-2 de l'affidavit de Brigitte Sauvageau, réponse à l'avis de requête pour procès sommaire, onglet 5, page 3) : La clause se lit comme suit :

Tout le développement fait pour Orio Canada inc. deviendra la propriété exclusive de celui-ci et ne pourra donc pas être commercialisé ou réutilisé par Service Informatique Professionnel ou tout autre intervenant.

[36] Plus précisément, la question soulevée est celle de savoir si cette clause, insérée par le demandeur dans

an assignment of his copyright to the defendant under subsection 13(4) of the Act.

[37] Subsection 13(4) of the Act reads as follows:

**13. ...**

Assignments and licences

(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to limitations relating to territory, medium or sector of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent. [Emphasis added.]

[38] The writing and signature requirements in this subsection have remained unchanged since its adoption in 1921 ([*The Copyright Act, 1921*] S.C. 1921, c. 24) and its coming into force in 1924 ([*The Copyright Amendment Act, 1923*] S.C. 1923, c. 10, section 5). The purpose of this subsection has been considered in *Mensys Business Solution Centre Ltd. c. Drummond (Municipalité régionale de comté)*, 2002 CanLII 41485, [2002] R.J.Q. 765 (Que. Sup. Ct.) (*Mensys*), in which Justice Mercure made the following statement (at paragraphs 29 and 38):

[TRANSLATION] The following principles can be gleaned from the case law and doctrine regarding the substantial requirement that assignments of copyright be made in writing:

- a complete lack of writing is fatal in that it prevents the person claiming to be the assignee from proving the assignment. An oral assignment is invalid;
- the writing requirement is a substantial requirement and not merely an evidentiary or procedural rule;
- the writing need not explicitly mention the assignment. It suffices that it be signed by the author and that the intention to assign the copyright may be reasonably inferred from the text of the writing;
- testimonial evidence is admissible to help the Court interpret the writing and decide whether it constitutes an assignment of copyright;

ses soumissions, constitue une cession de ses droits d'auteur au profit de la défenderesse en vertu de l'alinéa 13(4) de la Loi.

[37] Le paragraphe 13(4) de la Loi se lit comme suit :

**13. [...]**

(4) Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé. [La Cour souligne.]

Cession et licences

[38] L'exigence de l'écrit et de la signature imposée à ce paragraphe est demeurée inchangée depuis son adoption en 1921 ([*Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*] S.C. 1921, ch. 24) et sa mise en vigueur en 1924 ([*Loi de 1923 modifiant la Loi du droit d'auteur*] S.C. 1923, ch. 10, art. 5). Le but visé par ce paragraphe fut discuté notamment dans l'arrêt *Mensys Business Solution Centre Ltd. c. Drummond (Municipalité régionale de comté)*, 2002 CanLII 41481, [2002] R.J.Q. 765 (C.S. Qué.) (*Mensys*), où le juge Mercure a énoncé ce qui suit (aux paragraphes 29 et 38) :

La jurisprudence et la doctrine retiennent les principes suivants en ce qui a trait à l'exigence de l'écrit comme condition essentielle à la cession du droit d'auteur :

- l'absence de tout écrit est fatale en ce qu'elle empêche la personne qui se prétend cessionnaire de faire la preuve de la cession. Une cession verbale n'est pas valide;
- l'exigence d'un écrit est une condition de fond et non une simple règle de preuve ou de procédure;
- l'écrit n'a pas à prévoir explicitement la cession. Il suffit qu'il soit signé par l'auteur et que l'on puisse raisonnablement inférer la cession du droit d'auteur du texte de l'écrit;
- une preuve testimoniale peut être admise pour permettre au Tribunal d'interpréter l'écrit et de décider s'il emporte cession du droit d'auteur;

- the writing may be drafted and signed after the assignment of the copyright.

...

The purpose of the signed writing requirement set out in subsection 13(4) is to protect the first owner of copyright, but certainly not third parties by allowing them to evade copyright infringement suits more easily. [Footnotes omitted; emphasis added.]

[39] The signed writing requirement is a substantial legal requirement and not a mere rule of evidence, as indicated in *Motel 6, Inc. v. No. 6 Motel Ltd.*, [1982] 1 F.C. 638 (T.D.) (*Motel 6*), at pages 647–648:

I quite accept the proposition of counsel for the plaintiff that section [13(4)] is a substantial legal requirement and not a rule of evidence. Therefore, the assignment itself need not necessarily be produced if the evidence establishes that it existed and conformed to that section. The evidence, however, falls far short of establishing on a balance of probabilities that an assignment in writing ever existed, much less one that was signed by . . . or of establishing who the assignee might have been. It has merely established the possibility of at least the three equally consistent conclusions to which I have already referred. Evidence, which merely raises this type of speculation without weighting the scale in favour of the actual existence of an assignment conforming to the statute, is not sufficient to satisfy the requirements of section [13(4)].

[40] The plaintiff also relies on *Amusements Wiltron inc. c. Mainville*, [1991] R.J.Q. 1930 (*Wiltron*), in which Justice Macerola of the Superior Court of Quebec wrote the following, at paragraphs 37–39:

[TRANSLATION] Wiltron cannot claim to own the copyright in this poker game because no assignment of copyright was made in writing.

The company therefore held a precarious right in this game, analogous to a licence conferring no interest in the copyright, and it must live with the consequences of this.

Despite the friendly relationship between Mr. Halwacks and Mr. Kraml, Wiltron should have had a confidentiality agreement signed that included a non-competition clause and an assignment of copyright....

- l'écrit peut être rédigé et signé postérieurement à la cession du droit d'auteur.

[...]

Le but visé par l'exigence d'un écrit signé prévue à l'article 13(4) est de protéger le premier titulaire du droit d'auteur mais certes pas les tiers en leur permettant d'échapper plus facilement à des poursuites pour violation des droits d'auteur. [Notes en bas de page omises ; la Cour souligne.]

[39] L'exigence de l'écrit et de la signature est une condition de fond, et non une simple question de preuve, tel qu'indiqué dans la décision *Motel 6, Inc. c. No. 6 Motel Ltd.*, [1982] 1 C.F. 638 (1<sup>re</sup> inst.) (*Motel 6*), aux pages 647 et 648 :

J'admets avec l'avocat de la demanderesse que l'article [13(4)] est une condition de fond et non une règle de preuve. Par conséquent, l'acte de cession lui-même n'a pas nécessairement à être produit si la preuve établit son existence et sa conformité avec cet article. Toutefois, la preuve est loin d'établir par prépondérance l'existence d'une cession écrite, encore moins d'une cession signée par [...], ou d'établir qui a bien pu être le cessionnaire. Elle a simplement établi la possibilité des trois conclusions tout aussi logiques les unes que les autres que j'ai mentionnées. La preuve qui donne lieu simplement à ce type de suppositions sans pencher pour l'existence réelle d'une cession conforme à la loi ne satisfait pas aux exigences de l'article [13(4)].

[40] Le demandeur s'appuie également sur l'affaire *Amusements Wiltron inc. c. Mainville*, [1991] R.J.Q. 1930 (*Wiltron*), où le juge Macerola de la Cour supérieure du Québec a indiqué ce qui suit, aux paragraphes 37 à 39 :

Wiltron ne peut prétendre détenir des droits d'auteur sur ce jeu de poker puisqu'aucune cession de droit d'auteur n'a été faite par écrit.

La compagnie détenait donc un droit précaire dans ce jeu, assimilable à une licence ne conférant pas d'intérêt dans le droit d'auteur et elle doit vivre avec les conséquences que cela comporte.

Wiltron aurait dû, en dépit de la relation amicale entre M. Halwacks et M. Kraml, faire signer un engagement de confidentialité avec clause de non concurrence et une cession de droits d'auteur [...]

[41] In short, subsection 13(4) of the Act, which governs the assignment of copyright and the granting of licences, does not require any particular wording as a condition of validity; instead it sets out a copulative condition: writing and a signature.

[42] During his cross-examination on the clause in question, the plaintiff clearly admitted that he had included that clause in various contracts [TRANSLATION] “for exclusivity reasons, to protect against competition”. He stated that his intention was that it be applied to all contracts received from the defendant company (Orio) (Exhibit BS-1 of the affidavit of Brigitte Sauvageau, examination of Doris Tremblay, Tab 4, page 14). Although the plaintiff argued that the wording of the clause made it more akin to a non-competition clause than a copyright assignment, the Court is not persuaded by the plaintiff’s argument.

[43] First, the Court notes that the clause falls under the heading [TRANSLATION] “Ownership” and indicates that any development done for Orio (the defendant) [TRANSLATION] “will become the exclusive property” of Orio (the defendant) and may not be [TRANSLATION] “marketed or reused by Service Informatique Professionnel or any other party”. Upon examination, the plaintiff admitted that he was granting marketing rights to the defendant (Exhibit BS-1 of the affidavit of Brigitte Sauvageau, examination of Doris Tremblay, Tab 4, page 16).

[44] The Court is of the view that the wording of this clause amounts to an assignment of the copyright to the defendant. Given that copyright is a right of ownership (section 3 of the Act), the use of the terms [TRANSLATION] “ownership” and [TRANSLATION] “exclusive property” can only be referring to the copyright. Furthermore, this [TRANSLATION] “exclusive” property for the benefit of Orio, the defendant, echoes the exclusive nature of copyright as defined in section 3 of the Act. Similarly, the clause at issue mentions that the [TRANSLATION] “property” in question may not be marketed by the plaintiff, Service Informatique Professionnel. In short, there is a written document in this case that demonstrates the plaintiff’s intention to assign its rights to the

[41] En somme, le paragraphe 13(4) de la Loi qui régit les cessions de droits d’auteur et les concessions de licences ne requiert nullement comme condition de validité que celles-ci soient rédigées en des termes particuliers; il énonce plutôt une condition conjonctive, à savoir un écrit et une signature.

[42] Lors de son interrogatoire au sujet de la clause en cause, le demandeur a clairement reconnu avoir inclus cette clause dans différents mandats « pour l’exclusivité, pour protéger contre la compétition ». Il a confirmé que son intention était qu’elle s’applique à l’ensemble des mandats reçus de la société défenderesse (Orio) (pièce BS-1 de l’affidavit de Brigitte Sauvageau, interrogatoire de M. Doris Tremblay, onglet 4, page 14). Bien que le demandeur ait plaidé que ce libellé de la clause en question s’apparente à une clause de non-concurrence plutôt qu’à une clause de cession des droits d’auteur, l’argument du demandeur n’a pas convaincu cette Cour.

[43] La Cour rappelle d’abord que la clause en cause se situe sous la rubrique « Propriété » et indique que le développement fait pour Orio (la défenderesse) « deviendra la propriété exclusive » d’Orio (la défenderesse) et ne pourra être « commercialisé ou réutilisé par Service Informatiques Professionnels ou tout autre intervenant ». Le demandeur en interrogatoire a d’ailleurs admis qu’il concédait un droit de commercialisation à la défenderesse (pièce BS-1 de l’affidavit de Brigitte Sauvageau, interrogatoire de M. Doris Tremblay, onglet 4, page 16).

[44] La Cour est d’avis que le libellé de cette clause équivaut à une cession de droits d’auteur du demandeur au profit de la défenderesse. En effet, un droit d’auteur étant un droit de propriété (article 3 de la Loi), l’emploi des termes « propriété » et « propriété exclusive » ne peut que faire référence aux droits d’auteur. Qui plus est, cette propriété « exclusive » au profit d’Orio, la défenderesse, fait écho à la nature exclusive du droit d’auteur tel que défini à l’article 3 de la Loi. Dans le même sens, la clause en cause mentionne que la « propriété » visée ne peut être commercialisée par l’entreprise du demandeur, Service Informatique Professionnel. En somme, il y a en l’espèce un écrit qui démontre une intention de la part du demandeur de céder ses droits à la société

defendant company. However, this written document is not signed, as subsection 13(4) of the Act requires.

[45] As explained above, copyright is a creature of statute, and subsection 13(4) requires not only that an assignment of copyright be in writing to be valid, but also that the writing be signed.

[46] During the hearing before this Court, counsel for the plaintiff pointed to the absence of the plaintiff's signature on the bid. The defendant, on the other hand, emphasized the fact that, upon examination, the plaintiff had admitted to having included the clause at issue on his own initiative in all bids submitted to the defendant, thereby granting it the right to market the software (Exhibit BS-1 of the affidavit of Brigitte Sauvageau, Tab 4, pages 14 and 16):

[TRANSLATION]

Q There you are, ownership:

[TRANSLATION]

“Any development done for Orio Canada Inc. shall become the exclusive property thereof and may not therefore be marketed or reused by Service Informatique Professionnel or any other party.”

Did you take the initiative of inserting that clause?

A Yes.

Q Why?

A Because it's an annotation that has been used in earlier contracts, for exclusivity, to protect against competition.

Q Did it apply to all contracts you received from Orio Canada?

A Yes, the established bids, there, yes, of course.

...

Q Did that mean that you were not granting it marketing rights?

A No.

défenderesse. Toutefois, cet écrit n'est pas signé tel que l'exige le paragraphe 13(4) de la Loi.

[45] Or, le droit d'auteur est un droit statutaire et tel qu'expliqué précédemment, le paragraphe 13(4) exige non seulement un écrit, mais également une signature pour que la cession des droits d'auteur puisse opérer.

[46] Lors de l'audience devant cette Cour, l'avocat du demandeur a souligné l'absence de signature du demandeur sur la soumission. La défenderesse, quant à elle, a insisté sur le fait que lors de son interrogatoire, le demandeur a admis avoir pris l'initiative d'inclure la clause en cause à l'ensemble de ses soumissions faites à la défenderesse, lui concédant ainsi le droit de commercialiser le logiciel (pièce BS-1 de l'affidavit de Brigitte Sauvageau, onglet 4, pages 14 et 16) :

Q Vous y êtes, propriété :

« Tout développement fait [pour] Orio Canada inc. deviendra la propriété exclusive de celui-ci et ne pourra donc pas être commercialisé ou réutilisé par Services Informatiques Professionnels ou tout autre intervenant. »

C'est vous qui avez pris l'initiative de mettre cette clause-là?

R Oui.

Q Pourquoi?

R Parce que c'est une annotation utilisée pour différents mandats déjà, pour l'exclusivité, pour protéger contre la compétition.

Q Est-ce que ça s'appliquait à l'ensemble des mandats que vous avez eus de Orio Canada?

R Oui, les soumissions qui sont établies là, oui, sûrement.

[...]

Q Est-ce que ça voulait dire que vous ne lui concédiez pas le droit de le commercialiser?

R Non.

Q No. It included marketing rights, correct?

A Yes.

[47] According to the defendant, this admission is equivalent to a signature (hearing transcription notes of January 8, 2013, at pages 128–129). Even if it is true that the plaintiff's admission reflects his intention, it is difficult for this Court, in light of the wording of subsection 13(4) of the Act, to conclude that the plaintiff's intention, as clear as it seems, may be used to get around the Act's copulative requirements of writing and a signature. Parliament does not refer to the concept of intention at subsection 13(4) of the Act but expressly requires writing and a signature to render an assignment of copyright valid. The case law has repeatedly confirmed that this is a substantial condition that is required for the assignment to be valid (*Motel 6; Mensys*, above).

[48] In this case, the Court has no choice but to find that a signature is lacking. Although the parties have confirmed before this Court that the plaintiff submitted other bids to the defendant that include the same clause, there is nothing in the evidence to support a finding that the bids submitted after April 2007 were signed. Furthermore, the defendant has not filed any other evidence before this Court that could stand in for a signature (*Milliken & Co. v. Interface Flooring Systems (Canada) Inc.*, [1998] 3 F.C. 103 (T.D.)).

[49] Had it not been for the absence of the plaintiff's signature, there would have been an assignment of the copyright under the Act, but in the circumstances, the Court can only find that, pursuant to subsection 13(4) of the Act, the plaintiff did not assign his copyright in the modified SAM program. Accepting the defendant's argument and making the opposite finding solely on the basis of the plaintiff's testimony would render meaningless the requirement imposed by Parliament. This finding may appear rigid, but it complies with the formal requirements of the Act. It was not enough for the representative of the defendant company (François Gagné)

Q Non. Ça comprenait le droit de le commercialiser, on s'entend là-dessus?

R Oui.

[47] Selon la défenderesse, cette admission a valeur de signature (notes sténographiques de l'audience du 8 janvier 2013, aux pages 128 et 129). S'il est vrai que l'admission du demandeur traduit une intention, il est difficile pour cette Cour à la lecture du libellé du paragraphe 13(4) de la Loi de conclure que cette intention du demandeur, aussi claire semble-t-elle, puisse servir à contourner la condition conjonctive de l'écrit et de la signature imposée par la Loi. En effet, le législateur ne fait pas référence au concept d'intention au paragraphe 13(4) de la Loi mais exige expressément un écrit et une signature afin que la cession des droits d'auteur soit cristallisée. La jurisprudence a confirmé à maintes reprises que cette condition en est une de fond et demeure une condition de validité de la cession (*Motel 6; Mensys*, précités).

[48] En l'espèce, la Cour ne peut que constater l'absence de signature. Bien que les parties aient confirmé devant cette Cour que le demandeur a fait parvenir d'autres soumissions à la défenderesse comportant la même clause, la preuve ne permet pas à cette Cour de conclure que les soumissions postérieures au mois d'avril 2007 comporteraient une signature. Qui plus est, la défenderesse n'a soumis aucune preuve supplémentaire devant cette Cour qui pourrait avoir valeur de signature (*Milliken & Co. c. Interface Flooring Systems (Canada) Inc.*, [1998] 3 C.F. 103 (1<sup>re</sup> inst.)).

[49] N'eût été de l'absence de signature du demandeur, il y aurait eu cession des droits d'auteur au sens de la Loi, mais dans les circonstances, la Cour ne peut que conclure qu'en vertu du paragraphe 13(4) de la Loi, le demandeur n'a pas cédé ses droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié. En arriver à la conclusion contraire uniquement sur la base du témoignage du demandeur, comme l'a plaidé la défenderesse, aurait pour conséquence de faire fi de l'exigence imposée par le législateur. La conclusion peut paraître rigide, mais elle est conforme aux exigences formalistes de la Loi. Il n'était pas suffisant pour le représentant de la société

to avoid explicitly dealing with the issue of copyright with the plaintiff simply because, [TRANSLATION] “in [his] head, it was very clear” (summary trial motion record, Exhibit MAD-2 of the affidavit of Marie-Anick Décarie, examination of François Gagné, page 162 (page 50, line 4 of the examination)).

[50] The defendant submitted, in the alternative, that it had paid fees to the plaintiff and that the latter had never claimed any royalties. However, just because the defendant paid the plaintiff for his work does not mean that the defendant owns the copyright, and just because the plaintiff did not claim any royalties does not mean that he does not own the copyright.

[51] That said, and although the evidence in the record does not support a finding that the plaintiff assigned his copyright in accordance with the conditions set out in subsection 13(4) of the Act, the Court is nevertheless of the view, on the basis of the record and the evidence, that the plaintiff granted an implied licence of use to the defendant with respect to the modified SAM program. This conclusion is dictated by the following reasons.

[52] First, the Court notes that this case rests on one key, determinative factor: the plaintiff authored the clause at issue, and it was the plaintiff, not the defendant, who included it in the bids. Next, the evidence shows that the plaintiff included this clause repeatedly in all of his bids to the defendant and that this was his usual practice. The plaintiff confirmed this upon examination by explaining that the purpose of the clause was to allow the defendant to market the modified SAM program. The evidence also shows that the plaintiff knew that the modified SAM program would be installed at car dealerships. The plaintiff even travelled to some of these dealerships himself on occasion. The Court also notes that the plaintiff was paid for his work (*Céjibé Communication inc. c. Construction Cleary (1992) inc.*, [1998] J.Q. No. 3520 (Sup. Ct.) (QL)).

défenderesse (M. François Gagné) d’éviter de traiter explicitement de la question des droits d’auteur avec le demandeur au motif que, « dans [sa] tête à [lui], c’était très clair » (dossier de requête pour procès sommaire, pièce MAD-2 de l’affidavit de Marie-Anick Décarie, interrogatoire de François Gagné, page 162 (page 50, ligne 4 de l’interrogatoire)).

[50] La défenderesse a également soumis à titre d’argument additionnel qu’elle a payé les honoraires au demandeur et que ce dernier n’a jamais réclamé de redevances. Pourtant, ce n’est pas parce que la défenderesse a payé le demandeur pour son travail que la défenderesse en détient les droits d’auteur et ce n’est pas parce que le demandeur n’a pas réclamé de redevances qu’il n’en détient pas.

[51] Cela étant, et bien que la preuve au dossier ne permette pas à cette Cour de conclure que le demandeur ait cédé ses droits d’auteur en vertu des conditions exigées par le paragraphe 13(4) de la Loi, la Cour est néanmoins d’avis, sur la base du dossier et de la preuve, que le demandeur a octroyé une licence d’utilisation implicite à la défenderesse dans le logiciel SAM modifié. Cette conclusion s’impose par déduction nécessaire pour les raisons qui suivent.

[52] Tout d’abord, la Cour constate que la présente affaire comporte un facteur crucial et déterminant : le demandeur est l’auteur du libellé de la clause en cause et cette dernière a été inscrite dans les soumissions à l’initiative du demandeur et non de la défenderesse. Ensuite, la preuve démontre que le demandeur a inclus cette clause de façon répétée dans toutes ses soumissions avec la défenderesse et qu’il a l’habitude de fonctionner de la sorte. Le demandeur a confirmé ces faits dans son interrogatoire en précisant que l’objectif de cette clause était de permettre à la défenderesse de faire la commercialisation du logiciel SAM modifié. La preuve démontre également que le demandeur savait que le logiciel SAM modifié serait installé chez des concessionnaires automobiles. Le demandeur s’est d’ailleurs rendu en personne chez les concessionnaires à quelques reprises. La Cour rappelle aussi qu’il n’est pas contesté que le demandeur a reçu rémunération pour son travail (*Céjibé Communication inc. c. Construction Cleary (1992) inc.*, [1998] J.Q. n° 3520 (C.S.) (QL)).

[53] Therefore, in light of the evidence, the Court finds that the plaintiff granted the defendant an implied licence to use the modified SAM program. It has been recognized in the case law that an implied licence can be inferred from the parties' conduct and need not be made in writing (*Silverston v. Neon Products Ltd.*, [1978] 6 W.W.R. 512 (B.C.S.C.); *Cselko Associates Inc. v. Zellers Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 56 (Ont. Gen. Div.)). The Court is of the view that this is the case here.

[54] The Court will therefore briefly address the copyright infringement issue raised by the plaintiff.

#### D. Copyright infringement

[55] For there to be infringement under section 27, the Act requires that something be done without the consent of the owner of the copyright in question.

[56] Section 27 of the Act reads as follows:

#### PART III

#### INFRINGEMENT OF COPYRIGHT AND MORAL RIGHTS AND EXCEPTIONS TO INFRINGEMENT

##### INFRINGEMENT OF COPYRIGHT

##### *General*

Infringement generally

27. (1) It is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do.

Secondary infringement

(2) It is an infringement of copyright for any person to

(a) sell or rent out,

(b) distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,

(c) by way of trade distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public,

[53] Ainsi, à la lumière de la preuve, la Cour en arrive à la conclusion que le demandeur a implicitement consenti à une licence au profit de la défenderesse afin que cette dernière puisse utiliser le logiciel SAM modifié. La jurisprudence a reconnu qu'une licence implicite peut s'inférer du comportement des parties et n'a pas à être consignée par écrit (*Silverston v. Neon Products Ltd.*, [1978] 6 W.W.R. 512 (C.S. C.-B.); *Cselko Associates Inc. v. Zellers Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 56 (Div. gén. Ont.)). La Cour est d'avis que c'est le cas en l'espèce.

[54] La Cour abordera donc brièvement la question de la violation du droit d'auteur alléguée par la demanderesse.

#### D. Violation du droit d'auteur

[55] Pour qu'il y ait violation en vertu de l'article 27, la Loi exige qu'un geste ou acte soit posé sans le consentement du titulaire des droits d'auteur en cause.

[56] L'article 27 de la Loi se lit comme suit :

#### PARTIE III

#### VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS MORAUX, ET CAS D'EXCEPTION

##### VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR

##### *Règle générale*

27. (1) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir.

Règle générale

(2) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :

Violation à une étape ultérieure

(d) possess for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c), or

(e) import into Canada for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c),

a copy of a work, sound recording or fixation of a performer's performance or of a communication signal that the person knows or should have known infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it. [Emphasis added.]

a) la vente ou la location;

b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;

c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial;

d) la possession en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c);

e) l'importation au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c). [La Cour souligne.]

[57] As indicated above, the evidence in the record shows that the plaintiff implicitly consented to the defendant's use of the modified SAM program and granted it a user licence. It follows that the plaintiff's claim that his copyright was infringed under section 27 of the Act for lack of consent on his part cannot be accepted, since there was consent on his part.

[57] Tel qu'indiqué précédemment, la preuve au dossier démontre que le demandeur a implicitement consenti à ce que la défenderesse utilise le logiciel SAM modifié et lui a accordé une licence d'utilisation. Il s'ensuit que la prétention du demandeur comme quoi ses droits d'auteur ont été violés en vertu de l'article 27 de la Loi pour cause d'absence de consentement de sa part ne peut donc être retenue car il y a eu consentement de la part du demandeur.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

- (1) The plaintiff owns the copyright in the modified SAM program;
- (2) The plaintiff did not assign his copyright in the modified SAM program to the defendant;
- (3) The plaintiff granted an implied user licence to the defendant authorizing it to use the modified SAM program;
- (4) The plaintiff's copyright has not been infringed by the defendant;
- (5) Given the result, each party shall bear its own costs.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que

- 1) Le demandeur est le titulaire des droits d'auteur dans le logiciel SAM modifié;
- 2) Le demandeur n'a pas cédé ses droits d'auteur à la défenderesse dans le logiciel SAM modifié;
- 3) Le demandeur a accordé une licence implicite d'utilisation à la défenderesse l'autorisant ainsi à utiliser le logiciel SAM modifié;
- 4) Les droits d'auteur du demandeur n'ont pas été violés par la défenderesse;
- 5) Vu le résultat de l'instance, chaque partie assumera ses propres dépens.

## Annex

## Annexe

The relevant provisions of the *Copyright Act* in this case are the following:

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le droit d'auteur* en l'espèce sont les suivantes :

## INTERPRETATION

## DÉFINITIONS ET DISPOSITIONS INTERPRÉTATIVES

Definitions

**2.** In this Act,

**2.** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

Définitions

...

[...]

“computer program”  
« programme d'ordinateur »

“computer program” means a set of instructions or statements, expressed, fixed, embodied or stored in any manner, that is to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a specific result;

« œuvre littéraire » Y sont assimilés les tableaux, les programmes d'ordinateur et les compilations d'œuvres littéraires.

« œuvre littéraire »  
“literary work”

[...]

...

“literary work”  
« œuvre littéraire »

“literary work” includes tables, computer programs, and compilations of literary works;

« programme d'ordinateur » Ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier.

« programme d'ordinateur »  
“computer program”

[...]

## PART I

## PARTIE I

## COPYRIGHT AND MORAL RIGHTS IN WORKS

## DROIT D'AUTEUR ET DROITS MORAUX SUR LES ŒUVRES

## COPYRIGHT

## DROIT D'AUTEUR

Copyright in works

**3.** (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

**3.** (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

Droit d'auteur sur l'œuvre

(a) to produce, reproduce, perform or publish any translation of the work,

a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre;

(b) in the case of a dramatic work, to convert it into a novel or other non-dramatic work,

b) s'il s'agit d'une œuvre dramatique, de la transformer en un roman ou en une autre œuvre non dramatique;

(c) in the case of a novel or other non-dramatic work, or of an artistic work, to convert it into a dramatic work, by way of performance in public or otherwise,

(d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

(e) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to reproduce, adapt and publicly present the work as a cinematographic work,

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

(g) to present at a public exhibition, for a purpose other than sale or hire, an artistic work created after June 7, 1988, other than a map, chart or plan,

(h) in the case of a computer program that can be reproduced in the ordinary course of its use, other than by a reproduction during its execution in conjunction with a machine, device or computer, to rent out the computer program,

(i) in the case of a musical work, to rent out a sound recording in which the work is embodied, and

(j) in the case of a work that is in the form of a tangible object, to sell or otherwise transfer ownership of the tangible object, as long as that ownership has never previously been transferred in or outside Canada with the authorization of the copyright owner,

and to authorize any such acts.

...

c) s'il s'agit d'un roman ou d'une autre œuvre non dramatique, ou d'une œuvre artistique, de transformer cette œuvre en une œuvre dramatique, par voie de représentation publique ou autrement;

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

e) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'œuvre en tant qu'œuvre cinématographique;

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

g) de présenter au public lors d'une exposition, à des fins autres que la vente ou la location, une œuvre artistique — autre qu'une carte géographique ou marine, un plan ou un graphique — créée après le 7 juin 1988;

h) de louer un programme d'ordinateur qui peut être reproduit dans le cadre normal de son utilisation, sauf la reproduction effectuée pendant son exécution avec un ordinateur ou autre machine ou appareil;

i) s'il s'agit d'une œuvre musicale, d'en louer tout enregistrement sonore;

j) s'il s'agit d'une œuvre sous forme d'un objet tangible, d'effectuer le transfert de propriété, notamment par vente, de l'objet, dans la mesure où la propriété de celui-ci n'a jamais été transférée au Canada ou à l'étranger avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur.

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes.

[...]

## OWNERSHIP OF COPYRIGHT

## POSSESSION DU DROIT D'AUTEUR

Ownership  
of copyright

**13.** (1) Subject to this Act, the author of a work shall be the first owner of the copyright therein.

**13.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre.

Possession  
du droit  
d'auteur

(2) [Repealed, 2012, c. 20, s. 7]

(2) [Abrogé, 2012, ch. 20, art. 7]

Work made  
in the course  
of  
employment

(3) Where the author of a work was in the employment of some other person under a contract of service or apprenticeship and the work was made in the course of his employment by that person, the person by whom the author was employed shall, in the absence of any agreement to the contrary, be the first owner of the copyright, but where the work is an article or other contribution to a newspaper, magazine or similar periodical, there shall, in the absence of any agreement to the contrary, be deemed to be reserved to the author a right to restrain the publication of the work, otherwise than as part of a newspaper, magazine or similar periodical.

(3) Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'œuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur; mais lorsque l'œuvre est un article ou une autre contribution, à un journal, à une revue ou à un périodique du même genre, l'auteur, en l'absence de convention contraire, est réputé posséder le droit d'interdire la publication de cette œuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable.

Œuvre  
exécutée  
dans  
l'exercice  
d'un emploiAssign-  
ments and  
licences

(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to limitations relating to territory, medium or sector of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent.

(4) Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé.

Cession et  
licencesOwnership  
in case of  
partial  
assignment

(5) Where, under any partial assignment of copyright, the assignee becomes entitled to any right comprised in copyright, the assignee, with respect to the rights so assigned, and the assignor, with respect to the rights not assigned, shall be treated for the purposes of this Act as the owner of the copyright, and this Act has effect accordingly.

(5) Lorsque, en vertu d'une cession partielle du droit d'auteur, le cessionnaire est investi d'un droit quelconque compris dans le droit d'auteur, sont traités comme titulaires du droit d'auteur, pour l'application de la présente loi, le cessionnaire, en ce qui concerne les droits cédés, et le cédant, en ce qui concerne les droits non cédés, les dispositions de la présente loi recevant leur application en conséquence.

Possession  
dans le cas  
de cession  
partielleAssignment  
of right of  
action

(6) For greater certainty, it is deemed always to have been the law that a right of action for

(6) Il est entendu que la cession du droit d'action pour violation du droit d'auteur est réputée

Cession d'un  
droit de  
recours

infringement of copyright may be assigned in association with the assignment of the copyright or the grant of an interest in the copyright by licence.

avoir toujours pu se faire en relation avec la cession du droit d'auteur ou la concession par licence de l'intérêt dans celui-ci.

Exclusive  
licence

(7) For greater certainty, it is deemed always to have been the law that a grant of an exclusive licence in a copyright constitutes the grant of an interest in the copyright by licence.

(7) Il est entendu que la concession d'une licence exclusive sur un droit d'auteur est réputée toujours avoir valu concession par licence d'un intérêt dans ce droit d'auteur.

Licence  
exclusive

...

[...]

### PART III

### PARTIE III

#### INFRINGEMENT OF COPYRIGHT AND MORAL RIGHTS AND EXCEPTIONS TO INFRINGEMENT

#### VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS MORAUX, ET CAS D'EXCEPTION

##### INFRINGEMENT OF COPYRIGHT

##### VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR

###### *General*

###### *Règle générale*

Infringe-  
ment  
generally

**27.** (1) It is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do.

**27.** (1) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir.

Règle  
générale

Secondary  
infringe-  
ment

(2) It is an infringement of copyright for any person to

(2) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :

Violation à  
une étape  
ultérieure

(a) sell or rent out,

a) la vente ou la location;

(b) distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,

b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;

(c) by way of trade distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public,

c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial;

(d) possess for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c), or

d) la possession en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c);

(e) import into Canada for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c),

e) l'importation au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c).

a copy of a work, sound recording or fixation of a performer's performance or of a communication signal that the person knows or should have known infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it.

...

[...]

## PART IV

## REMEDIES

## CIVIL REMEDIES

*Infringement of Copyright and Moral Rights*

...

Presump-  
tions  
respecting  
copyright  
and  
ownership

**34.1** (1) In any civil proceedings taken under this Act in which the defendant puts in issue either the existence of the copyright or the title of the plaintiff to it,

(a) copyright shall be presumed, unless the contrary is proved, to subsist in the work, performer's performance, sound recording or communication signal, as the case may be; and

(b) the author, performer, maker or broadcaster, as the case may be, shall, unless the contrary is proved, be presumed to be the owner of the copyright.

Where no  
grant  
registered

(2) Where any matter referred to in subsection (1) is at issue and no assignment of the copyright, or licence granting an interest in the copyright, has been registered under this Act,

(a) if a name purporting to be that of

(i) the author of the work,

(ii) the performer of the performer's performance,

(iii) the maker of the sound recording, or

(iv) the broadcaster of the communication signal

is printed or otherwise indicated thereon in the usual manner, the person whose name is so printed or indicated shall, unless the contrary is proved, be presumed to be the author, performer, maker or broadcaster;

(b) if

(i) no name is so printed or indicated, or if the name so printed or indicated is not the true name of the author, performer, maker or broadcaster or the name by which that person is commonly known, and

## PARTIE IV

## RECOURS

## RECOURS CIVILS

*Violation du droit d'auteur et des droits moraux*

[...]

**34.1** (1) Dans toute procédure civile engagée en vertu de la présente loi où le défendeur conteste l'existence du droit d'auteur ou la qualité du demandeur :

a) l'œuvre, la prestation, l'enregistrement sonore ou le signal de communication, selon le cas, est, jusqu'à preuve contraire, présumé être protégé par le droit d'auteur;

b) l'auteur, l'artiste-interprète, le producteur ou le radiodiffuseur, selon le cas, est, jusqu'à preuve contraire, réputé être titulaire de ce droit d'auteur.

Présomption  
de propriété

(2) Dans toute contestation de cette nature, lorsque aucun acte de cession du droit d'auteur ni aucune licence concédant un intérêt dans le droit d'auteur n'a été enregistré sous l'autorité de la présente loi :

Aucun  
enregistrement

a) si un nom paraissant être celui de l'auteur de l'œuvre, de l'artiste-interprète de la prestation, du producteur de l'enregistrement sonore ou du radiodiffuseur du signal de communication y est imprimé ou autrement indiqué, de la manière habituelle, la personne dont le nom est ainsi imprimé ou indiqué est, jusqu'à preuve contraire, présumée être l'auteur, l'artiste-interprète, le producteur ou le radiodiffuseur;

b) si aucun nom n'est imprimé ou indiqué de cette façon, ou si le nom ainsi imprimé ou indiqué n'est pas le véritable nom de l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur, selon le cas, ou le nom sous lequel il est généralement connu, et si un nom paraissant être celui de l'éditeur ou du titulaire du droit d'auteur y est imprimé ou autrement indiqué de la manière habituelle, la personne dont le nom est ainsi imprimé ou indiqué est, jusqu'à preuve contraire, présumée être le titulaire du droit d'auteur en question;

(ii) a name purporting to be that of the publisher or owner of the work, performer's performance, sound recording or communication signal is printed or otherwise indicated thereon in the usual manner,

the person whose name is printed or indicated as described in subparagraph (ii) shall, unless the contrary is proved, be presumed to be the owner of the copyright in question; and

(c) if, on a cinematographic work, a name purporting to be that of the maker of the cinematographic work appears in the usual manner, the person so named shall, unless the contrary is proved, be presumed to be the maker of the cinematographic work.

c) si un nom paraissant être celui du producteur d'une œuvre cinématographique y est indiqué de la manière habituelle, cette personne est présumée, jusqu'à preuve contraire, être le producteur de l'œuvre.

The following provisions of the *Federal Courts Rules* relating to summary judgments are relevant to this case:

Les dispositions suivantes des *Règles des Cours fédérales* concernant les jugements sommaires sont pertinentes pour le cas en l'espèce :

#### SUMMARY JUDGMENT AND SUMMARY TRIAL

#### JUGEMENT ET PROCÈS SOMMAIRES

##### *Motion and Service*

##### *Requête et signification*

Motion by a party	<p><b>213.</b> (1) A party may bring a motion for summary judgment or summary trial on all or some of the issues raised in the pleadings at any time after the defendant has filed a defence but before the time and place for trial have been fixed.</p>	<p><b>213.</b> (1) Une partie peut présenter une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire à l'égard de toutes ou d'une partie des questions que soulèvent les actes de procédure. Le cas échéant, elle la présente après le dépôt de la défense du défendeur et avant que les heures, date et lieu de l'instruction soient fixés.</p>	Requête d'une partie
Further motion	<p>(2) If a party brings a motion for summary judgment or summary trial, the party may not bring a further motion for either summary judgment or summary trial except with leave of the Court.</p>	<p>(2) Si une partie présente l'une de ces requêtes en jugement sommaire ou en procès sommaire, elle ne peut présenter de nouveau l'une ou l'autre de ces requêtes à moins d'obtenir l'autorisation de la Cour.</p>	Nouvelle requête
Obligations of moving party	<p>(3) A motion for summary judgment or summary trial in an action may be brought by serving and filing a notice of motion and motion record at least 20 days before the day set out in the notice for the hearing of the motion.</p>	<p>(3) La requête en jugement sommaire ou en procès sommaire dans une action est présentée par signification et dépôt d'un avis de requête et d'un dossier de requête au moins vingt jours avant la date de l'audition de la requête indiquée dans l'avis.</p>	Obligations du requérant
Obligations of responding party	<p>(4) A party served with a motion for summary judgment or summary trial shall serve and file a defendant's motion record not later than 10 days before the day set out in the notice of motion for the hearing of the motion.</p>	<p>(4) La partie qui reçoit signification de la requête signifie et dépose un dossier de réponse au moins dix jours avant la date de l'audition de la requête indiquée dans l'avis de requête.</p>	Obligations de l'autre partie

*Summary Judgment**Jugement sommaire*

Facts and evidence required

**214.** A response to a motion for summary judgment shall not rely on what might be adduced as evidence at a later stage in the proceedings. It must set out specific facts and adduce the evidence showing that there is a genuine issue for trial.

**214.** La réponse à une requête en jugement sommaire ne peut être fondée sur un élément qui pourrait être produit ultérieurement en preuve dans l'instance. Elle doit énoncer les faits précis et produire les éléments de preuve démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse.

Faits et éléments de preuve nécessaires

If no genuine issue for trial

**215.** (1) If on a motion for summary judgment the Court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the Court shall grant summary judgment accordingly.

**215.** (1) Si, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense, elle rend un jugement sommaire en conséquence.

Absence de véritable question litigieuse

Genuine issue of amount or question of law

(2) If the Court is satisfied that the only genuine issue is

(a) the amount to which the moving party is entitled, the Court may order a trial of that issue or grant summary judgment with a reference under rule 153 to determine the amount; or

(b) a question of law, the Court may determine the question and grant summary judgment accordingly.

(2) Si la Cour est convaincue que la seule véritable question litigieuse est :

a) la somme à laquelle le requérant a droit, elle peut ordonner l'instruction de cette question ou rendre un jugement sommaire assorti d'un renvoi pour détermination de la somme conformément à la règle 153;

b) un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci et rendre un jugement sommaire en conséquence.

Somme d'argent ou point de droit

Powers of Court

(3) If the Court is satisfied that there is a genuine issue of fact or law for trial with respect to a claim or a defence, the Court may

(a) nevertheless determine that issue by way of summary trial and make any order necessary for the conduct of the summary trial; or

(b) dismiss the motion in whole or in part and order that the action, or the issues in the action not disposed of by summary judgment, proceed to trial or that the action be conducted as a specially managed proceeding.

(3) Si la Cour est convaincue qu'il existe une véritable question de fait ou de droit litigieuse à l'égard d'une déclaration ou d'une défense, elle peut :

a) néanmoins trancher cette question par voie de procès sommaire et rendre toute ordonnance nécessaire pour le déroulement de ce procès;

b) rejeter la requête en tout ou en partie et ordonner que l'action ou toute question litigieuse non tranchée par jugement sommaire soit instruite ou que l'action se poursuive à titre d'instance à gestion spéciale.

Pouvoirs de la Cour

*Summary Trial**Procès sommaire*

Motion record for summary trial

**216.** (1) The motion record for a summary trial shall contain all of the evidence on which a party seeks to rely, including

(a) affidavits;

(b) admissions under rule 256;

**216.** (1) Le dossier de requête en procès sommaire contient la totalité des éléments de preuve sur lesquels une partie compte se fonder, notamment :

a) les affidavits;

b) les aveux visés à la règle 256;

Dossier de requête en procès sommaire

	<p>(c) affidavits or statements of an expert witness prepared in accordance with subsection 258(5); and</p> <p>(d) any part of the evidence that would be admissible under rules 288 and 289.</p>	<p>c) les affidavits et les déclarations des témoins experts établis conformément au paragraphe 258(5);</p> <p>d) les éléments de preuve admissibles en vertu des règles 288 et 289.</p>	
Further affidavits or statements	<p>(2) No further affidavits or statements may be served, except</p> <p>(a) in the case of the moving party, if their content is limited to evidence that would be admissible at trial as rebuttal evidence and they are served and filed at least 5 days before the day set out in the notice of motion for the hearing of the summary trial; or</p> <p>(b) with leave of the Court.</p>	<p>(2) Des affidavits ou déclarations supplémentaires ne peuvent être signifiés que si, selon le cas :</p> <p>a) s'agissant du requérant, ces affidavits ou déclarations seraient admissibles en contre-preuve à l'instruction et leurs signification et dépôt sont faits au moins cinq jours avant la date de l'audition de la requête indiquée dans l'avis de requête;</p> <p>b) la Cour l'autorise.</p>	Affidavits ou déclarations supplémentaires
Conduct of summary trial	<p>(3) The Court may make any order required for the conduct of the summary trial, including an order requiring a deponent or an expert who has given a statement to attend for cross-examination before the Court.</p>	<p>(3) La Cour peut rendre toute ordonnance nécessaire au déroulement du procès sommaire, notamment pour obliger le déclarant d'un affidavit ou le témoin expert ayant fait une déclaration à se présenter à un contre-interrogatoire devant la Cour.</p>	Déroulement du procès sommaire
Adverse inference	<p>(4) The Court may draw an adverse inference if a party fails to cross-examine on an affidavit or to file responding or rebuttal evidence.</p>	<p>(4) La Cour peut tirer des conclusions défavorables du fait qu'une partie ne procède pas au contre-interrogatoire du déclarant d'un affidavit ou ne dépose pas de preuve contradictoire.</p>	Conclusions défavorables
Dismissal of motion	<p>(5) The Court shall dismiss the motion if</p> <p>(a) the issues raised are not suitable for summary trial; or</p> <p>(b) a summary trial would not assist in the efficient resolution of the action.</p>	<p>(5) La Cour rejette la requête si, selon le cas :</p> <p>a) les questions soulevées ne se prêtent pas à la tenue d'un procès sommaire;</p> <p>b) un procès sommaire n'est pas susceptible de contribuer efficacement au règlement de l'action.</p>	Rejet de la requête
Judgment generally or on issue	<p>(6) If the Court is satisfied that there is sufficient evidence for adjudication, regardless of the amounts involved, the complexities of the issues and the existence of conflicting evidence, the Court may grant judgment either generally or on an issue, unless the Court is of the opinion that it would be unjust to decide the issues on the motion.</p>	<p>(6) Si la Cour est convaincue de la suffisance de la preuve pour trancher l'affaire, indépendamment des sommes en cause, de la complexité des questions en litige et de l'existence d'une preuve contradictoire, elle peut rendre un jugement sur l'ensemble des questions ou sur une question en particulier à moins qu'elle ne soit d'avis qu'il serait injuste de trancher les questions en litige dans le cadre de la requête.</p>	Jugement sur l'ensemble des questions ou sur une question en particulier
Order disposing of action	<p>(7) On granting judgment, the Court may make any order necessary for the disposition of the action, including an order</p>	<p>(7) Au moment de rendre son jugement, la Cour peut rendre toute ordonnance nécessaire afin de statuer sur l'action, notamment :</p>	Ordonnance pour statuer sur l'action

	<p>(a) directing a trial to determine the amount to which the moving party is entitled or a reference under rule 153 to determine that amount;</p> <p>(b) imposing terms respecting the enforcement of the judgment; and</p> <p>(c) awarding costs.</p>	<p>a) ordonner une instruction portant sur la détermination de la somme à laquelle a droit le requérant ou le renvoi de cette détermination conformément à la règle 153;</p> <p>b) imposer les conditions concernant l'exécution forcée du jugement;</p> <p>c) adjuger les dépens.</p>	
Trial or specially managed proceeding	<p>(8) If the motion for summary trial is dismissed in whole or in part, the Court may order the action, or the issues in the action not disposed of by summary trial, to proceed to trial or order that the action be conducted as a specially managed proceeding.</p>	<p>(8) Si la requête en procès sommaire est rejetée en tout ou en partie, la Cour peut ordonner que l'action ou toute question litigieuse non tranchée par jugement sommaire soit instruite ou que l'action se poursuive à titre d'instance à gestion spéciale.</p>	Instruction ou instance à gestion spéciale
	<i>General</i>	<i>Dispositions générales</i>	
Right of plaintiff who obtains judgment	<p><b>217.</b> A plaintiff who obtains judgment under rule 215 or 216 may proceed against the same defendant for any other relief and may proceed against any other defendant for the same or any other relief.</p>	<p><b>217.</b> Le demandeur qui obtient un jugement au titre des règles 215 ou 216 peut poursuivre le même défendeur pour une autre réparation ou poursuivre un autre défendeur pour toute réparation.</p>	Droits du demandeur obtenant jugement
Powers of Court	<p><b>218.</b> If judgment under rule 215 or 216 is refused or is granted only in part, the Court may make an order specifying which material facts are not in dispute and defining the issues to be tried and may also make an order</p> <p>(a) for payment into court of all or part of the claim;</p> <p>(b) for security for costs; or</p> <p>(c) limiting the nature and scope of the examination for discovery to matters not covered by the affidavits filed on the motion for summary judgment or summary trial or by any cross-examination on them and providing for their use at trial in the same manner as an examination for discovery.</p>	<p><b>218.</b> Si le jugement visé aux règles 215 ou 216 est refusé ou n'est accordé qu'en partie, la Cour peut, par ordonnance, préciser les faits substantiels qui ne sont pas en litige et déterminer les questions à instruire, ainsi que :</p> <p>a) ordonner la consignation à la Cour d'une somme d'argent représentant la totalité ou une partie de la réclamation;</p> <p>b) ordonner la fourniture d'un cautionnement pour dépens;</p> <p>c) limiter la nature et l'étendue de l'interrogatoire préalable aux questions non visées par les affidavits déposés à l'appui de la requête en jugement sommaire ou en procès sommaire, ou par tout contre-interrogatoire s'y rapportant, et permettre leur utilisation à l'instruction de la même manière qu'un interrogatoire préalable.</p>	Pouvoirs de la Cour
Stay of execution	<p><b>219.</b> On granting judgment under rule 215 or 216, the Court may order that enforcement of the judgment be stayed pending the determination of any other issue in the action or in a counterclaim or third party claim.</p>	<p><b>219.</b> Au moment de rendre un jugement en application des règles 215 ou 216, la Cour peut ordonner de surseoir à l'exécution forcée du jugement jusqu'à la détermination de toute autre question soulevée dans l'action ou dans une demande reconventionnelle ou une mise en cause.</p>	Sursis d'exécution

IMM-7326-12  
2013 FC 802

IMM-7326-12  
2013 CF 802

**Jeyakannan Kanthasamy** (*Applicant*)

**Jeyakannan Kanthasamy** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Kane J.—Toronto, February 27; Ottawa July 19, 2013.

Cour fédérale, juge Kane—Toronto, 27 février; Ottawa, 19 juillet 2013.

Editor's Note: This decision has been affirmed on appeal (A-272-13, 2014 FCA 113). The reasons for judgment, handed down May 2, 2014, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Note de l'arrêstiste : Cette décision a été confirmée en appel (A-272-13, 2014 CAF 113). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 2 mai 2014, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Humanitarian and Compassionate Considerations — Judicial review of senior immigration officer's decision refusing to allow permanent residence application from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 25(1) — Applicant, Tamil, failed refugee claimant from Sri Lanka — Seeking H&C exemption to apply for permanent residence from within Canada — Officer refusing to grant exemption on basis not satisfied applicant's return to Sri Lanka would result in unusual, undeserved or disproportionate hardship — Principal issue herein whether that finding unreasonable — Applicant having to establish link between hardship faced generally by young male Tamils, hardships he would face upon his return — Risks alleged by applicant previously considered in refugee, PRRA determinations, could not be reconsidered in H&C application — Officer clearly assessing circumstances applicant would face — Applying proper test, factual determinations reasonable — Question certified — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Motifs d'ordre humanitaire — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente principale d'immigration a refusé d'autoriser le demandeur à présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur, un Tamoul, est un demandeur d'asile débouté du Sri Lanka — Il a demandé une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire afin de pouvoir présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada — L'agente a refusé d'accorder la dispense étant donné qu'elle n'était pas convaincue que le retour du demandeur au Sri Lanka lui causerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives — Il s'agissait principalement de savoir si cette conclusion était déraisonnable — Le demandeur devait établir l'existence d'un lien entre les difficultés que pourraient connaître de façon générale les jeunes Tamouls de sexe masculin et celles auxquelles il serait exposé à son retour au Sri Lanka — Les risques allégués par le demandeur avaient déjà été examinés dans le cadre de sa demande d'asile et de sa demande d'ERAR et ne pouvaient pas être réexaminés dans le cadre d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire — L'agente a manifestement évalué la situation à laquelle le demandeur serait exposé — Elle a appliqué le bon critère et ses conclusions de fait étaient raisonnables — Une question a été certifiée — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of a decision of a senior immigration officer refusing to allow the applicant to apply for permanent resident status from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds pursuant to

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente principale d'immigration a refusé d'autoriser le demandeur à présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada fondée sur des motifs

subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act).

The applicant, a 20-year-old Tamil from the northern region of Sri Lanka, had claimed refugee protection upon his arrival in Canada but that claim was refused by the Immigration and Refugee Board (the Board). The Board found that Sri Lankan authorities had taken measures to improve the situation of Tamils, and that the applicant did not have a profile that would put him at risk upon his return to Sri Lanka. The applicant then made an application for a pre-removal risk assessment (PRRA) as well as the H&C application. Both were refused, and the applicant did not pursue leave for judicial review of the PRRA decision.

The officer refused to grant the H&C exemption as she was not satisfied that the applicant's return to Sri Lanka would result in hardship that was unusual and undeserved or disproportionate. The officer acknowledged that the applicant identified a fear of returning to Sri Lanka because he is a young male Tamil from the northern region. The officer noted that subsection 25(1.3) of the Act directs that the factors considered in the determination under sections 96 and 97 are not to be taken into account in the H&C determination but that the Minister "must consider elements related to the hardships that affect the foreign national". The officer considered the "objective documentary evidence" on the situation of Tamil Sri Lankans and the applicant's circumstances and concluded that there was insufficient evidence to satisfy her that the applicant would be targeted by security forces or would be personally at risk of discrimination due to his ethnicity.

The principal issue herein was whether the officer unreasonably found that the applicant would not face unusual and undeserved or disproportionate hardship due to his profile as a young Tamil male.

*Held*, the application should be dismissed.

The Act was amended in 2010 to clarify the scope of an H&C assessment. Subsection 25(1.3) directs that the factors taken into account in a determination under sections 96 and 97 are not to be taken into account in an H&C application. The Minister must consider elements related to the hardships that affect the foreign national. In the present case, the applicant had to establish the link between the hardship faced generally by young male Tamils and the hardships that he would face upon his return. the risks alleged by the

d'ordre humanitaire en vertu du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi).

Le demandeur, un Tamoul originaire du Nord du Sri Lanka âgé de 20 ans, a présenté une demande d'asile lorsqu'il est arrivé au Canada, mais sa demande a été refusée par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission). La Commission a estimé que les autorités sri-lankaises avaient pris des mesures pour améliorer la situation des Tamouls et que le demandeur n'avait pas un profil qui l'exposerait à un risque à son retour au Sri Lanka. Le demandeur a ensuite présenté une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) ainsi qu'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Les deux demandes ont été refusées et le demandeur n'a pas cherché à obtenir l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision relative à sa demande d'ERAR.

L'agente a refusé d'accorder la dispense pour des motifs d'ordre humanitaire étant donné qu'elle n'était pas convaincue que le retour du demandeur au Sri Lanka lui causerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. Elle a reconnu que le demandeur avait expliqué qu'il craignait de retourner au Sri Lanka parce qu'il est un jeune Tamoul du Nord. L'agente a fait observer que le paragraphe 25(1.3) de la Loi précise que, lorsqu'il examine une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, le ministre ne doit pas tenir compte des facteurs servant à établir la qualité de réfugié ou de personne à protéger au sens des articles 96 et 97, mais qu'il « doit tenir compte des difficultés auxquelles l'étranger fait face ». L'agente a examiné des [TRADUCTION] « preuves documentaires objectives » concernant la situation des Sri-Lankais tamouls et la situation du demandeur. Elle a conclu qu'elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour être convaincue que le demandeur serait ciblé par les forces de sécurité ou qu'il serait personnellement exposé à un risque de discrimination en raison de ses origines ethniques.

Il s'agissait principalement de savoir si l'agente a conclu de façon déraisonnable que le demandeur ne serait pas exposé à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives en raison de son profil de jeune Tamoul.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La Loi a été modifiée en 2010 pour clarifier la portée de l'appréciation des motifs d'ordre humanitaire. Le paragraphe 25(1.3) exige que l'on ne tienne compte d'aucun des facteurs qui entrent en jeu pour rendre une décision aux termes des articles 96 et 97 lorsqu'il s'agit de statuer sur une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Le ministre doit tenir compte des éléments liés aux difficultés auxquelles l'étranger fait face. En l'espèce, le demandeur devait établir l'existence d'un lien entre les difficultés que

applicant of persecution, torture, risk to life or cruel and unusual punishment on the basis of his race and nationality were considered in his refugee and PRRA determinations and could not be reconsidered in the H&C application. H&C considerations focus on other hardships which would not meet the same threshold as required under sections 96 and 97 of the Act. They include discrimination and adverse country conditions and how they affect the particular applicant, and whether this amounts to unusual and undeserved or disproportionate hardship. In the present case, the officer clearly assessed the circumstances that the applicant would face. She applied the proper test and her factual determinations were reasonable.

A question was certified as to the nature of the risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian and compassionate considerations under section 25 of the Act.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 72, 96, 97.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Lalane v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 6, 338 F.T.R. 224; *Ramaischrand v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 441, 388 F.T.R. 109; *Serrano Lemus v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1274, 13 Imm. L.R. (4th) 167.

##### CONSIDERED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Gaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 989, 65 Imm. L.R. (3d) 219; *Sha'er v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 231, 60 Imm. L.R. (3d) 189; *Hamam v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1296, 3 Imm. L.R. (4th) 289; *Caliskan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1190, [2014] 2 F.C.R. 111; *Serda v. Canada (Minister of Citizenship and*

*pourraient connaître de façon générale les jeunes Tamouls de sexe masculin et celles auxquelles il serait exposé à son retour au Sri Lanka. Les risques allégués par le demandeur d'être persécuté ou torturé ou de voir sa vie menacée ou de subir des traitements cruels et inusités du fait de sa race ou de ses origines ethniques, ont été examinés dans le cadre de sa demande d'asile et de sa demande d'ERAR et ne pouvaient être réexaminés dans le cadre d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Les motifs d'ordre humanitaire sont axés sur d'autres difficultés qui ne satisferaient pas au même critère minimal que celui qui est exigé aux articles 96 et 97 de la Loi. Ces difficultés comprennent la discrimination et les conditions défavorables dans le pays et la mesure dans laquelle elles ont une incidence sur le demandeur, et la question de savoir si ces difficultés constituent des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. En l'espèce, l'agente a manifestement évalué la situation à laquelle le demandeur serait exposé. Elle a appliqué le bon critère et ses conclusions de fait étaient raisonnables.*

La question de savoir quelle est la nature du risque, s'il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d'ordre humanitaire visées à l'article 25 de la Loi a été certifiée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 72, 96, 97.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Lalane c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 6; *Ramaischrand c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 441; *Serrano Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1274.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Gaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 989; *Sha'er c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 231; *Hamam c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1296; *Caliskan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1190, [2014] 2 R.C.F. 111; *Serda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 356;

*Immigration*), 2006 FC 356; *Alexander v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 634, 412 F.T.R. 91; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193.

## REFERRED TO:

*Terigho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 835; *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 813, 393 F.T.R. 135; *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 475, [2003] 2 F.C. 555.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Inland Processing (IP)*. Chapter IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/ip/ip05-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a decision of a senior immigration officer refusing to allow the applicant to apply for permanent resident status from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds pursuant to subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Barbara Jackman* for applicant.  
*Alexis Singer* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Jackman, Nazami & 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] KANE J.: Mr. Kanthasamy is a now 20-year-old Tamil from the northern region of Sri Lanka who arrived in Canada in 2010 and claimed refugee protection. In February 2011, the Immigration and Refugee Board (the

*Alexander c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 634; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Terigho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 835; *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 813; *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 475, [2003] 2 C.F. 555.

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Traitement des demandes au Canada (IP)*. Chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/ip/ip05-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente principale d'immigration a refusé d'autoriser le demandeur à présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en vertu du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Barbara Jackman* pour le demandeur.  
*Alexis Singer* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Jackman, Nazami & 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 rendu par*

[1] LA JUGE KANE : Âgé maintenant de 20 ans, M. Kanthasamy est un Tamoul originaire du Nord du Sri Lanka. Il est arrivé au Canada en 2010 et a présenté une demande d'asile. En février 2011, la Commission

Board) refused his application, finding that Sri Lankan authorities had taken measures to improve the situation of Tamils, and that the applicant did not have a profile that would put him at risk upon his return to Sri Lanka. Leave for judicial review of the Board's decision was denied.

[2] The applicant then made an application for a pre-removal risk assessment (PRRA) and an application on humanitarian and compassionate (H&C) grounds, pursuant to subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) to permit him to apply for permanent resident status from within Canada. Both applications were refused in January 2012. The applicant did not pursue leave for judicial review of the PRRA decision due to an agreement by the respondent to reconsider the H&C application.

[3] Additional submissions for the H&C application were made in April 2012 but were not available to the senior immigration officer (the officer) at the time of the April decision. The officer then considered the additional submissions and issued an addendum to the reasons on July 11, 2012. The officer refused to grant the exemption as she was not satisfied that the applicant's return to Sri Lanka would result in hardship that was unusual and undeserved or disproportionate.

[4] The July 11, 2012 decision (which incorporates the April 26 decision) is the subject of the current application for judicial review pursuant to section 72 of the Act.

#### *The decision*

[5] The officer provided detailed reasons in the April and July decisions. The officer acknowledged that the applicant identified a fear of returning to Sri Lanka because he is a young male Tamil from the northern region. The officer noted that subsection 25(1.3) of the Act

de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a refusé sa demande parce qu'elle a estimé que les autorités sri-lankaises avaient pris des mesures pour améliorer la situation des Tamouls et que le demandeur n'avait pas un profil qui l'exposerait à un risque à son retour au Sri Lanka. L'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission lui a été refusée.

[2] Le demandeur a ensuite présenté une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) ainsi qu'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en vertu du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), en vue d'être autorisé à présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada. Les deux demandes ont été refusées en janvier 2012. Le demandeur n'a pas cherché à obtenir l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision relative à sa demande d'ERAR parce que le défendeur avait accepté de réexaminer la demande fondée sur les motifs d'ordre humanitaire.

[3] Des observations supplémentaires ont été présentées en avril 2012 à l'appui de la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, mais l'agente principale d'immigration (l'agente) ne les avait pas en mains au moment de la décision d'avril. L'agente a ensuite examiné les observations supplémentaires et rédigé un addenda à ces motifs le 11 juillet 2012. Elle a refusé d'accorder la mesure spéciale sollicitée, étant donné qu'elle n'était pas convaincue que son retour au Sri Lanka causerait des difficultés au demandeur.

[4] La décision du 11 juillet 2012 (qui incorpore la décision du 26 avril) fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 72 de la Loi.

#### *La décision*

[5] L'agente a fourni des motifs détaillés dans ses décisions d'avril et de juillet. Elle a reconnu que le demandeur avait expliqué qu'il craignait de retourner au Sri Lanka parce qu'il est un jeune Tamoul du Nord. L'agente a fait observer que le paragraphe 25(1.3) de la

directs that the factors considered in the determination under sections 96 and 97 are not to be taken into account in the H&C determination but that the Minister “must consider elements related to the hardships that affect the foreign national”.

[6] The applicant’s fear of persecution, torture, risk to life or cruel and unusual punishment on the basis of his race and nationality, being a young Tamil male from the northern region of Sri Lanka, had been considered by the Board in the sections 96 and 97 assessment and by the officer in the PRRA determination. The applicant claimed that he had been detained twice, once in March 2010 for several hours, and again, briefly, in April 2010. His family then sent him to Canada to reside with his aunt and uncle and upon arrival he claimed refugee protection. In February 2011, the Refugee Protection Division (RPD) denied his refugee claim.

[7] The officer noted that the onus is on the applicant to demonstrate that country conditions would affect the applicant personally and cause him undue hardship. The officer considered the “objective documentary evidence” on the situation of Tamil Sri Lankans and the applicant’s circumstances and concluded that there was insufficient evidence to satisfy her that the applicant would be targeted by security forces or would be personally at risk of discrimination due to his ethnicity.

#### *The issues*

[8] The applicant submits that the decision is unreasonable because the officer made perverse findings, ignored or misinterpreted evidence regarding the applicant’s profile as a young male Tamil from the northern region, erred in rejecting the psychological report, discounted the applicant’s level of establishment and improperly analysed the best interests of the child (who is the applicant). In addition, the applicant submits that the officer breached the duty of procedural fairness by failing to provide reasons.

Loi précise que, lorsqu’il examine une demande fondée sur les motifs d’ordre humanitaire, le ministre ne doit pas tenir compte des facteurs servant à établir la qualité de réfugié ou de personne à protéger au sens des articles 96 et 97, mais qu’il « doit tenir compte des difficultés auxquelles l’étranger fait face ».

[6] La crainte du demandeur d’être persécuté ou torturé ou de faire l’objet de traitements ou peines cruels et inusités ou d’une menace à sa vie du fait de sa race ou de sa nationalité en tant que jeune Tamoul du Nord du Sri Lanka avait été examinée par la Commission dans son analyse des articles 96 et 97, ainsi que par l’agent chargé d’examiner la demande d’ERAR. Le demandeur affirmait qu’il avait été détenu à deux reprises, la première fois en mars 2010 pour quelques heures puis, de nouveau, brièvement en avril 2010. Sa famille l’avait ensuite envoyé au Canada pour aller vivre chez son oncle et sa tante et il avait demandé l’asile dès son arrivée au Canada. En février 2011, la Section de la protection des réfugiés (la SPR) a refusé sa demande d’asile.

[7] L’agente a fait observer qu’il incombait au demandeur de démontrer que la situation au Sri Lanka le toucherait personnellement et lui causerait des difficultés excessives. L’agente a examiné des [TRADUCTION] « preuves documentaires objectives » concernant la situation des Sri-Lankais tamouls et la situation du demandeur. Elle a conclu qu’elle ne disposait pas de suffisamment d’éléments de preuve pour être convaincue que le demandeur serait ciblé par les forces de sécurité ou qu’il serait personnellement exposé à un risque de discrimination en raison de ses origines ethniques.

#### *Questions en litige*

[8] Le demandeur affirme que la décision est déraisonnable parce que l’agente a tiré des conclusions arbitraires, a ignoré ou mal interprété des éléments de preuve concernant le profil du demandeur en tant que jeune Tamoul du Nord du Sri Lanka, a commis une erreur en écartant le rapport psychologique, n’a pas tenu compte du degré d’établissement du demandeur et a mal analysé l’intérieur supérieur de l’enfant (en l’occurrence le demandeur). Le demandeur affirme en outre que l’agente a manqué à son obligation d’équité procédurale en ne motivant pas sa décision.

*Standard of review*

[9] The Supreme Court of Canada has established that there are only two standards of review—reasonableness and correctness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 34. Procedural fairness is to be assessed on a standard of correctness. Factual determinations and mixed questions of fact and law are to be assessed on a standard of reasonableness.

[10] The standard of review of decisions under section 25 is reasonableness: *Terigho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 835, at paragraph 6.

[11] It is well established that the role of the Court on judicial review where the standard of reasonableness applies is not to substitute the decision it would have made but, rather, to determine whether the Board's decision "falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law": *Dunsmuir*, above, at paragraph 47. Although there may be 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": *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 59.

*Were the reasons inadequate?*

[12] The applicant submits that the officer's reasons do not address the evidence that was before her, particularly the additional submissions provided in April 2012. I do not agree.

[13] Both the reasons dated April 26, 2012 and the addendum dated July 11, 2012 refer to the evidence and submissions and reflect the officer's consideration of that evidence in assessing whether the discretion to grant

*Norme de contrôle*

[9] La Cour suprême du Canada a jugé qu'il n'existe que deux normes de contrôle, celle de la décision raisonnable et celle de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 34. L'équité procédurale doit être appréciée en fonction de la norme de la décision correcte. Quant aux conclusions factuelles et aux questions mixtes de fait et de droit, elles sont assujetties à la norme de la décision raisonnable.

[10] La norme de contrôle qui s'applique dans le cas des décisions fondées sur l'article 25 est celle de la décision raisonnable (*Terigho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 835, au paragraphe 6).

[11] Il est de jurisprudence constante que, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire à laquelle la norme de la décision raisonnable s'applique, la cour de révision ne peut substituer la solution qu'elle juge appropriée à celle qui a été retenue, mais qu'elle doit plutôt déterminer si celle-ci fait partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). Bien qu'il puisse exister plus d'une issue raisonnable, « 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 » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), au paragraphe 59).

*L'agente a-t-elle motivé suffisamment sa décision?*

[12] Le demandeur affirme que, dans ses motifs, l'agente n'a pas abordé les éléments de preuve dont elle disposait et, en particulier, les observations complémentaires qui lui avaient été soumises en avril 2012. Je ne suis pas de cet avis.

[13] Tant dans ses motifs du 26 avril 2012 que dans l'addenda du 11 juillet 2012, l'agente mentionne les éléments de preuve et les observations portées à sa connaissance et ses motifs témoignent du fait que

an exemption on H&C grounds should be exercised. The officer clearly states that she reviewed all the additional submissions which included: a letter from the applicant's counsel; a letter of support from a friend; a letter of employment from the applicant's part-time employer; a T-4 tax slip; the report of a psychological assessment; photos; and country documentation, in addition to the documents previously reviewed in the April 2012 decision.

[14] In my view, the record ably permits the Court "to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes" (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 16).

*Did the officer unreasonably find that the applicant would not face unusual and undeserved or disproportionate hardship due to his profile as a young Tamil male?*

[15] The applicant's submissions focus on whether the officer assessed the risks the applicant faced in determining hardship or simply relied on the fact that the risks had been considered in the PRRA application. The applicant also submits that the officer unreasonably found that the applicant would not be personally at risk of hardship if returned to Sri Lanka, but would face only the same general risks as other young males. The applicant submits that personalized risk is not required in an H&C determination.

[16] The jurisprudence has established that the assessment of risk in a PRRA is distinct from an assessment of those same risks as hardship in an H&C application. However, the well-settled jurisprudence must be

l'agente a tenu compte de ces éléments de preuve pour se demander si elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire et accorder une dispense pour des motifs d'ordre humanitaire. L'agente affirme dans les termes les plus nets qu'elle a examiné toutes les observations complémentaires et notamment : une lettre du conseil du demandeur, une lettre d'appui d'un ami, une lettre d'emploi de l'employeur à temps partiel du demandeur, un feuillet T4, le rapport d'évaluation psychologique, des photos, des documents sur la situation au pays en plus des documents qui avaient déjà été examinés dans la décision d'avril 2012.

[14] À mon avis, le dossier permet véritablement à la Cour « de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables » (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, au paragraphe 16).

*L'agente a-t-elle conclu de façon déraisonnable que le demandeur ne serait pas exposé à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives en raison de son profil de jeune Tamoul?*

[15] L'argumentation du demandeur est axée sur la question de savoir si l'agente a évalué les risques auxquels le demandeur serait exposé lorsqu'elle s'est prononcée sur la question des difficultés ou si elle s'est simplement fondée sur le fait que les risques en question avaient déjà été examinés dans le cadre de la demande d'ERAR. Le demandeur affirme également que l'agente a conclu de façon déraisonnable qu'il ne serait pas exposé à un risque personnel de subir des difficultés s'il devait retourner au Sri Lanka, mais qu'il était exposé aux mêmes risques généraux que les autres jeunes Tamouls de sexe masculin. Le demandeur affirme qu'il n'est pas nécessaire de conclure à l'existence d'un risque personnalisé pour statuer sur une demande fondée sur les motifs d'ordre humanitaire.

[16] Il est de jurisprudence constante que l'appréciation des risques propre à l'examen d'une demande d'ERAR est distincte de celle que l'on effectue pour savoir si ces mêmes risques constituent des difficultés

considered in light of section 25 as amended in 2010 [S.C. 2010 c. 8, s. 4; 2012, c. 17, s. 13(4)(F)].

[17] As noted by Justice Noël in *Gaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 989, 65 Imm. L.R. (3d) 219 (at paragraphs 24–26), the tests for a PRRA and H&C are different:

The test to be applied to H&C applications is set out in paragraph 17 of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, [1999] S.C.J. No. 39, which confirms the standard as set out in the IP-5 Manual. Madame Justice Claire L’Heureux-Dubé wrote among other things:

17 [...] Guideline 9.07 states that humanitarian and compassionate grounds will exist if “unusual, undeserved or disproportionate hardship would be caused to the person seeking consideration if he or she had to leave Canada”. [...] [the Court’s emphasis]

In application of this standard, this Court has established that while it is appropriate to rely on the risk factors in a prior PRRA report when making an H&C decision, the Officer must nonetheless be mindful to distinguish between the standards of proof specific to each type of application.

The Chief Justice said it best in *Pinter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] F.C.J. No. 366, 2005 FC 296 at paragraphs 2 to 5:

2 In explaining her rationale for her refusal of the Pinters’ request for permanent residence within Canada, the immigration officer noted:

- I have not dealt with the risk factors of the applications since they were reviewed by the Pre-Removal Risk Assessment officer who determined the family would not be at risk if they were returned to Hungary. The risk identified in the Humanitarian and Compassionate application is identical to the risk identified in the PRRA application.

Contrary to the immigration officer’s suggestion, there is a difference between the assessment of risk factors in an

dans le cas d’une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire. Cette jurisprudence constante doit toutefois être examinée à la lumière de l’article 25, qui a été modifié en 2010 [L.C. 2010, ch. 8, art. 4; 2012, ch. 17, art. 13(4)(F)].

[17] Ainsi que le juge Noël l’a fait observer dans le jugement *Gaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 989 (aux paragraphes 24 à 26), le critère applicable est différent selon qu’il s’agit d’une demande d’ERAR ou d’une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire :

Le critère à appliquer à l’égard des demandes CH est énoncé au paragraphe 17 de l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, [1999] A.C.S. n° 39, qui confirme la norme énoncée dans le Guide IP-5. La juge Claire L’Heureux-Dubé a notamment écrit ceci :

17 [...] La directive 9.07 dit qu’il existe des considérations humanitaires lorsque « des difficultés inhabituables, injustes ou indues seraient causées à la personne sollicitant l’examen de son cas si celle-ci devait quitter le Canada ». [...] [Non souligné dans l’original.]

Conformément à cette norme, notre Cour a établi que, bien qu’il soit approprié que l’agent se fonde sur les facteurs de risque relevés dans un rapport antérieur sur un ERAR lorsqu’il rend une décision CH, il doit néanmoins veiller à établir une distinction entre les normes de preuve qui sont propres à chaque type de demande.

Le juge en chef l’a particulièrement bien dit dans la décision *Pinter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] A.C.F. n° 366, 2005 CF 296, aux paragraphes 2 à 5 :

2 En expliquant son raisonnement pour rejeter la demande de résidence permanente depuis le Canada des Pinter, l’agente d’immigration a souligné ce qui suit :

[TRADUCTION] Je n’ai pas traité des facteurs de risque relativement aux demandes puisqu’ils avaient été examinés par l’agent d’examen des risques avant renvoi, lequel avait conclu que les membres de la famille ne seraient pas en danger s’ils étaient renvoyés en Hongrie. Le risque dégagé dans la demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire est identique à celui dégagé dans la demande d’ERAR.

Contrairement à la proposition de l’agente d’immigration, il existe une différence entre l’examen des facteurs de risque

application for humanitarian and compassionate consideration and one for protection from removal.

3 In an application for humanitarian and compassionate consideration under section 25 of the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), the applicant's burden is to satisfy the decision-maker that there would be unusual and undeserved or disproportionate hardship to obtain a permanent resident visa from outside Canada.

4 In a pre-removal risk assessment under sections 97, 112 and 113 of the IRPA, protection may be afforded to a person who, upon removal from Canada to their country of nationality, would be subject to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment.

5 In my view, it was an error in law for the immigration officer to have concluded that she was not required to deal with risk factors in her assessment of the humanitarian and compassionate application. She should not have closed her mind to risk factors even though a valid negative pre-removal risk assessment may have been made. There may well be risk considerations which are relevant to an application for permanent residence from within Canada which fall well below the higher threshold of risk to life or cruel and unusual punishment.

(See also, the Chief Justice in *Liyanage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] F.C.J. No. 1293, 2005 FC 1045 at paragraph 41. For an excellent analysis see Madam Danièle Tremblay-Lamer in *Sha'er v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] F.C.J. No. 297, 2007 FC 231 at paragraph 7.)

[18] In *Sha'er v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 231, 60 Imm L.R. (3d) 189, Justice Tremblay-Lamer noted (at paragraphs 7–9) that:

It is well established, and the parties agree, that the proper test for H&C decisions is: considering all of the relevant circumstances, would the general obligation put on all foreign nationals to apply for permanent residence from abroad cause the applicant unusual, undeserved or disproportionate hardship (*Baker v. Canada (M.C.I.)*, [1999] 2 S.C.R. 817 at para. 17; *Legault v. Canada (M.C.I.)*, [2002] 4 F.C. 358, 2002 FCA 125 at para. 23). Unusual, undeserved or disproportionate hardship encompasses the risk the applicant allegedly faces in her country of nationality, her level of integration in Canadian society and the consequences of her removal from Canada.

dans une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire et celui fait dans le cadre d'une demande de protection à l'encontre d'un renvoi.

3 Dans une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), le demandeur a le fardeau de convaincre le décideur qu'il y aurait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives à obtenir un visa de résident permanent de l'extérieur du Canada.

4 Dans un examen des risques avant renvoi en vertu des articles 97, 112 et 113 de la LIPR, la protection peut être accordée à une personne qui, suivant son renvoi du Canada vers son pays de nationalité, serait exposée soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements cruels et inusités.

5 À mon avis, l'agente d'immigration a commis une erreur de droit en concluant qu'elle n'était pas tenue de traiter des facteurs de risque dans son examen de la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. Elle n'aurait pas dû se fermer aux facteurs de risque même si une décision défavorable valide avait pu être rendue à la suite d'un examen des risques avant renvoi. Il peut exister des considérations relatives au risque qui soient pertinentes pour une demande de résidence permanente depuis le Canada, lesquelles sont loin de satisfaire le critère plus rigoureux de la menace à la vie ou du risque de traitements cruels et inusités.

(Voir aussi les motifs du juge en chef dans *Liyanage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. n° 1293, 2005 CF 1045, au paragraphe 41. Pour une excellente analyse, voir les motifs de madame la juge Danièle Tremblay-Lamer dans *Sha'er c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] A.C.F. n° 297, 2007 CF 231, au paragraphe 7.)

[18] Dans le jugement *Sha'er c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 231, la juge Tremblay-Lamer fait observer ce qui suit (aux paragraphes 7 à 9) :

Il est bien entendu, et les parties sont d'accord, que le critère à appliquer pour les décisions fondées sur des motifs d'ordre humanitaire est le suivant : si on tient compte de toutes les circonstances pertinentes, est-ce que l'obligation générale imposée à tous les étrangers de présenter une demande de résidence permanente à partir de l'étranger causerait à la demanderesse des difficultés inhabituelles, injustes ou indues (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 17; *Legault c. Canada (M.C.I.)*, [2002] 4 C.F. 358, 2002 CAF 125, au paragraphe 23). Les difficultés inhabituelles, injustes ou indues

There are significant analytical differences between H&C and PRRAs, as clearly stated by Chief Justice Allan Lutfy in *Pinter v. Canada (M.C.I.)*, [2005] F.C.J. No. 366 (QL), 2005 FC 296 at paragraphs 3-4:

...

I note that though the tests for H&C and PRRA matters are distinct, they are related, as held by Chief Justice Lutfy in *Liyanage v. Canada (M.C.I.)*, [2005] F.C.J. No. 1293 (QL), 2005 FC 1045 at paragraph 41:

[...] the immigration officer could adopt the factual conclusions in her PRRA decision to the analysis she was making in the H&C application. However, it was important that she apply those facts to the test of unusual and undeserved or disproportionate hardship, a lower threshold than the test of risk to life or cruel and unusual punishment which was relevant to the PRRA decision.

[19] Justice Tremblay-Lamer found that on the facts of that case, the officer had applied the wrong test (at paragraphs 14–15):

Furthermore, the officer's decision shows that he accepted the applicant's allegations of discrimination, and then discounted their significance through the wrong legal analysis:

[w]hile it is true that discrimination is a fact of life for ethnic and religious minorities in Israel, this does not in itself constitute persecution, nor demonstrate that the Israeli government is unwilling an[d] unable to protect the applicant. The documentary evidence indicates that Israeli citizens can expect the protection of the police and the courts, and that official recourses exist for individuals who feel they have been the object of discrimination by police officers. [Emphasis added]

The officer essentially accepted the fact of discrimination, but failed to properly consider whether it constituted unusual

incluent le risque que la demanderesse courrait dans le pays dont elle a la nationalité, son degré d'intégration dans la société canadienne et les conséquences de son renvoi du Canada.

Il y a des différences substantielles d'analyse entre une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire et une demande d'ERAR, comme cela est clairement exposé par le juge en chef Allan Lutfy dans *Pinter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. n°366 (QL), 2005 CF 296, aux paragraphes 3 et 4.

[...]

Je remarque que, même si les critères pour une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire et ceux pour une demande d'ERAR sont différents, ils sont liés comme l'a conclu le juge en chef Lutfy dans la décision *Liyanage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. n° 1293 (QL), 2005 CF 1045. Au paragraphe 41 il déclare ce qui suit :

[...] l'agente d'immigration pouvait, pour l'analyse de la demande fondée sur des considérations humanitaires, adopter les conclusions factuelles de sa décision relative à l'évaluation des risques avant renvoi. Toutefois, il importait qu'elle soumette lesdites conclusions factuelles au critère des difficultés inhabituelles, injustes ou excessives, un seuil plus faible que le critère des menaces à la vie ou des peines cruelles et inusitées, lequel critère valait pour la décision relative à l'évaluation des risques avant renvoi.

[19] La juge Tremblay-Lamer a conclu (aux paragraphes 14 et 15), vu l'ensemble des faits de cette affaire, que l'agent n'avait pas appliqué le bon critère :

En outre, la décision de l'agent montre qu'il a pris acte des allégations de discrimination de la demanderesse et que par la suite il en a minimisé l'importance en raison d'une mauvaise analyse juridique :

[TRADUCTION] Même s'il est vrai que la discrimination est un problème bien concret pour les minorités ethniques et religieuses en Israël, cela ne constitue pas en soi une persécution et ne démontre pas que le gouvernement israélien n'a pas la volonté et n'est pas en mesure de protéger la demanderesse. La preuve documentaire révèle que les citoyens israéliens peuvent compter sur la protection de la police et des tribunaux et que des recours officiels existent pour les personnes qui ont le sentiment d'être victimes de discrimination de la part des policiers. [Non souligné dans l'original.]

L'agent a fondamentalement pris acte de la discrimination, mais il a omis d'examiner correctement si cela constituait une

and undeserved or disproportionate hardship for the applicant in the circumstances, as required in the context of an H&C application. Instead, his analysis reveals that he applied a PRRA analysis in rejecting the discrimination as a valid ground for granting the H&C application. This is an error in law, and warrants the intervention of this Court (*Pinter*, above, at para. 6; *Liyanage*, above, at para. 44).

[20] In *Hamam v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1296, 3 Imm. L.R. (4th) 289, at paragraph 41, Justice Mandamin also noted that:

The jurisprudence sets out that the risk in an H&C application is that of hardship which is different from the risk to be considered in a PRRA application. As Justice [de] Montigny stated in *Ramirez*, “[i]t is beyond dispute that the concept of ‘hardship’ in an H&C application and the ‘risk’ contemplated in a PRRA are not equivalent and must be assessed according to a different standard.”

[21] The law is also well settled that the risks alleged in a H&C must be risks that are personal to the applicant.

[22] In *Lalane v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 6, 338 F.T.R. 224 (*Lalane*), Justice Shore noted (at paragraph 1):

The allegation of risks made in an application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds (H&C) must relate to a particular risk that is personal to the applicant. The applicant has the burden of establishing a link between that evidence and his personal situation. Otherwise, every H&C application made by a national of a country with problems would have to be assessed positively, regardless of the individual’s personal situation, and this is not the aim and objective of an H&C application. That conclusion would be an error in the exercise of the discretion provided for in section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) which is delegated to, *inter alia*, the Pre-removal Risk Assessment (PRRA) officer by the Minister (*Mathewa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 914, [2005] F.C.J. No. 1153 (QL) at para. 10; see also chapter IP 5 of the *Citizenship and Immigration Canada manual on inland processing of applications*, entitled “Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds”, which expressly provides that the risk identified in an H&C application must be a personalized risk (section 13, p. 34), Exhibit “B”,

difficulté inhabituelle, injuste ou indue pour la demanderesse dans les circonstances, comme cela est exigé dans le contexte d’une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire. Au lieu de cela, ses motifs révèlent qu’il a effectué une analyse propre à un ERAR qui a abouti au rejet de la discrimination comme moyen valable d’une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire. Il s’agit là d’une erreur de droit et cette erreur justifie l’intervention de la Cour; voir *Pinter*, précitée au paragraphe 6; *Liyanage*, précitée, au paragraphe 44.

[20] Dans le jugement *Hamam c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1296, au paragraphe 41, le juge Mandamin fait par ailleurs observer ce qui suit :

Il appert de la jurisprudence que le risque à examiner dans une demande CH est celui des difficultés, ce qui diffère du risque envisagé dans une demande d’ERAR. Comme le juge [de] Montigny l’a souligné dans la décision *Ramirez*, « [i]l va sans dire que la notion de “difficultés” dans une demande CH, et la notion de “risque” envisagée dans une ERAR ne sont pas équivalentes et doivent être appréciées selon une norme différente ».

[21] Il est également de jurisprudence constante que les risques allégués au soutien d’une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire doivent être personnellement courus par le demandeur.

[22] Dans le jugement *Lalane c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 6 (*Lalane*), le juge Shore fait observer ce qui suit (au paragraphe 1) :

L’allégation des risques au sein d’une demande de résidence permanente en vertu de considérations humanitaires (CH) doit être un risque particulier et personnel au demandeur. Le demandeur a le fardeau de démontrer un lien entre cette preuve et sa situation personnelle. Autrement, chaque ressortissant d’un pays en difficulté devrait recevoir une évaluation positive de sa demande CH, peu importe sa situation personnelle en cause, ce qui n’est pas le but et l’objectif d’une demande CH. En conclure ainsi constituerait une erreur à l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l’article 25 de la *Loi sur l’Immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) et délégué notamment à l’agent d’Examen des risques avant renvoi (ERAR) par le Ministre (*Mathewa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 914, [2005] A.C.F. n° 1153 (QL), au par. 10; également, le chapitre IP 5 du *Guide de Citoyenneté et Immigration Canada* sur le traitement des demandes au Canada intitulé « Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d’ordre humanitaire » qui prévoit expressément que le risque identifié dans une demande CH doit être un risque personnalisé (section 13, p. 34), pièce « B », Affidavit de Dominique Toillon;

Affidavit of Dominique Toillon; *Hussain v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 719, 149 A.C.W.S. (3d) 303).

[23] In *Ramaischrand v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 441, 388 F.T.R. 109 (*Ramaischrand*), Justice Mosley also found that a generalized risk is not sufficient to succeed on an H&C application and that there must be a link between evidence supporting generalized risk and that of a personalized risk.

[24] The jurisprudence that established that the same risk could be considered under section 25 but with a lower threshold because the assessment was of hardship, must be considered in light of the amendments to section 25.

[25] Subsection 25(1) of the Act [as am. by S.C. 2013, c. 16, s. 36], which is the general provision governing H&C applications, provides:

Humanitarian and compassionate considerations — request of foreign national

**25.** (1) Subject to subsection (1.2), the Minister must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible — other than under section 34, 35 or 37 — or who does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada — other than a foreign national who is inadmissible under section 34, 35 or 37 — who applies for a permanent resident visa, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

[26] The Act was amended in 2010 to clarify the scope of the H&C assessment. Subsection 25 (1.3) was added [as enacted by S.C. 2010, c. 8, s. 4; 2012, c. 17, s. 13(4)(F)] and provides:

*Hussain c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 719, 149 A.C.W.S. (3d) 303).

[23] Dans le jugement *Ramaischrand c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 441 (*Ramaischrand*), le juge Mosley a également conclu qu'il n'était pas suffisant d'invoquer un risque généralisé pour obtenir gain de cause dans une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire et qu'il devait y avoir un lien entre les éléments de preuve tendant à démontrer l'existence d'un risque généralisé et ceux relatifs à l'existence d'un risque personnalisé.

[24] Suivant la jurisprudence, il est possible d'examiner le même risque dans le cas d'une demande fondée sur l'article 25, à condition d'appliquer un critère préliminaire moins exigeant, parce qu'il faut apprécier les difficultés à la lumière des modifications apportées à l'article 25.

[25] Le paragraphe 25(1) de la Loi [mod. par L.C. 2013, ch. 16, art. 36], qui est la disposition générale régissant les demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire, dispose :

**25.** (1) Sous réserve du paragraphe (1.2), le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui demande le statut de résident permanent et qui soit est interdit de territoire — sauf si c'est en raison d'un cas visé aux articles 34, 35 ou 37 —, soit ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada — sauf s'il est interdit de territoire au titre des articles 34, 35 ou 37 — qui demande un visa de résident permanent, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.

Séjour pour motif d'ordre humanitaire à la demande de l'étranger

[26] La Loi a été modifiée en 2010 pour clarifier la portée de l'appréciation des motifs d'ordre humanitaire. Le paragraphe 25(1.3) [édicte par L.C. 2010, ch. 8, art. 4; 2012, ch. 17, art. 13(4)(F)] a été ajouté et il dispose :

## 25. ...

Non-appli-  
cation of  
certain  
factors

(1.3) In examining the request of a foreign national in Canada, the Minister may not consider the factors that are taken into account in the determination of whether a person is a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under subsection 97(1) but must consider elements related to the hardships that affect the foreign national.

[27] In *Caliskan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1190, [2014] 2 F.C.R. 111 (*Caliskan*), Justice Hughes examined the amendments to the H&C provisions of the Act, particularly the addition of subsection 25(1.3) which directs that the factors taken into account in a determination under sections 96 and 97 are not to be taken into account in an H&C application.

[28] Justice Hughes considered the testimony of witnesses who appeared before the Parliamentary Committee studying the proposed amendments to interpret the subsection and identify its intention and what might be considered “elements related to the hardships that affect the foreign national”.

[29] The witnesses indicated that the reform was intended to make a distinction between a determination of refugee protection, a PRRA and an H&C exemption. The H&C determination is not intended to be an additional assessment of those same risks, but an assessment of other hardship. The witnesses suggested that generalized adverse country conditions, systemic discrimination, best interests of the child, and establishment in Canada would be considered under subsection 25(1.3).

[30] Justice Hughes (at paragraphs 14 and 22) raised the same issue in *Caliskan* that arises in this case:

## 25. [...]

Non-appli-  
cation de  
certains  
facteurs

(1.3) Le ministre, dans l'étude de la demande faite au titre du paragraphe (1) d'un étranger se trouvant au Canada, ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié — au sens de la Convention — aux termes de l'article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face.

[27] Dans l'affaire *Caliskan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1190, [2014] 2 R.C.F. 111 (*Caliskan*), le juge Hughes a examiné les modifications apportées aux dispositions de la Loi en ce qui concerne les motifs d'ordre humanitaire. Il s'est notamment penché sur le nouveau paragraphe 25(1.3), qui exige que l'on ne tienne compte d'aucun des facteurs qui entrent en jeu pour rendre une décision aux termes des articles 96 et 97, lorsqu'il s'agit de statuer sur une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire.

[28] Le juge Hughes a examiné le témoignage des personnes qui s'étaient présentées devant le comité parlementaire chargé d'étudier les modifications proposées en vue d'interpréter ce paragraphe, d'en préciser l'objectif et de déterminer ce qu'il fallait entendre par « éléments liés aux difficultés auxquelles l'étranger fait face ».

[29] Les témoins ont indiqué que la réforme visait à établir une distinction entre la détermination du statut de réfugié, un ERAR et une dispense fondée sur les motifs d'ordre humanitaire. La décision relative aux motifs d'ordre humanitaire n'est pas censée donner lieu à une nouvelle évaluation des mêmes risques, mais à une appréciation d'autres difficultés. Les témoins ont laissé entendre que des facteurs tels que des conditions défavorables généralisées dans le pays, une discrimination systémique, l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que le degré d'établissement au Canada seraient étudiés dans le cadre d'une demande présentée en vertu du paragraphe 25(1.3).

[30] Le juge Hughes (aux paragraphes 14 et 22) a abordé dans l'affaire *Caliskan* la même question que celle qui se pose en l'espèce :

The question is, therefore, whether subsection 25(1.3) of IRPA, as amended, which exempts section 96 and subsection 97(1) considerations is itself constrained by the exemption to subsection 97(1) afforded by subparagraph 97(1)(b)(ii). Put another way, is the Minister, or Minister's officer, still required to consider "generalized risk" in the context of considering "hardship"?

...

I conclude that the guidelines got it right in construing how the amended provisions of section 25 of IRPA are to be interpreted. We are to abandon the old lingo and jurisprudence respecting personalized and generalized risk and focus upon the hardship to the individual. Included within the broader exercise in considering such hardship is consideration of "adverse country conditions that have a direct negative impact on the applicant."

[31] The guidelines [Citizenship and Immigration Canada, *Inland Processing (IP)*, Chapter IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds] provide:

**5.16. H&C and hardship: Factors in the country of origin to be considered**

While A96 and A97 factors may not be considered, the decision-maker must take into account elements related to the hardships that affect the foreign national. Some examples of what those "hardships" may include are:

- lack of critical of [*sic*] medical/healthcare;
- discrimination which does not amount to persecution;
- adverse country conditions that have a direct negative impact on the applicant.

[32] In *Caliskan*, Justice Hughes found that the officer improperly focused on the risks faced by the applicant and not on the hardship, as required in section 25. He then certified a question on the nature of the risks to be considered under section 25 as amended (at paragraphs 26–27):

[...]

La question qui se pose est donc celle de savoir si le paragraphe 25(1.3) de la LIPR modifié, qui exclut la prise en compte des facteurs visés à l'article 96 et au paragraphe 97(1), est lui-même assujéti à l'exception au paragraphe 97(1) prévue au sous-alinéa 97(1)(b)(ii). Autrement dit, le ministre, ou l'agent qui agit en son nom, doit-il tenir compte du « risque généralisé » lorsqu'il examine les « difficultés »?

Je conclus que les auteurs des lignes directrices ont vu juste quant à l'interprétation qu'il convient de faire des dispositions modifiées de l'article 25 de la LIPR. Nous devons abandonner le vieux jargon et l'ancienne jurisprudence relatifs aux risques personnalisés et généralisés et nous concentrer sur les difficultés qu'éprouverait l'intéressé. Cet exercice plus général d'examen des difficultés en question comprend la prise en compte « des conditions défavorables dans le pays qui ont une incidence néfaste directe sur le demandeur ».

[31] Voici ce qu'on trouve à ce sujet dans les lignes directrices [Citoyenneté et Immigration Canada, *Traitement des demandes au Canada (IP)*, chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire] :

**5.16. Considérations d'ordre humanitaire et difficultés : facteurs pertinents à l'égard du pays d'origine**

Bien qu'il ne puisse tenir compte des facteurs visés aux L96 et L97, le décideur doit tenir compte des éléments liés aux difficultés auxquelles l'étranger fait face. Voici quelques exemples de « difficultés » :

- l'incapacité d'obtenir des traitements médicaux essentiels;
- une forme de discrimination qui n'équivaut pas à de la persécution;
- des conditions défavorables dans le pays qui ont une incidence néfaste directe sur le demandeur.

[32] Dans le jugement *Caliskan*, le juge Hughes a estimé que l'agent avait eu tort de se concentrer sur les risques auxquels le demandeur serait exposé et non sur les difficultés qu'il pourrait connaître, contrairement aux exigences de l'article 25. Il a ensuite certifié une question portant sur la nature des risques à examiner pour se conformer à l'article 25, dans sa version modifiée (aux paragraphes 26 et 27) :

I find that the reasons improperly focus on risk and embark on an exercise of distinguishing personalized from generalized risk, which should not be done. The focus should be on hardship, including any adverse country conditions that have a direct negative impact on the applicant. The matter will be sent back for redetermination by a different officer, having these principles in mind.

I recognize that this case raises a new issue not considered by earlier jurisprudence and will certify the following question:

What is the nature of risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian and compassionate considerations under section 25 of IRPA, as amended by the *Balanced Refugee Reform Act*?

[33] In the present case, the issue remains whether the hardships—as opposed to the risks that were considered under sections 96 and 97—would have a direct impact on the applicant. While Justice Hughes indicates that the old “lingo” should be abandoned, he does not suggest that there is no need to assess the hardship of the particular applicant. If that were the case, then as noted in *Lalane*, cited above, “every H&C application made by a national of a country with problems would have to be assessed positively, regardless of the individual’s personal situation”. To justify a H&C exemption, the considerations, including adverse country conditions and discrimination, should have a direct and negative impact on the particular applicant.

[34] The jurisprudence established in *Lalane* and *Ramaischrand* can be adapted to the amended section 25. In the present case, the applicant must, therefore, establish the link between the hardship faced generally by young male Tamils and the hardships that he would face upon his return.

[35] The officer clearly assessed the circumstances that the applicant would face. The officer noted that some Tamils are singled out for questioning and detention but this is done on suspicion that those targeted are LTTE [Liberation Tigers of Tamil Eelam] supporters or

J’estime que les motifs se concentrent à tort sur le risque et s’évertuent à opérer une distinction entre le risque personnalisé et le risque généralisé qui n’a pas sa place. Les motifs devraient se concentrer sur les difficultés, et notamment sur les conditions défavorables dans le pays qui ont une incidence néfaste directe sur le demandeur, le cas échéant. L’affaire sera renvoyée pour nouvelle décision par un agent différent, qui devra avoir ces principes à l’esprit.

Je reconnais que la présente affaire soulève une question nouvelle qui n’a pas encore été examinée par la jurisprudence, et je certifierai la question suivante :

Quelle est la nature du risque, s’il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d’ordre humanitaire visées à l’article 25 de la LIPR, modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*?

[33] Dans le cas qui nous occupe, nous sommes également amenés à nous demander si les difficultés — par opposition aux risques déjà examinés en vertu des articles 96 et 97 — auraient une incidence directe sur le demandeur. Bien que le juge Hughes affirme qu’il faille abandonner le vieux « jargon », il ne laisse pas entendre qu’il n’est pas nécessaire d’apprécier les difficultés que le demandeur en question pourrait connaître. Ainsi que la Cour l’a fait observer, dans le jugement *Lalane*, précité, s’il en était ainsi « chaque ressortissant d’un pays en difficulté devrait recevoir une évaluation positive de sa demande CH, peu importe sa situation personnelle en cause ». Pour justifier une dispense fondée sur les motifs d’ordre humanitaire, il est nécessaire que des facteurs, dont les conditions défavorables dans le pays et la discrimination, aient une incidence néfaste directe sur le demandeur.

[34] Il est possible d’adapter en fonction du nouvel article 25 la jurisprudence établie dans les décisions *Lalane* et *Ramaischrand*. En l’espèce, le demandeur doit par conséquent établir l’existence d’un lien entre les difficultés que pourraient connaître de façon générale les jeunes Tamouls de sexe masculin et celles auxquelles il serait exposé à son retour au Sri Lanka.

[35] L’agente a manifestement évalué la situation à laquelle le demandeur serait exposé. Elle a fait observer que certains Tamouls étaient spécialement visés et qu’ils étaient interrogés et détenus, mais uniquement parce qu’ils étaient soupçonnés d’être des sympathisants

sympathizers. The officer noted that the applicant's family in Sri Lanka had not been targeted for mistreatment due to their ethnicity and that there was no evidence that the applicant was a person of interest or that inquiries had been made to his family about his whereabouts. The officer found that there was insufficient evidence to satisfy her that the applicant will be targeted or to support the applicant's statements that he would be personally discriminated because of his ethnicity.

[36] The officer assessed whether and how the adverse country conditions and discrimination against young male Tamils would directly impact the applicant and concluded that any impact would not amount to hardship to warrant an exemption.

[37] As a result of the amendments to section 25, the risks alleged by the applicant of persecution, torture, risk to life or cruel and unusual punishment on the basis of his race and nationality were considered in his refugee and PRRA determinations and cannot be reconsidered in the H&C. The H&C considerations focus on other hardships which would not meet the same threshold as required under sections 96 and 97. In some circumstances there may be some overlap between the allegations of risk and of hardship. However, to give effect to the amendments, the assessment should focus on other hardships, including discrimination and adverse country conditions and how they affect the particular applicant, and whether this amounts to unusual and undeserved or disproportionate hardship.

[38] This approach is consistent with the decision of Justice Near, as he then was, in *Serrano Lemus v.*

ou des partisans des TLET [Tigres de libération de l'Eelam tamoul]. L'agente a fait observer que la famille du demandeur au Sri Lanka n'avait pas été ciblée en vue de faire l'objet de mauvais traitements du fait de leur origine ethnique et que rien ne permettait de penser que le demandeur intéressait les autorités ou que ces dernières avaient cherché à savoir auprès de sa famille où il se trouvait. L'agente a conclu qu'elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que le demandeur serait ciblé ou encore pour confirmer ses affirmations qu'il serait personnellement victime de discrimination en raison de ses origines ethniques.

[36] L'agente s'est demandé en quoi, le cas échéant, les conditions défavorables au Sri Lanka et la discrimination dont étaient victimes les jeunes Tamouls de sexe masculin auraient une incidence néfaste directe sur le demandeur et elle a conclu que cette incidence ne serait pas suffisamment grave pour être assimilé à des difficultés justifiant d'accorder une dispense.

[37] Par suite des modifications apportées à l'article 25, les risques évoqués par le demandeur, en l'occurrence le risque d'être persécuté ou torturé ou de voir sa vie menacée ou de subir des traitements cruels et inusités du fait de sa race ou de ses origines ethniques, ont été examinés dans le cadre de sa demande d'asile et de sa demande d'ERAR et ne peuvent être réexaminés dans le cadre d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Les motifs d'ordre humanitaire sont axés sur d'autres difficultés qui ne satisferaient pas au même critère minimal que celui qui est exigé aux articles 96 et 97. Dans certains cas, il peut y avoir un certain chevauchement entre les allégations de risque et les allégations de difficultés. Toutefois, pour donner effet aux modifications, l'appréciation devrait porter sur d'autres difficultés, y compris la discrimination et les conditions défavorables dans le pays et la question de savoir dans quelle mesure elles ont une incidence sur le demandeur, et sur la question de savoir si ces difficultés constituent des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[38] Ce raisonnement va dans le sens de la décision rendue par le juge Near (maintenant juge à la Cour

*Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1274 (JMSL), at paragraphs 18–19:

I am satisfied in this case that the Officer considered all of the evidence before her and came to a reasonable conclusion. Her cognizance of the “problems [the Applicants] face at the hands of the Mara Salvatruchia [*sic*]” is clear from her identification of the decisions pertaining to their refugee and PRRA applications. Given subsection 25(1.3) of IRPA, it was reasonable for the Officer to determine that the Applicants’ fears had already been addressed in those other applications, and to focus on the hardship that might be suffered by the Applicants if returned to El Salvador to apply for permanent residence.

As the Respondent rightly points out, the documents referred to in pages 145 to 188 of the Application Record consist primarily of identification documents and police record checks. The only document that relates to the particular problems the Applicants might face with respect to MS is a single affidavit sworn by Mrs. Rosa Elbira Alvarado de Carranza, which alleges that she received threatening phone calls asking for the Applicants’ whereabouts. There was no specific mention of this document in the Applicants’ submissions, and there is no other corroborating evidence. The Officer is entitled to weigh the evidence before her, and need not mention every piece of evidence she considers. It is clear from the decision that the Officer considered the hardship that might specifically be faced by the minor Applicant and by the female Applicant. Her conclusion that this hardship did not amount to unusual and undeserved or disproportionate hardship was reasonable. [Emphasis added.]

[39] In the present case, the officer applied the proper test and her factual determinations are reasonable.

#### *Establishment*

[40] The applicant submits that the officer erred in discounting his level of establishment in Canada because this occurred while he was without status in Canada.

[41] I do not agree. The officer thoroughly considered the applicant’s establishment in his Canadian community and family in both sets of reasons. The officer noted that

d’appel dans l’affaire *Serrano Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1274 (JMSL), aux paragraphes 18 et 19 :

En l’espèce, je suis convaincu que l’agente a pris en considération la totalité des éléments de preuve qui lui étaient soumis et qu’elle est arrivée à une conclusion raisonnable. Il ressort clairement de la mention qu’elle a faite des décisions relatives aux demandes d’asile et d’ERAR des demandeurs qu’elle était au fait des [TRADUCTION] « problèmes que [les demandeurs] risquent d’avoir aux mains des Mara Salvatruchia [*sic*] ». Vu le paragraphe 25(1.3) de la LIPR, il était raisonnable de sa part de conclure que l’on avait déjà traité des craintes des demandeurs dans l’examen de ces autres demandes, et de se concentrer sur les difficultés que les demandeurs pourraient subir s’ils retournaient au Salvador pour présenter de là une demande de résidence permanente.

Comme le signale à juste titre le défendeur, les documents dont il est question aux pages 145 à 188 du dossier de demande sont principalement de documents d’identification et de vérification de dossiers de police. Le seul document qui est lié aux problèmes particuliers que les demandeurs pourraient subir en rapport avec le MS est un affidavit, fait par M<sup>me</sup> Rosa Elbira Alvarado de Carranza, qui allègue avoir reçu des appels téléphoniques menaçants demandant où se trouvaient les demandeurs. Aucune mention précise de ce document n’a été faite dans les observations des demandeurs, et il n’existe aucune preuve corroborante. L’agente est en droit d’évaluer les éléments de preuve qu’elle a en main, et il n’est pas nécessaire qu’elle mentionne tous les éléments de preuve qu’elle prend en considération. Il ressort clairement de la décision que l’agente a tenu compte des difficultés précises auxquelles le demandeur mineur et la demanderesse pourraient être exposés. Sa conclusion selon laquelle ces difficultés n’étaient pas assimilables à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives était raisonnable. [Non souligné dans l’original.]

[39] Dans le cas qui nous occupe, l’agente a appliqué le bon critère et ses conclusions de fait sont raisonnables.

#### *Établissement*

[40] Le demandeur affirme que l’agente a commis une erreur en ne tenant pas compte de son degré d’établissement au Canada parce qu’il se trouvait au Canada sans statut pendant toute cette période.

[41] Je ne suis pas de cet avis. L’agente a examiné à fond le degré d’établissement du demandeur au sein de la société canadienne et de sa famille dans ses deux

the applicant had adapted to life with his aunt and uncle, did well in school, held a part-time job with his uncle and had made friends. However, the officer found that this level of establishment was what would be expected in similar circumstances. The officer acknowledged that the applicant would prefer to remain in Canada and that his return to Sri Lanka would result in a separation from his new friends and his aunt and uncle and Canadian relatives, but that he had family in Sri Lanka to support him. The officer assessed all of the aspects of his establishment and reasonably concluded that the separation may be difficult but did not amount to unusual and undeserved or disproportionate hardship.

[42] The officer noted, as would I, that the H&C exemption is an exemption from applying for permanent residence from outside of Canada and the applicant may pursue an application upon his return home.

[43] In *Serda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 356, Justice de Montigny considered whether the officer fettered her discretion by not considering evidence of establishment after the applicants became subject to a removal order. At paragraphs 20–24, Justice de Montigny noted:

One of the cornerstones of the *Immigration and Refugee Protection Act* is the requirement that persons who wish to live permanently in Canada must, prior to their arrival in Canada, submit their application outside Canada and qualify for, and obtain, a permanent resident visa. Section 25 of the Act gives to the Minister the flexibility to approve deserving cases for processing within Canada. This is clearly meant to be an exceptional remedy. ...

It would obviously defeat the purpose of the Act if the longer an applicant was to live illegally in Canada, the better his or her chances were to be allowed to stay permanently, even though he or she would not otherwise qualify as a refugee or permanent resident. This circular argument was indeed

décisions. L'agente a fait observer que le demandeur s'était adapté à la vie avec son oncle et sa tante, qu'il réussissait bien à l'école, qu'il travaillait à temps partiel pour son oncle et qu'il s'était fait des amis. L'agente a toutefois estimé que ce degré d'établissement correspondait à celui auquel on pouvait s'attendre dans des situations analogues. L'agente a reconnu que le demandeur préférerait demeurer au Canada et que son retour au Sri Lanka entraînerait une séparation d'avec ses nouveaux amis, son oncle et sa tante ainsi qu'avec ses proches canadiens, mais qu'il avait de la famille au Sri Lanka pour l'aider. L'agente a examiné tous les aspects de l'établissement du demandeur et a conclu de façon raisonnable que, bien que difficile, la séparation en question n'équivalait pas à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[42] L'agente a fait observer, comme je le ferais, qu'une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire dispense le demandeur de présenter sa demande de résidence permanente depuis l'extérieur du Canada et que le demandeur pouvait présenter sa demande une fois revenu chez lui.

[43] Dans le jugement *Serda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 356, le juge de Montigny s'est demandé si l'agente avait entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en ne tenant pas compte d'éléments de preuve relatifs à l'établissement des demandeurs après que ceux-ci eurent fait l'objet d'une mesure de renvoi. Le juge de Montigny a fait les observations suivantes aux paragraphes 20 à 24 :

L'une des pierres angulaires de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* est l'obligation, pour les personnes qui souhaitent s'établir de manière permanente au Canada, de soumettre avant leur arrivée au Canada une demande hors du Canada, de satisfaire aux critères relatifs au statut de résident permanent et d'obtenir un visa de résidence permanente. L'article 25 de la Loi donne au ministre la possibilité d'autoriser certaines personnes, dans les cas qui le justifient, à déposer leur demande depuis le Canada. Cette mesure se veut clairement une mesure d'exception [...]

Il serait clairement à l'encontre de l'objet de la Loi de prétendre que plus un demandeur reste longtemps au Canada en situation illégale, meilleures sont ses chances d'être autorisé à s'établir de manière permanente et ce, même si ce demandeur ne satisfait pas aux critères lui permettant d'obtenir le statut

considered by the H & C officer, but not accepted; it doesn't strike me as being an unreasonable conclusion.

...

...it cannot be said that the exercise of all the legal recourses provided by the IRPA are circumstances beyond the control of the Applicant. A failed refugee claimant is certainly entitled to use all the legal remedies at his or her disposal, but he or she must do so knowing full well that the removal will be more painful if it eventually comes to it...

In any event, the Immigration Officer did not refuse to consider the establishment of the Applicants in Canada, but decided to give this factor little weight. It cannot be said, therefore, that she fettered her discretion; quite to the contrary, she looked at all the circumstances before concluding as she did, and therefore exercised her discretion.

[44] In the present case, the applicant had availed himself of all opportunities to remain in Canada and while in Canada had adapted and done what would be expected of a young student—he went to school, made friends, adapted to his relatives in Canada, and had a part-time job. The officer took this into account and did not discount this establishment. She merely observed the obvious—that he did so while awaiting immigration status.

[45] As noted by Justice Snider in *Alexander v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 634, 412 F.T.R. 91 (at paragraph 14):

As the Respondent notes, *Owusu v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 38 at para 8, [2004] 2 FCR 635, teaches that “applicants have the onus of establishing the facts on which their claim rests”. Although the Applicant says a positive determination based on her establishment in Canada was inevitable, this is simply not the case. The evidence as to her establishment in Canada was that she has family here, has worked here, and has become connected to the community here. Inherent in the notion of H&C applications is that hardship is a normal consequence of deportation proceedings, and that relief is to be granted only when hardship goes beyond the inherent consequences of deportation. The Officer considered all of the evidence and reasonably

de réfugié ou de résident permanent. Cet argument circulaire a effectivement été examiné par l'agente d'immigration, mais il n'a pas été retenu. Cette conclusion ne m'apparaît pas déraisonnable.

[...]

[...] on ne peut pas dire que l'exercice de tous les recours prévus par la LIPR corresponde à des circonstances échappant au contrôle du demandeur. Le demandeur qui se voit[t] refuser le statut de réfugié est parfaitement en droit d'épuiser tous les recours mis à sa disposition par la loi mais il doit savoir que ce faisant, son éventuel renvoi en sera d'autant plus pénible [...]

En tout état de cause, l'agente d'immigration n'a pas refusé de prendre en compte l'établissement des demandeurs au Canada, mais elle a décidé d'accorder peu de valeur à ce facteur. En conséquence, on ne peut pas dire qu'elle a entravé son pouvoir discrétionnaire; bien au contraire, elle a examiné l'ensemble des circonstances avant de conclure comme elle l'a fait et elle a donc ainsi exercé son pouvoir discrétionnaire.

[44] En l'espèce, le demandeur s'est prévalu de toutes les possibilités qui s'offraient à lui pour demeurer au Canada et, pendant la période qu'il a passée au Canada, il s'est adapté et a fait ce à quoi on s'attendrait d'un jeune étudiant : il a fréquenté l'école, s'est fait des amis, s'est adapté à la vie avec ses proches au Canada et a exercé un emploi à temps partiel. L'agente a tenu compte de ces facteurs et elle n'a pas minimisé l'importance de son degré d'établissement. Elle s'est contentée de faire observer ce qui était évident, en l'occurrence, que le demandeur avait agi de la sorte en attendant d'obtenir son statut d'immigrant.

[45] Ainsi que la juge Snider l'a fait observer dans le jugement *Alexander c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 634 (au paragraphe 14) :

Comme le défendeur le fait remarquer, *Owusu c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 38, au paragraphe 8, [2004] 2 RCF 635, enseigne que « le demandeur a le fardeau de présenter les faits sur lesquels sa demande repose ». Même si la demanderesse affirme que seule une décision favorable pouvait être rendue sur la foi de son établissement au Canada, ce n'est tout simplement pas le cas. La preuve relative à son établissement au Canada démontrait que des membres de sa famille vivaient ici, qu'elle travaillait ici et qu'elle avait créé des liens avec la collectivité ici. Le fait que la procédure d'expulsion entraîne normalement des difficultés et qu'une dispense ne doit être accordée que lorsque ces difficultés dépassent les conséquences inhérentes à l'expulsion est indissociable des demandes

concluded that the Applicant's establishment would not cause undue hardship. [Emphasis added.]

[46] H&C assessments involve the consideration of a wide-range of factors, and the level of establishment is not determinative (*Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 813, 393 F.T.R. 135, at paragraph 13).

#### *Best Interests of Children (BIOC)*

[47] The applicant also submits that the officer did not conduct an adequate BIOC analysis of the applicant, which is required in an H&C determination.

[48] The applicant was under 18 when he arrived and was 18 at the time the H&C application was submitted. Although a BIOC analysis focuses on children under 18, it is apparent that the officer did consider this aspect of the H&C determination specifically in the April reasons and considered the applicant's age in the context of assessing his level of establishment in the July reasons.

[49] The officer noted that the applicant had made ties to his Canadian relatives who he lived with but that he also had parents and siblings in Sri Lanka and that he had spent his life up to 2010 in Sri Lanka and attended school.

[50] The officer reasonably concluded that there would be no unusual or undeserved hardship should the applicant return to his family to continue his education in Sri Lanka.

[51] The officer did not err in the BIOC analysis. The officer was "alert, alive and sensitive" to the BIOC: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 75. The

fondées sur des motifs d'ordre humanitaire. L'agent a tenu compte de tous les éléments de preuve et a raisonnablement conclu que l'établissement de la demanderesse n'entraînerait pas de difficultés indues. [Non souligné dans l'original.]

[46] L'évaluation d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire suppose que l'on tienne compte d'une foule de facteurs, et le degré d'établissement n'est pas déterminant en soi (*Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 813, au paragraphe 13).

#### *L'intérêt supérieur de l'enfant*

[47] Le demandeur affirme également que l'agente n'a pas analysé la question de l'intérêt supérieur de l'enfant comme elle devait le faire pour se prononcer sur la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire.

[48] Le demandeur avait moins de 18 ans lorsqu'il est arrivé au Canada et il avait 18 ans au moment où il a soumis sa demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Bien que l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant porte sur des enfants âgés de moins de 18 ans, il est évident que l'agente a tenu expressément compte de cet aspect de la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire dans sa décision d'avril et qu'elle a tenu compte de l'âge du demandeur pour apprécier son degré d'établissement dans sa décision de juillet.

[49] L'agente a fait observer que le demandeur avait créé des liens avec les membres de sa famille avec lesquels il vivait au Canada, mais qu'il avait également ses parents et des frères et sœurs au Sri Lanka et qu'il avait vécu toute sa vie au Sri Lanka jusqu'en 2010 et y avait fréquenté l'école.

[50] L'agente a conclu de façon raisonnable que le demandeur ne serait pas exposé à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives s'il devait retourner auprès de sa famille pour poursuivre ses études au Sri Lanka.

[51] L'agente n'a pas commis d'erreur dans son analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle s'est montrée « réceptive, attentive et sensible » à cet intérêt : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

starting point is to determine where the best interests of the child lie and the officer did so. The officer determined that the applicant's best interests were to return to his family in Sri Lanka. While the applicant takes the position that his best interests are to remain in Canada, the case law has established that while life may be better in Canada for children, more is required to justify an exemption relying on a BIOC analysis (see, for example, *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 475, [2003] 2 F.C. 555, at paragraph 5).

#### *Psychological Assessment*

[52] The applicant submits that the officer erred in rejecting the psychological assessment because it was based on what the applicant told the psychologist. As there was no adverse credibility finding, the applicant submits that there was no valid reason to reject the psychologist's report.

[53] The applicant also submits that it is impossible for the officer to accept the applicant's diagnosis but not the reasons for the diagnosis. In addition, the applicant argues that the officer failed to consider the harm the applicant would suffer if he returned to Sri Lanka.

[54] It is clear from the reasons that the officer did not reject the report. The officer considered it in both sets of reasons. In the addendum, the officer noted that the psychologist reported that the applicant had recounted his detention, along with other boys, for several hours, the threats made by the military during this period of detention and that the military continues to inquire about the applicant's whereabouts with his family.

[55] The officer considered the psychological assessment which canvassed the effects of the applicant's impending removal to Sri Lanka. The officer noted that the psychologist's report contained hearsay on the

*l'Immigration*), [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 75. Le point de départ de cette analyse consiste à se demander où réside l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, c'est ce que l'agente a fait. Elle a estimé qu'il était dans l'intérêt supérieur du demandeur qu'il retourne auprès de sa famille au Sri Lanka. Bien que le demandeur soit d'avis qu'il est plutôt dans son intérêt supérieur de demeurer au Canada, il est de jurisprudence constante que, même si la vie peut être meilleure au Canada pour les enfants, il en faut plus pour justifier une dispense fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant (voir, par ex., le jugement *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 475, [2003] 2 C.F. 555, au paragraphe 5).

#### *Évaluation psychologique*

[52] Le demandeur affirme que l'agente a commis une erreur en écartant l'évaluation psychologique parce qu'elle reposait sur ce que le demandeur avait dit au psychologue. Le demandeur soutient que, comme aucune conclusion négative n'avait été tirée au sujet de la crédibilité, l'agente n'avait aucune raison valable de rejeter le rapport du psychologue.

[53] Le demandeur affirme également qu'il était impossible que l'agente accepte le diagnostic du demandeur tout en écartant les raisons de ce diagnostic. Le demandeur affirme en outre que l'agente n'a pas tenu compte du préjudice que subirait le demandeur s'il devait retourner au Sri Lanka.

[54] Il ressort à l'évidence des motifs de sa décision que l'agente n'a pas écarté le rapport. Elle en a tenu compte dans ses deux décisions. Dans son addenda, l'agente fait observer que le psychologue avait relevé que le demandeur avait raconté le fait qu'il avait été détenu avec d'autres garçons pendant plusieurs heures, que des soldats l'avaient menacé pendant sa période de détention et qu'ils continuaient à interroger sa famille pour savoir où il se trouvait.

[55] L'agente a examiné l'évaluation psychologique dans laquelle étaient analysées les conséquences du renvoi imminent du demandeur au Sri Lanka. L'agente a fait observer que l'on trouvait dans le rapport du

country conditions in Sri Lanka, and that the doctor was not in a position to proffer expert testimony on such matters. The officer acknowledged that the applicant may suffer from anxiety and distress for a number of reasons.

[56] The officer also noted that the applicant was not seeking any treatment in Canada, and if treatment were needed, he could obtain it in Sri Lanka. The officer did not fail to consider that the report indicated that the applicant's well-being was declining as a result of his deportation order.

[57] The officer reasonably concluded that this would not amount to undue hardship.

[58] The officer did not misconstrue the evidence which indicated that he would suffer harm if returned—i.e., that the applicant's PTSD [post-traumatic stress disorder] would be exacerbated by a return to Sri Lanka. The officer took this into account noting that hardship results from deportation for most people but that she was not satisfied that this evidence amounted to unusual and undeserved or disproportionate harm for the applicant.

[59] The officer concluded by indicating that the H&C process is not designed to eliminate hardship, but rather to relieve undue and undeserved or disproportionate hardship.

### *Conclusion*

[60] As noted above, the standard of review for decisions made regarding H&C applications is that of reasonableness.

[61] As the officer notes in her reasons, the H&C process permits an exemption from applying for permanent residence from outside of Canada. It is an exceptional provision to be exercised where there is

psychologue du oui-dire sur la situation qui existe au Sri Lanka, et que le médecin n'était pas en mesure de témoigner à titre d'expert à ce sujet. L'agente a reconnu que le demandeur pouvait souffrir d'anxiété et d'angoisse pour diverses raisons.

[56] L'agente a également fait observer que le demandeur ne cherchait pas à se faire soigner au Canada et que s'il avait besoin de soins, il pouvait les obtenir au Sri Lanka. L'agente n'a pas omis de tenir compte du fait que le rapport indiquait que le bien-être du demandeur déclinait depuis qu'une mesure d'expulsion avait été prise contre lui.

[57] L'agente a conclu de façon raisonnable que ces circonstances ne pouvaient être assimilées à des difficultés excessives.

[58] L'agente n'a pas mal interprété les éléments de preuve suivant lesquels le demandeur subirait un préjudice s'il retournait au Sri Lanka, c.-à-d. que son trouble de stress post-traumatique s'aggraverait s'il retournait au Sri Lanka. L'agente a tenu compte de ce facteur, et a fait observer que, chez la plupart des gens, une expulsion crée des difficultés, sans toutefois être convaincue que ces éléments de preuve permettaient de conclure que le demandeur subirait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[59] L'agente a conclu en expliquant que le processus d'examen des motifs d'ordre humanitaire n'était pas censé supprimer les difficultés, mais plutôt à remédier aux difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

### *Conclusion*

[60] Comme je l'ai déjà mentionné, la norme de contrôle qui s'applique aux décisions relatives aux demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaires est celle de la décision raisonnable.

[61] Ainsi que l'agente le fait observer dans ses motifs, le processus d'examen des motifs d'ordre humanitaire permet d'accorder une dispense de l'obligation de présenter sa demande de résidence permanente depuis

unusual and undeserved or disproportionate hardship. The officer assessed all the factors and made the appropriate distinction between an assessment of risk, which was conducted for the PRRA, and an assessment of hardship which is required for H&C determinations. The officer acknowledged general adverse conditions for Tamil males in Sri Lanka but reasonably found that there was insufficient evidence that the applicant had any profile that would result in him being targeted and insufficient evidence that he would be directly negatively impacted. The officer supported her assessment and decision with clear reasons. There is no basis to disturb those findings.

[62] While the applicant is eager to remain in Canada, his return home to Sri Lanka will not prevent him from seeking to apply as a permanent resident.

#### *Certified Question*

[63] The applicant proposed two questions for certification. The first question is accompanied by a preamble which refers to the officer's assessment of the H&C application submitting that the officer took into account positive factors but discounted them all, including his establishment in Canada. The applicant suggests that there is a trend in decisions that the exceptional nature of the H&C discretion justifies discounting positive factors.

[64] The first proposed question is:

Is it an unreasonable exercise of discretion for an officer to consistently turn positive factors in favour of the person remaining in Canada into negative ones, such that they are essentially all discounted in the balancing of the humanitarian and compassionate discretion?

l'extérieur du Canada. Il s'agit d'une mesure exceptionnelle qui ne doit être prise que lorsqu'il existe des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. L'agente a apprécié tous les facteurs et a établi la distinction qu'il convenait d'établir entre l'évaluation du risque, qui avait déjà été effectuée dans le cadre de la demande d'ERAR, et l'appréciation des difficultés à laquelle il faut procéder pour trancher une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. L'agente a reconnu l'existence de conditions défavorables pour l'ensemble des Tamouls de sexe masculin au Sri Lanka, mais a conclu de façon raisonnable qu'elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour conclure que le demandeur avait un profil qui ferait en sorte qu'il serait ciblé, ajoutant qu'elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour conclure que le demandeur subirait des conséquences négatives directes. L'agente a clairement motivé son appréciation et sa décision. Rien ne nous justifie de modifier ces conclusions.

[62] Bien que le demandeur souhaite ardemment demeurer au Canada, son retour chez lui au Sri Lanka ne l'empêcherait pas de présenter une demande de résidence permanente.

#### *Question certifiée*

[63] Le demandeur a proposé deux questions à certifier. La première est accompagnée d'un préambule qui mentionne l'appréciation que l'agente a faite de la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en faisant valoir que l'agente a tenu compte de facteurs positifs pour ensuite les rejeter tous, y compris le facteur relatif à l'établissement du demandeur au Canada. Le demandeur affirme qu'il existe une tendance en jurisprudence suivant laquelle le caractère exceptionnel du pouvoir discrétionnaire qui est exercé en matière de dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire justifie d'écarter les facteurs positifs.

[64] Voici la première question proposée :

[TRADUCTION] L'agent exerce-t-il son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable lorsqu'il transforme systématiquement des facteurs positifs favorisant le maintien de l'intéressé au Canada en des facteurs négatifs, de sorte que tous les facteurs sont essentiellement écartés lorsqu'il s'agit pour l'agent

- [65] The respondent submits that the question is not a serious question of general importance which would be dispositive of an appeal.
- [65] Le défendeur affirme qu'il ne s'agit pas d'une question grave de portée générale qui serait susceptible de trancher un appel.
- [66] The proposed question focuses on the determination the officer made based on the facts of the case. An H&C exemption is a discretionary provision. There is no guarantee of a particular outcome. In the present case, the officer did not discount any factors; rather, she assessed all the relevant factors and submissions and concluded that the discretion would not be exercised.
- [66] La question proposée est axée sur la décision que l'agente a rendue en se fondant sur les faits de l'espèce. Une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire est une mesure discrétionnaire. Rien ne garantit une issue quelconque. Dans le cas qui nous occupe, l'agente n'a écarté aucun facteur. Elle a plutôt examiné tous les facteurs et arguments pertinents et conclu qu'il n'y avait pas lieu d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder la dispense demandée.
- [67] I agree that the first question proposed should not be certified.
- [67] Je suis d'accord pour dire qu'il n'y a pas lieu de certifier la première question proposée.
- [68] The applicant's second question is:
- [68] La seconde question proposée par le demandeur est la suivante :
- Did the officer err in law in requiring that the applicant establish that the hardship he faced, being rooted in discrimination, had to be personalized?
- [TRADUCTION] L'agente a-t-elle commis une erreur de droit en obligeant le demandeur à démontrer que les difficultés qu'il pourrait connaître devaient être personnalisées parce qu'elles étaient fondées sur une discrimination?
- [69] The applicant premised this proposed question with the comment that discrimination is rooted in group characteristics.
- [69] Le demandeur a formulé la question qu'il propose en y ajoutant le commentaire que la discrimination est fondée sur les caractéristiques d'un groupe.
- [70] The respondent notes, with respect to the second question, that the statute and jurisprudence have settled that H&C considerations must relate to the circumstances of the foreign national. The respondent submits that *Lalane* and *Ramaischrand* have settled that an individual assessment is needed.
- [70] Le défendeur fait observer, en ce qui concerne la seconde question, que la Loi et la jurisprudence ont déterminé que les facteurs relatifs aux motifs d'ordre humanitaire doivent se rapporter à la situation de l'étranger. Le défendeur affirme que les décisions *Lalane* et *Ramaischrand* ont jugé qu'il fallait procéder à une appréciation individuelle.
- [71] The respondent also submits that the question seeks to re-open the factual issue of whether the officer properly applied the test for hardship rather than for risk under sections 96 and 97. The law is settled that the tests are separate. Therefore, certifying this question would not be an issue of general importance.
- [71] Le défendeur affirme également que la question proposée vise à rouvrir la question factuelle de savoir si l'agente a bien appliqué le critère des difficultés plutôt que le critère applicable aux risques qui est énoncé aux articles 96 et 97. Il est de jurisprudence constante que ces critères sont distincts. Par conséquent, cette question n'est pas une question grave de portée générale.

[72] I note that Justice Near, as he then was, certified a question on this issue in *JMSL*:

(i) *What is the nature of the risk, if any, to be assessed with respect to the humanitarian and compassionate considerations under section 25 of IRPA, as amended by the Balanced Refugee Reform Act?*

(ii) *Does the exclusion from consideration on humanitarian and compassionate grounds of the “factors” taken into account in the determination of whether a person needs protection under section 96 or 97 of IRPA mean that the facts presented to the decision-maker in the application for protection may not be used in a determination of the “elements related to the hardships” faced by a foreign national under subsection 25(1.3) of IRPA?* [Italics in original.]

[73] In my view, there is merit in certifying the same broad question certified by Justice Hughes in *Caliskan* because the question proposed by the applicant is encompassed in that question. I have found that the hardships must be personal in the sense that the hardship must directly and negatively affect the applicant. If this is not the proper interpretation of section 25, then the nature of the risks that should be taken into account pursuant to section 25 do need clarification.

[74] I would therefore recertify the following question:

What is the nature of the risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian and compassionate considerations under section 25 of IRPA, as amended by the *Balanced Refugee Reform Act*?

#### JUDGMENT

THE COURT’S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is dismissed.

[72] Je constate que le juge Near (maintenant juge à la Cour d’appel fédérale) a certifié une question sur ce sujet dans le jugement *JMSL* :

(i) *Quelle est la nature du risque, s’il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d’ordre humanitaire visées à l’article 25 de la LIPR, modifié par la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés?*

(ii) *Pour l’examen des considérations d’ordre humanitaire, le fait d’exclure les « facteurs » qui sont pris en compte pour répondre à la question de savoir si une personne a besoin d’être protégé en vertu des articles 96 ou 97 de la LIPR signifie-t-il que les faits qui ont été présentés au décideur dans le cadre de la demande d’asile ne peuvent pas être utilisés pour déterminer les « difficultés » auxquelles fait face un étranger conformément au paragraphe 25(1.3) de la LIPR?* [En italique dans l’original.]

[73] À mon avis, il y a des raisons qui militent en faveur de certifier la même question large que celle qu’avait certifiée le juge Hughes dans l’affaire *Caliskan*, parce que la question proposée par le demandeur est englobée dans cette question. J’en suis arrivée à la conclusion que les difficultés doivent être personnelles, en ce sens qu’elles doivent avoir des incidences directes et négatives sur le demandeur. Si cette interprétation de l’article 25 n’est pas exacte, il est effectivement nécessaire de clarifier la nature des risques dont il convient de tenir compte en vertu de l’article 25.

[74] Je certifierais donc de nouveau la question suivante :

Quelle est la nature du risque, s’il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d’ordre humanitaire visées à l’article 25 de la LIPR, modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*?

#### JUGEMENT

LA COUR :

1. REJETTE la demande de contrôle judiciaire;

2. The following question is proposed for certification:

What is the nature of the risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian and compassionate considerations under section 25 of IRPA, as amended by the *Balanced Refugee Reform Act*?

2. PROPOSE la question suivante en vue de sa certification :

Quelle est la nature du risque, s'il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d'ordre humanitaire visées à l'article 25 de la LIPR, modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*?



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