



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2014, Vol. 3, Part 1**

**2014, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [2014] 3 F.C.R., 3-225**

**Renvoi [2014] 3 R.C.F., 3-225**

---



## 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-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

### Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

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

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

*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 . . . . .	3–225

### **Canada (Attorney General) v. Johnstone (F.C.) . . . 170**

Human Rights—Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision allowing respondent Johnstone's (respondent) complaint of discrimination on basis of family status by employer, Canada Border Services Agency (CBSA)—Respondent working as border services officer on rotating, variable shifts—Requesting full-time employment working fixed day shifts following birth of first child so as to allow her to arrange childcare—CBSA policy limiting fixed day shifts as requested to part-time employment—Respondent's request thus denied, offered part-time work on fixed schedule instead—Respondent filing complaint under *Canadian Human Rights Act*—Contending that CBSA engaged in discriminatory employment practice with respect to family status, i.e. parental childcare obligations—Tribunal allowing respondent's complaint—Principal issues herein whether Tribunal erring in interpreting term "family status" in Act, s. 3 to include childcare responsibilities; in finding *prima facie* case of discrimination established; in making its remedial orders—Tribunal reasonably finding that parental childcare obligations coming within scope, meaning of "family status" in Act, s. 3—Tribunal applying proper legal test for finding of *prima facie* discrimination on basis of family status—Findings of *prima facie* discrimination supported by evidence—As to remedies, Tribunal erring in part by failing to justify compensation award for period respondent electing unpaid leave to accompany spouse on relocation to Ottawa—Tribunal also erring, exceeding jurisdiction in ordering CBSA to establish written policies satisfactory to respondent, Commission—Act not providing that victim may have a role or participate in

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Jugements . . . . .	3–225

### **Canada (Procureur général) c. Johnstone (C.F.) . . . 170**

Droits de la personne—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a fait droit à la plainte de la défenderesse, M<sup>me</sup> Johnstone, visant son employeur, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui avait, à ses dires, agi de façon discriminatoire envers elle en raison de sa situation de famille—La défenderesse travaillait comme agente des services frontaliers selon un horaire de quarts de travail rotatifs—Elle avait demandé qu'on lui accorde des quarts de travail fixes à temps plein, à la suite de la naissance de son premier enfant, ce qui lui aurait permis d'obtenir des services de garde—Une politique de l'ASFC prévoit que seules les personnes qui travaillent à temps partiel peuvent obtenir des quarts de travail fixes—La demande de la défenderesse a été refusée et celle-ci s'est plutôt vu offrir un emploi à temps partiel à horaire fixe—La défenderesse a déposé une plainte en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—Elle a affirmé que l'ASFC avait usé de pratiques discriminatoires relativement à sa situation de famille en rapport avec ses obligations liées à la garde de ses enfants—Le Tribunal canadien des droits de la personne a fait droit à la plainte de la défenderesse—Il s'agissait principalement de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que le concept de « situation de famille » à l'art. 3 de la Loi englobait les responsabilités relatives à la garde des enfants, en concluant qu'une preuve *prima facie* de discrimination avait été établie, et dans les réparations qu'il a accordées—Le Tribunal a conclu de façon raisonnable que les obligations liées à la garde d'enfants font partie du sens et de la portée du concept de « situation de famille » prévu à l'art. 3 de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

development of remedial policies to redress discriminatory practices—Application allowed in part.

### **Lukaj v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 24**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Parental sponsorship applications—Judicial review of decision by Case Processing Centre refusing to process parental sponsorship application—Ministerial Instructions instituting pause on acceptance of sponsored applications effective day after applicant’s application sent—Unprocessed application returned to applicant—Whether Citizenship and Immigration Canada erring in concluding that application received on or after pause; whether Ministerial Instructions *ultra vires*—Legislative scheme not constituting “offer” accepted by applicant—No legitimate expectation that application would be processed—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 87.3(4) contemplating that application not processed until affirmative decision made—Sponsorship applications considered “received” when received physically—Minister not acting beyond authority—Ministerial Instructions not contravening legislative scheme, issued because of backlog—Duty of fairness not including right to advance notice of pause—Application dismissed.

### **Martin v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . . 117**

Employment Insurance—Judicial review of Umpire’s decision allowing Canada Employment Insurance Commission’s appeal from Board of Referees’ decision holding that

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Loi—Le Tribunal a appliqué le bon critère juridique pour conclure à l’existence d’une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille—Les conclusions au sujet de la discrimination *prima facie* étaient appuyées par la preuve —Sur la question des réparations, le Tribunal a commis certaines erreurs en ne justifiant pas l’indemnité qu’il a accordée pour la période au cours de laquelle la défenderesse a choisi de prendre un congé sans solde pour accompagner son époux lors de la réinstallation de celui-ci à Ottawa—Le Tribunal a également commis une erreur et a outrepassé sa compétence en ordonnant à l’ASFC d’établir des politiques écrites à la satisfaction de la défenderesse et de la Commission—La Loi ne prévoit pas que la victime peut participer à l’élaboration de politiques visant à corriger les actes discriminatoires—Demande accueillie en partie.

### **Lukaj c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) . . . . . 24**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Demandes de parrainage parental—Contrôle judiciaire d’une décision rendue par le Centre de traitement des demandes refusant de traiter une demande de parrainage parental—Des instructions ministérielles ont entraîné un moratoire dans l’acceptation des demandes de parrainage qui entraient en vigueur le jour suivant celui où le demandeur a envoyé sa demande—La demande non traitée a été retournée au demandeur—Il s’agissait de savoir si Citoyenneté et Immigration Canada a commis une erreur en concluant que la demande a été reçue le jour de l’entrée en vigueur du moratoire ou après; et si les instructions ministérielles excédaient le pouvoir du ministre—Le schéma établi par la Loi ne constitue pas une « offre » que le demandeur a acceptée—Il n’y avait aucune attente légitime que sa demande serait traitée—L’art. 87.3(4) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* prévoit que la demande n’est pas traitée tant qu’une décision favorable n’est pas rendue—Les demandes de parrainage sont considérées comme « reçues » lorsqu’elles sont physiquement reçues—Le ministre n’a pas outrepassé son pouvoir—Les instructions ministérielles ne contreviennent pas au schéma établi par la Loi et ont été émises en raison d’un arriéré—L’obligation d’équité procédurale ne comprenait pas de droit à un long préavis quant au moratoire—Demande rejetée.

### **Martin c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 117**

Assurance-emploi—Contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un juge-arbitre a accueilli l’appel interjeté par la Commission de l’assurance-emploi du Canada de la décision

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

applicant qualified for benefit period by virtue of *Employment Insurance Act*, s. 12(4)—Board finding that applicant entitled to receive 35 weeks of parental benefits notwithstanding that spouse thereof already approved for 35 weeks of parental benefits—Board thereby reversing Commission’s determination that applicant not entitled to 35 weeks of parental benefits—Applicant’s spouse giving birth to twin girls—Applicant filing application for parental benefits with Commission—Claiming maximum 35 weeks of benefits available to care for children, requesting that claim be considered separately from that of spouse—Umpire holding that Board erring in interpreting relevant provisions of Act; that Act, ss. 2(1), 7, 8, 12, 23 not infringing applicant’s rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1); that Board correctly determining not having jurisdiction to address applicant’s Charter issues—Whether Umpire erring in concluding that Act not allowing each parent of twins to receive 35 weeks of parental benefits; whether correctly determining that Board not having jurisdiction to decide Charter issues; whether erring in determining that parental benefit provisions of Act not infringing Charter, s. 15(1)—No basis to conclude that Umpire’s interpretation of relevant provisions resulting from error therefrom; Umpire’s decision constituting correct interpretation of Act—Act, ss. 12(3)(b), 12(4)(b), 23 examined in particular herein—Umpire’s interpretation thereof entirely consistent with purpose of parental benefits established by Act, nature of employment scheme—Umpire properly holding that Board correctly deciding not having jurisdiction to address Charter issues—Correctly finding bound by Supreme Court of Canada decision in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment Insurance Commission)*; that Act expressly giving Umpire, not Board, power to decide questions of law—Umpire not erring in determining, under second part of Charter, s. 15 test, that distinction made by Act between parents of twins, others not creating disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping—Carefully considering evidence, submissions put forward by applicant; considering contextual factors set by case law on Charter, s. 15 inquiries—Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

rendue par un conseil arbitral qui a statué que l’appelant était admissible à la période de prestations visée à l’art. 12(4) de la *Loi sur l’assurance-emploi*—Le conseil arbitral a conclu que l’appelant avait droit à 35 semaines de prestations parentales même si son épouse avait obtenu, elle aussi, 35 semaines de telles prestations—Le conseil arbitral a ainsi infirmé la décision de la Commission portant que l’appelant n’avait pas droit à ces 35 semaines de prestations parentales—L’épouse de l’appelant a donné naissance à des jumeaux—L’appelant a présenté une demande de prestations parentales auprès de la Commission—Il a sollicité, pour les soins à donner à ses enfants, la période maximale prévue de 35 semaines de prestations et a demandé que sa demande soit examinée de manière distincte de celle de son épouse—Le juge-arbitre a statué que le conseil arbitral avait interprété erronément les dispositions pertinentes de la Loi; que les art. 2(1), 7, 8, 12 et 23 ne portaient pas atteinte aux droits que tire l’appelant de l’art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; que le conseil arbitral a eu raison de statuer qu’il n’avait pas compétence pour connaître les moyens tirés de la Charte par l’appelant—Il s’agissait de savoir si le juge-arbitre a commis une erreur en concluant que la Loi ne permettait pas à chacun des parents de jumeaux d’obtenir 35 semaines de prestations parentales; s’il a correctement conclu que le conseil arbitral n’avait pas compétence pour connaître les moyens puisés dans la Charte; et s’il a commis une erreur en concluant que les dispositions sur les prestations parentales de la Loi ne portaient pas atteinte à l’art. 15(1) de la Charte—Rien ne permettait de conclure que l’interprétation des dispositions pertinentes par le juge-arbitre était erronée; le juge arbitre a interprété correctement la Loi pour statuer—Les art. 12(3)b), 12(4) et 23 de la Loi ont fait l’objet d’un examen particulier en l’espèce—L’interprétation du juge-arbitre était parfaitement compatible avec le but visé par les prestations parentales instaurées par la Loi et avec la nature du régime d’assurance-emploi—Le juge-arbitre a eu raison de statuer que le conseil arbitral a conclu à bon droit qu’il n’avait pas compétence pour connaître des moyens puisés dans la Charte—Le juge-arbitre a conclu à bon droit que la décision de la Cour suprême dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)* lui était opposable; et que la Loi confère au juge-arbitre, et non au conseil arbitral, le pouvoir explicite de décider les questions de droit—Le juge-arbitre n’a pas commis d’erreur en concluant, au regard du deuxième élément du critère de l’art. 15 de la Charte, que la distinction opérée par la Loi entre les parents de jumeaux et les autres parents ne donnait pas lieu à un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes—Le juge-arbitre a pesé avec soin les éléments de preuve et les observations présentés par l’appelant; il a pris en compte les facteurs contextuels énoncés par la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Applicant’s spouse giving birth to twin girls—Board finding that applicant entitled to receive 35 weeks of parental benefits notwithstanding that spouse thereof already approved for 35 weeks of parental benefits—Umpire allowing Canada Employment Insurance Commission’s appeal from that decision—Umpire holding that Act, ss. 2(1), 7, 8, 12, 23 not infringing applicant’s rights under Charter, s. 15(1)—Umpire not erring in determining, under second part of Charter, s. 15 test, that distinction made by Act between parents of twins, others not creating disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping—Carefully considering evidence, submissions put forward by applicant; considering contextual factors set by case law on Charter, s. 15 inquiries.

### **Mudalige Don v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 3

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Judicial review of decision by Citizenship and Immigration Canada (CIC) delegate issuing exclusion order against applicant—Applicant, Sri Lankan, deserting ship in Canada—Immigration officer signing *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 44(1) report, issuing exclusion order—Applicant’s claim for refugee status refused on basis of exclusion order—Whether delegate breaching duty of procedural fairness by issuing exclusion order before applicant having contact with immigration authorities—Delegate breaching duty of procedural fairness—Immigration authorities having same recourse to make contact with marine deserters that are available with respect to other individuals in Canada without status—Concern over practicability not warranting lower participatory rights for applicant—CIC guidelines containing directives to be followed to ensure procedural fairness—Applicant entitled to copy of immigration officer’s report, opportunity to present evidence, express point of view—Question certified as to whether issuance of exclusion order before member of crew subject to exclusion order having contact with immigration authorities depriving foreign national of opportunity to make refugee claim—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

jurisprudence sur les analyses de l’art. 15 de la Charte—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—L’épouse de l’appelant a donné naissance à des jumelles—Le conseil arbitral a conclu que l’appelant avait droit à 35 semaines de prestations parentales même si son épouse avait obtenu, elle aussi, 35 semaines de telles prestations—Le juge-arbitre a accueilli l’appel interjeté par la Commission de l’assurance-emploi du Canada de cette décision—Le juge-arbitre a statué que les art. 2(1), 7, 8, 12 et 23 de la Loi ne portaient pas atteinte aux droits que tire l’appelant de l’art. 15(1) de la Charte—Le juge-arbitre n’a pas commis d’erreur en concluant, au regard du deuxième élément du critère de l’art. 15 de la Charte, que la distinction opérée par la Loi entre les parents de jumeaux et les autres parents ne donnait pas lieu à un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes—Le juge-arbitre a pesé avec soin les éléments de preuve et les observations présentés par l’appelant; il a pris en compte les facteurs contextuels énoncés par la jurisprudence sur les analyses de l’art. 15 de la Charte.

### **Mudalige Don c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)** ..... 3

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Contrôle judiciaire visant une décision selon laquelle le délégué de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a pris une mesure d’exclusion à l’égard du demandeur—Le demandeur, un citoyen sri lankais, a déserté un navire en arrivant au Canada—L’agent d’immigration a signé un rapport établi aux termes de l’art. 44(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et il a pris une mesure d’exclusion à l’égard du demandeur—La demande d’asile du demandeur a été refusée en raison de la mesure d’exclusion prise à son égard—Il s’agissait de savoir si le délégué a manqué à son obligation d’équité procédurale en prenant une mesure d’exclusion contre le demandeur avant que celui-ci ait pu communiquer avec les autorités d’immigration—Le délégué a manqué à son obligation d’équité procédurale—Pour communiquer avec les marins déserteurs, les autorités d’immigration disposent des mêmes moyens qui sont à leur disposition pour prendre contact avec d’autres personnes qui vivent au Canada en situation irrégulière—La préoccupation qui porte sur la possibilité d’agir ne justifiait pas d’accorder au demandeur des droits de participation plus faibles—Le guide de CIC contient des directives pour assurer l’équité procédurale—Le demandeur a le droit de recevoir une copie du rapport de l’agent d’immigration et de présenter des éléments de preuve ou de faire connaître son point de vue—La question de savoir si la mesure de renvoi prononcée avant que le membre d’équipage visé par

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Takeda Canada Inc. v. Canada (Health) (F.C.) . . . 70**

Food and Drugs—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of decision by respondent Minister of Health refusing to list DEXILANT on Register of Innovative Drugs, to provide data protection under *Food and Drug Regulations*, s. C.08.004.1 (Data Protection Regulations) on basis DEXILANT not “innovative drug”, composed of previously approved enantiomer—Respondent submitting listed substances (i.e., salts, esters, enantiomers, solvates, polymorphs) in s. C.08.004.1(1) automatically excluded from data protection—Appellant of view that s. C.08.004.1(1) protecting data obtained with “considerable effort”—Issue correct interpretation to be given to definition of “innovative drug”—Federal Court interpretation correct—Governor in Council determining that listed substances variations of previously approved medicinal ingredients, not falling within definition of “innovative drug”—“Innovative drug” containing medicinal ingredient not previously approved, not variation of previously approved medicinal ingredient—Scheme incoherent if listed substances not variations in some circumstances—Treaty obligations requiring Governor in Council to consider what constitutes “new chemical entities”—Open to Governor in Council to decide that listed substances not sufficiently different to be “new chemical entities”—Not for Court to thwart decision of Governor in Council—Respondent’s interpretation of “innovative drug” in other cases not determinative of accuracy of interpretation—Appeal dismissed—*Per Stratas J.A. (dissenting)*: Respondent’s interpretation of s. C.08.004.1(1) too literal—Drug containing enantiomer of previously approved medicinal ingredient not automatically excluded from data protection—Whether enantiomer “variation” of previously approved medicinal ingredient depending on circumstances surrounding data submitted to get approval—Not “variation” if data submitted generated by considerable effort, medicinal ingredient “new”—Words “such as” in s. C.08.004.1(1) creating uncertainty—Word “any” or “all” would have been used if intent was for all substances falling within listed categories to automatically be “variations”—Respondent’s interpretations of s. C.08.004.1(1) in other cases confirming view that subsection open-ended, controlling idea whether or not medicinal ingredient “variation”—S. C.08.004.1(1) having to embody “considerable effort”, “new chemical entity” concepts to implement North American Free Trade Agreement, *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

celle-ci puisse contacter les autorités d’immigration prive l’étranger de présenter une demande d’asile a été certifiée—Demande accueillie.

### **Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé) (C.F.) . . . . 70**

Aliments et Drogues—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle l’intimée, la ministre de la Santé, a refusé d’inscrire le DEXILANT dans le registre des drogues innovantes et d’assurer la protection des données en conformité avec l’art. C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* (Règlement sur la protection des données) au motif que le DEXILANT n’est pas une « drogue innovante » parce qu’elle est composée d’énantiomère déjà approuvé—L’intimée a fait valoir que les substances énumérées (c.-à-d., les sels, esters, énantiomères, solvates ou polymorphes) à l’art. C.08.004.1(1) sont automatiquement exclues de la protection des données—L’appelante était d’avis que l’art. C.08.004.1(1) protège les données obtenues avec un effort considérable—La question en litige portait sur l’interprétation correcte à donner à la définition du terme « drogue innovante »—L’interprétation de la Cour fédérale est correcte—Le gouverneur en conseil a décidé que les substances énumérées sont des variantes des ingrédients médicinaux déjà approuvés et que, par conséquent, ils ne sont pas visés par la définition de l’expression « drogue innovante »—Une « drogue innovante » contenant un ingrédient médicinal qui n’a pas été déjà approuvé ne constitue pas une variante d’un ingrédient médicinal déjà approuvé—Le régime serait incohérent si les substances énumérées étaient, dans certaines circonstances, autre chose que des variantes—Les obligations issues de traités exigent du gouverneur en conseil qu’il définisse la nature des « éléments chimiques nouveaux »—Il était loisible au gouverneur en conseil de décider que les substances énumérées n’étaient pas suffisamment différentes pour constituer des « éléments chimiques nouveaux »—Il ne revenait pas à la Cour de contrecarrer la décision du gouverneur en conseil—L’interprétation faite par l’intimée de la définition de l’expression « drogue innovante » dans d’autres affaires n’était pas concluante—Appel rejeté—Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : L’intimée a fait une interprétation trop littérale de l’art. C.08.004.1(1)—Les médicaments contenant un énantiomère d’un ingrédient médicinal déjà approuvé ne sont pas automatiquement exclus de la protection des données—Il s’agissait de savoir si un énantiomère est une « variante » d’un ingrédient médicinal déjà approuvé dépendant des circonstances propres à l’élaboration des données nécessaires à l’obtention de l’approbation réglementaire—Il ne s’agit pas d’une « variante » si les données sont recueillies par suite d’un effort considérable et que l’ingrédient

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—Federal Court dismissing judicial review of decision not to list DEXILANT on Register of Innovative Drugs, provide data protection under *Food and Drug Regulations*, s. C.08.004.1 (Data Protection Regulations)—Issue correct interpretation to be given to definition of “innovative drug”—Federal Court interpretation correct—“Innovative drug” containing medicinal ingredient not previously approved, not variation of previously approved medicinal ingredient—Scheme incoherent if listed substances in s. C.08.004.1(1) not variations in some circumstances—*Per* Stratas J.A. (dissenting): Respondent’s interpretation of s. C.08.004.1(1) too literal—Whether enantiomer “variation” of previously approved medicinal ingredient depending on circumstances surrounding data submitted to get approval—Not “variation” if data submitted generated by considerable effort, medicinal ingredient “new”—Words “such as” in s. C.08.004.1(1) creating uncertainty—Word “any” or “all” would have been used if intent was for all substances falling within listed categories to automatically be “variations”—Respondent’s interpretations of s. C.08.004.1(1) in other cases confirming view that subsection open-ended.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

médicinal est « nouveau »—Les mots « tel un changement » à l’art. C.08.004.1(1) troublent encore plus les choses—S’il avait été prévu que toutes les substances qui figurent dans les catégories énumérées deviennent automatiquement des « variantes », les mots « tel tout » ou « tels tous » auraient été utilisés—Les interprétations de l’intimée de l’art. C.08.004.1(1) dans d’autres causes confirment le point de vue selon lequel la définition est non limitative et selon l’idée maîtresse qui s’en dégage, il faut rechercher si l’ingrédient médicinal est une « variante »—Pour mettre en œuvre les dispositions pertinentes de l’Accord de libre-échange nord-américain et l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, il faut interpréter l’art. C.08.004.1(1) en tenant compte des concepts d’« élément chimique nouveau » et d’« effort considérable ».

Interprétation des lois—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire d’une décision de refuser d’inscrire le DEXILANT dans le registre des drogues innovantes et d’assurer la protection des données en conformité avec l’art. C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* (Règlement sur la protection des données)—La question en litige visait l’interprétation correcte à donner à la définition du terme « drogue innovante »—L’interprétation de la Cour fédérale est correcte—Une « drogue innovante » contenant un ingrédient médicinal qui n’a pas été déjà approuvé ne constitue pas une variante d’un ingrédient médicinal déjà approuvé—Le régime serait incohérent si les substances énumérées à l’art. C.08.004.1(1) étaient, dans certaines circonstances, autre chose que des variantes—Le juge Stratas, J.C.A. (dissent) : L’intimée a fait une interprétation trop littérale de l’art. C.08.004.1(1)—Il s’agissait de savoir si un énantiomère est une « variante » d’un ingrédient médicinal déjà approuvé dépendant des circonstances propres à l’élaboration des données nécessaires à l’obtention de l’approbation réglementaire—Il ne s’agit pas d’une « variante » si les données soumises sont recueillies par suite d’un effort considérable et que l’ingrédient médicinal présent dans la drogue est « nouveau »—Les mots « tel un changement » de l’art. C.08.004.1(1) troublent encore plus les choses—S’il avait été prévu que toutes les substances qui figurent dans les catégories énumérées deviennent automatiquement des « variantes », les mots « tel tout » ou « tels tous » auraient été utilisés—Les interprétations faites par l’intimée de l’art. C.08.004.1(1) dans d’autres causes confirment le point de vue selon lequel la définition est non limitative.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **UHA Research Society v. Canada (Attorney General) (F.C.) ..... 42**

Fisheries—Judicial review of decision by Minister of Fisheries and Oceans to issue licence amendment granting respondent Don Carto right to harvest geoduck on aquaculture site, including geoduck on site prior to grant of licence amendment—Carto, business partner, commencing aquaculture venture—During remediation of site, finding geoduck seeds—Provincial representatives giving Carto permission to cultivate geoduck—Meanwhile, formal responsibility for aquaculture licences transferring to federal government—Federal licence amendment to include geoduck subsequently issued following Referral Summary Report and Recommendation by Department of Fisheries and Oceans official—Principal issue whether *Pacific Aquaculture Regulations* (PARs) authorizing Minister to issue licence amendment at issue—Licence falling within scope of *Fisheries Act*, PARs, thus validly authorized—Also validly issued since harvest of pre-existing geoduck incidental to operation of aquaculture facility pursuant to PARs, s. 3—While meaningful connection to aquaculture activities necessary, PARs not requiring presence of licensed, cultured crop or that catch be accidental—Finally, findings of fact, mixed fact and law (as reflected in Summary Report) reasonable—Application dismissed.

## SOMMAIRE (Fin)

### **UHA Research Society c. Canada (Procureur général) (C.F.) ..... 42**

Pêches—Contrôle judiciaire d’une décision rendue par le ministre des Pêches et des Océans de délivrer un permis modifié accordant à l’intimé, Don Carto, le droit de récolter la panope sur son site aquacole, y compris le droit de cultiver la panope qui se trouvait déjà sur le site aquacole avant que le permis modifié ne lui soit délivré—M. Carto et son associée ont entrepris un projet d’aquaculture—Au cours de l’assainissement du site, l’intimé a trouvé des naissains de panope—Les représentants de la province ont autorisé M. Carto à élever les panopes—Entre-temps, la responsabilité officielle des permis d’aquaculture a été transférée au gouvernement fédéral—Un permis fédéral modifié en vue d’inclure la panope a été délivré par la suite après un rapport sur le résumé des soumissions et une recommandation par un fonctionnaire du ministère des Pêches et des Océans—Il s’agissait de savoir principalement si le *Règlement du Pacifique sur l’aquaculture* (le Règlement sur l’aquaculture) autorisait le ministre à délivrer le permis modifié en cause—Le permis délivré tombait sous le coup de la *Loi sur les pêches* et du Règlement sur l’aquaculture et avait donc été valablement délivré—Le permis a été également valablement délivré, étant donné que la récolte des panopes déjà existantes constitue une prise accidentelle de poisson dans le cadre de l’exploitation d’une installation d’aquaculture conformément à l’art. 3 du Règlement sur l’aquaculture—Bien qu’il doive nécessairement exister un lien significatif avec des activités d’aquaculture, le Règlement sur l’aquaculture n’exige pas l’existence d’une culture faisant l’objet d’un permis ou que la prise soit accidentelle—Enfin, les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit du ministre (reproduites dans le rapport sommaire) étaient raisonnables—Demande rejetée.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, A-194-12, A-195-12, 2013 FCA 87, Dawson J.A., judgment dated March 22, 2013, leave to appeal to S.C.C. granted July 17, 2014.

*Canada (Commissioner of Competition) v. Toronto Real Estate Board*, A-174-13, 2014 FCA 29, Sharlow J.A., judgment dated February 3, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused July 24, 2014.

*Sahota v. Canada (Border Services Agency)*, A-70-13, 2014 FCA 39, Mainville J.A., judgment dated February 11, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused July 17, 2014.

*Strickland v. Canada (Attorney General)*, A-199-13, 2014 FCA 33, Gauthier J.A., judgment dated February 5, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused June 26, 2014.

*Williams v. Canada (Human Resources and Skills Development)*, A-537-12, judgment dated August 16, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused July 24, 2014.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, A-194-12, A-195-12, 2013 CAF 87, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 22 mars 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 17 juillet 2014.

*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Toronto Real Estate Board*, A-174-13, 2014 CAF 29, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 3 février 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 juillet 2014.

*Sahota c. Canada (Agence des services frontaliers)*, A-70-13, 2014 CAF 39, le juge Mainville, J.C.A., jugement en date du 11 février 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 juillet 2014.

*Strickland c. Canada (Procureur général)*, A-199-13, 2014 CAF 33, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 5 février 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 juin 2014.

*Williams c. Canada (Ressources humaines et Développement des compétences)*, A-537-12, jugement en date du 16 août 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 juillet 2014.



**Federal Courts  
Reports**

**2014, Vol. 3, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2014, Vol. 3, 1<sup>e</sup> fascicule**



IMM-2779-12  
2013 FC 1

IMM-2779-12  
2013 CF 1

**Nuwan Dilusha Jayamaha Mudalige Don** (*Applicant*)

**Nuwan Dilusha Jayamaha Mudalige Don** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondents*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*défendeurs*)

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

**RÉPERTORIÉ : MUDALIGE DON c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Montréal, December 11, 2012; Ottawa, January 3, 2013.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 11 décembre 2012; Ottawa, 3 janvier 2013.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Judicial review of decision by Citizenship and Immigration Canada (CIC) delegate issuing exclusion order against applicant — Applicant, Sri Lankan, deserting ship in Canada — Immigration officer signing Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(1) report, issuing exclusion order — Applicant's claim for refugee status refused on basis of exclusion order — Whether delegate breaching duty of procedural fairness by issuing exclusion order before applicant having contact with immigration authorities — Delegate breaching duty of procedural fairness — Immigration authorities having same recourse to make contact with marine deserters that are available with respect to other individuals in Canada without status — Concern over practicability not warranting lower participatory rights for applicant — CIC guidelines containing directives to be followed to ensure procedural fairness — Applicant entitled to copy of immigration officer's report, opportunity to present evidence, express point of view — Question certified as to whether issuance of exclusion order before member of crew subject to exclusion order having contact with immigration authorities depriving foreign national of opportunity to make refugee claim — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Contrôle judiciaire visant une décision selon laquelle le délégué de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a pris une mesure d'exclusion à l'égard du demandeur — Le demandeur, un citoyen sri lankais, a déserté un navire en arrivant au Canada — L'agent d'immigration a signé un rapport établi aux termes de l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et il a pris une mesure d'exclusion à l'égard du demandeur — La demande d'asile du demandeur a été refusée en raison de la mesure d'exclusion prise à son égard — Il s'agissait de savoir si le délégué a manqué à son obligation d'équité procédurale en prenant une mesure d'exclusion contre le demandeur avant que celui-ci ait pu communiquer avec les autorités d'immigration — Le délégué a manqué à son obligation d'équité procédurale — Pour communiquer avec les marins déserteurs, les autorités d'immigration disposent des mêmes moyens qui sont à leur disposition pour prendre contact avec d'autres personnes qui vivent au Canada en situation irrégulière — La préoccupation qui porte sur la possibilité d'agir ne justifiait pas d'accorder au demandeur des droits de participation plus faibles — Le guide de CIC contient des directives pour assurer l'équité procédurale — Le demandeur a le droit de recevoir une copie du rapport de l'agent d'immigration et de présenter des éléments de preuve ou de faire connaître son point de vue — La question de savoir si la mesure de renvoi prononcée avant que le membre d'équipage visé par celle-ci puisse contacter les autorités d'immigration prive l'étranger de présenter une demande d'asile a été certifiée — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision by a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration issuing an exclusion order against the applicant.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un délégué de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a pris une mesure d'exclusion à l'égard du demandeur.

The applicant, a citizen of Sri Lanka, deserted the ship on which he served when it arrived in Canada. An immigration officer signed a report under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* when the applicant failed to respect the requirement under subsection 184(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* that he leave Canada within 72 hours after ceasing to be a member of a crew. The exclusion order and a warrant for the applicant's arrest were issued. The applicant then claimed refugee status and reported to Citizenship and Immigration Canada (CIC) regularly. He was later advised that he could not claim refugee status because of the exclusion order. An immigration officer refused the applicant's request to see the section 44 report and the exclusion order.

At issue was whether the delegate breached his duty of procedural fairness by issuing an exclusion order against the applicant before the applicant had any contact with the Canadian immigration authorities.

*Held*, the application should be allowed.

The delegate breached the duty of procedural fairness by rendering an exclusion order against the applicant *in absentia* before the applicant had contact with the immigration authorities. The immigration authorities have the same recourses available to them to make contact with marine deserters who have not left Canada by the end of their authorized stay as are available for them to make contact with other individuals living in Canada without legal immigration status. Therefore the respondent Minister of Citizenship and Immigration's sole concern over practicability did not warrant lower participatory rights for the applicant. Moreover, CIC guidelines contain directives to be followed to ensure procedural fairness and also steps to be followed before a removal order is issued *in absentia*. The applicant was entitled to a copy of the immigration officer's report, an opportunity to present evidence, and to express his point of view to the delegate. The exclusion order was set aside and the matter sent back for redetermination by a different delegate. A question was certified as to whether the issuance of an exclusion order pursuant to subparagraph 228(1)(c)(v) of the Regulations before the member of a crew subject to the exclusion order has any contact with the immigration authorities deprives the foreign national of the opportunity to make a refugee claim.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 29, 33, 41, 44, 72(1), 99(3).

Le demandeur, un citoyen du Sri Lanka, a déserté le navire à bord duquel il servait quand il est arrivé au Canada. Un agent d'immigration a signé un rapport établi aux termes du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* parce que le demandeur n'avait pas respecté l'exigence du paragraphe 184(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* de quitter le Canada dans les 72 heures après avoir cessé d'être un membre d'équipage. Le délégué a pris une mesure d'exclusion à l'égard du demandeur et un mandat d'arrestation a été délivré. Le demandeur a ensuite présenté une demande d'asile et il s'est présenté à CIC régulièrement. Il a été informé par la suite qu'il ne pouvait demander l'asile parce qu'il était visé par une mesure d'exclusion. Un agent d'immigration a refusé au demandeur le droit de consulter le rapport établi aux termes de l'article 44 et la mesure d'exclusion.

Il s'agissait de savoir si le délégué a manqué à son obligation d'équité procédurale en prenant une mesure d'exclusion contre le demandeur avant que celui-ci ait pu communiquer avec les autorités canadiennes d'immigration.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Le délégué a manqué à son obligation d'agir équitablement en prenant une mesure d'exclusion à l'égard du demandeur *in absentia* avant que celui-ci ait communiqué avec les autorités d'immigration. Pour communiquer avec les marins déserteurs qui n'ont pas quitté le Canada à la fin de leur séjour autorisé, les autorités d'immigration disposent des mêmes moyens qui sont à leur disposition pour prendre contact avec d'autres personnes qui vivent au Canada en situation irrégulière. Par conséquent, la préoccupation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, qui portait uniquement sur la possibilité d'agir, ne justifiait pas d'accorder au demandeur des droits de participation plus faibles. En outre, le guide de CIC contient des directives pour assurer l'équité procédurale et indique les étapes à suivre avant de prendre une mesure de renvoi *in absentia*. Le demandeur avait le droit de recevoir une copie du rapport de l'agent d'immigration et de présenter des éléments de preuve ou de faire connaître son point de vue au délégué. La mesure d'exclusion a été annulée et l'affaire renvoyée, pour nouvelle décision, à un autre délégué. La question de savoir si la mesure de renvoi prononcée en vertu du sous-alinéa 228(1)c)(v) du Règlement avant que le membre d'équipage visé par celle-ci puisse contacter les autorités d'immigration porte atteinte à l'équité procédurale en ce sens qu'elle prive l'étranger de présenter une demande d'asile a été certifiée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 29, 33, 41, 44, 72(1), 99(3).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 3(1), 184, 223, 225(1), 228(1), 232, 233.

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 3(1), 184, 223, 225(1), 228(1), 232, 233.

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409.

## APPLIED:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

## CONSIDERED:

*Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 941, 319 F.T.R. 14; *Mitchell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 918, 177 C.R.R. (2d) 21; *Chaabane v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 675; *Elemuwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1026.

## REFERRED TO:

*Atahi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 753, 413 F.T.R. 122; *Kunkel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 347, 88 Imm. L.R. (3d) 1.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manual (ENF)*. Chapter ENF 6: Review of Reports under A44(1), online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/enf/enf06-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration issuing an exclusion order against the applicant. Application allowed.

## APPEARANCES

*Viken Artinian* for applicant.  
*Catherine Brisebois* and *Normand Lemyre* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Allen & Associates*, Montréal, for applicant.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION SUIVIE :

*Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409.

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 941; *Mitchell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 918; *Chaabane c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 675; *Elemuwa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1026.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Atahi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 753; *Kunkel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 347.

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 6 : L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf06-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a pris une mesure d'exclusion à l'égard du demandeur. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Viken Artinian* pour le demandeur.  
*Catherine Brisebois* et *Normand Lemyre* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Allen & Associates*, Montréal, pour le demandeur.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*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*

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) for judicial review of a decision by a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration (the delegate), dated December 13, 2011. The delegate issued an exclusion order against the applicant for his failure to respect the requirement under subsection 184(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations) to leave Canada within 72 hours after ceasing to be a member of a crew.

[1] LA JUGE TREMBLAY-LAMER : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, présentée conformément au paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), visant une décision, datée du 13 décembre 2011, du délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le délégué). Le délégué a pris une mesure d'exclusion à l'égard du demandeur parce que celui-ci n'avait pas respecté l'exigence du paragraphe 184(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement) de quitter le Canada dans les 72 heures après avoir cessé d'être un membre d'équipage.

#### FACTS

#### LES FAITS

[2] The applicant is a citizen of Sri Lanka.

[2] Le demandeur est un citoyen sri lankais.

[3] He was a crew member of the vessel *M/V Lake Ontario* which arrived in Oshawa, Ontario—in November 27, 2011. On December 1, 2011 the applicant deserted the ship. He went to Montréal the following day.

[3] Il était membre de l'équipage du navire à moteur *Lake Ontario* qui est arrivé à Oshawa, en Ontario, le 27 novembre 2011. Le 1<sup>er</sup> décembre 2011, le demandeur a déserté le navire. Il s'est rendu à Montréal le lendemain.

[4] The applicant was not aware that on December 12, 2011 an immigration officer signed a report under subsection 44(1) of the Act to the effect that the applicant had failed to respect the requirement under subsection 184(1) of the Regulations that he leave Canada within 72 hours after ceasing to be a member of a crew. The next day, the delegate issued an exclusion order against the applicant under subsection 44(2) of the Act because he was satisfied the applicant had failed to comply with subsection 184(1) of the Regulations. The Canadian immigration authorities proceeded to issue a warrant for the applicant's arrest.

[4] Le demandeur ignorait qu'un agent d'immigration avait signé le 12 décembre 2011 un rapport établi aux termes du paragraphe 44(1) de la Loi, mentionnant que le demandeur n'avait pas respecté l'exigence du paragraphe 184(1) du Règlement de quitter le Canada dans les 72 heures après avoir cessé d'être un membre d'équipage. Le lendemain, le délégué a pris une mesure d'exclusion à l'égard du demandeur aux termes du paragraphe 44(2) de la Loi parce qu'il était convaincu que le demandeur ne s'était pas conformé au paragraphe 184(1) du Règlement. Les autorités canadiennes d'immigration ont alors délivré un mandat pour l'arrestation du demandeur.

[5] The applicant claimed refugee status on December 16, 2011, 12 days after he lost his temporary

[5] Le demandeur a présenté une demande d'asile le 16 décembre 2011, soit 12 jours après avoir perdu son

resident status in Canada. He submits that he delayed claiming protection because he did not want to be forced to return with his vessel, which he was sure would leave Canada by that date. When he claimed refugee status, he was provided with an interim federal health eligibility document and told to report to Citizenship and Immigration Canada (CIC) every Thursday. In late February or early March 2012, the applicant received a letter requesting he present himself at the CIC Montréal office on March 6, 2012. On that day, he was advised that he could not claim refugee status in Canada because there was an exclusion order made against him on December 13, 2011.

[6] On March 8, 2012, the applicant returned to CIC with his attorney and requested to see the section 44 report and the exclusion order made against him. The immigration officer refused to provide these documents and stated that the applicant should submit an access to information request to obtain them.

## ISSUE

[7] The issue in the present application for judicial review is whether the delegate breached his duty of procedural fairness by issuing an exclusion order against the applicant before the applicant had any contact with the Canadian immigration authorities.

## STANDARD OF REVIEW

[8] The applicable standard of review to questions of the scope of procedural fairness under subsection 44(2) of the Act is correctness (*Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409 (*Cha*), at paragraph 16).

statut de résident temporaire au Canada. Il affirme qu'il a retardé le dépôt de sa demande d'asile parce qu'il ne voulait pas être obligé de retourner sur son navire, et qu'il était certain que le navire aurait quitté le Canada lorsqu'il présenterait sa demande. Quand il l'a fait, on lui a remis un document d'admissibilité au programme fédéral de santé intérimaire et on lui a dit de se présenter dans un bureau de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) tous les jeudis. À la fin de février ou au début de mars 2012, le demandeur a reçu une lettre qui lui demandait de se présenter au bureau du CIC de Montréal le 6 mars 2012. Ce jour-là, on l'a informé qu'il ne pouvait demander l'asile au Canada parce qu'il était visé par une mesure d'exclusion prise le 13 décembre 2011.

[6] Le 8 mars 2012, le demandeur est retourné au bureau de CIC avec son avocat et a demandé de voir le rapport établi aux termes de l'article 44 et la mesure d'exclusion prise contre lui. L'agent d'immigration a refusé de lui remettre ces documents et a déclaré que le demandeur devait présenter une demande d'accès à l'information pour les obtenir.

## LA QUESTION À TRANCHER

[7] La question que soulève la présente demande de contrôle judiciaire est de savoir si le délégué a manqué à son obligation d'équité procédurale en prenant une mesure d'exclusion contre le demandeur avant que celui-ci ait pu communiquer avec les autorités canadiennes d'immigration.

## LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

[8] La norme de contrôle applicable aux questions concernant l'étendue de l'obligation d'agir équitablement aux termes du paragraphe 44(2) de la Loi est celle de la décision correcte (*Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409 (*Cha*), au paragraphe 16).

## APPLICANT'S POSITION

[9] The applicant submits that the delegate breached the duty of procedural fairness. He cites the guidance in the CIC operational manual [*Enforcement Manual (ENF)*]. Chapter ENF 6: Review of Reports under A44(1) on the review of reports issued under subsection 44(1) of the Act that persons must be informed of the nature of the allegations in the reports at the earliest opportunity and be given a reasonable opportunity to respond before a removal order is issued. The manual also states that the Minister's delegate should not issue a removal order against someone who has had no contact with CIC or the Canada Border Services Agency (CBSA). The applicant submits that in the present case, the delegate's notes indicate there was no effort in trying to contact him or determine his whereabouts before issuing the exclusion order.

[10] The applicant maintains that the exclusion order was made without his knowledge, and if he had been provided the opportunity to respond to the report he would have filed his claim for refugee status before he was subject to a removal order.

## RESPONDENTS' POSITION

[11] The respondents submit that the concept of procedural fairness is not a fixed standard (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*), at paragraph 21 and that the Federal Court of Appeal held in *Cha* [at paragraph 52] that when issuing an exclusion order subsequent to a section 44 report for criminality, "a relatively low degree of participatory rights is warranted".

[12] The respondents assert that the procedure set out in *Cha* to be applied by a Minister's delegate when making an exclusion order based on criminality, including an interview, is all together impracticable for the delegate in the case of a marine deserter because the Canadian immigration authorities have no contact information for

## LA POSITION DU DEMANDEUR

[9] Le demandeur soutient que le délégué n'a pas respecté l'obligation d'agir équitablement. Il cite les dispositions du guide opérationnel de CIC [*Guide de l'exécution de la loi (ENF)*]. Chapitre ENF 6 : L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1) au sujet de l'examen des rapports établis en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi, selon lesquelles les personnes doivent être informées de la nature des allégations contenues dans le rapport le plus tôt possible et avoir bénéficié d'une occasion raisonnable d'y répondre avant que soit prise une mesure de renvoi. Le guide énonce également que le délégué du ministre ne doit pas prendre de mesure de renvoi à l'égard d'une personne qui n'a eu aucun contact avec CIC ou avec l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). Le demandeur soutient qu'en l'espèce, les notes du délégué indiquent que ce dernier n'a fait aucun effort pour communiquer avec lui ni pour savoir où il se trouvait avant de prendre la mesure d'exclusion.

[10] Le demandeur affirme que la mesure d'exclusion a été prise à son insu et que, s'il avait eu la possibilité de répondre au rapport, il aurait déposé sa demande d'asile avant d'être visé par une mesure de renvoi.

## LA POSITION DES DÉFENDEURS

[11] Les défendeurs soutiennent que la notion d'équité procédurale n'est pas une norme fixe (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), au paragraphe 21) et que dans l'arrêt *Cha* [au paragraphe 52], la Cour d'appel fédérale a jugé que lors de la prise d'une mesure d'exclusion à la suite d'un rapport visé à l'article 44 pour criminalité, le « droit de défendre son point de vue [est] relativement restreint ».

[12] Les défendeurs affirment que le délégué du ministre ne peut suivre la procédure exposée dans l'arrêt *Cha*, laquelle comprend une entrevue, avant de prendre une mesure d'exclusion fondée sur la criminalité, car il lui est totalement impossible de le faire dans le cas d'un marin déserteur étant donné que les autorités

a marine deserter. It is not reasonable to require Canadian immigration authorities to wait to issue an exclusion order until a marine deserter appears before them, as this could take several years and it imposes an undue burden. It is therefore warranted to proceed with an exclusion order in the individual's absence.

[13] In the case at bar, the respondents submit that considering the applicant remained in Canada more than 72 hours after deserting his ship, despite being without status and therefore illegal, the process followed by the delegate was perfectly legal. The decision to prepare a section 44 report and issue an exclusion order *in absentia* was the only available procedure in the circumstances.

[14] In the alternative, the respondents submit that should this Court conclude that the delegate breached the duty of procedural fairness in rendering the exclusion order *in absentia*, the decision should not be quashed because no purpose would be served in remitting the matter back for reconsideration.

## ANALYSIS

[15] Subsection 44(1) of the Act provides that an immigration officer who is of the opinion that a permanent resident or foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts and shall transmit it to the Minister. Under subsection 44(2) of the Act, the Minister has jurisdiction to make a specific removal order in specific circumstances prescribed in the Regulations. Section 44 and other relevant statutory provisions are reproduced in annex to these reasons.

[16] The parties have not referred the Court to any case law dealing with the scope of the delegate's duty of procedural fairness in the context of a removal order based on the grounds that a foreign national is inadmissible under section 41 of the Act for failing to comply with subsection 184(1) of the Regulations.

canadiennes d'immigration ne savent aucunement où il se trouve. Il n'est pas raisonnable d'exiger que les autorités canadiennes d'immigration attendent que le marin déserteur se présente à elles avant de prendre une mesure d'exclusion à son égard. En effet, cela pourrait prendre plusieurs années et leur imposerait un fardeau injustifié. Il est par conséquent normal de prendre une mesure d'exclusion en l'absence de cet individu.

[13] En l'espèce, les défendeurs soutiennent qu'étant donné que le demandeur est resté au Canada plus de 72 heures après avoir abandonné le navire, malgré le fait qu'il était sans statut et donc qu'il se trouvait illégalement au Canada, le processus qu'a suivi le délégué était parfaitement légal. La décision de préparer un rapport visé à l'article 44 et de prendre une mesure d'exclusion *in absentia* était la seule façon de procéder dans les circonstances.

[14] À titre subsidiaire, les défendeurs soutiennent que, dans le cas où la Cour conclurait que le délégué n'a pas respecté son obligation d'agir équitablement lorsqu'il a pris la mesure d'exclusion *in absentia*, il ne convient pas d'annuler la décision parce qu'il ne servirait à rien de renvoyer l'affaire pour nouvel examen.

## ANALYSE

[15] Le paragraphe 44(1) de la Loi prévoit que s'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre. Aux termes du paragraphe 44(2) de la Loi, le ministre a le pouvoir de prendre une mesure de renvoi dans les circonstances prévues par le Règlement. L'article 44 et les autres dispositions légales pertinentes sont reproduits dans l'annexe jointe aux présents motifs.

[16] Les parties n'ont pas fait état devant la Cour de la jurisprudence concernant l'étendue de l'obligation d'agir équitablement imposée au délégué dans le contexte d'une mesure de renvoi prise pour le motif que l'étranger est interdit de territoire aux termes de l'article 41 de la Loi parce qu'il n'a pas respecté le paragraphe 184(1) du Règlement.

[17] As the content of procedural fairness is variable and must be determined in the specific circumstances of each case (*Baker*, at paragraph 21), the five non-exhaustive factors set out by the Supreme Court of Canada in *Baker*, at paragraphs 21 to 28 must be reviewed in order to determine what procedural rights the duty of fairness requires in the circumstances in the case at bar. These five factors are:

- (a) the nature of the decision being made and the procedures followed in making it;
- (b) the nature of the statutory scheme;
- (c) the importance of the decision to the individual affected;
- (d) the legitimate expectation of the individual challenging the decision; and
- (e) the choices of procedure made by the agency.

(a) Nature of the decision and procedures

[18] The Federal Court of Appeal noted the following in *Cha* when assessing this factor in the context of a removal order issued by a delegate on grounds of criminality (at paragraphs 44–45):

In the case at bar, we are at the very heart of typically routine administrative decisions where what is essentially at issue is the ascertainment of certain objective facts pertaining to the criminal conviction in Canada of foreign nationals. We are as far removed as we can possibly be from a judicial decision-making process. It is precisely because the decision to be made in respect of serious or simple criminality in Canada of a foreign national is straightforward and fact-driven that, according to the Manual, the responsibility for taking it has been assigned to the Minister's delegate (ENF 6, paragraph 3). The decision is so much a matter of routine verifications that when dealing with the onus of proof, the Manual explains that the onus is either reasonable grounds or balance of probabilities with respect to all grounds of inadmissibility except those of serious or simple criminality, for which the question of onus is not even mentioned (ENF 1).

These are purely administrative decisions which attract a minimal duty of fairness.

[17] Étant donné que l'étendue de l'obligation d'équité procédurale est variable et dépend des circonstances particulières de chaque affaire (*Baker*, au paragraphe 21), les cinq facteurs non exhaustifs exposés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baker*, aux paragraphes 21 à 28 doivent être examinés pour savoir quels sont les droits procéduraux associés à l'obligation d'agir équitablement dans les circonstances d'une affaire donnée. Voici ces cinq facteurs :

- a) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir;
- b) la nature du régime législatif;
- c) l'importance de la décision pour la personne visée;
- d) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision;
- e) les choix de procédure que l'organisme fait lui-même.

a) La nature de la décision et le processus suivi

[18] Dans l'arrêt *Cha*, la Cour d'appel fédérale a fait remarquer ce qui suit lorsqu'elle a examiné ce facteur dans le contexte d'une mesure de renvoi prise par un délégué pour criminalité (aux paragraphes 44 et 45) :

En l'espèce, nous touchons au cœur même de décisions administratives de pure routine où est essentiellement en cause l'appréciation de certains faits objectifs ayant trait à la condamnation au pénal d'étrangers au Canada. Il est impossible d'être plus éloigné d'une prise de décision judiciaire. C'est précisément parce que la décision à prendre au sujet d'actes de grande ou de simple criminalité commis par l'étranger au Canada est simple et est tributaire des faits que, selon le Guide, la responsabilité en est confiée au représentant du ministre (ENF 6, au paragraphe 3). La décision est prise au terme de vérifications de pure routine, ce qui explique que, en ce qui concerne le fardeau de la preuve, le Guide précise que la norme est soit la prépondérance des probabilités, soit les motifs raisonnables quant à tous les motifs d'interdiction de territoire, à l'exception de la grande ou simple criminalité, à l'égard de laquelle on ne mentionne pas la question du fardeau (ENF 1).

Il s'agit donc de décisions purement administratives, pour lesquelles l'obligation d'agir équitablement est minimale.

[19] I see no reason to depart from the [Federal] Court of Appeal's understanding of the nature of the role of the delegate in making a subsection 44(2) determination. Whether a foreign national is inadmissible on grounds of criminality or whether he or she is inadmissible on grounds of ceasing to be a member of a crew, the nature of the delegate's decision and the applicable procedures remain the same. Like the process analysed in *Cha*, the decision-making process in the present case is also straightforward and fact-driven and, as provided in the manual for all removals issued by a delegate, there is little need for the delegate to weigh evidence (ENF 6, at section 3). The delegate's administrative decision in the present context therefore points to a minimal duty of procedural fairness.

(b) Nature of the statutory scheme

[20] Like in *Cha*, in this case the applicant's only opportunity to challenge the immigration officer's report would have been before the delegate confirmed the report and issued the removal order, as the delegate's decision is determinative of inadmissibility. The statutory scheme provides no opportunity to challenge the report before the Immigration Division. Judicial review is the only recourse available. This factor points to a higher duty of fairness than where the report is referred to the Immigration Division (*Cha*, at paragraph 46).

[21] However, the applicant could still seek to stay the removal order by applying for a pre-removal risk assessment under section 232 of the Regulations or seek a stay on humanitarian and compassionate or public policy considerations pursuant to section 233 of the Regulations (*Cha*, at paragraph 48). This factor points to a lower duty of fairness.

[19] Je ne vois aucune raison de ne pas souscrire à la description faite par la Cour d'appel fédérale de la nature du rôle du délégué lorsqu'il prend une décision aux termes du paragraphe 44(2). Que l'étranger soit interdit de territoire pour motif de criminalité ou pour le motif qu'il a cessé d'être un membre d'équipage, la nature de la décision du délégué et la procédure applicable ne changent pas. Tout comme le processus analysé dans l'arrêt *Cha*, le processus décisionnel dans la présente affaire est également simple et basé sur des faits et, comme le prévoit le guide pour toutes les mesures de renvoi prises par un délégué, il n'est guère nécessaire que le délégué procède à l'appréciation de la preuve (ENF 6, à la section 3). Le caractère administratif de la décision prise par le délégué dans ce contexte indique que l'obligation d'agir équitablement est très restreinte.

b) La nature du régime législatif

[20] Tout comme c'était le cas dans l'arrêt *Cha*, dans la présente affaire, le demandeur n'aurait pu contester le rapport de l'agent d'immigration qu'avant la confirmation du rapport par le délégué et la prise de la mesure de renvoi, étant donné que la décision du délégué tranche la question de l'interdiction de territoire. Le régime légal ne prévoit pas la possibilité de contester le rapport devant la Section de l'immigration. Le contrôle judiciaire est le seul recours possible. Par conséquent, l'obligation d'agir équitablement serait probablement plus élevée que dans le cas où l'affaire est déférée à la Section de l'immigration (*Cha*, au paragraphe 46).

[21] Cependant, le demandeur pourrait tout de même demander le sursis de l'exécution de la mesure de renvoi en présentant une demande d'examen des risques avant renvoi en vertu de l'article 232 du Règlement ou un sursis pour des motifs d'ordre humanitaire ou pour des considérations d'intérêt public en vertu de l'article 233 du Règlement (*Cha*, au paragraphe 48). Ce facteur indique que l'obligation d'agir équitablement est plus restreinte.

(c) Importance of the decision to the individual affected

[22] The exclusion order has a serious impact on the individual affected. Not only is the individual required to obtain a written authorization in order to return to Canada during the one-year period after the exclusion order is enforced pursuant to subsection 225(1) of the Regulations, but in the present case, under subsection 99(3) of the Act, the applicant was also precluded from being eligible to make a claim for refugee protection in Canada once he was subject to the exclusion order. This also points to a higher duty of fairness.

(d) The legitimate expectation of the individual challenging the decision

[23] The applicant contravened a major condition of his right of entry to Canada by not leaving Canada within 72 hours after ceasing to be a member of a crew. He could not have expected he would be able to remain in Canada without regulating his status.

[24] Furthermore, the ENF 6 manual states at section 16 that the Minister's delegate should not issue a removal order against someone who has had no contact with CIC or the CBSA. The manual also sets out at section 5.1 the requirements of procedural fairness in the exercise of the delegate's powers. The relevant excerpts from the ENF 6 manual are reproduced below. In *Cha*, the Federal Court of Appeal reviewed these requirements and found that while the claimant has every reason to believe these rules will be followed, the rules are found at the lower end on the continuum of procedural protection (*Cha*, at paragraph 50).

[25] The legitimate expectation of the applicant would therefore be procedural rights on the lower end of the spectrum, but not so low that he would be afforded no participatory rights at all.

c) L'importance de la décision pour la personne visée

[22] La mesure d'exclusion a un effet grave sur la personne visée. Non seulement cette personne est tenue, aux termes du paragraphe 225(1) du Règlement, d'obtenir une autorisation écrite pour revenir au Canada au cours de l'année suivant l'exécution de la mesure d'exclusion mais encore, en l'espèce, il est également interdit, aux termes du paragraphe 99(3) de la Loi, au demandeur de présenter une demande d'asile au Canada une fois qu'il est visé par la mesure d'exclusion. Ce facteur indique également que l'obligation d'agir équitablement est plus élevée.

d) Les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision

[23] Le demandeur a contrevenu à une condition essentielle de son droit d'entrée au Canada en ne quittant pas le Canada dans les 72 heures après avoir cessé d'être un membre d'équipage. Il ne pouvait s'attendre à pouvoir demeurer au Canada sans régulariser sa situation.

[24] En outre, le guide ENF 6 énonce à la section 16 que le délégué du ministre ne peut prendre une mesure de renvoi à l'égard d'une personne qui n'a eu aucun contact avec CIC ou l'ASFC. Le guide précise également à la section 5.1 les exigences en matière d'équité procédurale auxquelles doit satisfaire le délégué dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs. Les passages pertinents du guide ENF 6 sont reproduits un peu plus loin. Dans l'arrêt *Cha*, la Cour d'appel fédérale a examiné ces exigences et jugé que, si le demandeur d'asile avait toutes les raisons de croire que ces règles seraient suivies, ces règles sont toutefois parmi les moins contraignantes sur le plan de la protection procédurale (*Cha*, au paragraphe 50).

[25] Les attentes légitimes du demandeur ne pouvaient donc porter que sur des droits procéduraux peu élevés, mais tout de même pas minimes au point qu'il ne bénéficie d'aucun droit de participation.

(e) The choice of procedure made by the agency

[26] The Act and the Regulations leave to the decision maker the ability to choose its own procedures. This choice is to be respected (*Baker*, at paragraph 27).

[27] Weighing the *Baker* factors, I am led to the conclusion that the content of the duty of fairness in the context of the situation in the case at bar is at the low end of the spectrum.

[28] In the absence of any relevant case law regarding the content of this duty in the precise circumstances at issue, I have considered the content of the duty of fairness in other contexts. In *Cha*, the Federal Court of Appeal determined that the following measures met the requirements of the duty of procedural fairness in the context at issue (*Cha*, at paragraph 52):

- provide a copy of the immigration officer's report to the person
- inform the person of the allegation(s) made in the immigration officer's report, of the case to be met and of the nature and possible consequences of the decision to be made
- conduct an interview in the presence of the person, be it live, by videoconference or by telephone
- give the person an opportunity to present evidence relevant to the case and to express his point of view

[29] I recognize that in *Cha* the Federal Court of Appeal did not purport to rule on any situation other than the specific one at issue (*Cha*, at paragraph 13). Nevertheless, both the reasoning and conclusion in *Cha* as to the requirements of the duty of fairness are compelling. The circumstances at issue in *Cha* are very similar to the circumstances in the case at hand. In both cases, after an immigration officer made a report under subsection 44(1) of the Act finding a foreign national inadmissible, a Minister's delegate found that the report was well-founded and proceeded to make a removal order pursuant to subsection 44(2) of the Act and subsection 228(1) of the Regulations. However, there are two relevant distinctions between the scenario and

e) Les choix de procédure que l'organisme fait lui-même

[26] La Loi et le Règlement accordent au décideur le pouvoir de choisir sa façon de procéder. Il y a lieu de respecter ce choix (*Baker*, au paragraphe 27).

[27] J'ai examiné les facteurs énoncés à l'arrêt *Baker* et je suis arrivée à la conclusion que le contenu de l'obligation d'équité procédurale dans le contexte de la présente espèce se situe à l'extrémité inférieure de la gamme des droits en la matière.

[28] En l'absence de jurisprudence pertinente concernant le contenu de l'obligation d'agir équitablement dans les circonstances présentes, j'ai examiné l'étendue de cette obligation dans d'autres contextes. Dans l'arrêt *Cha*, la Cour d'appel fédérale a jugé que les mesures suivantes étaient conformes aux exigences en matière d'équité procédurale dans le contexte en question (*Cha*, au paragraphe 52) :

- remettre à l'intéressé une copie du rapport de l'agent d'immigration
- informer l'intéressé des allégations figurant dans ce rapport, de ce qu'il lui faudra démontrer et de la nature et des conséquences possibles de la décision devant être rendue
- faire passer une entrevue à l'intéressé, en personne, par vidéoconférence ou par téléphone
- donner à l'intéressé l'occasion de présenter des éléments de preuve pertinents et d'exprimer son point de vue.

[29] J'admets que, dans l'arrêt *Cha*, la Cour d'appel fédérale n'entendait pas se prononcer sur une situation autre que celle qui était en litige dans cette affaire (*Cha*, au paragraphe 13). Néanmoins, tant le raisonnement que la conclusion de la Cour dans cette affaire au sujet du contenu de l'obligation d'équité sont convaincants. Les circonstances dans l'affaire *Cha* sont très semblables à celles de l'espèce. Dans les deux cas, un agent d'immigration a établi un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi constatant l'interdiction de territoire d'un étranger et le délégué du ministre a estimé que le rapport était bien fondé et a donc pris une mesure de renvoi en application du paragraphe 44(2) de la Loi et du paragraphe 228(1) du Règlement. Il y a toutefois lieu de

statutory context in *Cha* and the one in the present case. In *Cha* the foreign national was inadmissible solely on grounds of criminality and in the case at bar the applicant was inadmissible solely on grounds of failing to comply with section 184 of the Regulations. Second, in *Cha* the foreign national had been legally residing in Canada with a student authorization when the removal order was made, so the immigration authorities had his contact information. In the case at bar, however, 72 hours after he deserted his ship on December 1, 2011, the applicant had lost his legal immigration status in Canada.

[30] The respondents argue that the procedure set out in *Cha* is impracticable for the Minister's delegate to apply in the case of a marine deserter because the Canadian immigration authorities will have no way to contact the deserter to conduct an interview unless the deserter appears voluntarily or is stopped or arrested by the police for some reason. I am not persuaded by this argument. The immigration authorities have the same recourses available to them to make contact with marine deserters who have not left Canada by the end of their authorized stay as are available for them to make contact with other individuals living in Canada without legal immigration status (see for example the foreign nationals arrested prior to being subject to a removal order in *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 941, 319 F.T.R. 14 (*Li*); *Mitchell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 918, 177 C.R.R. (2d) 21 (*Mitchell*) and *Chaabane v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 675 (*Chaabane*). I therefore see no reason why the Minister's sole concern over practicability warrants lower participatory rights for a marine deserter who is subject to a subsection 44(2) proceeding before a delegate than the already minimal participatory rights required in the case of an individual reported inadmissible on grounds of criminality and who is subject to the same proceeding.

[31] Moreover, CIC's ENF 6 manual on the review of reports issued under subsection 44(1) contains directives to be followed to ensure procedural fairness and also

mentionner deux différences pertinentes entre le scénario et le contexte légal de l'affaire *Cha* et ceux de l'espèce. Dans l'arrêt *Cha*, l'étranger était interdit de territoire uniquement pour criminalité alors qu'en l'espèce, le demandeur était interdit de territoire pour la seule raison qu'il n'avait pas respecté l'article 184 du Règlement. Deuxièmement, dans l'arrêt *Cha*, l'étranger résidait légalement au Canada avec un permis de séjour pour étudiant au moment où la mesure de renvoi a été prise, de sorte que les autorités d'immigration possédaient ses coordonnées. En l'espèce, 72 heures après qu'il ait quitté son navire, le 1<sup>er</sup> décembre 2011, le demandeur se trouvait en situation irrégulière au Canada.

[30] Les défendeurs soutiennent que la procédure décrite dans l'arrêt *Cha* ne peut être appliquée par le délégué du ministre dans le cas d'un marin déserteur parce que les autorités canadiennes d'immigration n'ont aucun moyen de communiquer avec le déserteur pour lui faire passer une entrevue à moins que celui-ci ne se présente volontairement ou soit arrêté ou contrôlé par la police pour une autre raison. Ces arguments ne me convainquent pas. Pour communiquer avec les marins déserteurs qui n'ont pas quitté le Canada à la fin de leur séjour autorisé, les autorités d'immigration disposent des mêmes moyens qui sont à leur disposition pour prendre contact avec d'autres personnes qui vivent au Canada en situation irrégulière du point de vue du droit (voir par exemple les étrangers arrêtés avant d'avoir fait l'objet d'une mesure de renvoi dans les décisions *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 941 (*Li*); *Mitchell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 918 (*Mitchell*) et *Chaabane c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 675 (*Chaabane*). Je ne vois donc pas pourquoi la préoccupation du ministre, qui porte uniquement sur la possibilité d'agir, accorderait au marin déserteur qui est visé par le suivi décrit au paragraphe 44(2) effectué par un délégué des droits de participation plus faibles que les droits de participation déjà très restreints accordés à l'individu déclaré interdit de territoire pour criminalité et qui fait l'objet de la même procédure.

[31] En outre, le guide sur l'examen des rapports établis en vertu du paragraphe 44(1) de CIC, ENF 6, contient des directives pour assurer l'équité procédurale

steps to be followed before a removal order is issued *in absentia* (sections 5.1 and 16):

### 5.1. Procedural fairness

The principles of procedural fairness apply to the exercise of the powers of the Minister's delegate. In this context, procedural fairness includes the right of persons affected by a decision to a fair process; the opportunity to know the case one has to meet and respond to it; the opportunity to be represented by counsel; and the right to be tried by an independent and impartial decision-maker (that is, as a disinterested decision-maker).

...

Persons must be informed of the nature of the allegations made against them in the report(s) at the earliest opportunity, and must be given a reasonable opportunity to respond to those allegations before a removal order is issued.

Prior to their interview with the Minister's delegate, the persons concerned must be informed of the purpose of the interview and the possible outcomes of it. Also prior to the interview, the Minister's delegate should give persons the opportunity to obtain the services of an interpreter.

...

### 16. Procedure: Issuing removal orders to persons *in absentia*

...

It should be noted that, in the context of an *in absentia* proceeding, the Minister's delegate should not issue a removal order against someone who has had no contact with CIC or the CBSA....

In addressing the issue of procedural fairness, the following *in absentia* procedures meet the principles of procedural fairness so long as reasonable efforts have been made to give the person concerned an opportunity to be cooperative. Procedural fairness requires that the person concerned be given an opportunity to be heard. Where a person is not cooperative and reasonable efforts have been made to give them the opportunity to be heard, it is not contrary to the principles of procedural fairness to proceed *in absentia*. [Emphasis added.]

[32] Although this manual is not mandatory or exhaustive (*Atahi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 753, 413 F.T.R. 122, at paragraph 37), I note that these guidelines require the same minimal participatory rights for individuals who are subject to any

et indique les étapes à suivre avant de prendre une mesure de renvoi *in absentia* (sections 5.1 et 16):

### 5.1. Équité procédurale

Les principes de l'équité procédurale s'appliquent à l'exercice des pouvoirs d'un délégué du ministre. Dans ce contexte, l'équité procédurale comprend le droit à une procédure équitable des personnes touchées par une décision, l'occasion de savoir ce que l'on doit prouver et d'y répondre, la possibilité d'être représenté par un conseil et le droit d'être jugé par un décideur indépendant et impartial (c'est-à-dire un décideur désintéressé).

[...]

L'intéressé doit être informé le plus tôt possible de la nature des allégations formulées contre lui dans le(s) rapport(s), et il doit se voir donner une occasion raisonnable d'y répondre avant qu'une mesure de renvoi ne soit prise.

Avant son entrevue avec le délégué du ministre, l'intéressé doit être informé de l'objectif de l'entrevue et de ses issues possibles. Avant l'entrevue, le délégué du ministre doit également donner à l'intéressé la possibilité d'obtenir les services d'un interprète.

[...]

### 16. Procédure : Prise de mesures de renvoi *in absentia*

[...]

Il est à souligner que dans le contexte d'une procédure *in absentia*, le délégué du ministre ne doit pas prendre de mesure de renvoi à l'égard d'une personne qui n'a eu aucun contact avec CIC ou l'ASFC [...]

Compte tenu de l'équité procédurale, la procédure *in absentia* satisfait aux principes de l'équité procédurale, dans la mesure où des efforts raisonnables ont été déployés pour donner à l'intéressé l'occasion de collaborer. Selon l'équité procédurale, l'intéressé doit avoir eu l'occasion d'être entendu. Lorsqu'une personne refuse de collaborer et que des efforts raisonnables ont été déployés afin de lui donner l'occasion d'être entendue, il n'est pas contraire aux principes de l'équité procédurale de procéder *in absentia*. [Non souligné dans l'original.]

[32] Ce guide n'est ni impératif ni exhaustif (voir la décision *Atahi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 753, au paragraphe 37), mais je constate que ces lignes directrices prévoient les mêmes droits de participation minimaux pour les personnes qui font

proceeding under subsection 44(2) of the Act as *Cha* requires for the specific subsection 44(2) proceeding in that case.

[33] I therefore agree with the applicant that a marine deserter is entitled to some participatory rights before a delegate issues a removal order against them pursuant to subsection 44(2) of the Act and subsection 184(1) of the Regulations. I am of the view that at the very minimum, before the removal order is issued, the individual is entitled to a copy of the immigration officer's report and an opportunity to present evidence and express his or her point of view to the delegate.

[34] As for whether the applicant's right to procedural fairness was breached, the facts are not in dispute: the applicant was not informed of the immigration officer's report and the exclusion order made under subsection 44(2) was also made without his knowledge. There is no indication in the immigration officer's report or in the delegate's notes that any effort was made to contact the applicant. It is clear that none of the minimal participatory rights I have identified as being required were provided to the applicant in the case at bar. Accordingly, in the Court's view the delegate breached the duty of procedural fairness by rendering an exclusion order against the applicant *in absentia* before the applicant had contact with the immigration authorities.

[35] I disagree with the respondents that no purpose would be served in setting aside the delegate's decision to issue a removal order. The applicant claimed refugee protection in Canada on December 16, 2011 and was informed on March 6, 2012 that under subsection 99(3) of the Act he was ineligible to make such a claim because an exclusion order had been issued against him on December 13, 2011. Quashing this exclusion order because it breached the applicant's right to procedural fairness will serve the purpose of giving him an opportunity to be eligible to claim refugee protection.

[36] This Court has examined a number of cases where the subject of an inadmissibility report under subsection 44(1) would have been eligible to claim refugee

l'objet d'une procédure en vertu du paragraphe 44(2) de la Loi que ceux que l'arrêt *Cha* exige pour la procédure particulière engagée en vertu du paragraphe 44(2) dans cette affaire.

[33] Par conséquent, je suis d'accord avec le demandeur pour dire qu'un marin déserteur bénéficie de certains droits de participation tant que le délégué n'a pas pris une mesure de renvoi à son égard en application du paragraphe 44(2) de la Loi et du paragraphe 184(1) du Règlement. J'estime qu'à tout le moins, avant de faire l'objet d'une mesure de renvoi, l'individu a le droit de recevoir une copie du rapport de l'agent d'immigration et de présenter des preuves ou de faire connaître son point de vue au délégué.

[34] Quant à savoir s'il y a eu violation du droit à l'équité procédurale du demandeur, les faits ne sont pas contestés : le demandeur n'a pas été informé de l'existence du rapport de l'agent d'immigration et la mesure d'exclusion prise aux termes du paragraphe 44(2) a également été prise à son insu. Ni le rapport de l'agent d'immigration ni les notes du délégué ne mentionnent qu'on a essayé de communiquer avec le demandeur. Il est évident que les droits de participation minimaux que j'estime être requis n'ont pas été accordés au demandeur en l'espèce. Par conséquent, la Cour estime que le délégué a manqué à son obligation d'agir équitablement en prenant une mesure d'exclusion à l'égard du demandeur *in absentia* avant que celui-ci ait communiqué avec les autorités d'immigration.

[35] Je ne souscris pas à l'argument des défendeurs selon lequel il ne servirait à rien d'annuler la mesure de renvoi prise par le délégué. Le demandeur a demandé l'asile au Canada le 16 décembre 2011 et a été informé le 6 mars 2012, aux termes du paragraphe 99(3) de la Loi, qu'il n'avait pas le droit de présenter une telle demande parce qu'une mesure d'exclusion avait été prise contre lui le 13 décembre 2011. Le fait d'annuler cette mesure d'exclusion parce qu'elle a porté atteinte au droit à l'équité procédurale du demandeur lui donnera la possibilité de présenter une demande d'asile.

[36] La Cour a examiné un certain nombre d'affaires dans lesquelles la personne visée par un rapport d'interdiction de territoire établi en vertu du paragraphe 44(1)

protection if he or she could establish on a balance of probabilities that they had done so before a delegate issued a removal order against them (see *Elemuwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1026 (*Elemuwa*), at paragraphs 16–17; *Mitchell*, at paragraphs 21–27; and *Chaabane*, at paragraphs 14–20). The applicants in *Elemuwa*, *Mitchell*, and *Chaabane* all alleged that they had claimed refugee protection prior to the removal order being issued against them, but in each case the Court found the applicants had failed to establish this allegation on a balance of probabilities. It is noteworthy that the applicants in each of these cases were interviewed on the subject of their admissibility prior to the removal orders being issued against them.

[37] I invited the parties to provide the Court, in post-hearing submissions, with examples in the jurisprudence where an arrest warrant was issued against a person prior to a removal order being issued and the person had the opportunity to claim protection before being the subject of a removal order. While the respondents did not provide any case law to the Court, the applicant referred the Court to *Li*, above, in his post-hearing submissions. In that case, two inadmissibility reports were issued against the applicants *in absentia* and arrest warrants were issued by the immigration authorities in order to locate them. It was not until after the applicants were located and given copies of the inadmissibility reports, and the delegate interviewed the applicants to confirm the findings of the reports, that the delegate issued the exclusion order (*Li*, at paragraphs 7–8 and 17–19). The applicants in *Li* argued that they had claimed refugee protection before the delegate issued the exclusion order, but the Court concluded that the applicants were ineligible to file a refugee claim because there was no evidence the applicants, after being given an opportunity to hear the contents of the inadmissibility reports, expressed a fear of returning to their country of nationality or revealed an intention to file a refugee claim before the oral exclusion order was made (*Li*, at paragraphs 48 and 55). The Court did not question the notion that the applicants would have had the opportunity to claim refugee protection after learning the contents of the inadmissibility reports as long as they

aurait pu présenter une demande d’asile si la personne en question réussissait à établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’elle avait fait cette demande avant que le délégué prenne une mesure de renvoi à son égard (voir *Elemuwa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1026 (*Elemuwa*), aux paragraphes 16 et 17; *Mitchell*, aux paragraphes 21 à 27 et *Chaabane*, aux paragraphes 14 à 20). Les demandeurs dans les décisions *Elemuwa*, *Mitchell* et *Chaabane*, alléguaient tous qu’ils avaient demandé l’asile avant qu’une mesure de renvoi ait été prise contre eux, mais dans chacun des cas, la Cour a jugé que les demandeurs n’avaient pas établi cette allégation selon la prépondérance des probabilités. Il convient de noter que, dans toutes ces affaires, les demandeurs avaient passé une entrevue au sujet de leur interdiction de territoire avant de faire l’objet d’une mesure de renvoi.

[37] J’invite les parties à fournir à la Cour, dans leurs observations postérieures à l’audience, des exemples tirés de la jurisprudence dans lesquels un mandat d’arrestation a été délivré contre une personne avant la prise d’une mesure de renvoi la visant et où la personne a eu la possibilité de demander l’asile avant de faire l’objet d’une mesure de renvoi. Les défendeurs n’ont présenté à la Cour aucun précédent à cet égard, mais le demandeur a mentionné l’affaire *Li*, précitée, dans ses observations postérieures à l’audience. Dans cette affaire, deux rapports d’interdiction de territoire avaient été établis *in absentia* contre les demandeurs et des mandats d’arrestation avaient été délivrés par les autorités d’immigration afin de les retracer. Ce n’est qu’après que les demandeurs eurent été retracés et eurent reçu des exemplaires des rapports d’interdiction de territoire et que le délégué eut fait passer aux demandeurs une entrevue pour confirmer les conclusions de ces rapports que le délégué a pris une mesure d’exclusion (*Li*, aux paragraphes 7, 8 et 17 à 19). Dans la décision *Li*, les demandeurs soutenaient qu’ils avaient demandé l’asile avant que le délégué n’ait pris la mesure d’exclusion, mais la Cour a conclu que les demandeurs n’étaient pas autorisés à demander l’asile parce que rien n’indiquait qu’ils ont exprimé, après avoir eu la possibilité de prendre connaissance du contenu des rapports d’interdiction de territoire, la crainte de retourner dans leur pays de nationalité ou manifesté leur intention de déposer une demande d’asile avant que la mesure d’exclusion

would have done so before the delegate ordered them excluded.

[38] After reviewing these examples in the jurisprudence, I am satisfied that quashing the decision in the case at bar will provide the applicant the opportunity to file a refugee claim. It is therefore not at all futile to set aside the exclusion order. If a valid exclusion order is subsequently issued against him, it is at that time that he will become ineligible to claim refugee protection pursuant to subsection 99(3) of the Act.

[39] In closing, I would like to emphasize that the present application deals with participatory rights in the context of a delegate's review, under subsection 44(2) of the Act, of an inadmissibility report grounded on the fact that a foreign national failed to comply with subsection 184(1) of the Regulations. In setting out the procedural rights for these circumstances, I do not intend to rule on the procedural rights for individuals in any situation other than the one at issue.

[40] For these reasons, the application for judicial review is allowed. The exclusion order is set aside and the matter is sent back for redetermination by a different delegate.

#### CERTIFIED QUESTION

[41] The respondents have submitted the following question for the Court's certification:

Can the Minister issue a removal order *in absentia* pursuant to subparagraph 228(1)(c)(v) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations), against a foreign national who failed to comply with the condition imposed on crew members set out in paragraph 184(1) of the Regulations?

verbale ne soit prise (*Li*, aux paragraphes 48 et 55). La Cour n'a pas contesté l'idée que les demandeurs auraient eu la possibilité de demander l'asile après avoir pris connaissance du contenu des rapports d'interdiction de territoire dans la mesure où ils l'auraient fait avant que le délégué n'ordonne leur exclusion.

[38] Après avoir examiné ces exemples tirés de la jurisprudence, je suis convaincue que l'annulation de la décision dans la présente affaire donnera au demandeur la possibilité de présenter une demande d'asile. Il n'est donc pas du tout inutile d'annuler la mesure d'exclusion. Si une mesure d'exclusion valide est prise par la suite contre lui, il perdra alors la possibilité de demander l'asile conformément au paragraphe 99(3) de la Loi.

[39] Pour terminer, j'aimerais souligner que la présente demande touche les droits de participation dans le contexte de l'examen par un délégué, en vertu du paragraphe 44(2) de la Loi, d'un rapport d'interdiction de territoire basé sur le fait que l'étranger a omis de respecter le paragraphe 184(1) du Règlement. J'ai exposé les droits procéduraux applicables dans ces circonstances, mais je n'ai aucunement l'intention de me prononcer sur les droits procéduraux des personnes qui se trouvent dans des situations qui diffèrent de celle qui est en litige ici.

[40] Pour ces motifs, il est fait droit à la demande de contrôle judiciaire. La mesure d'exclusion est annulée et l'affaire renvoyée, pour nouvelle décision, à un autre délégué.

#### QUESTION CERTIFIÉE

[41] Les défendeurs ont demandé à la Cour de certifier la question suivante :

[TRADUCTION] Le ministre peut-il prendre une mesure de renvoi *in absentia* conformément au sous-alinéa 228(1)c)(v) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), contre un étranger qui n'a pas respecté la condition imposée aux membres d'équipage, exposée au paragraphe 184(1) du Règlement?

[42] The applicant argues this question does not reflect the issue in the case at bar and has already been answered in the jurisprudence.

[43] The Court agrees that the question as formulated by the respondents does not reflect the true issue in the present case. Thus, the Court will modify it and certify the following question:

Does the Minister's issuance of an exclusion order pursuant to subparagraph 228(1)(c)(v) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 before the member of a crew subject to the exclusion order has any contact with the immigration authorities constitute a breach of procedural fairness because it deprives the foreign national of the opportunity to make a refugee claim?

[44] In my view this question meets the requirements for certification. It raises a serious issue of general importance which would be dispositive of an appeal (*Kunkel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 347, 88 Imm. L.R. (3d) 1, at paragraphs 8–10).

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is granted and the exclusion order is set aside;
2. The matter is referred for redetermination by a different delegate; and
3. The following question is certified:

Does the Minister's issuance of an exclusion order pursuant to subparagraph 228(1)(c)(v) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 before the member of a crew subject to the exclusion order has any contact with the immigration authorities constitute a breach of procedural fairness because it deprives the foreign national of the opportunity to make a refugee claim?

[42] Le demandeur soutient que cette question ne reflète pas la question en litige en l'espèce et a déjà reçu une réponse dans la jurisprudence.

[43] La Cour reconnaît que la question telle que formulée par les défendeurs ne reflète pas la véritable question en litige dans la présente affaire. La Cour va donc la modifier et certifier la question suivante :

La mesure de renvoi prononcée par le ministre en vertu du sous-alinéa 228(1)(c)(v) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, avant que le membre d'équipage visé par celle-ci puisse contacter les autorités d'immigration, porte-t-elle atteinte à l'équité procédurale en ce sens qu'elle prive l'étranger de présenter une demande d'asile?

[44] À mon avis, cette question satisfait aux critères établis pour la certification d'une question. Elle soulève une question grave de portée générale qui permettrait de régler un appel (*Kunkel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 347, aux paragraphes 8 à 10).

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie et la mesure d'exclusion est annulée.
2. L'affaire est renvoyée à un autre délégué pour qu'il rende une nouvelle décision.
3. La question suivante est certifiée :

La mesure de renvoi prononcée par le ministre en vertu du sous-alinéa 228(1)(c)(v) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, avant que le membre d'équipage visé par celle-ci puisse contacter les autorités d'immigration, porte-t-elle atteinte à l'équité procédurale en ce sens qu'elle prive l'étranger de présenter une demande d'asile?

ANNEX		ANNEXE	
<u>Relevant Statutory Provisions</u>		<u>Dispositions législatives pertinentes</u>	
<i>Immigration and Refugee Protection Act,</i> S.C. 2001, c. 27:		<i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés,</i> L.C. 2001, ch. 27 :	
PART 1		PARTIE 1	
IMMIGRATION TO CANADA		IMMIGRATION AU CANADA	
...		[...]	
DIVISION 3		SECTION 3	
ENTERING AND REMAINING IN CANADA		ENTRÉE ET SÉJOUR AU CANADA	
...		[...]	
<i>Rights and Obligations of Permanent and Temporary Residents</i>		<i>Droits et obligations des résidents permanents et des résidents temporaires</i>	
...		[...]	
Right of temporary residents	<b>29.</b> (1) A temporary resident is, subject to the other provisions of this Act, authorized to enter and remain in Canada on a temporary basis as a visitor or as a holder of a temporary resident permit.	<b>29.</b> (1) Le résident temporaire a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'autorisation d'entrer au Canada et d'y séjourner à titre temporaire comme visiteur ou titulaire d'un permis de séjour temporaire.	Droit du résident temporaire
Obligation — temporary resident	(2) A temporary resident must comply with any conditions imposed under the regulations and with any requirements under this Act, must leave Canada by the end of the period authorized for their stay and may re-enter Canada only if their authorization provides for re-entry.	(2) Le résident temporaire est assujéti aux conditions imposées par les règlements et doit se conformer à la présente loi et avoir quitté le pays à la fin de la période de séjour autorisée. Il ne peut y rentrer que si l'autorisation le prévoit.	Obligation du résident temporaire
...		[...]	
DIVISION 4		SECTION 4	
INADMISSIBILITY		INTERDICTIONS DE TERRITOIRE	
Rules of interpreta- tion	<b>33.</b> The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.	<b>33.</b> Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.	Interprétation
...		[...]	

Non-compliance with Act

**41.** A person is inadmissible for failing to comply with this Act

(a) in the case of a foreign national, through an act or omission which contravenes, directly or indirectly, a provision of this Act; and

(b) in the case of a permanent resident, through failing to comply with subsection 27(2) or section 28.

...

## DIVISION 5

### LOSS OF STATUS AND REMOVAL

#### *Report on Inadmissibility*

Preparation of report

**44.** (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

Referral or removal order

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

...

## PART 2

### REFUGEE PROTECTION

...

## DIVISION 2

### CONVENTION REFUGEES AND PERSONS IN NEED OF PROTECTION

#### *Claim for Refugee Protection*

...

**41.** S'agissant de l'étranger, emportent interdiction de territoire pour manquement à la présente loi tout fait — acte ou omission — commis directement ou indirectement en contravention avec la présente loi et, s'agissant du résident permanent, le manquement à l'obligation de résidence et aux conditions imposées.

[...]

## SECTION 5

### PERTE DE STATUT ET RENVOI

#### *Constat de l'interdiction de territoire*

**44.** (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

[...]

## PARTIE 2

### PROTECTION DES RÉFUGIÉS

[...]

## SECTION 2

### RÉFUGIÉS ET PERSONNES À PROTÉGER

#### *Demande d'asile*

[...]

Manquement à la loi

Rapport d'interdiction de territoire

Suivi

	<b>99. ...</b>		<b>99. [...]</b>	
Claim inside Canada	(3) A claim for refugee protection made by a person inside Canada must be made to an officer, may not be made by a person who is subject to a removal order, and is governed by this Part.		(3) Celle de la personne se trouvant au Canada se fait à l'agent et est régie par la présente partie; toutefois la personne visée par une mesure de renvoi n'est pas admise à la faire.	Demande faite au Canada
	<i>Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227:</i>		<i>Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227 :</i>	
	PART 1		PARTIE 1	
	INTERPRETATION AND APPLICATION		DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION	
	DIVISION 1		SECTION 1	
	INTERPRETATION		DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION	
	...		[...]	
Interpreta- tion — member of a crew	<b>3. (1)</b> For the purposes of these Regulations,  (a) “member of a crew” means a person who is employed on a means of transportation to perform duties during a voyage or trip, or while in port, related to the operation of the means of transportation or the provision of services to passengers or to other members of the crew ...  (b) a person ceases to be a member of a crew if  (i) they have deserted;  (ii) an officer believes on reasonable grounds that they have deserted;  ...		<b>3. (1)</b> Pour l'application du présent règlement :  a) « membre d'équipage » s'entend de la personne employée à bord d'un moyen de transport en déplacement ou en gare pour accomplir des tâches liées au fonctionnement de celui-ci ou à la prestation de services aux passagers ou aux autres membres d'équipage; [...]  b) le membre d'équipage perd cette qualité dans les cas suivants :  (i) il a déserté,  (ii) un agent a des motifs raisonnables de croire qu'il a déserté,  [...]	Interpréta- tion : membre d'équipage
	PART 9		PARTIE 9	
	TEMPORARY RESIDENTS		RÉSIDENTS TEMPORAIRES	
	...		[...]	
	DIVISION 2		SECTION 2	
	CONDITIONS ON TEMPORARY RESIDENTS		CONDITIONS LIÉES AU STATUT	
	...		[...]	

Condition imposed on members of a crew

**184.** (1) A foreign national who enters Canada as a member of a crew must leave Canada within 72 hours after they cease to be a member of a crew.

...

PART 13

REMOVAL

DIVISION 1

REMOVAL ORDERS

Types of removal order

**223.** There are three types of removal orders, namely, departure orders, exclusion orders and deportation orders.

...

DIVISION 2

SPECIFIED REMOVAL ORDER

Subsection 44(2) of the Act — foreign nationals

**228.** (1) For the purposes of subsection 44(2) of the Act, and subject to subsections (3) and (4), if a report in respect of a foreign national does not include any grounds of inadmissibility other than those set out in the following circumstances, the report shall not be referred to the Immigration Division and any removal order made shall be

...

(c) if the foreign national is inadmissible under section 41 of the Act on grounds of

...

(v) failing to comply with subsection 29(2) of the Act to comply with any condition set out in section 184, an exclusion order; ...

**184.** (1) L'étranger qui entre au Canada en qualité de membre d'équipage doit quitter le Canada dans les soixante-douze heures après avoir perdu cette qualité.

[...]

PARTIE 13

RENVOI

DIVISION 1

MESURES DE RENVOI

Condition : membres d'équipage

**223.** Les mesures de renvoi sont de trois types : interdiction de séjour, exclusion, expulsion. Types

[...]

SECTION 2

MESURES DE RENVOI À PRENDRE

Application du paragraphe 44(2) de la Loi : étrangers

**228.** (1) Pour l'application du paragraphe 44(2) de la Loi, mais sous réserve des paragraphes (3) et (4), dans le cas où elle ne comporte pas de motif d'interdiction de territoire autre que ceux prévus dans l'une des circonstances ci-après, l'affaire n'est pas déférée à la Section de l'immigration et la mesure de renvoi à prendre est celle indiquée en regard du motif en cause :

[...]

c) en cas d'interdiction de territoire de l'étranger au titre de l'article 41 de la Loi pour manquement à :

[...]

(v) l'obligation prévue au paragraphe 29(2) de la Loi de se conformer aux conditions imposées à l'article 184, l'exclusion.

IMM-456-12  
2013 FC 8

IMM-456-12  
2013 CF 8

**Valerian Lukaj** (*Applicant*)

**Valerian Lukaj** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: LUKAJ V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : LUKAJ C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Crampton C.J.—Vancouver, August 29, 2012; Ottawa, January 4, 2013.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Vancouver, 29 août 2012; Ottawa, 4 janvier 2013.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Parental sponsorship applications — Judicial review of decision by Case Processing Centre refusing to process parental sponsorship application — Ministerial Instructions instituting pause on acceptance of sponsored applications effective day after applicant's application sent — Unprocessed application returned to applicant — Whether Citizenship and Immigration Canada erring in concluding that application received on or after pause; whether Ministerial Instructions ultra vires — Legislative scheme not constituting “offer” accepted by applicant — No legitimate expectation that application would be processed — Immigration and Refugee Protection Act, s. 87.3(4) contemplating that application not processed until affirmative decision made — Sponsorship applications considered “received” when received physically — Minister not acting beyond authority — Ministerial Instructions not contravening legislative scheme, issued because of backlog — Duty of fairness not including right to advance notice of pause — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demandes de parrainage parental — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Centre de traitement des demandes refusant de traiter une demande de parrainage parental — Des instructions ministérielles ont entraîné un moratoire dans l'acceptation des demandes de parrainage qui entraient en vigueur le jour suivant celui où le demandeur a envoyé sa demande — La demande non traitée a été retournée au demandeur — Il s'agissait de savoir si Citoyenneté et Immigration Canada a commis une erreur en concluant que la demande a été reçue le jour de l'entrée en vigueur du moratoire ou après; et si les instructions ministérielles excédaient le pouvoir du ministre — Le schéma établi par la Loi ne constitue pas une « offre » que le demandeur a acceptée — Il n'y avait aucune attente légitime que sa demande serait traitée — L'art. 87.3(4) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés prévoit que la demande n'est pas traitée tant qu'une décision favorable n'est pas rendue — Les demandes de parrainage sont considérées comme « reçues » lorsqu'elles sont physiquement reçues — Le ministre n'a pas outrepassé son pouvoir — Les instructions ministérielles ne contreviennent pas au schéma établi par la Loi et ont été émises en raison d'un arriéré — L'obligation d'équité procédurale ne comprenait pas de droit à un long préavis quant au moratoire — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of a decision by the Case Processing Centre (CPC) of Citizenship and Immigration Canada (CIC) refusing to process the applicant's parental sponsorship application.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Centre de traitement des demandes (CTD) de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) refusant de traiter la demande de parrainage parental du demandeur.

The applicant submitted by registered mail his application to CIC on the same day that Ministerial Instructions announced that CIC would institute a “temporary pause of up to 24 months on the acceptance of new sponsorship applications for parents and grandparents”, coming into effect on

Le demandeur a présenté sa demande de parrainage à CIC par courrier recommandé, le même jour où des instructions ministérielles ont annoncé que CIC instaurerait une « pause temporaire d'au plus 24 mois pendant laquelle les nouvelles demandes de parrainage de parents et de grands-parents

November 5, 2011. The application was returned to the applicant, with a statement that the application was received at the CPC on or after November 5, 2011, and that only applications received before that date would be processed.

At issue was whether CIC erred in concluding that it had received the applicant's application on or after November 5, 2011, and whether the Ministerial Instructions are *ultra vires* or constitute an abuse of the Minister's authority.

*Held*, the application should be dismissed.

The scheme established by the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) and the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) does not constitute an "offer" that was accepted by the applicant. There was no legitimate expectation that the application would be processed even though it would not physically arrive until after November 5, 2011. The plain language in subsection 87.3(4) of the IRPA clearly contemplates that until an affirmative decision is made in respect of a sponsorship application, an applicant may not even have a right to have his or her application processed. In addition, sponsorship applications under the family class are considered to be "received" only when they are physically received, not when they are mailed.

The Minister did not act beyond his authority in issuing the Ministerial Instructions. Those instructions do not contravene the legislative scheme established in sections 12 and 13 of the IRPA and in Part 7, Division 3 of the Regulations, including the sponsorship rights created therein. The evidence adduced in the present case confirmed that there was a backlog of sponsorship applications at the time the Ministerial Instructions were issued. The Ministerial Instructions were part of a *bona fide* course of action designed to address that backlog. The Minister's actions in this regard were not arbitrary or taken in bad faith. Pursuant to subsection 87.3(2) of the IRPA, the Minister has broad statutory authority regarding the processing of sponsorship applications. Finally, the duty of fairness owed to the applicant did not include a right to more advance notice of the "temporary pause" in the processing of applications brought about by the issuance of the Ministerial Instructions.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Budget Implementation Act, 2008*, S.C. 2008, c. 28, s. 120.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27,  
ss. 12, 13, 74(d), 87.3(2),(3),(4).

ne seront pas acceptées », laquelle entrerait en vigueur le 5 novembre 2011. La demande de parrainage a été renvoyée au demandeur avec une déclaration selon laquelle la demande avait été reçue au CTD le 5 novembre 2011 et que seules les demandes reçues avant cette date seraient traitées par le CTD.

Il s'agissait de savoir si CIC a commis une erreur en concluant que la demande du demandeur le ou après le 5 novembre 2011 et si les instructions ministérielles excédaient le pouvoir du ministre ou constituaient un abus de ce pouvoir.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Le schéma établi par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) et le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) ne constitue pas une « offre » que le demandeur a acceptée. Il n'y avait pas d'attente légitime selon laquelle la demande serait traitée, même si celle-ci n'allait être physiquement reçue qu'après le 5 novembre 2011. La phraséologie du paragraphe 87.3(4) de la LIPR prévoit clairement que tant qu'une décision favorable n'est pas rendue relativement à une demande de parrainage, un demandeur pourrait même ne pas avoir droit au traitement de sa demande. Les demandes de parrainage de la catégorie du regroupement familial sont considérées comme « reçues » seulement lorsqu'elles sont physiquement reçues, et non pas lorsqu'elles sont mises à la poste.

Le ministre n'a pas outrepassé son pouvoir lorsqu'il a établi les instructions ministérielles. Ces instructions ne contreviennent pas au schéma légal des articles 12 et 13 de la LIPR, et à la section 3 de la partie 7 du Règlement, notamment le droit au parrainage qui y est créé. La preuve produite en l'espèce a confirmé qu'il y avait un arriéré de demandes de parrainage au moment où les instructions ministérielles ont été établies. L'établissement des instructions ministérielles semble avoir été fait de bonne foi et avait pour objet de régler cet arriéré. Les actions du ministre à cet égard n'étaient ni arbitraires ni prises de mauvaise foi. Conformément au paragraphe 87.3(2) de la LIPR, le ministre a un vaste pouvoir réglementaire relativement au traitement des demandes de parrainage. Enfin, l'obligation d'équité procédurale due au demandeur ne comprenait pas de droit à un long préavis quant au « moratoire temporaire » dans le traitement des demandes présentées relativement à l'établissement des instructions ministérielles.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d'exécution du budget de 2008*, L.C. 2008, ch. 28,  
art. 120.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*,  
L.C. 2001, ch. 27, art. 12, 13, 74d), 87.3(2),(3),(4).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*,  
SOR/2002-227, ss. 130–137.

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*,  
DORS/2002-227, art. 130 à 137.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374; *Esensoy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1343, [2014] 2 F.C.R. 288.

##### CONSIDERED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654.

##### REFERRED TO:

*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; *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; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Kaur Gill v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1522, [2014] 2 F.C.R. 441; *Liang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 758, [2014] 1 F.C.R. 352; *Hamid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 217, [2007] 2 F.C.R. 152; *Salahova v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 352; *Lim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 657, 272 F.T.R. 293; *Castro v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 659; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Petrosyn v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1319, 421 F.T.R. 101; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297, (2000), 195 D.L.R. (4th) 422 (C.A.); *Kahn v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 345, [2002] 2 F.C. 413; *Patel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 55, 23 Imm. L.R. (3d) 161; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374; *Esensoy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1343, [2014] 2 R.C.F. 288.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*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; *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; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Kaur Gill c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1522, [2014] 2 R.C.F. 441; *Liang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 758, [2014] 1 R.C.F. 352; *Hamid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 217, [2007] 2 R.C.F. 152; *Salahova c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 352; *Lim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 657; *Castro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 659; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Petrosyn c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1319; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); *Kahn c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 345, [2002] 2 C.F. 413; *Patel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 55; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. Operational Bulletin 350. “Fourth Set of Ministerial Instructions: Temporary Pause on Family Class Sponsorship Applications for Parents and Grandparents”, November 4, 2011, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2011/ob350.asp>>.

News Release – Government of Canada to cut backlog and wait times for family reunification – Phase I of Action Plan for Faster Family Reunification, online: <<http://news.gc.ca/web/article-en.do?crtr.sj1D=&crtr.mnthdVl=11&mthd=advSrch&crtr.dpt1D=6664&nid=635499&crtr.lc1D=&crtr.tp1D=&crtr.yrStrtVl=2011&crtr.kw=&crtr.dyStrtVl=4&crtr.aud1D=&crtr.mnthStrtVl=11&crtr.page=1&crtr.yrndVl=2011&crtr.dyndVl=4>>.

Speaking notes for The Honourable Jason Kenney, P.C. (Privy Council), M.P. (Member of Parliament) Minister of Citizenship, Immigration and Multiculturalism, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/department/media/speeches/2011/2011-11-04.asp>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Case Processing Centre (CPC) of Citizenship and Immigration Canada (CIC) refusing to process the applicant’s parental sponsorship application. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Craig Costantino* for applicant.

*Caroline Christiaens* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] CRAMPTON C.J.: The applicant, Valerian Lukaj, brought this application for judicial review of a refusal of an unidentified person at the Case Processing Centre (CPC) of Citizenship and Immigration Canada (CIC) to

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. Bulletin opérationnel 350. « Quatrième série d’instructions ministérielles : moratoire temporaire sur les demandes de parrainage de parents et de grand parents au titre de la catégorie du regroupement familial », 4 novembre 2011, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2011/bo350.asp>>.

Communiqué – le gouvernement du Canada réduit l’arriéré et le temps d’attente pour la réunification familiale – Phase I du Plan d’action pour accélérer la réunification familiale, en ligne : <<http://nouvelles.gc.ca/web/article-fr.do?crtr.sj1D=&crtr.mnthdVl=11&mthd=advSrch&crtr.dpt1D=6664&nid=635499&crtr.lc1D=&crtr.tp1D=&crtr.yrStrtVl=2011&crtr.kw=&crtr.dyStrtVl=4&crtr.aud1D=&crtr.mnthStrtVl=11&crtr.page=1&crtr.yrndVl=2011&crtr.dyndVl=4>>.

Notes en vue d’une allocution de l’honorable Jason Kenney, C.P. (Conseil privé), député, ministre de la Citoyenneté, de l’Immigration et du Multiculturalisme, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/discours/2011/2011-11-04.asp>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision rendue par le Centre de traitement des demandes (CTD) de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) refusant de traiter la demande de parrainage parental du demandeur. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Craig Costantino* pour le demandeur.

*Caroline Christiaens* pour l’intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, 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] LE JUGE EN CHEF CRAMPTON : La Cour est saisie d’une demande de contrôle judiciaire présentée par Valerian Lukaj contre le refus de traiter sa demande de parrainage parental, refus émanant d’une personne

process his parental sponsorship application. Mr. Lukaj claims that:

(a) CIC erred by concluding that his sponsorship application, which he sent by registered mail on November 4, 2011, was received after that date, and therefore beyond the deadline set forth in Ministerial Instructions issued earlier that day; and

(b) The Minister of Citizenship and Immigration acted beyond, or abused, his authority in issuing those Ministerial Instructions, and refused to act in accordance with sections 12 and 13 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations).

[2] I disagree. For the reasons that follow, this application is dismissed.

### I. Background and Decision under Review

[3] On November 4, 2011, CIC issued Operational Bulletin 350, entitled “Fourth Set of Ministerial Instructions: Temporary Pause on Family Class Sponsorship Applications for Parents and Grandparents” (Ministerial Instructions), announcing that CIC would be instituting a “temporary pause of up to 24 months on the acceptance of new sponsorship applications for parents and grandparents.” The Ministerial Instructions also announced that this pause would be coming into effect the following day, November 5, 2011.

[4] After learning of this announcement, Mr. Lukaj met with his counsel that afternoon to finalize and submit his sponsorship application to CIC by registered mail, in accordance with a document checklist previously issued by CIC.

non identifiée au Centre de traitement des demandes (CTD) de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC). M. Lukaj soutient ce qui suit :

a) CIC a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que sa demande de parrainage, envoyée par courrier recommandé le 4 novembre 2011, a été reçue après cette date, et donc postérieurement à la date d’échéance contenue dans les instructions ministérielles établies plus tôt ce jour-là;

b) le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a outrepassé son pouvoir ou en a abusé, lorsqu’il a établi ces instructions ministérielles, et qu’il a refusé d’agir conformément aux articles 12 et 13 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), et qu’il a refusé d’agir conformément au *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement).

[2] Je ne suis pas d’accord. Pour les motifs qui suivent, la présente demande sera rejetée.

### I. Les faits et la décision soumise au contrôle

[3] Le 4 novembre 2011, CIC a adopté le Bulletin opérationnel 350, intitulé « Quatrième série d’instructions ministérielles : moratoire temporaire sur les demandes de parrainage de parents et grands-parents au titre de la catégorie du regroupement familial » (les instructions ministérielles). CIC a annoncé qu’elle instaurait une « pause temporaire d’au plus 24 mois pendant laquelle les nouvelles demandes de parrainage de parents et de grands-parents ne seront pas acceptées ». Les instructions ministérielles prévoyaient aussi que ce moratoire entrerait en vigueur le jour suivant, le 5 novembre 2011.

[4] Après avoir pris connaissance de cette annonce, M. Lukaj a rencontré son avocat dans l’après-midi afin de mettre au point et de présenter sa demande de parrainage à CIC par courrier recommandé, en conformité avec la liste de contrôle des documents antérieurement émise par CIC.

[5] On December 20, 2011, the sponsorship application package was returned to the office of Mr. Lukaj's counsel with an unsigned and undated form letter stating that the date stamp on the application showed that it was received at the CPC's processing center on or after November 5, 2011. The letter proceeded to explain that CIC had temporarily stopped accepting new applications for the sponsorship of parents and grandparents, effective November 5, 2011. It explained that only applications received before that date would be processed by the CPC. It added that this temporary pause in accepting new applications would continue until further notice, and that as a result of that pause, his application and supporting documentation were being returned to him, together with any fees that he may have paid. The letter ended by stating that effective December 1, 2011, a parent and grandparent super visa would be available to those who qualify. Mr. Lukaj was directed to CIC's website for additional information.

## II. Standard of Review

[6] The issue of when Mr. Lukaj's application was "received" by the CPC concerns CIC's interpretation of the Ministerial Instructions, which were issued pursuant to subsection 87.3(3) of the IRPA.

[7] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 54, a majority of the Supreme Court stated: "Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (emphasis added). In subsequently discussing, at paragraph 55, the standard applicable to questions of law in general, it couched the test in terms of whether the question "is of 'central importance to the legal system ... and outside the ... specialized area of expertise' of the administrative decision maker" (emphasis added). It added that the review of questions of law not meeting this test might be compatible with a reasonableness standard, where certain other factors so indicated. It also identified three particular types of questions of law that will generally

[5] Le 20 décembre 2011, la trousse de demande de parrainage a été renvoyée au bureau de l'avocat de M. Lukaj avec une lettre type non signée et non datée dans laquelle on déclarait que le timbre dateur sur la demande indiquait qu'elle avait été reçue au CTD le 5 novembre 2011 ou à une date ultérieure. Ensuite, dans la lettre on expliquait qu'à partir du 5 novembre 2011, CIC avait arrêté temporairement l'acceptation de nouvelles demandes de parrainage pour les parents et les grands-parents. Selon la lettre, seules les demandes reçues avant cette date seraient traitées par le CTD. Dans la lettre, on ajoutait que ce moratoire temporaire dans l'acceptation de nouvelles demandes continuerait jusqu'à avis contraire, et que, comme résultat de ce moratoire, la demande du demandeur et les documents à l'appui lui étaient retournés, avec les frais qu'il aurait payés. La lettre se terminait par une déclaration selon laquelle, à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2011, un super visa pour les parents et les grands-parents serait offert aux personnes admissibles. M. Lukaj a été renvoyé au site Internet de CIC pour tout renseignement supplémentaire.

## II. La norme de contrôle

[6] La question du moment auquel la demande de M. Lukaj a été « reçue » par le CTD a trait à l'interprétation par CIC des instructions ministérielles, lesquelles ont été établies conformément au paragraphe 87.3(3) de la LIPR.

[7] Au paragraphe 54 de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), une majorité des juges de la Cour suprême ont déclaré que : « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (non souligné dans l'original). Dans une discussion subséquente sur la norme de contrôle applicable aux questions de droit en général, au paragraphe 55, la Cour suprême a établi le critère relatif à la nature de la question de droit comme étant celle qui revêt « "une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d'expertise" du décideur administratif » (non souligné dans l'original). La Cour suprême a ajouté que le contrôle des questions de droit qui ne

be subject to review on a standard of correctness. None of those particular types of question are at issue in this proceeding.

[8] Later in the majority decision, it was observed that the first step in the process of judicial review involves ascertaining “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” (*Dunsmuir*, above, at paragraph 62).

[9] Prior to *Dunsmuir*, it appears that the jurisprudence may have determined that a visa officer’s interpretation of the IRPA and the Regulations was reviewable on a correctness standard of review (*Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, at paragraph 71; *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 186, [2007] 1 F.C.R. 387 (*dela Fuente*), at paragraphs 39–51).

[10] However, since *Dunsmuir*, the Supreme Court has repeated on numerous occasions that “deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), at paragraph 30; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 34; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraphs 26–28; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at paragraph 36; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paragraph 16). It has also recently stated:

satisfont pas à ce critère peut être compatible avec la norme de contrôle de la décision raisonnable, lorsque certains autres facteurs pointent en ce sens. La Cour suprême a aussi décrit trois types précis de questions de droit qui feront généralement l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision correcte. Aucun de ces types précis de questions ne se pose en l’espèce.

[8] Plus tard, dans la décision à la majorité, il a été souligné que la première étape dans le processus de contrôle judiciaire consiste à vérifier « si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 62).

[9] Avant l’arrêt *Dunsmuir*, il appert que la jurisprudence avait décidé que l’interprétation de la LIPR et du Règlement faite par un agent des visas était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, au paragraphe 71; *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 186, [2007] 1 R.C.F. 387 (*dela Fuente*), aux paragraphes 39 à 51).

[10] Toutefois, depuis l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a répété à de nombreuses occasions que « “[l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise” » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association* 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), au paragraphe 30; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 34; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, aux paragraphes 26 à 28; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, au paragraphe 36; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, au paragraphe 16). Récemment, la Cour suprême a aussi déclaré ce qui suit :

This principle applies unless the interpretation of the home statute falls into one of the categories of questions to which the correctness standard continues to apply, i.e., “constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator’s expertise, ... ‘[q]uestions regarding jurisdictional lines between two or more competing tribunals’ [and] true questions of jurisdiction or *vires*” .... [*Alberta Teachers*, above, at paragraph 30.]

[11] Indeed, the Court has now gone so far as to say that “unless the situation is exceptional, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of its ‘own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity’ should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review” (*Alberta Teachers*, above, at paragraph 34).

[12] Given the foregoing, I am of the view that the pre-*Dunsmuir* jurisprudence cannot be said to have already determined “in a satisfactory manner”, as contemplated by *Dunsmuir*, above, at paragraph 62, the degree of deference to be accorded to an administrative tribunal’s interpretation of the IRPA, the Regulations, or, by extension, ministerial guidelines issued pursuant to those legislative enactments.

[13] The situation is less clear with respect to other types of administrative decision makers, particularly ministerial delegates, such as visa officers. In *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, at paragraph 19, the Federal Court of Appeal observed that it was uncertain whether the reasonableness or correctness standard of review applied to the interpretation and application of an administrative policy issued under an Order in Council by a ministerial delegate employed at CIC. Given that nothing turned on whether the standard of review was reasonableness or correctness, the Court determined that it did not need to make a determination on this issue.

Le principe ne vaut cependant pas lorsque l’interprétation de la loi constitutive relève d’une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable, à savoir les « questions constitutionnelles, [les] questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise du décideur, [les] questions portant sur la “délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents” [et] les questions touchant véritablement à la compétence » [...] [*Alberta Teachers*, précité, au paragraphe 30.]

[11] En fait, la Cour suprême est allée jusqu’à dire que « sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s’est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de “sa propre loi constitutive ou [d’]une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie” est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (*Alberta Teachers*, précité, au paragraphe 34).

[12] Vu ce qui précède, je suis d’avis que la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Dunsmuir* ne peut pas être considérée comme ayant déjà déterminé « de manière satisfaisante », comme cela ressort du paragraphe 62 de l’arrêt *Dunsmuir*, le degré de déférence qui doit être accordé à l’interprétation par un tribunal administratif de la LIPR, du Règlement, ou par analogie des Lignes directrices du ministre établies conformément à ces dispositions légales.

[13] La situation est moins claire en ce qui a trait à d’autres types de décideurs administratifs, en particulier les délégués du ministre tels que les agents de visas. Au paragraphe 19 de l’arrêt *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374, la Cour d’appel fédérale a souligné qu’il y avait une incertitude quant à savoir si la norme de contrôle applicable à l’interprétation ou à l’application d’une politique administrative établie en application d’un décret par un directeur employé de CIC était la décision raisonnable ou la décision correcte. Vu que rien ne permet de trancher de la question de savoir si la norme de contrôle était la décision raisonnable ou la décision correcte, la Cour a déterminé qu’elle n’avait pas besoin de rendre une décision sur cette question.

[14] I will adopt a similar approach in this case, as the conclusion that I have reached below would be the same, regardless of whether the CIC's interpretation of the ministerial guidelines is reviewed on a standard of reasonableness or correctness.

[15] The issue of whether the Minister acted beyond, or abused, his authority in issuing the Ministerial Instructions is reviewable on a correctness standard (*Dunsmuir*, above, at paragraphs 59–60; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 42).

#### IV. Analysis

A. *Did CIC err in concluding that it had “received” Mr. Lukaj’s application on or after November 5, 2011?*

[16] Mr. Lukaj submits that the scheme established under the IRPA and the Regulations for the sponsorship of specified individuals, including parents of permanent residents and citizens, constitutes a contractual offer to potential sponsors which furthers the objective of family reunification. He asserts that, by filing an application, which includes a sponsorship undertaking, an applicant effectively accepts the offered terms and communicates that he or she is willing to enter into a binding agreement with CIC to undertake corresponding obligations to enable the sponsored person(s) to be accepted for permanent residence in Canada. He initially added that, having offered the contractual terms set forth in the above-mentioned statutory scheme, the Minister was bound by the “postal acceptance rule” to accept his application on the day it was mailed. However, during the hearing of this application, his counsel acknowledged that the postal acceptance rule does not apply in the context of a sponsorship application. He therefore grounded Mr. Lukaj’s position regarding the contractual nature of his application in his view that he had a legitimate expectation that his application would be processed once he sent it by registered mail on November 4, 2011.

[14] J’adopterais une approche semblable en l’espèce, étant donné que la conclusion à laquelle je suis arrivé ci-dessous serait la même, peu importe si l’interprétation faite par CIC des lignes directrices du ministre était susceptible de contrôle selon la décision raisonnable ou selon la décision correcte.

[15] La question de savoir si le ministre a outrepassé son pouvoir ou en a abusé lorsqu’il a établi les instructions ministérielles est susceptible de contrôle selon la décision correcte (*Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 59 et 60; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), au paragraphe 42).

#### IV. Analyse

A. *CIC a-t-elle commis une erreur lorsqu’elle a décidé qu’elle avait « reçu » la demande de M. Lukaj le 5 novembre 2011 ou à une date ultérieure?*

[16] M. Lukaj soutient que pour le parrainage de personnes précises, notamment les parents de résidents permanents et de citoyens, le schéma établi par la LIPR et le Règlement constitue une offre contractuelle faite aux répondants éventuels, laquelle promeut l’objectif du regroupement familial. Le demandeur affirme que lorsqu’il dépose une demande contenant un engagement de parrainage, tout demandeur accepte en fait les modalités offertes, et il indique sa volonté de conclure un accord qui le lie à CIC de s’engager à des obligations correspondantes permettant à la personne parrainée d’être acceptée pour la résidence permanente au Canada. Au début, il avait ajouté qu’une fois que le ministre a offert les modalités contractuelles énoncées dans le schéma légal mentionné ci-dessus, le ministre était lié par la « règle de l’acceptation par la poste » à l’acceptation de sa demande à la date à laquelle elle a été mise à la poste. Toutefois, lors de l’audition de la présente demande, son avocat a admis que la règle de l’acceptation par la poste ne s’appliquait pas dans le contexte d’une demande de parrainage. Par conséquent, il a ancré la position de M. Lukaj quant à la nature contractuelle de sa demande, sur son point de vue selon lequel il avait

[17] I do not accept Mr. Lukaj's submissions on this point.

[18] The sponsorship scheme established by the IRPA and the Regulations is statutory, rather than contractual, in nature (*Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, at paragraphs 47–50).

[19] Eligibility to be sponsored as a member of the family class is established by subsection 12(1) of the IRPA, which states:

*Selection of Permanent Residents*

Family  
reunification

**12.** (1) A foreign national may be selected as a member of the family class on the basis of their relationship as the spouse, common-law partner, child, parent or other prescribed family member of a Canadian citizen or permanent resident.

[20] The corresponding eligibility of permanent residents and Canadian citizens to sponsor a family member is established by subsection 13(1) of the IRPA, which states:

*Sponsorship of Foreign Nationals*

Right to  
sponsor  
family  
member

**13.** (1) A Canadian citizen or permanent resident may, subject to the regulations, sponsor a foreign national who is a member of the family class.

[21] The regulatory framework applicable to sponsorship applications is set forth in Division 3 [of Part 7] of the Regulations, specifically, sections 130 to 137.

[22] In this statutory scheme, the right to sponsor a family member does not vest, accrue or begin to accrue until an affirmative decision is made in respect of the application (*Kaur Gill v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1522, [2014] 2 F.C.R. 441, at

une attente légitime que sa demande soit traitée, une fois qu'il l'aurait envoyée par courrier recommandé le 4 novembre 2011.

[17] Je n'accepte pas les observations de M. Lukaj sur cet aspect.

[18] Le schéma de parrainage établi par la LIPR et le Règlement est de nature légale et non pas contractuelle (*Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, aux paragraphes 47 à 50).

[19] L'admissibilité au parrainage dans la catégorie du regroupement familial est établie au paragraphe 12(1) de la LIPR qui prévoit ce qui suit :

*Sélection des résidents permanents*

**12.** (1) La sélection des étrangers de la catégorie « regroupement familial » se fait en fonction de la relation qu'ils ont avec un citoyen canadien ou un résident permanent, à titre d'époux, de conjoint de fait, d'enfant ou de père ou mère ou à titre d'autre membre de la famille prévu par règlement.

Regroupe-  
ment familial

[20] L'admissibilité correspondante des résidents permanents et des citoyens canadiens à la qualité de répondant pour le parrainage d'un membre de la famille est établie au paragraphe 13(1) de la LIPR qui est énoncé de la façon suivante :

*Régime de parrainage*

**13.** (1) Tout citoyen canadien et tout résident permanent peuvent, sous réserve des règlements, parrainer l'étranger de la catégorie « regroupement familial ».

Droit au  
parrainage :  
individus

[21] Le cadre réglementaire applicable aux demandes de parrainage est décrit à la section 3 [de la partie 7] du Règlement, en particulier aux articles 130 à 137.

[22] Dans ce schéma réglementaire, le droit au parrainage d'un membre de la famille n'est pas octroyé, acquis ou ne commence pas à être acquis, tant qu'une décision favorable n'est pas rendue relativement à la demande (*Kaur Gill c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*,

paragraph 40). Until that time, an applicant simply has a hope that his or her application will be accepted.

[23] Indeed, until that time, an applicant may not even have a right to have his or her application processed (*Liang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 758, [2014] 1 F.C.R. 352, at paragraphs 5–11 and 43). This is clearly contemplated by the plain language in subsection 87.3(4), which applies to applications and requests made on or after February 27, 2008 (*Budget Implementation Act, 2008*, S.C. 2008, c. 28, section 120).

[24] Mr. Lukaj submits that he had a legitimate expectation that the Minister would accept his sponsorship application based on its contractual nature and the fact that the CIC’s document checklist indicates that mail is the preferred mode of communication.

[25] I disagree. In the same breath, Mr. Lukaj acknowledges that he “knew when we sent the application on November 4, 2011 that it would not physically arrive at the Case Processing Centre”. In fact, the uncontested evidence is that his application was physically received by the CPC on November 9, 2011. He was also clearly informed by the Ministerial Instructions that his application would not be accepted for processing if it was not receive before November 5, 2011. Specifically, under the heading “Processing Instructions”, he was informed that: “[e]ffective November 5, 2011, no new family class sponsorship applications for a sponsor’s parents (R117(1)(c)) or grandparents (R117(1)(d)) will be accepted for processing.” In addition, under the heading “Applications received on or after November 5, 2011”, it was stated:

New FC4 Sponsorship applications for parents or grandparents received by [the CPC] on or after November 5, 2011, will be returned to the sponsor with a letter ... advising them of the temporary pause. Applications which are postmarked before November 5, 2011, but are received at [the CPC] on or after November 5, 2011 will also be returned to the sponsor. In both cases, processing fees shall be returned. [Emphasis added.]

2012 CF 1522, [2014] 2 R.C.F. 441, au paragraphe 40). Jusqu’à un tel moment, le demandeur a simplement un espoir que sa demande sera acceptée.

[23] En fait, jusqu’à un tel moment, le demandeur pourrait même ne pas avoir droit au traitement de sa demande (*Liang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 758, [2014] 1 R.C.F. 352 aux paragraphes 5 à 11, et au paragraphe 43). Cela ressort clairement de la phraséologie du paragraphe 87.3(4), lequel s’applique aux demandes présentées après le 27 février 2008 (*Loi d’exécution du budget de 2008*, L.C. 2008, ch. 28, article 120).

[24] M. Lukaj prétend qu’il avait une attente légitime selon laquelle le ministre accepterait sa demande de parrainage sur la base de sa nature contractuelle, et sur le fait que la liste vérification des documents de CIC indique que le courrier est le moyen de communication préféré.

[25] Je ne suis pas d’accord. Dans la même veine, M. Lukaj admet qu’il [TRADUCTION] « savait que, lorsqu’il a envoyé sa demande le 4 novembre 2011, elle n’arriverait pas physiquement au Centre de traitement des demandes ». En fait, la preuve non contestée établit que sa demande a été physiquement reçue au CTD le 9 novembre 2011. Les instructions ministérielles l’informaient aussi clairement que sa demande ne serait pas acceptée aux fins de traitement, si elle n’avait pas été reçue avant le 5 novembre 2011. En particulier, sous le titre « Instructions de traitement », on l’a informé qu’à : « compter du 5 novembre 2011, aucune nouvelle demande de parrainage de parents [R117(1)c] ou de grands-parents [R117(1)d] au titre de la catégorie du regroupement familial ne sera acceptée aux fins de traitement ». De plus, sous le titre « Demandes reçues le 5 novembre 2011 ou à une date ultérieure », il est énoncé ce qui suit :

Les nouvelles demandes de parrainage CF4 de parents ou de grands-parents reçues au [CTD] le 5 novembre 2011 ou à une date ultérieure, seront retournées aux répondants avec une lettre [...] les informant du moratoire temporaire. Les demandes dont le cachet de la poste indique une date antérieure au 5 novembre 2011, mais qui sont reçues au [CTD] le 5 novembre ou à une date ultérieure seront également retournées aux répondants. [TRADUCTION] Dans les deux cas, les frais de traitement acquittés seront remboursés. [Non souligné dans l’original.]

[26] Given the foregoing, I disagree with Mr. Lukaj's assertions that the scheme established by the IRPA and the Regulations constitute an "offer" which he accepted, and that he had a legitimate expectation that his application would be processed even though he knew it would not physically arrive until after November 5, 2011. I note that Justice Zinn dealt with a similar situation recently and concluded, as I have concluded, that "the applicant's sponsorship application was required to have been mailed and received by CIC before November 5, 2011" (*Esensoy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1343, [2014] 2 F.C.R. 288 (*Esensoy*), at paragraph 8).

[27] I would simply add that it is settled law that sponsorship applications under the family class are considered to be "received" only when they are physically received, not when they are mailed (*Hamid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 217, [2007] 2 F.C.R. 152, at paragraphs 45–47; *Salahova v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 352, at paragraphs 10–15; *Lim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 657, 272 F.T.R. 293, at paragraph 28; *Castro v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 659, at paragraph 10). I note that the affidavit of Glen Bornais, senior analyst at CIC, dated July 1, 2012 (Bornais affidavit), states, at paragraph 27, that this is also the CIC's standard approach. This further undermines Mr. Lukaj's position regarding his legitimate expectations (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*), at paragraph 26). This evidence was not contradicted by Mr. Lukaj.

B. *Are the Ministerial Instructions ultra vires or do they constitute an abuse of the Minister's authority?*

[28] Mr. Lukaj submits that the Minister acted beyond his authority in issuing the Ministerial Instructions, because those instructions contravene the legislative scheme established in sections 12 and 13 of the IRPA and in Part 7, Division 3 of the Regulations (sections 130 to 137), including the sponsorship rights created therein.

[26] Vu ce qui précède, je ne suis pas d'accord avec les affirmations de M. Lukaj selon lesquelles le schéma établi par la LIPR et le Règlement constitue une « offre » qu'il a acceptée, et qu'il avait une attente légitime selon laquelle sa demande serait traitée, même s'il savait qu'elle ne serait physiquement reçue qu'à après le 5 novembre 2011. Je note que le juge Zinn a récemment traité une situation semblable, et qu'il a conclu, comme j'ai moi-même conclu que « la demande de parrainage du demandeur devait avoir été postée et reçue par CIC avant le 5 novembre 2011 » (*Esensoy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1343, [2014] 2 R.C.F. 288 (*Esensoy*), au paragraphe 8).

[27] J'ajouterais simplement qu'il est bien établi en droit que les demandes de parrainage de la catégorie du regroupement familial sont considérées comme « reçues » seulement lorsqu'elles sont physiquement reçues, et non pas lorsqu'elles sont mises à la poste (*Hamid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 217, [2007] 2 R.C.F. 152, aux paragraphes 45 à 47; *Salahova c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 352, aux paragraphes 10 à 15; *Lim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 657, au paragraphe 28; *Castro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 659, au paragraphe 10). Je note que l'affidavit de Glen Bornais, analyste principal à CIC, daté du 1<sup>er</sup> juillet 2012 (affidavit Bornais) déclare, au paragraphe 27, qu'il s'agit aussi d'une procédure de CIC qui est normalisée. Cela affaiblit encore plus la position de M. Lukaj relative à ses attentes légitimes (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), au paragraphe 26). Cet élément de preuve n'a pas été contredit par M. Lukaj.

B. *Les instructions ministérielles excédaient-elles le pouvoir du ministre ou constituaient-elles un abus de ce pouvoir?*

[28] M. Lukaj soutient que le ministre a outrepassé son pouvoir lorsqu'il a établi les instructions ministérielles parce que ces instructions contrevenaient au schéma légal des articles 12 et 13 de la LIPR, et à la section 3 de la partie 7 du Règlement (articles 130 à 137), notamment le droit au parrainage qui y est créé.

[29] I disagree. This argument was recently addressed and rejected by Justice Zinn in *Esensoy*, above, at paragraphs 8–21. I concur with the reasons given by Justice Zinn and see no need to repeat them here.

[30] Further, and in the alternative, Mr. Lukaj submits that the issuance of the Ministerial Instructions was arbitrary, unfair, done in bad faith and therefore constituted an abuse of the Minister’s authority.

[31] I disagree. In *Esensoy*, above, at paragraph 18, Justice Zinn found that the Minister appears to have had a legitimate and *bona fide* rationale for issuing the Ministerial Instructions:

The record shows that there was a 165 000 application backlog when the Ministerial Instructions were announced. As of January 2012, the anticipated processing time for applications for permanent residence arising out of Turkey could take up to 81 months. This was arguably an issue that required administrative intervention and the Minister’s actions appear to have been *bona fide* and directed to that backlog issue.

[32] The evidence adduced in the present proceeding confirms that there was a backlog of approximately 165 000 applications at the time the Ministerial Instructions were issued. According to the Bornais affidavit, at paragraph 10, this backlog stood at 103 000 at the beginning of 2008. Among other things, paragraph 10 of that affidavit provided the following additional helpful information:

Growing backlogs compromise Canada’s ability to deliver the most efficient immigration system possible. There are mounting costs associated with maintaining the backlogs. Rather than *processing* applications resources are spent *managing* applications and responding to complaints and requests for information. A corollary of backlogs is lengthening wait times, since as backlogs grow clients must wait longer and longer for their applications to be processed. Not only do wait times represent poor client service and force applicants to put life decisions on hold, but they also reduce public confidence in the immigration system. Finally, lengthening wait times expose the government to the risk of legal challenge (i.e., mandamus litigation).

[29] Je ne suis pas d’accord. Cet argument a récemment été soulevé et rejeté par le juge Zinn dans la décision *Esensoy*, précitée, aux paragraphes 8 à 21. Je suis d’accord avec les motifs rendus par le juge Zinn et je trouve qu’il est inutile de les répéter ici.

[30] En outre, à titre subsidiaire, M. Lukaj prétend que l’établissement des instructions ministérielles était arbitraire, injuste, fait de mauvaise foi, et que cela constituait donc un abus de pouvoir du ministre.

[31] Je ne suis pas d’accord. Au paragraphe 18 de la décision *Esensoy*, précitée, le juge Zinn a conclu qu’il appert que le ministre a établi les instructions ministérielles de bonne foi et de façon légitime :

Le dossier fait état d’un arriéré de 165 000 demandes au moment de l’annonce de l’instruction ministérielle. En janvier 2012, le délai de traitement prévu des demandes de résidence permanente liées à la Turquie pouvait être de 81 mois. On est en droit de penser que ce problème requerrait une intervention administrative, et les actions du ministre semblent avoir été prises de bonne foi et avoir pour objet de régler la question de l’arriéré.

[32] La preuve produite en l’espèce confirme qu’il y avait un arriéré d’environ 165 000 demandes au moment où les instructions ministérielles ont été établies. Selon le paragraphe 10 de l’affidavit Bornais, cet arriéré était de 103 000 demandes au début de 2008. Entre autres choses, le paragraphe 10 de cet affidavit fournit les renseignements complémentaires et utiles suivants :

[TRADUCTION] Les arriérés croissants compromettent la capacité du Canada d’offrir le système d’immigration le plus efficace possible. Il y a des coûts élevés qui sont liés au maintien des arriérés. Plutôt que de *traiter* les demandes, les personnes ressources sont occupées à *gérer* les demandes et à répondre aux plaintes et aux demandes de renseignements. Un corollaire des arriérés est l’allongement du temps d’attente, étant donné que lorsque les arriérés augmentent les clients doivent attendre de plus en plus longtemps pour que leurs demandes soient traitées. Non seulement les temps d’attente représentent un mauvais service à la clientèle et ils obligent les demandeurs à mettre en veille des décisions très importantes pour leurs vies, mais en plus, ils diminuent aussi la confiance du public dans le système d’immigration. Enfin, l’allongement du temps d’attente expose le gouvernement au risque d’un recours judiciaire (c’est-à-dire une procédure de mandamus).

[33] The Bornais affidavit further noted that the temporary pause was part of a broad action plan for faster family reunification. Among other things, Phase I of that plan includes three other principal components. The first of those components committed the federal government to increasing the number of sponsored parents and grandparents that it will admit from nearly 15 500 in 2010 to 25 000 in 2012—an increase of approximately 60 percent. The second of those components was the establishment of a parent and grandparent super visa, which can be valid for up to 10 years and allow multiple entries for up to 24 months at a time without the renewal of status. This came into effect on December 1, 2011. The third component was a commitment to consult with Canadians regarding the redesign of the parents and grandparents sponsorship program to ensure that it is sustainable into the future. Paragraph 22 of the Bornais affidavit states that this consultation was launched on March 23, 2012.

[34] These features of the Minister’s action plan were all explained in the news release issued by CIC on November 4, 2011 [News Release – Government of Canada to cut backlog and wait times for family reunification – Phase I of Action Plan for Faster Family Reunification]. That news release also explained that Phase II of the action plan would be initiated “in about two years, following our consultations”. At that time, the plan contemplates that the temporary pause will be lifted, future applications will be processed quickly, and that the program for sponsoring parents and grandparents will operate on a more efficient and sustainable basis than in the past.

[35] In the meantime, according to the Bornais affidavit, at paragraph 22, CIC is continuing “to process, on a priority basis, all sponsorship applications for spouses, partners and dependent children, regardless of levels plan targets”.

[36] The rationale for implementing the Ministerial Instructions on very short notice is briefly explained in the Speaking notes for The Honourable Jason Kenney, P.C. (Privy Council), M.P. (Member of Parliament)

[33] L’affidavit Bornais note en outre que le moratoire temporaire faisait partie d’un vaste plan d’action pour un regroupement familial accéléré. Entre autres choses, la première phase de ce plan prévoyait trois autres composantes principales. La première de ces composantes engageait le gouvernement fédéral à augmenter le nombre de parents et de grands-parents parrainés qui seraient admis d’environ 15 500 en 2010, à 25 000 en 2012 — une augmentation d’environ 60 p. cent. La deuxième de ces composantes était l’établissement d’un super visa pour les parents et les grands-parents, super visa qui pouvait être valable jusqu’à 10 ans, et qui permettrait des entrées multiples jusqu’à 24 mois à la fois, sans renouvellement du statut. Cela est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2011. La troisième composante était un engagement de consulter les Canadiens relativement à la restructuration du programme de parrainage des parents et des grands-parents afin de s’assurer qu’il serait durable à l’avenir. Le paragraphe 22 de l’affidavit Bornais déclare que cette consultation a commencé le 23 mars 2012.

[34] Ces éléments du plan d’action du ministre ont tous été expliqués lors du communiqué publié le 4 novembre 2011 par CIC [Communiqué – Le gouvernement du Canada réduit l’arriéré et le temps d’attente pour la réunification familiale – Phase I du Plan d’action pour accélérer la réunification familiale]. Ce communiqué expliquait aussi que la deuxième phase du plan d’action commencerait « environ deux ans après les consultations ». À cette époque, selon le plan, le moratoire temporaire serait levé, les demandes à venir seraient traitées rapidement, et le programme de parrainage des parents et des grands-parents fonctionnerait sur une base plus efficace et plus durable que par le passé.

[35] Entre-temps, selon le paragraphe 22 de l’affidavit Bornais, CIC continue [TRADUCTION] « à traiter, sur une base prioritaire, toutes les demandes de parrainage pour conjoints, partenaires et enfants à charge, peu importe les niveaux cibles du plan ».

[36] La raison pour laquelle les instructions ministérielles ont été établies en un si court laps de temps est brièvement expliquée dans les Notes en vue d’une allocation de l’honorable Jason Kenney, C.P. (Conseil

Minister of Citizenship, Immigration and Multiculturalism, which were released at the news conference held on November 4, 2011, to announce the temporary pause and the other prongs of the Minister's action plan:

... as we redesign the program to make it sustainable, here's the challenge we have: if we leave the program open for applications during that period of consultation and redesign, we know what will happen – we will get absolutely flooded with a huge increase in applications. Because people will say "if the criteria might change, we need to get our application in right away." And we're very concerned about this possibility. This has happened before. Immigration consultants and lawyers will go to their clients and say "we're going to send your application in right now." And then we'll go from 40,000 applications to 50 or 60 or 70,000, and we'll never be able to deal with the backlog.

[37] According to an affidavit sworn by Sharon Ferreira, who is an operations coordinator at the CPC, on July 10, 2012, the processing time for parents and grandparents sponsorship applications was approximately 31 to 55 months at that time. At the visa office in Rome, Italy, where Mr. Lukaj's application likely would have been sent for processing, the processing time was approximately 40 months. Had Mr. Lukaj submitted his application prior to November 5, 2011, that processing time likely would not have begun until "after 2013".

[38] Considering all of the foregoing, I agree with Justice Zinn's finding in *Esensoy*, above, at paragraph 18, that issuance of the Ministerial Instructions appears to have been part of a *bona fide* course of action designed to address the above-described backlog. I am satisfied that the Minister's actions in this regard were not arbitrary or taken in bad faith.

[39] Mr. Lukaj also submitted that the principles of procedural fairness required that he be given some notice of the change in the Minister's policy, given that the Ministerial Instructions affected his substantive right to sponsor his parents.

[40] I disagree.

privé), député, ministre de la Citoyenneté, de l'Immigration et du Multiculturalisme, lesquelles ont été publiées à la conférence de presse tenue le 4 novembre 2011 pour l'annonce du moratoire temporaire et d'autres aspects du plan d'action du ministre.

[...] à mesure que nous restructurerons le programme pour en assurer la viabilité, nous devons relever le défi suivant : si nous acceptons des demandes dans le cadre de ce programme pendant la période de consultation et de restructuration, nous savons ce qui se produira – nous serons inondés par une immense hausse du nombre de demandes. En effet, les gens se diront : « au cas où les critères changeraient, il vaut mieux que je présente ma demande tout de suite ». Et cette possibilité nous inquiète beaucoup. Cela s'est déjà produit. Les consultants et les avocats en immigration vont contacter leurs clients pour leur dire : « nous allons envoyer votre demande immédiatement ». Et, ensuite, le nombre de demandes passera de 40 000 à 50 000, 60 000 ou 70 000, et nous ne viendrons jamais à bout de l'arriéré.

[37] Selon un affidavit souscrit par Sharon Ferreira qui est coordonnatrice des opérations au CTD, le 10 juillet 2012, le temps de traitement pour les demandes de parrainage de parents et de grands-parents était d'environ 31 à 55 mois à l'époque. Au bureau des visas à Rome, en Italie, où la demande de M. Lukaj aurait vraisemblablement été envoyée pour traitement, le temps de traitement était d'environ 40 mois. Si M. Lukaj avait présenté sa demande avant le 5 novembre 2011, ce temps de traitement n'aurait vraisemblablement pas commencé jusqu'à « après 2013 ».

[38] Vu tout ce qui précède, je suis d'accord avec la conclusion du juge Zinn, au paragraphe 18 de la décision *Esensoy*, précitée, selon laquelle il appert que l'établissement des instructions ministérielles semble avoir été pris de bonne foi et avait pour objet de régler l'arriéré décrit ci-dessus. Je suis convaincu que les actions du ministre à cet égard n'étaient ni arbitraires ni prises de mauvaise foi.

[39] M. Lukaj a aussi soutenu que les principes d'équité procédurale exigent qu'on lui donne un certain avis en cas de changement de la politique du ministre, étant donné que les instructions ministérielles touchaient à son droit fondamental de parrainer ses parents.

[40] Je ne suis pas d'accord.

[41] It is well established that the content of the duty of fairness owed to visa applicants is at the low end of the spectrum (*Petrosyn v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1319, 421 F.T.R.101, at paragraph 19; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.), at paragraph 41; *Kahn v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 345, [2002] 2 F.C. 413, at paragraphs 30–32; *Patel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 55, 23 Imm. L.R. (3d) 161, at paragraph 10).

[42] As discussed above, Mr. Lukaj had no vested, accrued or accruing right to sponsor his parents. Nor did he have a right to have his application processed. In addition, he did not have a legitimate expectation that his application, which he knew would not be received by CIC until after the deadline established in the Ministerial Instructions, would be processed.

[43] Pursuant to subsection 87.3(2) of the IRPA, the Minister has, and had under the version of the IRPA that was in force at the time of the decision in 2011 that is the subject of this proceeding, broad statutory authority regarding the processing of sponsorship applications, including those referred to in subsection 13(1) (*Esensoy*, above, at paragraphs 10–12).

[44] As explained above, the Minister appears to have had legitimate and *bona fide* reasons for issuing the Ministerial Instructions and for doing so on very short notice.

[45] Considering all of the foregoing, the duty of fairness owed to Mr. Lukaj did not include a right to more advance notice of the “temporary pause” in the processing of applications that was brought about by the issuance of the Ministerial Instructions (*dela Fuente*, above, at paragraph 201; *Salahova*, 2010 FC 352 [cited above], at paragraph 21; *Baker*, above, at paragraphs 26–27).

[41] Il est bien établi que le contenu de l’obligation d’équité due aux demandeurs de visa ne commande pas un degré élevé d’équité procédurale (*Petrosyn c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 FC 1319, au paragraphe 19; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.), au paragraphe 41; *Kahn c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CAF 345, [2002] 2 C.F. 413, aux paragraphes 30 à 32; *Patel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CAF 55, au paragraphe 10).

[42] Comme cela est exposé ci-dessus, M. Lukaj n’avait aucun droit dévolu, acquis ou en voie d’acquisition au parrainage de ses parents. Il n’avait pas non plus le droit de voir sa demande traitée. De plus, il n’avait pas d’attente légitime selon laquelle sa demande dont il savait qu’elle ne serait reçue par CIC qu’après la date d’échéance établie dans les instructions ministérielles serait traitée.

[43] Conformément au paragraphe 87.3(2) de la LIPR, le ministre a, et il avait dans le cadre de la version de la LIPR en vigueur lorsque la décision faisant l’objet du présent contrôle a été rendue en 2011, un vaste pouvoir réglementaire relativement au traitement des demandes de parrainage, notamment celles auxquelles il est fait référence au paragraphe 13(1) (*Esensoy*, précitée, aux paragraphes 10 à 12).

[44] Comme cela est expliqué ci-dessus, il appert que le ministre avait des motifs *honnêtes* d’établir des instructions ministérielles et de le faire dans un très court laps de temps.

[45] Compte tenu de tout ce qui précède, l’obligation d’équité procédurale due à M. Lukaj ne comprenait pas de droit à un long préavis quant au « moratoire temporaire » dans le traitement des demandes présentées relativement à l’établissement des instructions ministérielles (*dela Fuente*, précité, au paragraphe 201; *Salahova*, 2010 CF 352 [précitée], au paragraphe 21; *Baker*, précité, aux paragraphes 26 et 27).

## V. Conclusion

[46] For the reasons set forth above, the CIC did not err in concluding that it had “received” Mr. Lukaj’s application on or after November 5, 2011. Moreover, the Minister did not act beyond his authority, in bad faith or in an arbitrary manner in issuing the Ministerial Instructions. In addition, the issuance of the Ministerial Instructions on very short notice did not breach any duty of fairness owed to Mr. Lukaj.

[47] Accordingly, this application is dismissed.

[48] At the end of the hearing of this application, the respondent proposed the following question for certification:

Given the Minister’s responsibility to administer the *Immigration and Refugee Protection Act* [IRPA] in a manner that achieves the various objectives set out at subsection 3(1), and to manage these objectives within the Government’s annual plan for total admissions, does section 13 of the IRPA preclude the Minister from implementing Instructions under section 87.3 of the IRPA that temporarily pause the acceptance of sponsorship applications to reduce the application backlog and associated wait times for sponsored parents and grandparents?

[49] In the alternative, in the event that the Court preferred a more open question, the respondent proposed the following question for certification:

In issuing and enforcing a temporary pause on the receipt of new sponsorship applications for parents and grandparents as set out in the Ministerial Instructions of November 5, 2011, did the Minister exceed his discretionary authority and were his actions *ultra vires* the IRPA?

[50] In my view, neither of these proposed questions raises “a serious question of general importance”, as contemplated by paragraph 74(d) of the IRPA. For the reasons explained by Justice Zinn in *Esensoy*, above, it is clear that it was within the Minister’s statutory authority to issue the Ministerial Instructions, including the aspect of those instructions which effected a temporary

## V. Conclusion

[46] Pour les motifs énoncés ci-dessus, CIC n’a pas commis d’erreur lorsqu’elle a conclu qu’elle avait « reçu » la demande de M. Lukaj le 5 novembre 2011 ou à une date ultérieure. En outre, le ministre n’a pas outrepassé son pouvoir, et il n’a pas agi de mauvaise foi ou de façon arbitraire lorsqu’il a établi les instructions ministérielles. De plus, l’établissement des instructions ministérielles en un très court laps de temps n’a pas entraîné de violation de quelque obligation d’équité que ce soit qui serait due à M. Lukaj.

[47] Par conséquent, la présente demande sera rejetée.

[48] À la fin de l’audition de sa demande, le défendeur a proposé la certification de la question suivante :

[TRADUCTION] Vu la responsabilité du ministre d’appliquer la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [la LIPR] de manière à atteindre les divers objectifs énoncés au paragraphe 3(1), et vu la responsabilité du ministre de gérer ces objectifs dans le plan annuel du gouvernement pour le nombre total des admissions, l’article 13 de la LIPR interdit-il au ministre de mettre en application des instructions fondées sur le paragraphe 87.3 de la LIPR, lesquelles suspendent temporairement l’acceptation des demandes de parrainage aux fins de la réduction de l’arriéré des demandes et de la réduction du temps d’attente qui y est lié pour les parents et les grands-parents parrainés?

[49] De façon subsidiaire, au cas où la Cour préférerait une question plus ouverte, le demandeur propose la question suivante pour certification :

[TRADUCTION] Lorsqu’il a établi et mis en application la suspension temporaire de la réception de nouvelles demandes de parrainage pour les parents et les grands-parents tel qu’il est énoncé dans les instructions ministérielles du 5 novembre 2011, le ministre a-t-il outrepassé son pouvoir discrétionnaire et ses actions étaient-elles *ultra vires* de la LIPR?

[50] À mon avis, aucune des questions proposées ne soulève de « question grave de portée générale » comme l’exige l’alinéa 74d) de la LIPR. Pour les motifs énoncés par le juge Zinn dans la décision *Esensoy*, précitée, il est clair que le tout faisait partie du pouvoir réglementaire du ministre d’établir des instructions ministérielles, notamment l’aspect de ces instructions qui entraînait un

pause in the acceptance of applications to sponsor a parent or a grandparent.

[51] I would simply add that neither of the proposed questions set forth above, would be dispositive of this application, if answered in the negative (*Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraph 28).

[52] In my view, no other serious question of general importance arises from this application.

[53] Accordingly, there is no issue for certification.

moratoire temporaire dans l'acceptation des demandes de parrainage pour un parent ou un grand-parent.

[51] J'ajouterais simplement qu'aucune des questions proposées et énoncées ci-dessus ne permettrait de trancher la présente demande, si on y répondait de façon défavorable (*Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, au paragraphe 28).

[52] Selon moi, aucune autre question grave de portée générale n'est soulevée dans la présente demande.

[53] Par conséquent, il n'y aura pas de question à certifier.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. This application is dismissed.
2. There is no question for certification.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE en ces termes :

1. La présente demande est rejetée.
2. Il n'y a aucune question à certifier.

T-1925-11  
2013 FC 169

T-1925-11  
2013 CF 169

**UHA Research Society, James Edward Austin, Hideaway II Ventures Ltd. and Andrew Milne on their own behalf and on behalf of all eligible category G licence-holders** (*Applicants*)

**UHA Research Society, James Edward Austin, Hideaway II Ventures Ltd. et Andrew Milne en leur propre nom et au nom de tous les titulaires de permis de catégorie G admissibles** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada, Minister of Fisheries and Oceans and Don Carto** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada, le ministre des Pêches et des Océans et Don Carto** (*intimés*)

**INDEXED AS: UHA RESEARCH SOCIETY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : UHA RESEARCH SOCIETY c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Snider J.—Vancouver, January 15 and 16; Ottawa, February 20, 2013.

Cour fédérale, juge Snider—Vancouver, 15 et 16 janvier; Ottawa, 20 février 2013.

*Fisheries — Judicial review of decision by Minister of Fisheries and Oceans to issue licence amendment granting respondent Don Carto right to harvest geoduck on aquaculture site, including geoduck on site prior to grant of licence amendment — Carto, business partner, commencing aquaculture venture — During remediation of site, finding geoduck seeds — Provincial representatives giving Carto permission to cultivate geoduck — Meanwhile, formal responsibility for aquaculture licences transferring to federal government — Federal licence amendment to include geoduck subsequently issued following Referral Summary Report and Recommendation by Department of Fisheries and Oceans official — Principal issue whether Pacific Aquaculture Regulations (PARs) authorizing Minister to issue licence amendment at issue — Licence falling within scope of Fisheries Act, PARs, thus validly authorized — Also validly issued since harvest of pre-existing geoduck incidental to operation of aquaculture facility pursuant to PARs, s. 3 — While meaningful connection to aquaculture activities necessary, PARs not requiring presence of licensed, cultured crop or that catch be accidental — Finally, findings of fact, mixed fact and law (as reflected in Summary Report) reasonable — Application dismissed.*

*Pêches — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par le ministre des Pêches et des Océans de délivrer un permis modifié accordant à l'intimé, Don Carto, le droit de récolter la panope sur son site aquacole, y compris le droit de cultiver la panope qui se trouvait déjà sur le site aquacole avant que le permis modifié ne lui soit délivré — M. Carto et son associée ont entrepris un projet d'aquaculture — Au cours de l'assainissement du site, l'intimé a trouvé des naissains de panope — Les représentants de la province ont autorisé M. Carto à élever les panopes — Entre-temps, la responsabilité officielle des permis d'aquaculture a été transférée au gouvernement fédéral — Un permis fédéral modifié en vue d'inclure la panope a été délivré par la suite après un rapport sur le résumé des soumissions et une recommandation par un fonctionnaire du ministère des Pêches et des Océans — Il s'agissait de savoir principalement si le Règlement du Pacifique sur l'aquaculture (le Règlement sur l'aquaculture) autorisait le ministre à délivrer le permis modifié en cause — Le permis délivré tombait sous le coup de la Loi sur les pêches et du Règlement sur l'aquaculture et avait donc été valablement délivré — Le permis a été également valablement délivré, étant donné que la récolte des panopes déjà existantes constitue une prise accidentelle de poisson dans le cadre de l'exploitation d'une installation d'aquaculture conformément à l'art. 3 du Règlement sur l'aquaculture — Bien qu'il doive nécessairement exister un lien significatif avec des activités d'aquaculture, le Règlement sur l'aquaculture n'exige pas l'existence d'une culture faisant l'objet d'un permis ou que la prise soit accidentelle — Enfin, les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit du ministre (reproduites dans le rapport sommaire) étaient raisonnables — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of a decision by the Minister of Fisheries and Oceans to issue a licence amendment granting the respondent Don Carto certain rights to harvest geoduck on his aquaculture site located in British Columbia, including geoduck on the site prior to the grant of the licence amendment.

By way of background, Mr. Carto and his business partner, Ms. Karen King, commenced an aquaculture venture in 2005 and had provincial authorization to cultivate a variety of marine species. During the remediation of the aquaculture site, Mr. Carto found geoduck seeds lodged in metal baskets and trays left over from a previous operation. He and Ms. King obtained an amendment to their provincial aquaculture licence to include geoduck. However, the licence expired in December 2010 as a result of the transfer of formal responsibility for aquaculture licences to the federal government. Mr. Carto and Ms. King received a federal aquaculture licence for all species except for geoduck in December 2010. The amendment at issue herein to include geoduck was issued in August 2011.

The decision in question was based upon a Referral Summary Report and Recommendation dated August 11, 2011 drafted by Ms. Kerry Marcus of the Department of Fisheries and Oceans. In that report, Ms. Marcus recommended, *inter alia*, that the commercial fishery should not be granted a pre-seed harvest.

The principal issue was whether the *Pacific Aquaculture Regulations*, SOR/2010-270 (PARs) authorized the Minister to issue a licence amendment to permit Mr. Carto to harvest geoduck existing on the aquaculture site at the time the amendment was issued.

*Held*, the application should be dismissed.

There was no public right of fishery in the present case. While that right may still exist, it is restricted by the *Fisheries Act*, which regulates who may enter the fishery and the allocation of the fishery resources, imposing significant limits on who may exercise the public right to fish and under what circumstances they may do so. The licence issued to Mr. Carto fell within the scope of the *Fisheries Act* and the PARs and was validly authorized.

The licence was validly issued since the harvest of the pre-existing geoduck was incidental to the operation of an aquaculture facility. Section 3 of the PARs permits an

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision rendue par le ministre des Pêches et des Océans de délivrer un permis modifié accordant à l'intimé, Don Carto, le droit de récolter la panope sur son site aquacole situé en Colombie-Britannique, y compris le droit de cultiver la panope qui se trouvait déjà sur le site aquacole avant que le permis modifié ne lui soit délivré.

En guise de contexte, M. Carto et son associée, M<sup>me</sup> Karen King, ont entrepris un projet d'aquaculture en 2005 et ont obtenu une autorisation de la province pour élever plusieurs espèces marines. Au cours de l'assainissement du site aquacole, M. Carto a trouvé des naissains de panope logés dans les paniers et les plateaux de métal laissés par une ancienne exploitation. M. Carto et M<sup>me</sup> King ont obtenu une modification de leur permis d'aquaculture provincial afin d'inclure la panope. Cependant, le permis a expiré en décembre 2010 en raison du transfert de la responsabilité officielle des permis d'aquaculture au gouvernement fédéral. En décembre 2010, M. Carto et M<sup>me</sup> King ont reçu un permis d'aquaculture fédéral pour toutes les espèces à l'exception de la panope. Le permis modifié en cause en l'espèce afin d'inclure la panope a été délivré en août 2011.

Cette décision était fondée sur un rapport sur le résumé des soumissions et sur une recommandation, en date du 11 août 2011, rédigés par M<sup>me</sup> Kerry Marcus du ministère des Pêches et des Océans. Dans ce rapport, M<sup>me</sup> Marcus recommandait, entre autres, que les pêcheurs commerciaux ne soient pas autorisés à récolter les présemis.

La principale question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le *Règlement du Pacifique sur l'aquaculture*, DORS/2010-270 (le Règlement sur l'aquaculture) autorisait le ministre à délivrer un permis modifié à M. Carto l'autorisant à récolter les panopes qui se trouvaient déjà sur le site aquacole au moment où les modifications ont été apportées au permis.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Il n'y avait aucun droit du public de pêcher en l'espèce. Bien que le droit de pêcher du public puisse toujours exister, il est néanmoins circonscrit par la *Loi sur les pêches*. Cette loi détermine qui peut pratiquer la pêche et répartit les ressources halieutiques, en imposant des limites importantes quant aux personnes qui peuvent exercer le droit du public de pêcher et en définissant les modalités d'exercice de ce droit. Le permis délivré à M. Carto tombe sous le coup de la *Loi sur les pêches* et du Règlement sur l'aquaculture et a été valablement délivré.

Le permis a été valablement délivré, étant donné que la récolte des panopes déjà existantes constituait une prise accidentelle de poisson dans le cadre de l'exploitation d'une

aquaculture licence to authorize “prescribed activities” including the “catching of fish that is incidental to the operation of an aquaculture facility”. A meaningful connection to aquaculture activities is necessary, but the PARs do not require the presence of a licensed, cultured crop or that the catch be accidental.

Finally, the Minister’s findings of fact and mixed fact and law (as reflected in the Summary Report) were reasonable.

#### 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].  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 43.  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, ss. 22(1), 33.  
*Pacific Aquaculture Regulations*, SOR/2010-270, ss. 1 “aquaculture”, “prescribed activities”, 3, 4, 5.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation v. Canada*, 2012 FCA 136, 432 N.R. 338; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Tucker v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2001 FCA 384, 288 N.R. 10, affg 2000 CanLII 16544, 197 F.T.R. 66 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; *R. v. Kapp*, 2006 BCCA 277, 271 D.L.R. (4th) 70, affd 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Mowry v. R.*, 2006 NBCA 18, 297 N.B.R. (2d) 16.

##### REFERRED TO:

*Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2009 BCSC 136, 92 B.C.L.R. (4th) 314; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Bank of Nova Scotia v.*

*installation d’aquaculture*. L’article 3 du Règlement sur l’aquaculture permet la délivrance d’un permis d’aquaculture pour autoriser l’exercice d’« activités réglementaires », y compris « la prise accidentelle de poisson dans le cadre de l’exploitation d’une installation d’aquaculture ». Il doit nécessairement exister un lien significatif avec des activités d’aquaculture, mais le Règlement sur l’aquaculture n’exige pas l’existence d’une culture faisant l’objet d’un permis ou que la prise soit accidentelle.

Enfin, les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit du ministre (reproduites dans le rapport sommaire) étaient raisonnables.

#### 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 les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 43.  
*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 22(1), 33.  
*Règlement du Pacifique sur l’aquaculture*, DORS/2010-270, art. 1 « activités réglementaires », « aquaculture », 3, 4, 5.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation c. Canada*, 2012 CAF 136; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Tucker c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2011 CAF 384, confirmant 2000 CanLII 16544 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 339; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. v. Kapp*, 2006 BCCA 277, 271 D.L.R. (4th) 70, conf. par 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Mowry c. R.*, 2006 NBCA 18, 297 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 16.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2009 BCSC 136, 92 B.C.L.R. (4th) 314; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Bank of Nova Scotia v. British Columbia*

*British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)*, 2003 BCCA 29, 11 B.C.L.R. (4th) 206; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, (1999), 170 D.L.R. (4th) 385; *Canadian National Railway Co. v. Harris*, [1946] S.C.R. 352, [1946] 2 D.L.R. 545.

(*Superintendent of Financial Institutions*), 2003 BCCA 29, 11 B.C.L.R. (4th) 206; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *Canadian National Railway Co. v. Harris*, [1946] R.C.S. 352.

## AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
Fisheries and Oceans Canada. National Policy on Access to Wild Aquatic Resources as it Applies to Aquaculture, May 2004, online: <[http://www.dfo-mpo.gc.ca/aquaculture/ref/AWAR\\_e.pdf](http://www.dfo-mpo.gc.ca/aquaculture/ref/AWAR_e.pdf)>.

APPLICATION for judicial review of a decision by the respondent Minister of Fisheries and Oceans to issue a licence amendment granting the respondent Don Carto certain rights to harvest geoduck on his aquaculture site. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Christopher Harvey, Q.C.* and *David K. Georgetti* for applicants.  
*George K. Macintosh, Q.C.* and *Nicholas T. Hooge* for respondent Don Carto.  
*Monika Bittel* and *Lisa Riddle* for respondents Attorney General of Canada and Minister of Fisheries and Oceans.

## SOLICITORS OF RECORD

*MacKenzie Fujisawa LLP*, Vancouver, for applicants.  
*Farris, Vaughan, Wills & Murphy LLP*, Vancouver, for respondent Don Carto.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents Attorney General of Canada and Minister of Fisheries and Oceans.

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

SNIDER J.:

## DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.  
Pêches et Océans Canada. Politique nationale sur l'accès aux ressources aquatiques sauvages aux fins d'aquaculture, mai 2004, en ligne : <[http://www.dfo-mpo.gc.ca/aquaculture/ref/AWAR\\_f.pdf](http://www.dfo-mpo.gc.ca/aquaculture/ref/AWAR_f.pdf)>.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision rendue par l'intimé, le ministre des Pêches et des Océans, de délivrer un permis modifié accordant à l'intimé, Don Carto, le droit de récolter la panope sur son site aquacole. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Christopher Harvey, c.r.* et *David K. Georgetti* pour les demandeurs.  
*George K. Macintosh, c.r.* et *Nicholas T. Hooge* pour l'intimé, Don Carto.  
*Monika Bittel* et *Lisa Riddle* pour les intimés, le procureur général du Canada et le ministre des Pêches et des Océans.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*MacKenzie Fujisawa LLP*, Vancouver, pour les demandeurs.  
*Farris, Vaughan, Wills & Murphy LLP*, Vancouver, pour l'intimé, Don Carto.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés, le procureur général du Canada et le ministre des Pêches et des Océans.

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

LA JUGE SNIDER :

## I. Introduction

[1] The respondent, Mr. Don Carto, holds a licence issued by the respondent Minister of Fisheries and Oceans (the Minister) permitting him to carry out aquaculture in an area of 17.9 hectares in Trevenen Bay in the Strait of Georgia in British Columbia (the aquaculture site). Mr. Carto's original licence included the right to cultivate and harvest certain species of clams, oysters and other such marine species on the aquaculture site. In an amendment to the licence dated August 19, 2011 (the licence amendment), the Minister granted Mr. Carto certain rights to harvest geoduck on his aquaculture site. Of concern to the applicants, Mr. Carto was granted the right to harvest geoduck that were on the aquaculture site prior to the grant of the licence amendment.

[2] The UHA Research Society, James Edward Austin, Hideaway II Ventures Ltd., and Andrew Milne (collectively, the applicants) brought this application for judicial review of the licence amendment on behalf of all 55 eligible category G (geoduck) licence holders in the Pacific Region. The applicants ask this Court to quash the licence amendment and also seek other declaratory and injunctive relief.

## II. Issues

[3] After the oral hearing of this matter, I am satisfied that the overarching issue for determination is whether the Minister erred by issuing a licence amendment that is not authorized by the *Pacific Aquaculture Regulations*, SOR/2010-270 (PARs). Specifically, did the Minister lack the authority to issue a licence amendment to permit Mr. Carto to harvest geoduck existing on the aquaculture site at the time the amendment was issued?

[4] The applicants' arguments that the decision to issue the licence amendment should be overturned can be organized into the following sub-issues:

## I. Introduction

[1] Le défendeur, M. Don Carto, est titulaire d'un permis délivré par le ministre des Pêches et des Océans défendeur (le ministre) qui lui permet de pratiquer l'aquaculture sur une superficie de 17,9 hectares dans la baie de Trevenen, dans le détroit de Georgia, en Colombie-Britannique (le site aquacole). Le permis délivré à l'origine à M. Carto lui accordait notamment le droit de cultiver et de récolter certaines espèces de palourdes, d'huîtres et d'autres espèces marines sur le site aquacole. Le ministre a modifié le permis le 19 août 2011 (le permis modifié) en lui accordant certains droits l'autorisant à récolter la panope sur son site aquacole. Les demandeurs s'inquiètent du fait que M. Carto s'est vu accorder le droit de cultiver la panope qui se trouvait déjà sur le site aquacole avant que le permis modifié ne lui soit délivré.

[2] L'UHA Research Society, James Edward Austin, Hideaway II Ventures Ltd. et Andrew Milne (collectivement, les demandeurs) ont introduit la présente demande de contrôle judiciaire du permis modifié au nom de la totalité des 55 titulaires de permis de pêche admissibles de catégorie G (panope) de la région du Pacifique. Les demandeurs invitent la Cour à annuler le permis modifié, en plus de solliciter un jugement déclaratoire et une injonction.

## II. Questions en litige

[3] Après avoir entendu la présente affaire, j'estime que la principale question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le ministre a commis une erreur en délivrant un permis modifié qui n'est pas autorisé par le *Règlement du Pacifique sur l'aquaculture*, DORS/2010-270 (le Règlement sur l'aquaculture). Plus précisément, le ministre avait-il ou non le pouvoir de délivrer un permis modifié autorisant M. Carto à récolter les panopes qui se trouvaient déjà sur le site aquacole au moment où les modifications ont été apportées au permis?

[4] Les arguments invoqués par les demandeurs pour soutenir que la décision de délivrer le permis modifié devrait être annulée peuvent être classés selon les sous-questions suivantes :

1. Does the public right of fishery have any application to the decision?

2. Can the Minister authorize the harvest of fish (including geoduck) that exist on a tenure prior to the date of the licence issuance?

3. What is the meaning of “incidental to the operation of an aquaculture facility” as those words are used in the PARs [paragraph 1(b)]?

4. Would Mr. Carto’s harvest of the pre-existing geoduck on the aquaculture site be “incidental to the operation of an aquaculture facility”?

5. Were the findings reflected in the reasons for the decision reasonable in the context of the record?

[5] For the reasons that follow, I have concluded that the Minister did have the authority to issue the licence amendment and that the decision taken to issue the licence amendment was reasonably open to the Minister based on the record before him. Accordingly, this application for judicial review should be dismissed.

### III. Standard of Review

[6] Considerable discussion took place at the hearing about the appropriate standard of review. The applicants cited recent Federal Court of Appeal jurisprudence, asserting that the standard of review should be correctness (*David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155 (*David Suzuki*), at paragraphs 98–105; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation v. Canada*, 2012 FCA 136, 432 N.R. 338 (*Sheldon Inwentash*), at paragraphs 18–23). The applicants submit that the present case is similar to *Sheldon Inwentash* since both cases dealt with an extricable question of law relating to particular statutory categories. The applicants also argue that *David Suzuki* is relevant, since it also dealt with the

1. Le droit de pêcher du public est-il pertinent quant à la décision?

2. Le ministre peut-il autoriser la récolte de poissons (y compris de panopes) qui se trouvent sur un territoire déterminé avant la date de délivrance d’un permis?

3. Quel est le sens de l’expression « prise accidentelle de poisson dans le cadre de l’exploitation d’une installation d’aquaculture » contenue dans le Règlement sur l’aquaculture [alinéa 1b)]?

4. La récolte, par M. Carto, de panopes qui se trouvaient déjà sur le site aquacole constitue-t-elle une récolte « accidentelle de poisson dans le cadre de l’exploitation d’une installation d’aquaculture »?

5. Les conclusions exposées dans les motifs de la décision sont-elles raisonnables, compte tenu du contexte du dossier?

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis arrivée à la conclusion que le ministre avait effectivement le pouvoir de délivrer le permis modifié et qu’il lui était raisonnablement loisible de décider de délivrer le permis modifié, compte tenu du dossier dont il disposait. Par conséquent, la présente demande de contrôle judiciaire devrait être rejetée.

### III. Norme de contrôle

[6] Les parties ont longuement débattu à l’audience de la question de la norme de contrôle appropriée. Les demandeurs ont cité des arrêts récents de la Cour d’appel fédérale pour faire valoir que la norme de contrôle devait être celle de la décision correcte (*Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155 (*David Suzuki*), aux paragraphes 98 à 105; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation c. Canada*, 2012 CAF 136 (*Sheldon Inwentash*), aux paragraphes 18 à 23). Les demandeurs soutiennent que la présente espèce est semblable à l’affaire *Sheldon Inwentash*, étant donné que les deux affaires portaient sur une question de droit isolable qui concernait des catégories légales particulières. Les

Minister's interpretation of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (the *Fisheries Act*).

[7] It is trite law that the appropriate standard of review must be ascertained with reference to the question before the Court. As the Supreme Court of Canada stated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 53:

Where the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically (*Mossop*, at pp. 599-600; *Dr. Q*, at para. 29; *Suresh*, at paras. 29-30). We believe that the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated.

[8] In this case, as I have described the issues or questions before the Court, they fall into two distinct categories. Sub-issues 1, 2 and 3 may well fall into the category of questions which the Court of Appeal in *David Suzuki* and *Sheldon Inwentash* stated should be subject to a correctness review. I will assess those parts of the decision on that basis.

[9] When a correctness standard is applied, the Supreme Court stated in *Dunsmuir*, above, at paragraph 50:

... a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer.

[10] However, the remaining sub-issues appear to be questions of mixed fact and law to which a reasonableness standard should apply. In determining that the licence amendment should issue, the Minister made a number of findings of fact or mixed fact and law relating to Mr. Carto's activities, the general circumstances of these geoduck and the history of the aquaculture site.

demandeurs font également valoir que l'affaire *David Suzuki* est pertinente, étant donné qu'elle portait également sur l'interprétation, par le ministre, de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (la *Loi sur les pêches*).

[7] Il est bien établi en droit que la norme de contrôle appropriée est fonction de la question dont la Cour est saisie. Ainsi que la Cour suprême du Canada l'a déclaré dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 53 :

En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s'impose habituellement d'emblée (*Mossop*, p. 599-600; *Dr Q*, par. 29; *Suresh*, par. 29-30). Nous sommes d'avis que la même norme de contrôle doit s'appliquer lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés.

[8] Dans le cas qui nous occupe, les questions ou les points litigieux soumis à la Cour entrent, selon la qualification que je leur ai donnée, dans deux catégories distinctes. Les sous-questions 1, 2 et 3 font fort probablement partie de la catégorie de questions qui, selon ce que la Cour d'appel a déclaré dans les arrêts *David Suzuki* et *Sheldon Inwentash*, devraient être assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. Je vais donc examiner ces parties de la décision en fonction de cette norme.

[9] La Cour suprême a déclaré, au paragraphe 50 de l'arrêt *Dunsmuir*, précité, que lorsqu'on applique la norme de la décision correcte :

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

[10] Il semble toutefois que les autres sous-questions soient des questions mixtes de fait et de droit auxquelles la norme de la décision raisonnable devrait s'appliquer. Pour décider s'il y avait lieu de délivrer un permis modifié, le ministre a tiré plusieurs conclusions de fait ou conclusions mixtes de fait et de droit qui avaient trait aux activités de M. Carto, à la situation générale des

Issuance of an aquaculture licence is a highly discretionary decision in an area in which the Minister has significant expertise (*Fisheries Act*, above, section 7; *Dunsmuir*, above, at paragraph 53; *David Suzuki*, above, at paragraph 104; *Tucker v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2001 FCA 384, 288 N.R. 10 (*Tucker F.C.A.*), affirming 2000 CanLII 16544, 197 F.T.R. 66 (F.C.T.D.) (*Tucker F.C.*)). This expertise places the Minister in a better position than the courts to determine the significance of Mr. Carto's specific activities *vis-à-vis* the geoduck on the aquaculture site. Further, two considerations addressed by Justice Rothstein in *Tucker F.C.*, above, at paragraphs 13–16—the “absolute discretion” under section 7 of the *Fisheries Act* and policy-oriented nature of the decision—are relevant to the present case. Although the decision reflects an understanding that refusing to allow a pre-seed harvest could set a precedent, the value of the decision as a precedent was not determinative because of the fact-driven nature of the decision. This is consistent with Justice Rothstein's reasoning in *Tucker F.C.* and the application of a reasonableness standard.

[11] A reasonableness standard requires the court to determine whether a decision “falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47). As noted by Justice Binnie in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59:

There might be more than one reasonable outcome. However, 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.

[12] In sum, I will apply a standard of correctness to sub-issues 1, 2 and 3 and a standard of reasonableness to sub-issues 4 and 5.

panopes en cause et aux antécédents du site aquacole en question. La délivrance d'un permis d'aquaculture est une décision hautement discrétionnaire qui relève d'un domaine dans lequel le ministre possède une grande expertise (*Loi sur les pêches*, précitée, article 7; arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 53; arrêt *David Suzuki*, précité, au paragraphe 104; *Tucker c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2001 CAF 384 (*Tucker C.A.F.*), confirmant 2000 CanLII 16544 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*Tucker C.F.*)). Cette expertise fait en sorte que le ministre est mieux placé que les tribunaux pour se prononcer sur l'importance des activités de M. Carto en ce qui concerne les panopes se trouvant sur le site aquacole. De plus, il y a lieu de tenir compte en l'espèce de deux facteurs examinés par le juge Rothstein dans la décision *Tucker C.F.*, précitée, aux paragraphes 13 à 16, à savoir, le « pouvoir discrétionnaire absolu » prévu à l'article 7 de la *Loi sur les pêches* et le fait que la décision est axée sur une politique générale. Bien que la décision traduise une volonté de refuser de permettre d'autoriser l'entreprise de pêche commerciale à créer un précédent en procédant à une « culture des présemis », la valeur de précédent de la décision n'était pas déterminante en raison du fait qu'il s'agissait d'une décision axée sur les faits. Cette conclusion est conforme au raisonnement suivi par le juge Rothstein dans la décision *Tucker C.F.* et à l'application de la norme de la décision raisonnable.

[11] L'application de la norme de la décision raisonnable oblige le tribunal à déterminer si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). Ainsi que le juge Binnie l'a fait observer dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59 :

Il peut exister plus d'une issue raisonnable. Néanmoins, si le processus et l'issue en cause cadrent bien avec les principes de justification, de transparence et d'intelligibilité, la cour de révision ne peut y substituer l'issue qui serait à son avis préférable.

[12] En somme, j'applique la norme de la décision correcte aux sous-questions 1, 2 et 3 et la norme de la décision raisonnable aux sous-questions 4 et 5.

#### IV. Background

[13] The background leading to this application for judicial review is somewhat lengthy but necessary to situate the reader.

[14] Geoduck are the largest of Canada's Pacific clams and are of great commercial value. During early development, a geoduck "seed" will settle on the ocean floor and dig itself into the substrate, where it will continue to grow. For the rest of its life, a geoduck will remain buried in the same place beneath the ocean floor that it reaches as a juvenile. A double siphon that resembles an elephant's trunk allows the geoduck to strain marine organisms out of sea water to obtain nutrients. Although they may live much longer, geoduck reach market size at around 8-10 years of age. Divers harvest geoduck with special equipment that dislodges them from the substrate using pressurized water.

[15] In 2005, Mr. Carto and his business partner, Ms. Karen King, commenced an aquaculture venture called C-King. In March 2005, Ms. King acquired a company called O.K. Oyster, which held a provincial aquaculture licence covering the aquaculture site. Ms. King and Mr. Carto received provincial authorization to amend the aquaculture licence to cultivate a variety of marine species, which did not include geoduck.

[16] During the remediation of the aquaculture site, Mr. Carto found geoduck seeds lodged in metal baskets and trays left over from the oyster operation. In his affidavit evidence in this matter, Mr. Carto suggests that these juvenile geoduck were either wild geoduck or came from a floating hatchery maintained nearby. Provincial representatives gave Mr. Carto permission to cultivate the geoduck. They assured him that licensing could occur later on, when Mr. Carto could show that the geoduck could grow and the provincial Ministry had refined its policies.

#### IV. Contexte

[13] Les faits à l'origine de la présente demande de contrôle judiciaire sont assez longs à exposer mais il est nécessaire de les rappeler pour bien situer le lecteur.

[14] Au Canada, la panope est la plus grosse palourde du Pacifique et celle qui possède la plus grande valeur commerciale. Durant son développement, le « naissain » de la panope s'établit sur le plancher océanique et se creuse un trou dans le substrat où il poursuivra sa croissance. Tout au long de sa vie, la panope demeurera au même endroit sous le plancher océanique, là où elle est arrivée à l'état de juvénile. Un double siphon qui ressemble à une trompe d'éléphant permet à la panope de filtrer les organismes marins de l'eau de mer afin d'obtenir des nutriments. Bien qu'elle puisse vivre beaucoup plus longtemps, la panope atteint sa taille commerciale vers l'âge de huit à dix ans. Les plongeurs pêchent la panope à l'aide d'un équipement spécial de jet d'eau sous pression qui leur permet de les déloger du substrat.

[15] En 2005, M. Carto et son associée, M<sup>me</sup> Karen King, ont entrepris un projet d'aquaculture nommé C-King. En mars 2005, M<sup>me</sup> King a fait l'acquisition d'une entreprise appelée O.K. Oyster, laquelle détenait un permis d'aquaculture de la province pour son site aquacole. M<sup>me</sup> King et M. Carto ont obtenu une autorisation de la province pour modifier le permis d'aquaculture afin d'élever plusieurs espèces marines dont la panope ne faisait pas partie.

[16] Au cours de l'assainissement du site aquacole, M. Carto a trouvé des naissains de panope logés dans les paniers et les plateaux de métal qui avaient servi à l'élevage d'huîtres. Dans son affidavit, M. Carto laisse entendre à cet égard que ces panopes juvéniles sont soit des panopes sauvages, soit des panopes provenant d'une écloserie commerciale flottante située à proximité. Les représentants de la province ont autorisé M. Carto à élever les panopes. Ils lui ont donné l'assurance qu'un permis pourrait être délivré plus tard, lorsque M. Carto serait en mesure de démontrer que les panopes se développent et que le ministère provincial aurait révisé ses politiques.

[17] Mr. Carto recovered geoduck seeds and planted them, mainly from late 2005 until the end of 2007. Mr. Carto protected the geoduck planted in the intertidal waters by placing them in plastic tubes dug into the ocean floor during their early development. He also installed predator netting to protect geoduck in the subtidal waters and monitored and removed predators. Mr. Carto grew kelp as part of his multi-species aquaculture operation, which provided nutrients for the growing geoduck.

[18] In August 2010, Mr. Carto and Ms. King applied for an amendment to their provincial aquaculture licence to include geoduck, since the geoduck in the aquaculture site were nearing the size at which they could be harvested. Although the amendment was approved, the licence expired in December 2010 since a recent court ruling (*Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2009 BCSC 136, 92 B.C.L.R. (4th) 314 (*Morton*)) led to the transfer of formal responsibility for aquaculture licences to the federal government.

[19] From that point, Mr. Carto and Ms. King were required to deal with the federal Department of Fisheries and Oceans (DFO). Throughout the negotiations with the DFO, Mr. Carto dealt with Ms. Kerry Marcus, as well as a few other employees.

[20] On September 28, 2010, Ms. Marcus took a tour of the aquaculture site. At this time and in the months that followed, Mr. Carto told Ms. Marcus about his activities with respect to geoduck. He showed Ms. Marcus a picture that, according to him, contained juvenile geoduck. As reflected in her affidavit in this matter, Ms. Marcus was advised by a research biologist that there were no geoduck in the picture, but she still took Mr. Carto at his word that he had cultivated them.

[21] Mr. Carto and Ms. King received a federal aquaculture licence for all species except for geoduck in December 2010, since, at the time of their application, they had not yet received the formal amendment to their provincial licence to include geoduck. Mr. Carto and Ms. King inquired about an amendment to this federal licence, corresponded with Ms. Marcus and eventually

[17] M. Carto a recueilli les naissains de panope et les a ensemencés, principalement de la fin de 2005 jusqu'à la fin de 2007. M. Carto a protégé les panopes ensemencées dans les eaux intertidales en les plaçant dans des tubes de plastiques enfouis dans le plancher océanique au début de leur développement. Il a également installé des filets anti-prédateurs afin de protéger les panopes dans les eaux subtidales et il a surveillé et enlevé les prédateurs. Dans le cadre de son opération d'aquaculture plurispécifique, M. Carto a cultivé du varech, lequel a servi de nutriments à la panope en développement.

[18] En août 2010, M. Carto et M<sup>me</sup> King ont demandé que leur permis d'aquaculture provincial soit modifié afin d'inclure la panope, étant donné que les panopes du site aquacole allaient bientôt atteindre leur taille de récolte. Bien que la modification ait été approuvée, le permis a expiré en décembre 2010, puisqu'une décision récente (*Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2009 BCSC 136, 92 B.C.L.R. (4th) 314 (*Morton*)) a mené au transfert de la responsabilité officielle des permis d'aquaculture au gouvernement fédéral.

[19] À partir de cette date, M. Carto et M<sup>me</sup> King ont dû faire affaire avec le ministère des Pêches et des Océans (MPO). Au cours des négociations avec le MPO, M. Carto s'est entretenu avec M<sup>me</sup> Kerry Marcus et quelques autres employés.

[20] Le 28 septembre 2010, M<sup>me</sup> Marcus a visité le site aquacole. À ce moment et au cours des mois qui ont suivi, M. Carto a décrit à M<sup>me</sup> Marcus ses activités relatives à la panope. Il a montré à M<sup>me</sup> Marcus une photo sur laquelle se trouvaient, selon lui, des panopes juvéniles. Comme il ressort de son affidavit, M<sup>me</sup> Marcus a été informée par un biologiste chercheur qu'il n'y avait pas de panopes sur la photo, mais elle a quand même cru M. Carto sur parole lorsqu'il disait les avoir élevées.

[21] M. Carto et M<sup>me</sup> King ont obtenu en décembre 2010 un permis d'aquaculture fédéral pour toutes les espèces à l'exception de la panope, car au moment de leur demande, ils n'avaient pas encore obtenu de la province leur permis modifié officiel qui devait inclure la panope. M. Carto et M<sup>me</sup> King ont demandé de l'information au sujet de ce permis fédéral et ont

submitted a harvest plan. Ms. Marcus recommended that the geoduck amendment be granted in her Referral Summary Report. With approval by the Regional Director General, the licence amendment was issued on August 19, 2011 with certain conditions. Of primary concern to the applicants, the licence amendment gave Mr. Carto approval to harvest the geoduck that already existed on the aquaculture site.

[22] This approval to harvest existing geoduck appears, at least to the applicants, to be contrary to the usual practice of permitting the commercial fishery to conduct a “pre-seed harvest” of shellfish on the tenure prior to the commencement of aquaculture activities. If this protocol had been followed, the 55 geoduck licence holders would have been able to harvest any and all geoduck located on Mr. Carto’s aquaculture site, whether or not they had been planted and cultured by Mr. Carto or were otherwise located on the tenure.

[23] The applicants learned of the decision to issue the licence amendment, with its authorization to harvest existing geoduck, at a meeting held in October 2011. They sought judicial review on November 28, 2011.

## V. Decision under Review

[24] The applicant seeks review of the decision to approve the licence amendment which permits Mr. Carto: (a) to cultivate geoduck; and (b) to harvest the geoduck already present on his tenure. The applicants do not object to the grant of the right to cultivate geoduck; their sole concern is with respect to the proposed harvest of geoduck on the aquaculture site.

[25] The decision in question was based upon a Referral Summary Report and Recommendation dated August 11, 2011 drafted by Ms. Marcus. All three parties rely on Ms. Marcus’s Report as outlining the reasons for the decision.

correspondu avec M<sup>me</sup> Marcus pour finalement soumettre un plan de récolte. M<sup>me</sup> Marcus a recommandé l’autorisation de la modification concernant la panope dans son rapport sur le résumé des soumissions. Avec l’approbation du directeur général régional, le permis modifié a été délivré le 19 août 2011, à certaines conditions. Fait de première importance pour les demandeurs, le permis modifié accordait à M. Carto le droit de pêcher les panopes déjà présentes sur le site aquacole.

[22] Cette approbation de récolte des panopes existantes semble contraire, du moins aux demandeurs, à la pratique courante qui consiste à autoriser l’entreprise de pêche commerciale à procéder à la « récolte des présemmis » de mollusques sur la tenure avant le début des activités d’aquaculture. Si ce protocole avait été respecté, les 55 détenteurs de permis de pêche à la panope auraient pu récolter toutes les panopes présentes sur le site aquacole de M. Carto, et ce, peu importe qu’elles aient été ensemencées et élevées par M. Carto et situées sur la tenure.

[23] Les demandeurs ont été informés de la décision de délivrer un permis modifié autorisant la récolte des panopes existantes lors d’une réunion tenue en octobre 2011. Ils ont sollicité un contrôle judiciaire le 28 novembre 2011.

## V. Décision à l’examen

[24] Les demandeurs demandent le contrôle judiciaire de la décision autorisant la modification du permis permettant à M. Carto : a) d’élever des panopes; b) de récolter les panopes déjà présentes sur sa tenure. Les demandeurs ne s’opposent pas à l’attribution du droit d’élever la panope; leur seule préoccupation concerne la récolte proposée des panopes se trouvant déjà sur le site aquacole.

[25] Cette décision était fondée sur un rapport sur le résumé des soumissions et sur une recommandation, en date du 11 août 2011, rédigés par M<sup>me</sup> Marcus. Les trois parties se fondent sur le rapport de M<sup>me</sup> Marcus dans lequel sont exposés les motifs de la décision.

[26] In her report, Ms. Marcus began by evaluating the impact of the licence amendment, if granted, on other resource users in the area and the surrounding environment. She stated that there was no First Nations opposition and the aquaculture site is in an area where the commercial fishery will be unaffected. She also explained that since the area is already subject to active aquaculture, there would be no significant risk to fish and their habitat.

[27] Ms. Marcus noted Mr. Carto's opposition to a pre-seed harvest by the commercial fishery and that Mr. Carto included the harvest of the pre-existing geoduck in his harvest plan. She also acknowledged that the commercial fishery and the UHA [Underwater Harvester's Association] could be concerned about a refusal to allow a pre-seed harvest. Ms. Marcus noted that waiving a pre-seed harvest in this case could set a precedent, but the facts of each case must be evaluated individually.

[28] Ms. Marcus recommended that the commercial fishery should not be granted a pre-seed harvest. Ms. Marcus cited the Interim Protocol for Pre-Seed Harvest of Subtidal Geoduck Aquaculture Sites (2010) (Pre-Seed Harvest Protocol), explaining that there was no history of commercial geoduck fishing at the aquaculture site and it was unlikely that a high-density population of commercially harvestable geoduck would be found there. Further, Mr. Carto's pre-existing aquaculture operation is already present in the aquaculture site which would be unduly disrupted by commercial operations. Ms. Marcus also explained that Mr. Carto had replanted juvenile geoduck and, "[w]hile the aquaculturalist has not deliberately seeded hatchery-raised geoduck, he has demonstrated active husbandry of the pre-existing geoduck at the site".

[29] Ms. Marcus also acknowledged that aquaculturalists are permitted access to by-catch of wild geoduck by the Pre-Seed Harvest Protocol as well as the National Policy on Access to Wild Aquatic Resources as it Applies to Aquaculture [May 2004]. These policies

[26] Dans son rapport, M<sup>me</sup> Marcus a d'abord évalué l'impact qu'aurait la modification du permis, si elle était accordée, sur les autres utilisateurs des ressources de la région et sur le milieu ambiant. Elle a indiqué qu'il n'y avait aucune opposition de la part des Premières Nations et que le site aquacole était situé dans un lieu où la pêche commerciale ne serait pas touchée. Elle expliquait également qu'étant donné que la région faisait déjà l'objet d'une exploitation aquacole active, cela ne représentait aucun risque important pour le poisson et son habitat.

[27] M<sup>me</sup> Marcus a souligné l'opposition de M. Carto concernant la culture de présemis de l'entreprise de pêche commerciale et le fait que M. Carto avait inclus la pêche des panopes préexistantes dans son plan de récolte. Elle a également reconnu que l'entreprise de pêche commerciale et l'Underwater Harvester's Association (UHA) pourraient manifester certaines préoccupations si la récolte des présemis n'était pas autorisée. M<sup>me</sup> Marcus a souligné que la renonciation à la récolte des présemis dans ce cas pourrait créer un précédent. Les faits de chaque cas doivent toutefois être évalués de façon individuelle.

[28] M<sup>me</sup> Marcus a recommandé que les pêcheurs commerciaux ne soient pas autorisés à récolter les présemis. Elle a cité le Interim Protocol for Pre-Seed Harvest of Subtidal Geoduck Aquaculture Sites (2010) (le Protocole de récolte de présemis), expliquant qu'il n'y avait pas d'antécédents de récolte commerciale de la panope au site aquacole et qu'il était peu probable qu'une population de panopes à densité élevée exploitable sur le plan commercial y soit trouvée. En outre, M. Carto avait déjà établi son entreprise d'aquaculture sur le site aquacole, et les opérations de pêche commerciale perturberaient trop ses activités. M<sup>me</sup> Marcus a aussi expliqué que M. Carto avait réensemencé des panopes juvéniles et, bien que l'aquaculteur n'avait pas délibérémentensemencé des panopes d'écloserie, il avait activement cultivé les panopes qui se trouvaient déjà sur le site.

[29] M<sup>me</sup> Marcus a aussi reconnu que le Protocole de récolte de présemis et la Politique nationale sur l'accès aux ressources aquatiques sauvages aux fins d'aquaculture [mai 2004], autorisaient la prise accessoire, par les aquaculteurs, de panopes sauvages. Ces

allow for geoduck not deliberately placed on the lease to be harvested along with those deliberately cultured. Harvest of wild geoduck at the site by Mr. Carto would allow him to test the substrate and density of the existing population.

## VI. Statutory Framework

[30] Mr. Carto's aquaculture licence and the Licence Amendment at issue in this application are creatures of the statutory regime affecting fisheries. I begin with an overview of that scheme.

[31] Section 7 of the *Fisheries Act* provides the Minister with discretion to issue fishing licences:

Fishery  
leases and  
licences

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on.

[32] Section 43 of the *Fisheries Act* allows the Governor in Council to make regulations for carrying out the purposes and provisions of the Act, including regulations relating to the issuance, suspension and cancellation of licences:

Regulations

43. (1) The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and in particular, but without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

...

(f) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;

[33] Aquaculture licences are issued pursuant to the PARs. Specifically, section 3 of the PARs authorizes the issuance of an aquaculture licence allowing for participation in aquaculture and prescribed activities:

politiques autorisent la récolte de panopes qui ne sont pas délibérément placées dans la concession à exploiter ainsi que de celles qui y sont délibérément cultivées. La récolte, par M. Carto, de panopes sauvages sur le site lui permettrait d'analyser le substrat et de déterminer la densité de la population existante.

## VI. Cadre législatif

[30] Le permis d'aquaculture et le permis modifié qui ont été délivrés à M. Carto et qui sont en cause dans la présente demande tirent leur existence du régime législatif applicable aux pêches. Je vais commencer par un bref survol de ce régime.

[31] L'article 7 de la *Loi sur les pêches* confère au ministre un pouvoir discrétionnaire en matière de délivrance de permis de pêche :

7. (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries — ou en permettre l'octroi —, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche.

Baux, permis  
et licences de  
pêche

[32] L'article 43 de la *Loi sur les pêches* permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements d'application de la loi concernant notamment la délivrance, la suspension et la révocation des licences et des permis :

43. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements d'application de la présente loi, notamment :

Règlements

[...]

f) concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux;

[33] Les permis d'aquacultures sont délivrés en vertu du Règlement sur l'aquaculture. Plus précisément, l'article 3 de ce règlement autorise la délivrance d'un permis d'aquaculture autorisant une personne à pratiquer l'aquaculture ainsi que certaines activités réglementaires :

3. The Minister may issue an aquaculture licence authorizing a person to engage in aquaculture and prescribed activities.

[34] Section 1 of the PARs provides a definition for “aquaculture” as well as for “prescribed activities”:

1. The following definitions apply in these Regulations.

...

“aquaculture” means the cultivation of fish. (*aquaculture*)

...

“prescribed activities” means

- (a) the catching of fish for the purpose of cultivation;
- (b) the catching of fish that is incidental to the operation of an aquaculture facility;
- (c) the catching of fish for the purpose of complying with any monitoring condition specified in an aquaculture licence;
- (d) the catching of fish that escape from an aquaculture facility for the purpose of returning them to the aquaculture facility or otherwise disposing of them; and
- (e) the catching of nuisance fish. (*activités réglementaires*)

[35] Aquaculture licences may be issued subject to conditions as outlined in section 4 of the PARs. In general terms, the Minister is authorized to impose conditions “[f]or the proper management and control of fisheries and the conservation and protection of fish”. The regulatory authority to impose conditions on aquaculture licences is very broad. In addition to the specific conditions set out in section 4 of the PARs, the Minister may impose any of the specific conditions set out in subsection 22(1) of the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53 (FGRs).

3. Le ministre peut délivrer un permis d’aquaculture autorisant une personne à pratiquer l’aquaculture ou des activités réglementaires.

[34] L’article 1 du Règlement sur l’aquaculture définit l’ « aquaculture » ainsi que les « activités réglementaires » :

1. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

[...]

« activités réglementaires » S’entend des activités suivantes :

- a) la prise de poisson à des fins d’élevage;
- b) la prise accidentelle de poisson dans le cadre de l’exploitation d’une installation d’aquaculture;
- c) la prise de poisson afin de se conformer à toute condition concernant les mesures de surveillance prévues par le permis d’aquaculture;
- d) la prise de poissons évadés d’une installation d’aquaculture dans le but de les retourner dans l’installation ou d’autrement en disposer;
- e) la prise de tout poisson nuisible. (*prescribed activities*)

« aquaculture » Élevage du poisson. (*aquaculture*)

[35] Les permis d’aquacultures peuvent être assortis des conditions précisées à l’article 4 du Règlement sur l’aquaculture. De façon générale, le ministre peut assortir les permis d’aquaculture de conditions « [p]our la gestion et une surveillance judicieuses des pêches et pour la conservation et la protection du poisson ». Le pouvoir réglementaire permettant d’assortir les permis d’aquaculture de conditions est très vaste. Outre les conditions expressément énumérées à l’article 4 du Règlement sur l’aquaculture, le ministre peut imposer les conditions expressément énumérées au paragraphe 22(1) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53 (le Règlement de pêche).

## VII. Analysis

A. *Public Right of Fishery*

[36] The applicants assert that there is a quasi-constitutional public right of fishery, which can only be abrogated through the enactment of competent legislation. While I accept that there may be a residual public right of fishery in certain circumstances where Parliament has not legislated, this public right has no application to this case.

[37] In *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at paragraph 67, the Supreme Court addressed the public right of fishery in Canada. The Court summarized and accepted case law from the Judicial Committee of the Privy Council, stating that the public right of fishery cannot be abrogated, and an exclusive fishery thereby created, without legislation:

It should also be noted that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) exist within a legal context in which, since the time of the Magna Carta, there has been a common law right to fish in tidal waters that can only be abrogated by the enactment of competent legislation:

... the subjects of the Crown are entitled as of right not only to navigate but to fish in the high seas and tidal waters alike.

...

[I]t has been unquestioned law that since Magna Charta (*sic*) no new exclusive fishery could be created by Royal grant in tidal waters, and that no public right of fishing in such waters, then existing, can be taken away without competent legislation.

(*Attorney-General of British Columbia v. Attorney General of Canada*, [1914] A.C. 153 (J.C.P.C.), at pp. 169-70, *per* Viscount Haldane.)

[38] The role of the public right of fishery in the context of the present *Fisheries Act* was addressed by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Kapp*, 2006 BCCA 277, 271 D.L.R. (4th) 70 (*Kapp*), *per* Justice Low, all other judges concurring on this point, affirmed by 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, dealing

## VII. Analyse

A. *Droit de pêcher du public*

[36] Les demandeurs affirment qu'il existe un droit de pêcher du public quasi constitutionnel qui ne peut être abrogé que par l'édiction d'un texte de loi valide. Bien que j'accepte qu'il puisse exister un droit résiduel de pêcher du public dans certaines circonstances dans lesquelles le Parlement n'a pas légiféré, ce droit public ne s'applique pas en l'espèce.

[37] Dans l'arrêt *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au paragraphe 67, la Cour suprême du Canada a examiné le droit de pêcher du public au Canada. La Cour a résumé et accepté la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé suivant laquelle le droit du public de pêcher ne pouvait être aboli — et qu'une nouvelle pêcherie exclusive ne pouvait être ainsi créée — sans l'édiction d'un texte législatif :

En outre, il convient de signaler que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) existent dans un contexte juridique où, depuis l'époque de la Grande Charte, on reconnaît en common law un droit de pêcher dans les eaux à marée qui ne peut être aboli que par l'édiction de textes législatifs constitutionnels :

[TRADUCTION] ... les sujets de Sa Majesté ont le droit non seulement de naviguer mais encore de pêcher en haute mer et dans les eaux à marée

...

[I]l est établi sans conteste en droit depuis la Grande Charte qu'aucune nouvelle pêcherie exclusive ne peut être créée par concession royale dans les eaux à marée et qu'aucun droit du public de pêcher dans de telles eaux, existant alors, ne peut être retiré sans texte législatif constitutionnel.

(*Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada*, [1914] A.C. 153 (J.C.P.C.), aux pp. 169 et 170 (le vicomte Haldane).)

[38] Le rôle du droit du public de pêcher dans le contexte de la *Loi sur les pêches* actuelle a été examiné par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Kapp*, 2006 BCCA 277, 271 D.L.R. (4th) 70 (*Kapp*), le juge Low, avec l'appui de tous les autres juges sur ce point, confirmé par 2008 CSC 41,

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]] and Aboriginal rights issues only.

[39] At paragraph 19, Justice Low stated that:

The common law right to fish in Canada has been substantially limited by the *Fisheries Act*. The statute and the regulations passed pursuant to it control fishing. A right to fish in waters to which the statute has application does not exist in law unless authorized under that statute, usually by licence. [Emphasis added.]

[40] Hence, although the public right of fishery may still exist, it is nonetheless restricted by the *Fisheries Act*. This legislation regulates who may enter the fishery and the allocation of the fishery resources, imposing significant limits on who may exercise the public right to fish and under what circumstances they may do so.

[41] The applicants recognize that the management and allocation of the public resource between user groups in the public fishery does not offend the public right to fish (*Kapp*, above, at paragraphs 54–66). However, the applicants distinguish this case law since Mr. Carto received exclusive access to all the wild geoduck in the aquaculture site, through an aquaculture licence, without any limitation. I do not agree.

[42] *Kapp* must be read in the context of the changes in the law articulated in and following *Morton*. *Morton* confirmed that the federal government has jurisdiction over aquaculture, a fishery which falls under the federal fisheries power (*Morton*, above, at paragraphs 156, 161 and 193). After this decision, formal responsibility for aquaculture was transferred to the federal government. Federal legislation and regulations relating to aquaculture now legally abrogate the public right of fishery.

[2008] 2 R.C.S. 483 sur les questions relatives uniquement 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]] et aux questions de droits ancestraux.

[39] Au paragraphe 19, le juge Low déclare :

[TRADUCTION] Le droit de pêcher reconnu par la common law au Canada a été considérablement restreint par la *Loi sur les pêches*. La Loi et son règlement d'application contrôlent la pêche. Le droit de pêcher dans les eaux auxquelles la loi s'applique n'existe en droit que s'il est autorisé par la loi, habituellement par un permis ou une licence. [Non souligné dans l'original.]

[40] Par conséquent, bien que le droit de pêcher du public puisse toujours exister, il est néanmoins circonscrit par la *Loi sur les pêches*. Cette loi détermine qui peut pratiquer la pêche et répartit les ressources halieutiques, en imposant des limites importantes quant aux personnes qui peuvent exercer le droit du public de pêcher et en définissant les modalités d'exercice de ce droit.

[41] Les demandeurs reconnaissent que la gestion et la répartition de la ressource publique entre les groupes d'utilisateurs des pêches publiques ne contreviennent pas au droit de pêcher du public (arrêt *Kapp*, précité, aux paragraphes 54 à 66). Les demandeurs établissent toutefois une distinction entre l'affaire *Kapp* et la présente espèce, étant donné que M. Carto a obtenu un accès exclusif à toutes les panopes sauvages se trouvant sur le site aquacole grâce au permis d'aquaculture qui lui a été délivré, et ce, sans aucune restriction. Je ne suis pas de leur avis.

[42] L'arrêt *Kapp* doit être lu dans le contexte des modifications apportées à la Loi qui ont été articulées dans la décision *Morton*. La Cour a confirmé que le gouvernement fédéral avait compétence sur l'aquaculture, qui est un sujet qui relève du pouvoir fédéral sur les pêches (arrêt *Morton*, précité, aux paragraphes 156, 161 et 193). À la suite de cette décision, la responsabilité officielle des permis d'aquaculture a été transférée au gouvernement fédéral. La législation et la réglementation fédérales sur l'aquaculture a depuis eu pour effet d'abroger par voie législative le droit de pêcher du public.

[43] Reading *Morton* and *Kapp* together, the federal government has exercised its legislative authority to manage the fisheries resources within the public fishery and private aquaculture fishery. This necessarily includes the geoduck fishery—comprising all the geoduck in the region—and the allocation of resources between the owners of G licences and aquaculturalists. The PARs and an aquaculture licence validly authorized by them are “simply part of the regulatory scheme in force at the relevant time” and “only one of the methods of allocation of the resource” (*Kapp*, above, paragraphs 54 and 57). The Minister retains the right to issue other licences pursuant to his absolute discretion under section 7 of the *Fisheries Act* (*Kapp*, above, at paragraph 60). Therefore, this decision appears to be very similar to the allocation decision in *Kapp*, which did not create an exclusive fishery and did not offend the public right to fish.

[44] Therefore, the determinative issue is whether the licence issued to Mr. Carto falls within the scope of the *Fisheries Act* and the PARs. The Minister’s decision to issue the licence amendment is not rendered incorrect by the public right of fishery. Where the legislative scheme exists and regulates the public right to fish, an aquaculture licence that falls within the bounds of the applicable legislation and regulations is validly authorized.

#### B. Authorization under the PARs

[45] I turn to an examination of the PARs. Section 3 of the PARs states that, “[t]he Minister may issue an aquaculture licence authorizing a person to engage in aquaculture and prescribed activities” (emphasis added). If Ms. Marcus correctly concluded that the harvest of the geoduck already present on Mr. Carto’s tenure fell within the definition of aquaculture or prescribed activities, then the licence is validly issued under the PARs.

[43] Il résulte du rapprochement des arrêts *Morton* et *Kapp* que le gouvernement fédéral a exercé son pouvoir législatif en matière de gestion des ressources halieutiques dans le cadre des pêches publiques et de l’aquaculture privées, ce qui comprend nécessairement la pêche à la panope — y compris tous les types de panopes de la région — et la répartition des ressources entre les propriétaires des permis de catégorie G et les aquaculteurs. Le Règlement sur l’aquaculture et les permis d’aquaculture valablement délivrés en vertu de ce règlement [TRADUCTION] « font simplement partie du régime réglementaire en vigueur à l’époque en cause » et [TRADUCTION] « ne sont qu’une des méthodes de répartition de la ressource » (arrêt *Kapp*, précité, aux paragraphes 54 et 57). Le ministre conserve le droit de délivrer d’autres permis en vertu du pouvoir discrétionnaire absolu que lui confère l’article 7 de la *Loi sur les pêches* (arrêt *Kapp*, précité, au paragraphe 60). La décision visée en l’espèce semble donc se rapprocher beaucoup de la décision de répartition prise dans l’affaire *Kapp*, qui n’a pas eu pour effet de créer une pêcherie exclusive et n’a pas porté atteinte au droit de pêcher du public.

[44] Par conséquent, la question déterminante est celle de savoir si le permis délivré à M. Carto tombe sous le coup de la *Loi sur les pêches* et du Règlement sur l’aquaculture. Le droit de pêcher du public ne rend pas incorrecte la décision du ministre de délivrer le permis modifié. Lorsque le régime législatif réglemente le droit de pêcher du public, un permis d’aquaculture qui respecte les paramètres de la loi et des règlements applicables peut valablement être délivré.

#### B. Autorisation accordée en vertu du Règlement sur l’aquaculture

[45] Je passe à l’examen du Règlement sur l’aquaculture, dont l’article 3 dispose que « [l]e ministre peut délivrer un permis d’aquaculture autorisant une personne à pratiquer l’aquaculture ou des activités réglementaires » (non souligné dans l’original). Si c’est à juste titre que M<sup>me</sup> Marcus a conclu que la culture de la panope qui se trouvait déjà dans la tenure de M. Carto répondait à la définition de l’expression « aquaculture ou activités

[46] The applicants assert that the prohibition on commercial fishing renders Mr. Carto's activities *vis-à-vis* the geoduck on his tenure illegal. A licence for aquaculture, as well as the corresponding licences for broodstock and to transfer the seeded geoduck, is required. This argument appears to negate the straightforward possibility that the geoduck on Mr. Carto's tenure are the proper subject of an aquaculture licence as the product of aquaculture, defined under the PARs as the cultivation of fish.

[47] The legal status of these pre-existing geoduck must be determined with reference to the prescribed activity of "the catching of fish that is incidental to the operation of an aquaculture facility" and the very unique facts presented by this case.

[48] For the following reasons, I believe that the licence is validly issued since the harvest of the pre-existing geoduck is incidental to the operation of an aquaculture facility.

*C. The Meaning of "Incidental to the Operation of an Aquaculture Facility"*

[49] As noted, section 3 of the PARs permits an aquaculture licence to authorize "prescribed activities" including the "catching of fish that is incidental to the operation of an aquaculture facility" (PARs, section 1). This case raises a question of statutory interpretation: namely, the meaning of the words "incidental to the operation of an aquaculture facility."

[50] The modern rule of statutory interpretation, as stated by Elmer A. Driedger (*Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87) and

réglementaires », le permis a été valablement délivré en vertu du Règlement sur l'aquaculture.

[46] Les demandeurs affirment que l'interdiction frappant la pêche commerciale rend illégales les activités exercées par M. Carto en ce qui concerne la panope se trouvant sur sa tenure. Il lui faut obtenir un permis d'aquaculture ainsi que les permis correspondants pour les stocks de géniteurs et transférer les panopes ensemencées. Cet argument semble occulter la possibilité toute simple que les panopes se trouvant sur la tenure de M. Carto fassent légitimement l'objet d'un permis d'aquaculture en tant que produit d'aquaculture défini par le Règlement sur l'aquaculture comme produit de la culture du poisson.

[47] Le statut juridique des panopes déjà existantes doit être établi en fonction des activités prévues de « prise accidentelle de poisson dans le cadre de l'exploitation d'une installation d'aquaculture » et des faits tout à fait uniques de la présente espèce.

[48] Pour les motifs qui suivent, j'estime que le permis a été valablement délivré, étant donné que la récolte des panopes déjà existantes constitue une prise accidentelle de poisson dans le cadre de l'exploitation d'une installation d'aquaculture.

*C. Sens de l'expression « prise accidentelle de poisson dans le cadre de l'exploitation d'une installation d'aquaculture »*

[49] Comme nous l'avons déjà signalé, l'article 3 du Règlement sur l'aquaculture permet la délivrance d'un permis d'aquaculture pour autoriser l'exercice d'« activités réglementaires », y compris « la prise accidentelle de poisson dans le cadre de l'exploitation d'une installation d'aquaculture » (Règlement sur l'aquaculture, article 1), ce qui soulève une question d'interprétation législative, à savoir le sens des mots « dans le cadre de l'exploitation d'une installation d'aquaculture ».

[50] La règle moderne d'interprétation des lois a été formulée par Elmer A. Driedger (*Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1983) à la

cited with approval by the Supreme Court (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd., Re* [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26, is as follows:

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.

[51] When reading the words of the PARs to determine their grammatical and ordinary sense, it is logical to define “incidental” in reference to jurisprudence requiring a meaningful connection to a particular activity, including activities that are subordinate to a principal activity (*Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)*, 2003 BCCA 29, 11 B.C.L.R. (4th) 206, at paragraphs 55–58; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at paragraphs 28–33; *Canadian National Railway Co. v. Harris*, [1946] S.C.R. 352, at page 386, *per* Estey J). In this particular circumstance, the meaningful connection must be to the operation of an aquaculture facility. The word “incidental” does not necessarily imply a particular meaning that may be found in the fishing industry at large, as posited by the applicants.

[52] This interpretation is supportable with reference to the broader context of the statutory scheme as a whole. The framework of the PARs demonstrates that the presence of a licensed, cultured crop may not be necessary, contrary to the assertions of the applicants.

[53] Section 4 of the PARs does not appear to be limited, as argued by the applicants, to exclude a harvest of fish preceding a licensed, seeded crop. According to section 4, an aquaculture licence may contain conditions relating to “the harvesting of fish in the aquaculture facility” and the records that must be kept of harvests and other catches, such as catches of nuisance fish or fish that escape the facility (PARs, section 4, emphasis added). This provision was drafted very broadly, with no limitation on what type of fish may be harvested. The

page 87), citée et approuvée par la Cour suprême (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26). La voici :

[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.

[51] Lorsqu’on lit les mots du Règlement sur l’aquaculture pour en discerner le sens ordinaire et grammatical, il est logique de définir les mots « dans le cadre de » (« *incidental to* » dans la version anglaise) à la lumière de la jurisprudence exigeant l’existence d’un lien significatif avec une activité particulière, y compris des activités subordonnées à une activité principale (*Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)*, 2003 BCCA 29, 11 B.C.L.R. (4th) 206, aux paragraphes 55 à 58; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, aux paragraphes 28 à 33; *Canadian National Railway Co. v. Harris*, [1946] R.C.S. 352, à la page 386, le juge Estey). Dans le cas qui nous occupe, ce lien significatif doit se faire avec l’exploitation d’une installation d’aquaculture. L’expression « dans le cadre de » ne suppose pas nécessairement un sens particulier propre à l’industrie de la pêche en général, contrairement à ce que prétendent les demandeurs.

[52] Cette interprétation est défendable si l’on tient compte du contexte général du régime législatif dans son ensemble. Il ressort du cadre général du Règlement sur l’aquaculture que la présence d’une culture réglementée faisant l’objet d’un permis n’est peut-être pas nécessaire, contrairement à ce que prétendent les demandeurs.

[53] L’article 4 du Règlement sur l’aquaculture ne semble pas se limiter, comme le soutiennent les demandeurs, à un type de récolte, de sorte qu’il exclurait la récolte de poissons qui précède celle de poissons ensemencés faisant l’objet d’un permis. Aux termes de l’article 4, un permis d’aquaculture peut être assorti de conditions portant sur « la récolte du poisson dans l’installation d’aquaculture » et les registres à tenir à l’égard des récoltes et des autres prises, telles que les prises de poissons nuisibles et des poissons qui s’évadent

use of a qualifier in other situations—for example, with respect to “nuisance fish”—further emphasizes that the word “fish” is meant to be viewed broadly.

[54] Other conditions that may be placed in an aquaculture licence also support this interpretation. The conditions under subsection 22(1) of the FGRs relating to fishing may be placed in an aquaculture licence pursuant to section 4 of the PARs; for example, specification of a fishing vessel, fishing equipment, species and quantity of fish or locations and times when fishing is permitted. This element of the PARs casts doubt on whether Parliament intended a clear demarcation under fisheries regulations between licensed, cultured fish and other fish.

[55] The purpose of the PARs is to license and facilitate aquaculture activities. A meaningful link to the operation of an aquaculture facility is consistent with this purpose. It also provides an important limitation, ensuring that an aquaculture licence requires some level of aquaculture activity.

[56] I would not assume, as the applicants do, that “incidental to the operation of an aquaculture facility” should be interpreted with reference to the meaning of “incidental catch” or “accidental catch” in the context of commercial fishing. On the basis of plain meaning alone, the use of the phrase “to the operation of an aquaculture facility” seems to import additional considerations than simply whether or not a catch was inadvertent. Further, the term “incidental catch” is used in section 5 of the PARs, which states that:

5. Unless the retention of incidental catch is expressly authorized by an aquaculture licence, every person who catches a fish incidentally must immediately return it, if it is alive, to

de l’installation (Règlement sur l’aquaculture, article 4, non souligné dans l’original). Cette disposition a été rédigée de façon très large sans limiter le type de poisson qui peut être récolté. L’utilisation d’un qualificatif dans d’autres situations — par exemple dans le cas des « poissons nuisibles » — souligne le fait que le mot « poisson » doit être interprété de façon très large.

[54] Les autres conditions dont un permis d’aquaculture peut être assorti confirment également cette interprétation. Aux termes de l’article 4 du Règlement sur l’aquaculture, un permis d’aquaculture peut être assorti des conditions prévues au paragraphe 22(2) du Règlement de pêche, comme, par exemple, les spécifications d’un bateau de pêche, l’équipement de pêche, les espèces et la quantité de poissons pêchés ou les endroits ou les lieux et les moments où la pêche est permise. Cet aspect du Règlement sur l’aquaculture permet de se demander si le législateur souhaitait faire une distinction claire entre les poissons visés par des permis de pêche, les poissons cultivés et les autres poissons visés par la réglementation sur les pêches.

[55] Le Règlement sur l’aquaculture a pour objet de régir la délivrance des permis d’aquaculture et de faciliter les activités d’aquaculture. L’existence d’un lien significatif avec l’exploitation d’une installation d’aquaculture est compatible avec cet objectif. Le Règlement sur l’aquaculture prévoit également une restriction importante : le permis d’aquaculture exige un certain degré d’activité d’aquaculture.

[56] Contrairement aux demandeurs, je ne suis pas prête à tenir pour acquis que l’expression « dans le cadre de l’exploitation d’une installation d’aquaculture » devrait être interprétée en fonction du sens de l’expression « prise accidentelle » qui est employée dans le contexte de la pêche commerciale. Si l’on s’en tient au sens courant des mots, l’expression « exploitation d’une installation d’aquaculture » semble faire entrer en jeu d’autres facteurs que ceux consistant à se demander simplement si la prise était accidentelle ou non. De plus, l’expression « prise accidentelle » est employée à l’article 5 du Règlement sur l’aquaculture, qui dispose :

5. Sauf dans le cas où le permis d’aquaculture autorise expressément la rétention des prises accidentelles, quiconque prend accidentellement un poisson doit, s’il est encore vivant,

waters outside the aquaculture facility in a manner that causes it the least harm.

[57] Section 5 of the PARs does appear to equate the word “incidental” with the word “accidental”, as the applicants assert. However, since different wording was chosen in the definition of “prescribed activities” under section 1 of the PARs, this suggests that a different meaning was also intended.

[58] Therefore, an aquaculture licence may authorize the catching of fish incidental to the operation of an aquaculture facility. A meaningful connection to aquaculture activities is necessary, but the PARs do not require the presence of a licensed, cultured crop or that the catch is accidental. If Ms. Marcus’s findings support a meaningful link to an aquaculture operation in this case, then Mr. Carto’s licence is appropriately authorized under the PARs.

#### D. *Mr. Carto’s Actions*

[59] Ms. Marcus’s factual findings, viewed in the context of the record before her, demonstrate that Mr. Carto’s aquaculture licence is validly authorized. Mr. Carto’s harvest of the pre-existing geoduck, although not cultivated pursuant to an aquaculture licence, appears to be incidental to his ongoing Mari-Poly aquaculture operation, which includes the farming of geoduck.

[60] Ms. Marcus found that:

- Mr. Carto was engaged in “active husbandry of the geoduck population at the site” on the basis of his activities, including “replanting juvenile geoduck ... disrupted in various bottom clean-up operations, as well as the natural sets that have occurred under mesh containers and netting left on the bottom from previous farm operations”;

le remettre sur-le-champ dans les eaux situées à l’extérieur de l’installation d’aquaculture de manière à lui occasionner le moins de blessures possible.

[57] L’article 5 du Règlement sur l’aquaculture semble considérer les mots anglais « *incidental* » et « *accidental* » comme des équivalents, comme l’affirment les demandeurs. Toutefois, comme un libellé différent a été retenu dans la définition de l’expression « activités réglementaires », à l’article 1 du Règlement sur l’aquaculture, il semble qu’il faille en conclure que le législateur souhaitait qu’on leur donne un sens différent.

[58] Par conséquent, un permis d’aquaculture peut autoriser la prise de poisson dans le cadre de l’exploitation d’une installation d’aquaculture. Il doit nécessairement exister un lien significatif avec des activités d’aquaculture, mais le Règlement sur l’aquaculture n’exige pas l’existence d’une culture faisant l’objet d’un permis ou que la prise soit accidentelle. Si les conclusions de M<sup>me</sup> Marcus confirment l’existence en l’espèce d’un lien significatif avec une entreprise d’aquaculture, le permis de M. Carto a valablement été délivré en vertu du Règlement sur l’aquaculture.

#### D. *Agissements de M. Carto*

[59] Les conclusions de fait de M<sup>me</sup> Marcus, vues dans le contexte du dossier dont elle disposait, démontrent que le permis d’aquaculture de M. Carto a été valablement autorisé. La récolte, par M. Carto, des panopes préexistantes, bien qu’elles n’aient pas été cultivées en vertu d’un permis d’aquaculture, semble faire partie des activités qu’il mène dans son établissement aquacole Mari-Poly, qui incluent la culture de la panope.

[60] M<sup>me</sup> Marcus a constaté ce qui suit :

- M. Carto s’adonnait à « la culture active de la population de panopes présente au site » d’après ses activités, notamment « la transplantation de panopes juvéniles [...] perturbées lors de diverses activités de nettoyage du fond, ainsi que de naissains sauvages qui se sont fixés sous les contenants à mailles et les filets laissés sur le fond par d’anciennes exploitations agricoles »;

• The “[h]arvest of existing wild geoduck at the site is intended by the aquaculturalist to test the substrate and the density of the existing stocks”;

• There “is no impact to the commercial fishery”: there is “no documented commercial harvest history at the site” and “the likelihood of existing high density population of commercially harvestable geoduck is low”; and

• The aquaculture site was already “actively under culture” of a number of marine species and “[t]he site is well occupied with [Mr. Carto’s] farming gear (rafts, long lines and on bottom sea cucumber)”.

[61] Ms. Marcus’s factual findings demonstrate that the harvest of the pre-existing geoduck may reasonably be considered to be incidental to the operation of an aquaculture facility. Ms. Marcus characterized the geoduck in the aquaculture site as almost exclusively those husbanded by Mr. Carto. Ms. Marcus’s findings demonstrate that Mr. Carto was committed to geoduck husbandry and intended to continue these activities pursuant to his aquaculture licence in the future. The harvesting of the geoduck already on the site would provide helpful information for Mr. Carto about where in the aquaculture site and under what conditions geoduck grow best as he proceeds with his activities pursuant to his licence. Ms. Marcus also acknowledged Mr. Carto’s overall aquaculture operation—of which the geoduck are only a part. This further supports her conclusion that Mr. Carto plans to harvest the geoduck not just for commercial reasons, but to obtain information to continue his work.

[62] Ms. Marcus does not use the word “aquaculture” or its definition under section 1 of the PARs, “cultivation of fish”, to describe Mr. Carto’s activities. This makes sense, since these activities were not licensed. However, Ms. Marcus’s factual findings lead the reader to conclude that unlicensed cultivation did occur—Mr. Carto replanted geoduck, cleaned up the sea floor and engaged in “active husbandry”. Further, the record demonstrates that the geoduck in the aquaculture site benefited from the predator netting, PVC tubes and kelp provided by

• Par la « récolte des panopes sauvages existantes sur le site, on cherche à analyser le substrat et à déterminer la densité des stocks existants »;

• Il n’y a « pas d’impact sur la pêche commerciale » : il n’y a « aucun antécédent documenté de pêche commerciale au site » et « la probabilité de l’existence d’une population à haute densité de panopes exploitables à des fins commerciales est faible »;

• Le site aquacole faisait déjà l’objet d’une « culture active » d’un certain nombre d’espèces marines et « le matériel de culture [de M. Carto] (radeaux, filières et concombres de mer) occupe le site) ».

[61] Les conclusions de fait de M<sup>me</sup> Marcus démontrent que la récolte des panopes préexistantes peut raisonnablement être considérée comme faisant partie de l’exploitation d’un établissement aquacole. M<sup>me</sup> Marcus a décrit les panopes présentes au site aquacole comme étant presque exclusivement des panopes cultivées par M. Carto. Les conclusions de M<sup>me</sup> Marcus démontrent que M. Carto était déterminé à pratiquer la culture de la panope et avait l’intention de poursuivre ses activités conformément à son permis d’aquaculture à l’avenir. La récolte des panopes déjà présentes au site fournirait de l’information utile à M. Carto quant à l’endroit et aux conditions propices à la culture de la panope au site aquacole alors qu’il procède à ses activités conformément à son permis. M<sup>me</sup> Marcus a également reconnu l’ensemble des activités aquacoles menées par M. Carto — dont la culture de la panope n’est qu’un élément. Ce fait renforce sa conclusion que M. Carto planifie récolter les panopes non seulement à des fins commerciales mais aussi pour obtenir de l’information pour poursuivre ses activités.

[62] M<sup>me</sup> Marcus n’utilise pas le mot « aquaculture » ou sa définition (élevage du poisson) donnée à l’article 1 du Règlement sur l’aquaculture pour décrire les activités de M. Carto, ce qui est logique, étant donné que ces activités n’étaient pas autorisées par permis. Toutefois, les conclusions de fait de M<sup>me</sup> Marcus amènent le lecteur à conclure qu’une culture non autorisée a été pratiquée : M. Carto a transplanté des panopes, a nettoyé le fond et a pratiqué une « culture active ». En outre, les antécédents démontrent que les panopes présentes au site

Mr. Carto. This is consistent with the meaning of cultivation under this particular statutory scheme and more broadly, in other areas of law, such the context of cultivation of marijuana. For example, in *Mowry v. R.*, 2006 NBCA 18, 297 N.B.R. (2d) 16, at paragraph 11, the New Brunswick Court of Appeal accepted the following definition of cultivation: “[t]o bestow labour and attention upon land in order to the raising of crops, to till, to improve and render fertile by husbandry”.

[63] The applicants assert that Mr. Carto had an obligation to replace geoduck that he found, and that, if his activities extend further, they constitute enhancement and nothing more. However, Ms. Marcus’s finding that Mr. Carto engaged in “active husbandry” appears to be much closer to a finding that Mr. Carto cultivated geoduck, as opposed to simply discharging his statutory responsibility or engaging in enhancement.

[64] Mr. Carto’s activities go farther than the requirement to replace fish incidentally caught, as required under section 33 of the FGRs. Section 33 requires a person who catches a fish incidentally without authorization, to replace that fish in a manner that causes the least harm to it. Ms. Marcus stated in cross-examination that reburying a geoduck would go beyond this requirement to replace. Further, Mr. Carto’s cleanup activities with respect to the aquaculture site, expressly acknowledged by Ms. Marcus, as well as his activities documented in the record, involved much more than simple replacement.

[65] Mr. Carto’s actions do not fit the definition of enhancement espoused by the applicants. Enhancement is defined by the applicants as involving seeding on non-privately-held tenure, but nothing more. Mr. James Austin, a geoduck licence holder and President of the UHA Research Society, was cross-examined on his affidavit. Mr. Austin stated on cross-examination that the

aquacole ont bénéficié des filets anti-prédateurs et des tuyaux en PVC installés par M. Carto, ainsi que du varech qu’il a cultivé. Ces mesures correspondent à la signification du mot « élevage » au sens de ce régime législatif particulier et, de façon plus générale, d’autres domaines du droit, comme la culture de la marihuana. Par exemple, dans l’arrêt *Mowry c. R.*, 2006 NBCA 18, 297 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 16, au paragraphe 11, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a accepté la définition suivante de culture : « [TRADUCTION] “l’action de travailler la terre, d’y donner des soins, pour produire des végétaux; de cultiver le sol; d’améliorer et de rendre fertile par l’agriculture” ».

[63] Les demandeurs affirment que M. Carto avait l’obligation de remettre en place les panopes qu’il a trouvées et que, si ses activités s’étendent davantage, elles constituent de la mise en valeur et rien de plus. Toutefois, la conclusion de M<sup>me</sup> Marcus suivant laquelle M. Carto a pratiqué une « culture active » semble se rapprocher davantage d’une conclusion que M. Carto a cultivé des panopes plutôt que de simplement s’acquitter de sa responsabilité légale ou pratiquer la mise en valeur.

[64] Les activités de M. Carto vont au-delà de l’exigence de remettre à l’eau les prises accidentelles, comme l’exige l’article 33 du Règlement de pêche. Selon l’article 33, quiconque prend un poisson fortuitement sans autorisation doit le remettre dans l’eau où il l’a pris de manière à le blesser le moins possible. En contre-interrogatoire, M<sup>me</sup> Marcus a affirmé que le réenfouissement d’une panope irait au-delà de cette exigence de la remettre en place. En outre, les activités de nettoyage du site aquacole menées par M. Carto, reconnues expressément par M<sup>me</sup> Marcus, ainsi que ses activités documentées dans le dossier, ne se limitaient pas à la simple remise en place.

[65] Les agissements de M. Carto ne correspondent pas à la définition de la mise en valeur préconisée par les demandeurs. Ces derniers définissent la mise en valeur comme comprenant l’ensemencement sur une tenure non privée, mais rien de plus. M. James Austin, détenteur d’un permis à panope et président de l’UHA Research Society, a été contre-interrogé au sujet de son

commercial fishery performs enhancement activities, which consist of:

... putting privately-grown geoduck, juvenile geoduck back into the common property, into the, into the wild production... But they are left there to mature.

...

Some of them have been planted, yes, and some of them have been sprinkled on the seabed and protected. Some of them have been planted with a technical planter that we had.

(Applicants' record, at pages 101–103; see also applicants' record, at pages 597–598 in which enhancement, according to the UHA, appears to be restricted to seeding and reburying small geoduck.)

[66] Mr. Carto's situation is different than that of enhancement, in the context of the commercial fishery, as described by Mr. Austin. Mr. Carto has done much more with his Mari-Poly aquaculture operation than the commercial fisheries do. For example, Mr. Carto provided greater protection to his geoduck, protecting planted geoduck as well as those sprinkled on the seafloor. Mr. Carto's kelp also provided food for the geoduck. The term "enhancement" used by the applicants appears to involve planting geoduck and leaving them alone to mature. Mr. Carto's approach, as described by Ms. Marcus, was much more interventionist and of a fundamentally different character.

E. *Reasonableness of Findings in the Context of the Record*

[67] The applicants assert that the references in the record to Mr. Carto's activities, presumably in the licence applications, refer to proposed changes subject to approval and, thus, cannot be considered to be activities incidental to his aquaculture operation. I do not agree.

affidavit. M. Austin a déclaré en contre-interrogatoire que les pêcheurs commerciaux pratiquent des activités de mise en valeur, qui comprennent :

[TRADUCTION] [...] la remise de panopes cultivées par des intérêts privés, des panopes juvéniles, en propriété commune, en production sauvage [...] Mais elles y sont laissées jusqu'à la maturité.

[...]

Un certain nombre ont été enfouies, oui, et un certain nombre ont été parsemées sur le fond marin et protégées. Un certain nombre ont été enfouies à l'aide d'un planteur hydraulique que nous avions.

(Dossier des demandeurs, aux pages 101 à 103; voir aussi le dossier des demandeurs, aux pages 597 et 598, où la mise en valeur, selon la UHA, semble se limiter à l'ensemencement et au réenfouissement de petites panopes.)

[66] La situation de M. Carto est différente de la mise en valeur, dans le contexte de la pêche commerciale, comme l'a expliqué M. Austin. M. Carto a fait beaucoup plus dans le cadre de ses activités aquacoles à son établissement Mari-Poly que ne l'ont fait les pêcheurs commerciaux. Par exemple, M. Carto a vu à une meilleure protection de ses panopes, tant celles enfouies que celles parsemées sur le fond marin. Le varech cultivé par M. Carto a aussi servi de source de nourriture pour les panopes. L'expression « mise en valeur » utilisée par les demandeurs semble comporter l'ensemencement de panopes pour les laisser atteindre la maturité sans en prendre soin. L'approche de M. Carto, décrite par M<sup>me</sup> Marcus, était beaucoup plus interventionniste et de nature fondamentalement différente.

E. *Caractère raisonnable des conclusions dans le contexte du dossier*

[67] Les demandeurs affirment que les renvois aux activités de M. Carto dans le dossier, probablement dans les demandes de permis, font référence aux modifications proposées sous réserve d'approbation et, donc, qu'elles ne peuvent pas être considérées comme des activités accessoires à son exploitation aquacole. Je ne suis pas d'accord.

[68] Ms. Marcus explained in her Summary Report that Mr. Carto “has demonstrated active husbandry of the pre-existing geoduck at the site”, referencing his activities in cleaning up the aquaculture site, salvaging juvenile geoduck and replanting them. Further, the information before Ms. Marcus showed that Mr. Carto took an active role in rescuing, replanting, protecting and feeding the geoduck at the aquaculture site:

- Ms. Marcus spoke to Mr. Carto about his activities relating to the geoduck and communicated with him by e-mail;
- She had access to Mr. Carto’s federal licence application dated November 24, 2010 and his DFO Interim Site Management Plan dated March 3, 2011, both of which refer to predator netting; and
- She also received Mr. Carto’s provincial licence amendment application dated August 26, 2010, which referenced the netting and PVC tubes used to protect the geoduck, as well as the kelp grown at the aquaculture site.

[69] In advancing their argument, the applicants ignore the context in which the licence amendment applications were submitted. Mr. Carto informed Ms. Marcus by e-mail, that:

As you know we worked very closely with MAL licensing as well as enforcement for the last 6+ years to develop this Mari-Poly Culture model.

Doing the R&D required to prove all of these species could be grown under one licence in one area.

A substantial amount of money has been spent thus far in developing to a stage [where] we are now ready for full quota production.

With regards to the Geo duck we were able to salvage some seed during under water clean up that was done.

This natural seed stock was spread out on the farm to test the substrate for a successful grow out.

[68] M<sup>me</sup> Marcus a expliqué dans son rapport sommaire que M. Carto « a effectué la culture active des panopes préexistantes au site », en faisant référence à ses activités de nettoyage du site aquacole ainsi que de récupération et de réenfouissement des panopes juvéniles. En outre, l’information dont était saisie M<sup>me</sup> Marcus révélait que M. Carto a tenu un rôle actif dans la récupération, la replantation, la protection et l’alimentation des panopes au site aquacole :

- M<sup>me</sup> Marcus a parlé à M. Carto de ses activités liées à la panope et a communiqué avec lui par courrier électronique;
- Elle avait accès à la demande de permis fédéral de M. Carto, datée du 24 novembre 2010, et au Plan provisoire du MPO pour la gestion du site, daté du 3 mars 2011, qui font tous deux référence aux filets anti-prédateurs;
- Elle a aussi reçu la demande de modification du permis provincial présentée par M. Carto, datée du 26 août 2010, qui fait référence aux filets et aux tubes en PVC utilisés pour protéger les panopes ainsi qu’au varech cultivé au site aquacole.

[69] Dans leur argumentation, les demandeurs font l’abstraction du contexte dans lequel les demandes de modification de permis ont été présentées. M. Carto a informé M<sup>me</sup> Marcus par courriel de ce qui suit :

[TRADUCTION] Comme vous le savez, nous avons travaillé en étroite collaboration avec la Direction de la délivrance des permis du MAT au cours des six dernières années pour développer ce modèle de culture pour Mari-Poly.

Il a fallu prouver, par la R-D que nous avons menée, que toutes ces espèces pouvaient être élevées sous un même permis et à un même endroit.

Une importante somme d’argent a été engagée jusqu’à maintenant dans le développement jusqu’à un stade où nous sommes maintenant prêts pour la pleine production de notre quota.

En ce qui concerne la panope, nous avons récupéré un certain nombre de semis durant le nettoyage du fond marin.

Cette semence naturelle a été parsemée sur le site pour déterminer si le substrat était propice à son grossissement.

We were told by the province to continue our R&D [projects] that had been discussed and when were successful and ready to go into production we could have it added to current licence which was done prior to the deadline.

[70] This is an acknowledgment that the provincial licence describes the apparatus already in place. The purpose of the licence amendment application was to gain official approval for actions that had already occurred and which were already sanctioned by the province.

[71] The applicants also point to Ms. Marcus's statement in her cross-examination that she did not remember discussing geoduck with Mr. Carto during her site visit, and the divers did not see any geoduck, geoduck predator netting or PVC tubes. However, the applicants ignore the fact that the intent of this particular site visit was to examine Mr. Carto's sea cucumber and sea cucumber culture methodology. Therefore, Ms. Marcus's findings in her Summary Report are perfectly reasonable, since, at the time, the DFO staff were not focused on geoduck.

[72] Lastly, the applicants raise the issue of a picture that Mr. Carto showed to Ms. Marcus on the basis that it contained juvenile geoduck. The applicants imply that since this picture does not contain geoduck, it may be inferred that Mr. Carto cannot identify geoduck or that there are no geoduck in the aquaculture site.

[73] In my view, the evidence relating to this photo is not sufficient to render Ms. Marcus's conclusions unreasonable. At best, this evidence appears to be somewhat contradictory. Further, Ms. Marcus chose to believe Mr. Carto's explanation of his activities based on her communications with him and documentation received from the provincial government. It is not the role of the court to reweigh this evidence to come to a different conclusion. Even if there are no geoduck in this particular picture, it does not necessarily follow that Mr. Carto did not cultivate geoduck in the aquaculture site. Therefore, Ms. Marcus's factual finding that Mr. Carto

La province nous a dit de poursuivre nos [projets de] R-D qui avaient fait l'objet de discussions et que lorsque nous aurions réussi et que nous serions prêts à passer à la production, nous pourrions la faire ajouter à notre permis actuel, ce qui a été fait avant la date limite.

[70] Ce qui précède confirme que le permis provincial décrit le matériel déjà en place. Le but de la demande de modification du permis était d'obtenir l'approbation officielle des activités qui avaient déjà été menées avec l'approbation de la province.

[71] Les demandeurs font également ressortir la déclaration de M<sup>me</sup> Marcus dans son contre-interrogatoire suivant laquelle elle ne se rappelait pas avoir parlé de la panope avec M. Carto pendant sa visite du site, et que les plongeurs n'avaient pas vu de panopes, de filets anti-prédateurs ou de tubes en PVC. Cependant, les demandeurs ne tiennent pas compte du fait que l'intention de cette visite particulière du site était d'observer les concombres de mer et leur méthode de culture par M. Carto. Par conséquent, les conclusions de M<sup>me</sup> Marcus dans son rapport sommaire sont tout à fait raisonnables, étant donné que le personnel du MPO n'accordait pas à ce moment-là son attention à la panope.

[72] En dernier lieu, les demandeurs ont soulevé la question d'une photographie que M. Carto a présentée à M<sup>me</sup> Marcus en lui disant qu'elle montrait des panopes juvéniles. Comme aucune panope n'est présente dans cette photographie, les demandeurs laissent entendre que l'on peut déduire que M. Carto est incapable d'identifier une panope ou qu'il n'y a pas de panopes au site aquacole.

[73] À mon avis, les éléments de preuve liés à cette photographie ne sont pas suffisants pour rendre les conclusions de M<sup>me</sup> Marcus déraisonnables. Au mieux, ils semblent être quelque peu contradictoires. En outre, M<sup>me</sup> Marcus a choisi de croire l'explication donnée par M. Carto de ses activités d'après ses communications avec lui et la documentation reçue du gouvernement provincial. Il n'appartient pas à la Cour de procéder à une nouvelle appréciation de cette preuve pour parvenir à une conclusion différente. Même si aucune panope ne figure dans cette photographie, il ne s'ensuit pas forcément que M. Carto ne la cultivait pas au site aquacole.

engaged in geoduck husbandry should not be disturbed on this basis.

### VIII. Conclusion

[74] In conclusion, I find that Mr. Carto's licence amendment is appropriately authorized under the PARs. Stated in terms of the standard of review, I am satisfied that the threshold decision that the Minister had the authority to issue the licence amendment was correct. Further, the Minister's interpretation of the words "incidental to the operation of an aquaculture facility" was correct. Finally, the Minister's findings of fact and mixed fact and law (as reflected in the Summary Report) were reasonable.

[75] This case presents unusual facts. In the general case, it is not likely that pre-existing stocks would be incidental to an aquaculture operation since there would be no history—licensed or not—of cultivation at the site and no grounds upon which the Minister could conclude that this cultivation would continue in the future. However, Mr. Carto's situation is unique. Mr. Carto applied for a federal aquaculture licence after the transition from provincial regulation of aquaculture. Under the provincial regime, Mr. Carto was apparently sanctioned by the provincial government to test out the farming of geoduck in the context of his experimental Mari-Poly culture model, with the assumption that a licence could be obtained later if cultivation was successful. Although Mr. Carto did eventually receive a provincial licence, this provincial licence was not valid for long because of the decision in *Morton*. This left Mr. Carto to apply for a federal aquaculture licence under somewhat unusual circumstances. In addition, the harvest of these geoduck will provide important information for the continuation of Mr. Carto's husbandry of geoduck. The geoduck harvest is authorized pursuant to the "prescribed activity" of "catching fish incidental to the operation of an aquaculture facility".

Par conséquent, la conclusion de fait de M<sup>me</sup> Marcus suivant laquelle M. Carto pratiquait la culture de la panope ne devrait pas être modifiée sur ce fondement.

### VIII. Conclusion

[74] En conclusion, j'estime que le permis modifié de M. Carto a été valablement autorisé en vertu du Règlement sur l'aquaculture. Si l'on envisage la question sous l'angle de la norme de contrôle, je suis convaincue que la décision préliminaire suivant laquelle le ministre avait le pouvoir de délivrer le permis modifié était bien fondée. De plus, l'interprétation que le ministre a faite de l'expression « dans le cadre de l'exploitation d'une installation d'aquaculture » était correcte. Enfin, les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit du ministre (reproduites dans le rapport sommaire) étaient raisonnables.

[75] La présente affaire comporte des faits inusités. Normalement, il est peu probable que des stocks préexistants constituent des prises accidentelles dans le cadre de l'exploitation d'une installation d'aquaculture, étant donné qu'il n'existerait aucun antécédent — sous forme notamment de permis — confirmant que du poisson était cultivé à cet endroit et aucune raison permettant au ministre de conclure que cette culture se poursuivrait à l'avenir. La situation de M. Carto est toutefois unique. M. Carto a demandé un permis d'aquaculture fédéral après la transition de la réglementation provinciale de l'aquaculture à une réglementation fédérale. Sous le régime provincial, M. Carto était manifestement autorisé par le gouvernement provincial à mettre à l'essai la culture du panope dans le cadre des activités qu'il menait dans son établissement aquacole Mari-Poly en tenant pour acquis qu'il pourrait obtenir un permis plus tard si cette culture réussissait. Bien que M. Carto ait obtenu plus tard un permis provincial, celui-ci n'a pas été valide pendant une longue période en raison de la décision *Morton*. M. Carto a donc dû demander un permis d'aquaculture fédéral dans des circonstances quelque peu inusitées. De plus, la récolte des panopes en question devrait fournir d'importants renseignements pour la poursuite de la culture active de la population de panopes. La récolte de la panope est autorisée en tant qu'« activité réglementaire » consistant en « la prise

[76] The application for judicial review will be dismissed with costs to the respondents. At the close of the hearing, I asked that counsel for all parties present their bills of costs. I gave the parties an opportunity to comment on those bills of costs. The applicants did not comment on the bills of costs put forward for consideration by the respondents. In my discretion, I believe that a total award of \$40 000 inclusive of all fees, disbursements and taxes is reasonable. I will include an award of a lump sum amount of \$20 000 to each of: (a) Mr. Carto; and (b) the Attorney General of Canada and the Minister of Fisheries and Oceans (jointly).

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES as follows:

1. The application for judicial review is dismissed;
2. Costs in the following lump sum amounts, inclusive of all fees, taxes and disbursements, are to be paid by the applicants to the respondents:
  - a) to Mr. Don Carto: \$20 000; and
  - b) to the Attorney General of Canada and Minister of Fisheries and Oceans (jointly): \$20 000.

accidentelle de poisson dans le cadre de l'exploitation d'une installation d'aquaculture ».

[76] La demande de contrôle judiciaire sera rejetée et les dépens seront adjugés aux défendeurs. À la clôture de l'audience, j'ai demandé aux avocats de toutes les parties de me soumettre leur mémoire de dépens. J'ai accordé aux parties la possibilité de formuler leurs observations au sujet des mémoires de dépens en question. Les demandeurs n'ont pas formulé d'observation au sujet du mémoire de dépens soumis par les défendeurs pour examen. Exerçant mon pouvoir discrétionnaire, j'estime qu'un montant total de 40 000 \$, incluant tous les frais, débours et taxes, est raisonnable. Je vais adjuger à titre de dépens un montant forfaitaire de 20 000 \$ qui sera attribué respectivement : a) à M. Carto; b) au procureur général et au ministre des Pêches et des Océans (conjointement).

#### JUGEMENT

LA COUR :

1. REJETTE la demande de contrôle judiciaire;
2. CONDAMNE les demandeurs à payer aux défendeurs à titre de dépens les montants forfaitaires suivants, qui comprennent tous les frais, taxes et débours :
  - a) à M. Don Carto : 20 000 \$;
  - b) au procureur général du Canada et au ministre des Pêches et des Océans (conjointement) : 20 000 \$.

A-9-12  
2013 FCA 13

A-9-12  
2013 CAF 13

**Takeda Canada Inc.** (*Appellant*)

**Takeda Canada Inc.** (*appelante*)

v.

c.

**The Minister of Health and Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Ministre de la Santé et Procureur général du Canada** (*intimés*)

**INDEXED AS: TAKEDA CANADA INC. v. CANADA (HEALTH)**

**RÉPERTORIÉ : TAKEDA CANADA INC. c. CANADA (SANTÉ)**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Dawson and Stratas J.J.A.—Ottawa, June 11, 2012 and January 18, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Dawson et Stratas, J.C.A.—Ottawa, 11 juin 2012 et 18 janvier 2013.

*Food and Drugs — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of decision by respondent Minister of Health refusing to list DEXILANT on Register of Innovative Drugs, to provide data protection under Food and Drug Regulations, s. C.08.004.1 (Data Protection Regulations) on basis DEXILANT not “innovative drug”, composed of previously approved enantiomer — Respondent submitting listed substances (i.e., salts, esters, enantiomers, solvates, polymorphs) in s. C.08.004.1(1) automatically excluded from data protection — Appellant of view that s. C.08.004.1(1) protecting data obtained with “considerable effort” — Issue correct interpretation to be given to definition of “innovative drug” — Federal Court interpretation correct — Governor in Council determining that listed substances variations of previously approved medicinal ingredients, not falling within definition of “innovative drug” — “Innovative drug” containing medicinal ingredient not previously approved, not variation of previously approved medicinal ingredient — Scheme incoherent if listed substances not variations in some circumstances — Treaty obligations requiring Governor in Council to consider what constitutes “new chemical entities” — Open to Governor in Council to decide that listed substances not sufficiently different to be “new chemical entities” — Not for Court to thwart decision of Governor in Council — Respondent’s interpretation of “innovative drug” in other cases not determinative of accuracy of interpretation — Appeal dismissed — Per Stratas J.A. (dissenting): Respondent’s interpretation of s. C.08.004.1(1) too literal — Drug containing enantiomer of previously approved medicinal ingredient not automatically excluded from data protection — Whether enantiomer “variation” of previously approved medicinal ingredient depending on circumstances surrounding data submitted to get approval — Not “variation” if data submitted generated by considerable effort, medicinal ingredient “new” — Words “such as” in s. C.08.004.1(1) creating uncertainty — Word “any” or “all” would have been used if intent was for all substances falling within listed categories to automatically be*

*Aliments et Drogues — Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle l’intimée, la ministre de la Santé, a refusé d’inscrire le DEXILANT dans le registre des drogues innovantes et d’assurer la protection des données en conformité avec l’art. C.08.004.1 du Règlement sur les aliments et drogues (Règlement sur la protection des données) au motif que le DEXILANT n’est pas une « drogue innovante » parce qu’elle est composée d’énantiomère déjà approuvé — L’intimée a fait valoir que les substances énumérées (c.-à-d., les sels, esters, énantiomères, solvates ou polymorphes) à l’art. C.08.004.1(1) sont automatiquement exclues de la protection des données — L’appelante était d’avis que l’art. C.08.004.1(1) protège les données obtenues avec un effort considérable — La question en litige portait sur l’interprétation correcte à donner à la définition du terme « drogue innovante » — L’interprétation de la Cour fédérale est correcte — Le gouverneur en conseil a décidé que les substances énumérées sont des variantes des ingrédients médicaux déjà approuvés et que, par conséquent, ils ne sont pas visés par la définition de l’expression « drogue innovante » — Une « drogue innovante » contenant un ingrédient médicinal qui n’a pas été déjà approuvé ne constitue pas une variante d’un ingrédient médicinal déjà approuvé — Le régime serait incohérent si les substances énumérées étaient, dans certaines circonstances, autre chose que des variantes — Les obligations issues de traités exigent du gouverneur en conseil qu’il définisse la nature des « éléments chimiques nouveaux » — Il était loisible au gouverneur en conseil de décider que les substances énumérées n’étaient pas suffisamment différentes pour constituer des « éléments chimiques nouveaux » — Il ne revenait pas à la Cour de contrecarrer la décision du gouverneur en conseil — L’interprétation faite par l’intimée de la définition de l’expression « drogue innovante » dans d’autres affaires n’était pas concluante — Appel rejeté — Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : L’intimée a fait une interprétation trop littérale de l’art. C.08.004.1(1) — Les médicaments*

“variations” — Respondent’s interpretations of s. C.08.004.1(1) in other cases confirming view that subsection open-ended, controlling idea whether or not medicinal ingredient “variation” — S. C.08.004.1(1) having to embody “considerable effort”, “new chemical entity” concepts to implement North American Free Trade Agreement, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

Construction of Statutes — Federal Court dismissing judicial review of decision not to list DEXILANT on Register of Innovative Drugs, provide data protection under Food and Drug Regulations, s. C.08.004.1 (Data Protection Regulations) — Issue correct interpretation to be given to definition of “innovative drug” — Federal Court interpretation correct — “Innovative drug” containing medicinal ingredient not previously approved, not variation of previously approved medicinal ingredient — Scheme incoherent if listed substances in s. C.08.004.1(1) not variations in some circumstances — Per Stratas J.A. (dissenting): Respondent’s interpretation of s. C.08.004.1(1) too literal — Whether enantiomer “variation” of previously approved medicinal ingredient depending on circumstances surrounding data submitted to get approval — Not “variation” if data submitted generated by considerable effort, medicinal ingredient “new” — Words “such as” in s. C.08.004.1(1) creating uncertainty — Word “any” or “all” would have been used if intent was for all substances falling within listed categories to automatically be “variations” — Respondent’s interpretations of s. C.08.004.1(1) in other cases confirming view that subsection open-ended.

contenant un énantiomère d’un ingrédient médicinal déjà approuvé ne sont pas automatiquement exclus de la protection des données — Il s’agissait de savoir si un énantiomère est une « variante » d’un ingrédient médicinal déjà approuvé dépendant des circonstances propres à l’élaboration des données nécessaires à l’obtention de l’approbation réglementaire — Il ne s’agit pas d’une « variante » si les données sont recueillies par suite d’un effort considérable et que l’ingrédient médicinal est « nouveau » — Les mots « tel un changement » à l’art. C.08.004.1(1) troublent encore plus les choses — S’il avait été prévu que toutes les substances qui figurent dans les catégories énumérées deviennent automatiquement des « variantes », les mots « tel tout » ou « tels tous » auraient été utilisés — Les interprétations de l’intimée de l’art. C.08.004.1(1) dans d’autres causes confirment le point de vue selon lequel la définition est non limitative et selon l’idée maîtresse qui s’en dégage, il faut rechercher si l’ingrédient médicinal est une « variante » — Pour mettre en œuvre les dispositions pertinentes de l’Accord de libre-échange nord-américain et l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, il faut interpréter l’art. C.08.004.1(1) en tenant compte des concepts d’« élément chimique nouveau » et d’« effort considérable ».

Interprétation des lois — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire d’une décision de refuser d’inscrire le DEXILANT dans le registre des drogues innovantes et d’assurer la protection des données en conformité avec l’art. C.08.004.1 du Règlement sur les aliments et drogues (Règlement sur la protection des données) — La question en litige visait l’interprétation correcte à donner à la définition du terme « drogue innovante » — L’interprétation de la Cour fédérale est correcte — Une « drogue innovante » contenant un ingrédient médicinal qui n’a pas été déjà approuvé ne constitue pas une variante d’un ingrédient médicinal déjà approuvé — Le régime serait incohérent si les substances énumérées à l’art. C.08.004.1(1) étaient, dans certaines circonstances, autre chose que des variantes — Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : L’intimée a fait une interprétation trop littérale de l’art. C.08.004.1(1) — Il s’agissait de savoir si un énantiomère est une « variante » d’un ingrédient médicinal déjà approuvé dépendant des circonstances propres à l’élaboration des données nécessaires à l’obtention de l’approbation réglementaire — Il ne s’agit pas d’une « variante » si les données soumises sont recueillies par suite d’un effort considérable et que l’ingrédient médicinal présent dans la drogue est « nouveau » — Les mots « tel un changement » de l’art. C.08.004.1(1) troublent encore plus les choses — S’il avait été prévu que toutes les substances qui figurent dans les catégories énumérées deviennent automatiquement des « variantes », les mots « tel tout » ou « tels tous » auraient été utilisés — Les interprétations faites par l’intimée de l’art. C.08.004.1(1) dans d’autres causes confirment le point de vue selon lequel la définition est non limitative.

This was an appeal from a decision by the Federal Court dismissing the appellant's application for judicial review of the decision by the respondent Minister of Health refusing to list the drug DEXILANT, used in the treatment of gastroesophageal reflux disease, on the Register of Innovative Drugs and to provide data protection under section C.08.004.1 (Data Protection Regulations) of the *Food and Drug Regulations*.

The respondent granted regulatory approval to DEXILANT, but rejected the appellant's request for data protection on the basis that DEXILANT is not an "innovative drug" because the medicinal ingredient in DEXILANT, dexlansoprazole, is an enantiomer of lansoprazole, a medicinal ingredient previously approved by the respondent.

Relying upon a literal reading of subsection C.08.004.1(1), the respondent submitted that the five categories of substances listed therein, i.e. salts, esters, enantiomers, solvates or polymorphs, are automatically excluded, cannot qualify as "innovative drugs", and thus cannot benefit from data protection.

The appellant suggested that the words "variation ... such as a[n] ... enantiomer" do not mean that all enantiomers are "variations", and that a contextual and purposive interpretation of the term "variation" should be adopted. The appellant was of the view that subsection C.08.004.1(1) protects clinical and pre-clinical data necessary for regulatory approval if generating that data required "considerable effort".

At issue was the correct interpretation to be given to the definition of "innovative drug".

*Held* (Stratas J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per Dawson J.A. (Pelletier J.A. concurring)*: The Federal Court correctly interpreted the definition of "innovative drug". The Governor in Council, in the exercise of its discretion, has determined that salts, esters, enantiomers, solvates and polymorphs of previously approved medicinal ingredients are variations of those ingredients and so do not fall within the definition of "innovative drug". Reading the definition in its ordinary, grammatical sense, an "innovative drug" is one that contains a medicinal ingredient not previously approved in a drug by the respondent; and is not a variation of a previously approved medicinal ingredient. The Governor in Council would have created an incoherent scheme if the enumerated examples of variations were, in some unarticulated circumstances, not variations. Canada's obligations under the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire déposée par l'appelante visant une décision de l'intimée, la ministre de la Santé, qui a refusé d'inscrire la drogue DEXILANT, utilisée dans le traitement du reflux gastro-œsophagien pathologique, dans le registre des drogues innovantes et d'assurer la protection des données en conformité avec l'article C.08.004.1 (Règlement sur la protection des données) du *Règlement sur les aliments et drogues*.

L'intimée a donné l'autorisation réglementaire pour le DEXILANT, mais a rejeté la demande de protection des données déposée par l'appelante au motif que le DEXILANT n'était pas une « drogue innovante » parce que son ingrédient médicamenteux, le dexlansoprazole, est un énantiomère du lansoprazole, un ingrédient médicamenteux déjà approuvé par l'intimée.

S'appuyant sur une interprétation littérale du paragraphe C.08.004.1(1), l'intimée a soutenu que les cinq catégories de substances énumérées dans la définition, soit les sels, esters, énantiomères, solvates ou polymorphes, sont automatiquement exclues, ne peuvent être considérées comme des « drogues innovantes » et, par conséquent, la protection des données ne peut les viser.

Selon l'appelante, l'expression « variante [...] tel un changement [...] d'énantiomère » ne signifie pas que tous les énantiomères sont des « variantes » et une interprétation contextuelle et téléologique du mot « variante », devrait être adoptée. L'appelante était d'avis que le paragraphe C.08.004.1(1) protège les données cliniques et précliniques requises pour l'autorisation réglementaire si la production des données a exigé un « effort considérable ».

La question en litige visait l'interprétation correcte à donner à la définition du terme « drogue innovante ».

*Arrêt* (le juge Stratas, J.C.A., dissident) : l'appel doit être rejeté.

La juge Dawson, J.C.A. (le juge Pelletier, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La Cour fédérale a correctement interprété la définition de l'expression « drogue innovante ». Le gouverneur en conseil, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a décidé que les sels, esters, énantiomères, solvates et polymorphes d'ingrédients médicinaux déjà approuvés sont des variantes de ces ingrédients et que, par conséquent, ils ne sont pas visés par la définition de l'expression « drogue innovante ». L'interprétation de la définition de l'expression « drogue innovante » dans son sens ordinaire et grammatical contient un ingrédient médicamenteux non déjà approuvé dans une drogue par la ministre et n'est pas une variante d'un ingrédient médicamenteux déjà approuvé. Le gouverneur en conseil aurait établi un régime incohérent si les exemples de variantes énumérées avaient été, dans certaines

*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS Agreement) required the Governor in Council to consider what constitutes “new chemical entities” when crafting the Data Protection Regulations. It was open to the Governor in Council to decide, as a matter of policy, that salts, esters, enantiomers, solvates and polymorphs were not sufficiently different to be “new chemical entities”. It is a matter for the Governor in Council to remedy if the Data Protection Regulations are under inclusive. The Court ought not to thwart the decision of the Governor in Council as expressed in the definition of “innovative drug” and in its rejection of the request by the innovative drug industry to extend data protection to salts, esters, enantiomers, solvates and polymorphs. Finally, the respondent’s interpretation of the definition of “innovative drug” in other cases is not determinative of the accuracy of the interpretation.

*Per Stratas J.A. (dissenting):* The appellant’s interpretation of subsection C.08.004.1(1) was to be preferred. The respondent’s interpretation was too literal and ran counter to the context surrounding, and to the purpose underlying the Data Protection Regulations. A drug that contains an enantiomer of a previously approved medicinal ingredient is not automatically excluded from data protection under subsection C.08.004.1(1). The listed substances in the definition of “innovative drug” are examples of substances that may be “variations”, depending on the circumstances, and invite special scrutiny. Whether an enantiomer is a “variation” of a previously approved medicinal ingredient depends on the circumstances surrounding the data that had to be submitted to get regulatory approval. In particular, if regulatory approval for the drug required the submission of confidential data generated by considerable effort, and the medicinal ingredient in the drug is “new” in the sense that it has qualities of safety and efficacy materially different from a previously approved medicinal ingredient, then it is not a “variation” of that previously approved medicinal ingredient. Subsection C.08.004.1(1) does not answer the question of whether all substances falling within the categories listed therein are automatically “variations”. In particular, the words “such as” inject uncertainty into the matter. If it were intended that all substances falling within those five categories are automatically “variations”, “variations” would have been defined as “any salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph” or “all salts, esters, enantiomers, solvates or polymorphs.” While the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) states that the five categories “give examples of the types of variations not considered for protection”, the respondent declined to apply the five categories in a closed-minded way, preferring instead

circonstances non définies, autre chose que des variantes. Les obligations que le Canada a contractées dans le cadre de l’Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et de l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC) exigeaient que le gouverneur en conseil définisse la nature des « éléments chimiques nouveaux » lorsqu’il a élaboré le Règlement sur la protection des données. Il était loisible au gouverneur en conseil de décider, dans le cadre de la politique qu’il voulait adopter, que les sels, esters, énantiomères, solvates et polymorphes n’étaient pas suffisamment différents pour constituer des « éléments chimiques nouveaux ». Si le Règlement sur la protection des données est trop restrictif, il revient au gouverneur en conseil de corriger la situation. Il ne revient pas à la Cour de contrecarrer la décision du gouverneur en conseil exprimée dans la définition du terme « drogue innovante » et son rejet de la demande de l’industrie des drogues innovantes qui souhaitait que la protection des données soit élargie pour englober les sels, esters, énantiomères, solvates et polymorphes. Enfin, l’interprétation faite par l’intimé de la définition de l’expression « drogue innovante » dans d’autres affaires n’est pas concluante.

*Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) :* Il fallait privilégier l’interprétation du paragraphe C.08.004.1(1) proposée par l’appelante. L’interprétation de l’intimé était trop littérale et se heurtait au contexte général du Règlement sur la protection des données et l’objet de celui-ci. Les données relatives à une drogue qui contient un énantiomère d’un ingrédient médicinal déjà approuvé ne sont pas automatiquement exclues de la protection conférée par le paragraphe C.08.004.1(1). Les substances énumérées dans la définition de l’expression « drogue innovante » sont des exemples de substances qui peuvent être des « variantes », selon les circonstances, qui appellent un examen plus approfondi. La réponse à la question de savoir si un énantiomère est une « variante » d’un ingrédient médicinal déjà approuvé dépend des circonstances propres à l’élaboration des données nécessaires à l’obtention de l’approbation réglementaire. Plus particulièrement, si l’approbation réglementaire du médicament exige la présentation de données confidentielles recueillies par suite d’un effort considérable, et que l’ingrédient médicinal présent dans la drogue est « nouveau », en ce sens qu’il possède des caractéristiques de sécurité et d’innocuité nettement différentes de celles d’un ingrédient médicinal déjà approuvé, il ne s’agit alors pas d’une « variante » de cet ingrédient médicinal déjà approuvé. Le libellé du paragraphe C.08.004.1(1) ne permet pas de répondre à la question de savoir si toutes les substances qui se retrouvent dans les catégories qui y sont énumérées sont automatiquement des « variantes ». Plus particulièrement, les mots « tel un » troublent encore plus les choses. S’il avait été prévu que toutes les substances qui figurent dans ces cinq catégories deviennent automatiquement des « variantes », le mot « variante » aurait été défini comme « tel tout changement de sel, d’ester, d’énantiomère, de solvate ou de

to see “variation” as the controlling idea in subsection C.08.004.1(1). The respondent’s interpretations of subsection C.08.004.1(1) in other cases confirm the view that the subsection is open-ended and that the controlling idea is whether or not a medicinal ingredient is a “variation,” not whether the medicinal ingredient falls within the five categories of substance. Considerable effort in testing and difference/newness lie at the heart of the concept of what is and is not a minor variation under subsection C.08.004.1(1). Two particular aspects of the TRIPS Agreement and NAFTA ensure that innovators get data protection only where the public will benefit: the innovator must have engaged in “considerable effort” in generating the data, and a “new chemical entity” must be present. Those two aspects alter the risk-reward equation for innovators, create appropriate incentives, and ensure that data protection is afforded only where the risk undertaken merits it. Subsection C.08.004.1(1) must embody those concepts in order to implement the relevant provisions of the TRIPS Agreement and NAFTA. The respondent’s interpretation does not take into account the purpose of the treaties and the Data Protection Regulations that implement them, which is to encourage research and development in new medicines by protecting data created with considerable effort.

polymorphe » ou « tels *tous les* changements de sel, d’ester, d’énantiomère, de solvate ou de polymorphe ». Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (REIR) indique que la liste des cinq catégories « se veut plutôt une liste d’exemples des types de variations qui n’avaient pas été prises en compte en matière de protection », mais l’intimée a refusé d’utiliser les cinq catégories de façon exclusive, préférant plutôt considérer le mot « variante » comme l’idée maîtresse de la définition du paragraphe C.08.004.1(1). Les interprétations de la définition du paragraphe C.08.004.1(1) émanant de l’intimée dans d’autres affaires confirment le point de vue selon lequel la définition est non limitative et selon l’idée maîtresse qui s’en dégage, il faut rechercher si l’ingrédient médicinal est une « variante » et non si l’ingrédient médicinal se rattache à l’une des cinq catégories de substances. L’effort considérable investi dans les essais et la différence/la nouveauté sont au cœur de la question de savoir en quoi consiste une variante mineure aux termes du paragraphe C.08.004.1(1). Deux aspects bien précis de l’Accord sur les ADPIC et de l’ALÉNA garantissent que les innovateurs obtiennent la protection de leurs données uniquement dans les cas où le public en tirera un avantage : l’innovateur a dû mettre un « effort considérable » pour produire les données et un « élément chimique nouveau » doit être présent. Ces deux aspects modifient l’équation risque-avantages en faveur des innovateurs, créent les stimulants appropriés et garantissent que les données sont protégées uniquement lorsque le risque assumé le justifie. Pour mettre en œuvre les dispositions pertinentes de l’Accord sur les ADPIC et de l’ALÉNA, il faut interpréter le paragraphe C.08.004.1(1) en tenant compte de ces concepts. L’interprétation de l’intimée ne tient pas dûment compte de l’objet des traités et du Règlement sur la protection des données qui les mettent en œuvre, qui est d’encourager la recherche et le développement relatifs à de nouveaux médicaments en protégeant les données créées au moyen d’un effort considérable.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*, Pub. L. 98-417, 98 Stat. 1585, s. 101.  
*Food and Drug Administration Amendments of 2007*, Pub. L. 110-85, 121 Stat. 823, s. 1113.  
*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.004.1.  
*Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, s. 30(3).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) “visa officer”.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.  
*Medicines Act 1981*, 1981, No. 118, ss. 23A, 23B, 23C (N.Z.).  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133.  
*Regulation (EC) 726/2004 of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 laying down Community procedures for the authorisation and supervision of*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*, Pub. L. 98-417, 98 Stat. 1585, art. 101.  
*Food and Drug Administration Amendments of 2007*, Pub. L. 110-85, 121 Stat. 823, art. 1113.  
*Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 30(3).  
*Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) « agent des visas ».  
*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.  
*Medicines Act 1981*, 1981, No. 118, ss. 23A, 23B, 23C (N.-Z.).  
*Règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l’autorisation et la surveillance en*

*medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Medicines Agency*, OJ L 136, 30.4.2004, Art. 3(2).

*Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection)*, SOR/2006-241, s. 1.

*Therapeutic Goods Act 1989*, No. 21 (1990), s. 25A (Austl.).

*ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments*, JO L 136, 30.4.2004, art. 3(2).

*Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, DORS/2006-241, art. 1.

*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004.1.

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133.

*Therapeutic Goods Act 1989*, No. 21 (1990), s. 25A (Austl.).

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 229, Art. 39.

*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1711.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1711.

*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299, art. 39.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155.

##### CONSIDERED:

*Teva Canada Limited v. Canada (Health)*, 2012 FCA 106, [2013] 4 F.C.R. 391; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 553, (1998), 84 C.P.R. (3d) 129 (T.D.), affd 1999 CanLII 8099, (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.); *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Merck & Co., Inc. v. Canada (Attorney General)*, 1999 CanLII 9090, 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.), affd 2000 CanLII 15094, 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.); *Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health)*, 2010 FCA 334, [2012] 2 F.C.R. 618; *Epicept Corporation v. Canada (Health)*, 2010 FC 956, 377 F.T.R.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Teva Canada Limitée c. Canada (Santé)*, 2012 CAF 106, [2013] 4 R.C.F. 391; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 553 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par 1999 CanLII 8099 (C.A.F.); *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Merck & Co., Inc. c. Canada (Procureur général)*, 1999 CanLII 9090 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par 2000 CanLII 15094 (C.A.F.); *Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)*, 2010 CAF 334, [2012] 2 R.C.F. 618; *Epicept Corporation c. Canada (Santé)*, 2010 CF 956; *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong*

29; *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.

REFERRED TO:

*Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation v. Canada*, 2012 FCA 136, 2012 DTC 5090; *Purdue Pharma v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 132, 93 C.P.R. (4th) 186; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2013] 1 F.C.R. 374, leave to appeal to S.C.C. refused [2012] 1 S.C.R. xi; *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, leave to appeal to S.C.C. refused [2012] 1 S.C.R. xiii; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517, (1968), 2 D.L.R. (3d) 1; *Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 324, [2014] 2 F.C.R. 224; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539.

AUTHORS CITED

*Concise Oxford English Dictionary*, 11th ed. New York: Oxford University Press, 2004, “variation”.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Health Canada. *Guidance for Industry: Stereochemical Issues in Chiral Drug Development*, online: <[http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt\\_formats/hpfb-dgpsa/pdf/prodpharma/stereo-eng.pdf](http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt_formats/hpfb-dgpsa/pdf/prodpharma/stereo-eng.pdf)>.

*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Clarendon Press, 1993, “such as”.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2006-241, *C. Gaz.* 2006.II.1495.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a decision by the Federal Court (2011 FC 1444, 101 C.P.R. (4th) 304) dismissing the appellant’s application for judicial review of the decision by the respondent Minister of Health refusing to list the drug DEXILANT on the Register of Innovative Drugs and to provide data protection under section C.08.004.1 of the *Food and Drug Regulations*. Appeal dismissed, Stratas J.A. dissenting.

*c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706.

DÉCISIONS CITÉES :

*Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation c. Canada*, 2012 CAF 136; *Purdue Pharma c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 132; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2013] 1 R.C.F. 374, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2012] 1 R.C.S. xi; *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2012] 1 R.C.S. xiii; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517; *Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 324, [2014] 2 R.C.F. 224; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539.

DOCTRINE CITÉE

*Concise Oxford English Dictionary*, 11<sup>e</sup> éd. New York : Oxford University Press, 2004, « variation ».

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.

*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford : Clarendon Press, 1993, « such as ».

Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/2006-241, *Gaz. C.* 2006.II.1495.

Santé Canada. *Ligne directrice à l’intention de l’industrie : Développement des médicaments chiraux, questions reliées à la stéréoisométrie*, en ligne : <[http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt\\_formats/hpfb-dgpsa/pdf/prodpharma/stereo-fra.pdf](http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt_formats/hpfb-dgpsa/pdf/prodpharma/stereo-fra.pdf)>.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEL interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1444) rejetant la demande de contrôle judiciaire de l’appelante d’une décision par laquelle l’intimée, la ministre de la Santé, a refusé d’inscrire le DEXILANT dans le registre des drogues innovantes et d’assurer la protection des données en conformité avec l’article C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues*. Appel rejeté, le juge Stratas, J.C.A., étant dissident.

## APPEARANCES

*Christopher C. Van Barr and Jane Clark* for appellant.  
*John L. Syme and Leah Garvin* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

[1] STRATAS J.A. (dissenting): The appellant, Takeda Canada Inc., appeals from the judgment dated September 12, 2011 of the Federal Court (*per Justice Near*): 2011 FC 1444, 101 C.P.R. (4th) 304. The Federal Court dismissed Takeda's application for judicial review of a decision of the respondent Minister.

[2] The Minister refused to list Takeda's drug, DEXILANT, on the Register of Innovative Drugs and provide data protection under section C.08.004.1 of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 [Regulations], as amended by the *Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection)*, SOR/2006-241 [Data Protection Regulations].

[3] The Minister refused to list DEXILANT based on her interpretation of the definition of "innovative drug" in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations. The Federal Court agreed with the Minister's interpretation, found that DEXILANT was not an "innovative drug" under the subsection, and dismissed Takeda's application for judicial review. Takeda appeals to this Court.

[4] For the reasons set out below, I find that the Minister wrongly interpreted the term "innovative drug" under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations. Properly interpreted, the definition of "innovative drug" under the subsection can include a drug such as DEXILANT.

## ONT COMPARU

*Christopher C. Van Barr et Jane Clark* pour l'appelante.  
*John L. Syme et Leah Garvin* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Gowling Lafleur Henderson, S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. (dissident) : L'appelante, Takeda Canada Inc., interjette appel d'un jugement rendu par la Cour fédérale (le juge Near) le 12 septembre 2011 : 2011 CF 1444. La Cour fédérale a rejeté la demande en contrôle judiciaire déposée par Takeda visant une décision de la ministre intimée.

[2] La ministre a refusé d'inscrire la drogue de Takeda, le DEXILANT, dans le registre des drogues innovantes et d'assurer la protection des données en conformité avec l'article C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 [Règlement], modifié par le *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, DORS/2006-241 [Règlement sur la protection des données].

[3] La ministre a refusé d'inscrire le DEXILANT dans le registre en raison de son interprétation de la définition de l'expression « drogue innovante » qui figure au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement. Faisant sienne l'interprétation de la ministre, la Cour fédérale a conclu que le DEXILANT n'était pas une « drogue innovante » au sens de la disposition et a rejeté la demande en contrôle judiciaire de Takeda. Takeda interjette appel devant notre Cour.

[4] Par les motifs énoncés ci-après, je conclus que la ministre a mal interprété l'expression « drogue innovante » définie au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement. Bien interprétée, l'expression « drogue innovante » définie dans la disposition peut englober une drogue comme le DEXILANT.

[5] Therefore, I would allow Takeda’s appeal, with costs, and remit to the Minister for redetermination the issue whether DEXILANT is an “innovative drug” entitled to data protection.

A. The Data Protection Regulations: section C.08.004.1 of the Regulations

[6] The provisions contained in section C.08.004.1 of the Regulations are frequently described as the “Data Protection Regulations.” The Data Protection Regulations protect an innovator who submits undisclosed data in support of an application for approval to market certain drugs in certain circumstances, described below. For a period of time, it prevents others from using the innovator’s data in support of their own submissions for drug approval.

[7] Before the enactment of the Data Protection Regulations, one of the impediments to a generic drug manufacturer’s ability to obtain approval of the right to market a generic drug was the existence of an unexpired patent. After the enactment of the Data Protection Regulations, generic drug manufacturers cannot obtain approval for their generic drug until the period of market exclusivity of the innovative drug has expired, even where there is no patent protection for that drug.

[8] The Data Protection Regulations read as follows:

**C.08.004.1** (1) The following definitions apply in this section.

“abbreviated new drug submission” includes an abbreviated extraordinary use new drug submission. (*présentation abrégée de drogue nouvelle*)

“innovative drug” means a drug that contains a medicinal ingredient not previously approved in a drug by the Minister and that is not a variation of a previously approved medicinal

[5] Par conséquent, j’accueillerais l’appel de Takeda, avec dépens, et je renverrais l’affaire à la ministre afin qu’elle statue à nouveau sur la question de savoir si le DEXILANT est une « drogue innovante » à laquelle peut s’appliquer la protection des données.

A. Le Règlement sur la protection des données : l’article C.08.004.1 du Règlement

[6] Les dispositions figurant à l’article C.08.004.1 du Règlement sont souvent appelées le « Règlement sur la protection des données ». Ce règlement protège l’innovateur qui fournit des données non encore divulguées à l’appui d’une demande en autorisation de commercialiser certaines drogues dans les circonstances décrites ci-après. Pendant une certaine période, cette protection empêche les concurrents d’utiliser les données de l’innovateur pour appuyer leurs propres demandes d’autorisation de drogues.

[7] Avant l’adoption du Règlement sur la protection des données, l’existence d’un brevet encore valide constituait l’un des obstacles qui empêchaient le fabricant de médicaments génériques de faire approuver son droit de commercialiser son médicament générique. Depuis son adoption, les fabricants de médicaments génériques ne peuvent faire approuver leur médicament générique avant l’expiration de la période d’exclusivité de la drogue innovante, même lorsque aucun brevet ne protège cette drogue.

[8] Le Règlement sur la protection des données dispose :

**C.08.004.1** Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« drogue innovante » S’entend de toute drogue qui contient un ingrédient médicinal non déjà approuvé dans une drogue par le ministre et qui ne constitue pas une variante d’un ingrédient médicinal déjà approuvé tel un changement de sel, d’ester, d’énantiomère, de solvate ou de polymorphe. (*innovative drug*)

« population pédiatrique » S’entend de chacun des groupes suivants : les bébés prématurés nés avant la 37<sup>e</sup> semaine de gestation, les bébés menés à terme et âgés de 0 à 27 jours, tous

ingredient such as a salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph. (*drogue innovante*)

“new drug submission” includes an extraordinary use new drug submission. (*présentation de drogue nouvelle*)

“pediatric populations” means the following groups: premature babies born before the 37th week of gestation; full-term babies from 0 to 27 days of age; and all children from 28 days to 2 years of age, 2 years plus 1 day to 11 years of age and 11 years plus 1 day to 18 years of age. (*population pédiatrique*)

(2) This section applies to the implementation of Article 1711 of the North American Free Trade Agreement, as defined in the definition “Agreement” in subsection 2(1) of the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, and of paragraph 3 of Article 39 of the Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights set out in Annex 1C to the World Trade Organization Agreement, as defined in the definition “Agreement” in subsection 2(1) of the *World Trade Organization Agreement Implementation Act*.

(3) If a manufacturer seeks a notice of compliance for a new drug on the basis of a direct or indirect comparison between the new drug and an innovative drug,

(a) the manufacturer may not file a new drug submission, a supplement to a new drug submission, an abbreviated new drug submission or a supplement to an abbreviated new drug submission in respect of the new drug before the end of a period of six years after the day on which the first notice of compliance was issued to the innovator in respect of the innovative drug; and

(b) the Minister shall not approve that submission or supplement and shall not issue a notice of compliance in respect of the new drug before the end of a period of eight years after the day on which the first notice of compliance was issued to the innovator in respect of the innovative drug.

(4) The period specified in paragraph (3)(b) is lengthened to eight years and six months if

(a) the innovator provides the Minister with the description and results of clinical trials relating to the use of the innovative drug in relevant pediatric populations in its first new drug submission for the innovative drug or in any supplement to that submission that is filed within five years after the issuance of the first notice of compliance for that innovative drug; and

les enfants âgés de 28 jours à deux ans, ceux âgés de deux ans et un jour à 11 ans et ceux âgés de 11 ans et un jour à 18 ans. (*pediatric populations*)

« présentation abrégée de drogue nouvelle » S’entend également d’une présentation abrégée de drogue nouvelle pour usage exceptionnel. (*abbreviated new drug submission*)

« présentation de drogue nouvelle » S’entend également d’une présentation de drogue nouvelle pour usage exceptionnel. (*new drug submission*)

(2) Le présent article s’applique à la mise en œuvre de l’article 1711 de l’Accord de libre-échange nord-américain, au sens du terme « Accord » au paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange nord-américain*, et du paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce figurant à l’annexe 1C de l’Accord sur l’Organisation mondiale du commerce, au sens du terme « Accord » au paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’Organisation mondiale du commerce*.

(3) Lorsque le fabricant demande la délivrance d’un avis de conformité pour une drogue nouvelle sur la base d’une comparaison directe ou indirecte entre celle-ci et la drogue innovante :

a) le fabricant ne peut déposer pour cette drogue nouvelle de présentation de drogue nouvelle, de présentation abrégée de drogue nouvelle ou de supplément à l’une de ces présentations avant l’expiration d’un délai de six ans suivant la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré à l’innovateur pour la drogue innovante;

b) le ministre ne peut approuver une telle présentation ou un tel supplément et ne peut délivrer d’avis de conformité pour cette nouvelle drogue avant l’expiration d’un délai de huit ans suivant la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré à l’innovateur pour la drogue innovante.

(4) Le délai prévu à l’alinéa (3)b) est porté à huit ans et six mois si, à la fois :

a) l’innovateur fournit au ministre la description et les résultats des essais cliniques concernant l’utilisation de la drogue innovante dans les populations pédiatriques concernées dans sa première présentation de drogue nouvelle à l’égard de la drogue innovante ou dans tout supplément à une telle présentation déposé au cours des cinq années suivant la délivrance du premier avis de conformité à l’égard de cette drogue innovante;

(b) before the end of a period of six years after the day on which the first notice of compliance was issued to the innovator in respect of the innovative drug, the Minister determines that the clinical trials were designed and conducted for the purpose of increasing knowledge of the use of the innovative drug in those pediatric populations and this knowledge would thereby provide a health benefit to members of those populations.

(5) Subsection (3) does not apply if the innovative drug is not being marketed in Canada.

(6) Paragraph (3)(a) does not apply to a subsequent manufacturer if the innovator consents to the filing of a new drug submission, a supplement to a new drug submission, an abbreviated new drug submission or a supplement to an abbreviated new drug submission by the subsequent manufacturer before the end of the period of six years specified in that paragraph.

(7) Paragraph (3)(a) does not apply to a subsequent manufacturer if the manufacturer files an application for authorization to sell its new drug under section C.07.003.

(8) Paragraph (3)(b) does not apply to a subsequent manufacturer if the innovator consents to the issuance of a notice of compliance to the subsequent manufacturer before the end of the period of eight years specified in that paragraph or of eight years and six months specified in subsection (4).

(9) The Minister shall maintain a register of innovative drugs that includes information relating to the matters specified in subsections (3) and (4).

[9] As the above section shows, data protection is available for “innovative drug[s]”. This term is defined in subsection C.08.004.1(1) of the Regulations.

[10] There are two components to the definition of “innovative drug” in subsection C.08.004.1(1). In order to be an “innovative drug”, the drug must:

- “[contain] a medicinal ingredient not previously approved in a drug by the Minister”; and
- “not [be] a variation of a previously approved medicinal ingredient such as a salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph.”

b) le ministre conclut, avant l’expiration du délai de six ans qui suit la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré à l’innovateur pour la drogue innovante, que les essais cliniques ont été conçus et menés en vue d’élargir les connaissances sur l’utilisation de cette drogue dans les populations pédiatriques visées et que ces connaissances se traduiraient par des avantages pour la santé des membres de celles-ci.

(5) Le paragraphe (3) ne s’applique pas si la drogue innovante n’est pas commercialisée au Canada.

(6) L’alinéa (3)a) ne s’applique pas au fabricant ultérieur dans le cas où l’innovateur consent à ce qu’il dépose une présentation de drogue nouvelle, une présentation abrégée de drogue nouvelle ou un supplément à l’une de ces présentations avant l’expiration du délai de six ans prévu à cet alinéa.

(7) L’alinéa (3)a) ne s’applique pas au fabricant ultérieur s’il dépose une demande d’autorisation pour vendre cette drogue nouvelle aux termes de l’article C.07.003.

(8) L’alinéa (3)b) ne s’applique pas au fabricant ultérieur dans le cas où l’innovateur consent à ce que lui soit délivré un avis de conformité avant l’expiration du délai de huit ans prévu à cet alinéa ou de huit ans et six mois prévu au paragraphe (4).

(9) Le ministre tient un registre des drogues innovantes, lequel contient les renseignements relatifs à l’application des paragraphes (3) et (4).

[9] Comme il ressort du paragraphe reproduit ci-dessus, la protection des données vise les « drogue[s] innovante[s] ». Cette expression est définie au paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement.

[10] La définition de l’expression « drogue innovante » au paragraphe C.08.004.1(1) comporte deux volets. Pour constituer une « drogue innovante », la drogue doit :

- « [contenir] un ingrédient médicinal non déjà approuvé dans une drogue par le ministre »; et
- « [ne pas constituer] une variante d’un ingrédient médicinal déjà approuvé tel un changement de sel, d’ester, d’énantiomère, de solvate ou de polymorphe ».

**B. The basic facts**

[11] DEXILANT is a “new drug” under Canada’s drug approval regulatory regime. It is used in the treatment of gastroesophageal reflux disease, a common, recurring problem affecting 10 to 20 percent of the Canadian population.

[12] The medicinal ingredient in DEXILANT is dexlansoprazole. The parties agree that dexlansoprazole has not been previously approved in a drug by the Minister.

[13] The dispute between the parties concerns whether dexlansoprazole is a “variation”. If it is, it cannot qualify as an “innovative drug”.

[14] The parties agree that lansoprazole, a medicinal ingredient previously approved by the Minister, is a racemic mixture of two enantiomers, one of which is dexlansoprazole.

[15] Therefore, the question whether the enantiomer dexlansoprazole is a “variation” boils down to this. Under subsection C.08.004.1(1), is an enantiomer of a medicinal ingredient previously approved by the Minister automatically a “variation”? In her decision under review, and in her submissions in the Federal Court and in this Court, the Minister answers that question in the affirmative.

**C. Takeda’s request for data protection and the Minister’s decision**

[16] On July 16, 2009, Takeda requested data protection for DEXILANT. In support of its request, Takeda advised the Minister that it had to conduct an extensive clinical program to establish DEXILANT’s efficacy and safety. According to Takeda, the resulting clinical data, appearing in the new drug submission delivered to the Minister, was generated only as a result of its considerable efforts. In Takeda’s view, the granting of data protection for DEXILANT was consistent with the wording of the Data Protection Regulations, the purpose behind the Data Protection Regulations, and Canada’s

**B. Les faits essentiels**

[11] Le DEXILANT est une « drogue nouvelle » dans le cadre du régime réglementaire canadien d’autorisation des drogues. On l’utilise dans le traitement du reflux gastro-œsophagien pathologique, un problème fréquent et récurrent qui touche de 10 p. 100 à 20 p. 100 de la population canadienne.

[12] L’ingrédient médicinal du DEXILANT est le dexlansoprazole. Il est constant que la ministre n’a jamais approuvé le dexlansoprazole dans une drogue.

[13] Le différend entre les parties porte sur la question de savoir si le dexlansoprazole constitue une « variante ». Dans l’affirmative, il ne saurait être considéré comme une « drogue innovante ».

[14] Les parties reconnaissent aussi que le lansoprazole, un ingrédient médicinal déjà approuvé par la ministre, est un conglomerat racémique de deux énantiomères, dont l’un est le dexlansoprazole.

[15] Par conséquent, la question de savoir si l’énantiomère dexlansoprazole est une « variante » se résume ainsi : en vertu du paragraphe C.08.004.1(1), un énantiomère d’un ingrédient médicinal déjà approuvé par la ministre est-il automatiquement une « variante »? Dans sa décision attaquée, et dans les observations qu’elle a présentées devant la Cour fédérale et notre Cour, la ministre répond par l’affirmative à cette question.

**C. La demande de protection des données déposée par Takeda et la décision de la ministre**

[16] Le 16 juillet 2009, Takeda a demandé la protection des données relatives au DEXILANT. À l’appui de sa demande, Takeda a informé la ministre qu’elle avait dû mettre en œuvre un important programme d’essais cliniques afin d’établir l’efficacité et l’innocuité du DEXILANT. Selon Takeda, les données cliniques qui en résultaient, lesquelles figurent dans la présentation de la drogue nouvelle soumise à la ministre, n’étaient autre que le fruit des efforts considérables qu’elle avait déployés. Takeda a soutenu que l’octroi de la protection des données relatives au DEXILANT serait conforme au

treaty obligations that prompted the enactment of the Data Protection Regulations.

[17] The Minister disagreed. While she granted regulatory approval (a notice of compliance) to DEXILANT, she rejected Takeda's request for data protection. In her view, DEXILANT was not an "innovative drug" because its medicinal ingredient, dexlansoprazole is an enantiomer of lansoprazole. In her view, drugs containing any of the listed variations of a previously approved medicinal ingredient (here an enantiomer) can never be an "innovative drug", regardless of the innovator's effort in developing the drug. Any drug containing a medicinal ingredient that is an enantiomer of a previously approved medicinal ingredient is automatically a "variation".

[18] For the Minister, that was the end of the matter: DEXILANT could not qualify as an "innovative drug" and receive data protection.

#### D. Proceedings in the Federal Court

[19] Takeda sought judicial review of the Minister's decision.

[20] Takeda's submissions focused on the word "variation" in the definition of "innovative drug" in subsection C.08.004.1(1). It submitted that the five categories of substances listed in the subsection—salts, esters, enantiomers, solvates or polymorphs—were only examples of what might be considered to be a "variation".

[21] The Federal Court reviewed the Minister's decision, in particular its interpretation of subsection C.08.004.1(1), on a correctness standard. It dismissed

libellé du Règlement sur la protection des données, à l'objet de ce règlement et aux obligations issues de traités signés par le Canada qui ont abouti à la prise du Règlement sur la protection des données.

[17] La ministre a rejeté cette thèse. Elle a donné l'autorisation réglementaire (au moyen d'un avis de conformité) pour le DEXILANT, mais a rejeté la demande de protection des données déposée par Takeda. À son avis, le DEXILANT n'était pas une « drogue innovante » parce que son ingrédient médicinal, le dexlansoprazole, est un énantiomère du lansoprazole. Selon la ministre, les drogues contenant l'une des variantes déjà inscrites au registre des drogues innovantes d'un ingrédient médicinal déjà approuvé (en l'espèce, un énantiomère) ne peuvent jamais être des « drogues innovantes », quels que soient les efforts consacrés à la mise au point effectuée par l'innovateur. Les médicaments contenant un ingrédient médicinal qui est un énantiomère d'un ingrédient médicinal déjà approuvé constituent automatiquement une « variante ».

[18] Pour la ministre, le débat était clos : le DEXILANT ne pouvait être considéré comme une « drogue innovante » et être visé par les dispositions sur la protection des données.

#### D. Recours en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale

[19] Takeda a sollicité le contrôle judiciaire de la décision de la ministre.

[20] Les observations de Takeda ne portaient que sur le mot « variante » prévu dans la définition de l'expression « drogue innovante » au paragraphe C.08.004.1(1). Elle a fait valoir que les cinq catégories de substances énumérées dans la définition, soit les sels, esters, énantiomères, solvates ou polymorphes, n'étaient que des exemples de ce qui pouvait être considéré comme une « variante ».

[21] La Cour fédérale a examiné la décision de la ministre, particulièrement son interprétation du paragraphe C.08.004.1(1), suivant la norme de la décision

Takeda's judicial review, substantially agreeing with the Minister's interpretation of the subsection.

[22] Takeda notes, however, that the reasons of the Court do contain some ambiguity. At one point, the Federal Court describes the five categories of substances as "presumed" variations (at paragraphs 32 and 36), perhaps implying that they are not automatically excluded from the definition of "innovative drug". But at another point, the Federal Court finds that the five categories of substances are "excluded from the outset" (at paragraph 37). Takeda now appeals to this Court.

#### E. Proceedings in this Court

[23] Before us, the Minister defends her decision, relying upon a literal reading of subsection C.08.004.1(1). To her, the words are clear: the five categories of substances listed in the subsection are automatically excluded, cannot qualify as "innovative drugs", and thus cannot benefit from data protection.

[24] Takeda repeats many of the submissions it made in the Federal Court. In its view, the Minister takes too literal a reading of the text of the subsection. Takeda suggests that the words "variation...such as a[n]...enantiomer" do not mean that all enantiomers are "variations".

[25] Takeda encourages this Court to adopt a contextual and purposive interpretation of the term "variation", one which requires the Minister to assess the nature and extent of the data required to get approval for the drug. In its view, the subsection protects clinical and pre-clinical data necessary for regulatory approval if generating that data required "considerable effort."

correcte. Elle a rejeté la demande en contrôle judiciaire de Takeda et, pour l'essentiel, a retenu l'interprétation de la définition avancée par la ministre.

[22] Takeda souligne toutefois que les motifs de la Cour présentent certaines ambiguïtés. La Cour fédérale décrit notamment les cinq catégories de substances qui sont « présumé[e]s » constituer des variantes (aux paragraphes 32 et 36), ce qui laisse peut-être entendre qu'elles ne sont pas automatiquement exclues de la définition de l'expression « drogue innovante ». Cependant, un peu plus loin dans la décision, la Cour fédérale estime que ces catégories de substances sont « exclu[e]s d'emblée » (paragraphe 37). Takeda en appelle maintenant à notre Cour.

#### E. Appel devant notre Cour

[23] Devant notre Cour, la ministre défend sa décision en s'appuyant sur une interprétation littérale du paragraphe C.08.004.1(1). À son avis, ce texte est clair : les cinq catégories de substances énumérées dans la définition sont automatiquement exclues, ne peuvent être considérées comme des « drogues innovantes » et, par conséquent, la protection des données ne peut les viser.

[24] Takeda reprend un bon nombre des observations qu'elle a présentées devant la Cour fédérale. À son avis, la ministre fait une interprétation trop littérale de la définition. Selon Takeda, l'expression « variante [...] tel un changement [...] d'énantiomère » ne signifie pas que tous les énantiomères sont des « variantes ».

[25] Takeda invite la Cour à retenir une interprétation contextuelle et téléologique du mot « variante », qui exige que la ministre évalue la nature et la portée des données requises pour quiconque cherche à faire approuver le médicament. À son avis, la définition protège les données cliniques et précliniques requises pour l'autorisation réglementaire si la production des données a exigé un « effort considérable ».

## F. Analysis

## (1) The standard of review

[26] In this Court, both parties agree that the Federal Court adopted the correct standard of review, correctness. I agree that the standard of review is correctness.

[27] This Court has not previously decided the issue of the standard of review of ministerial interpretations of the data protection provisions under the *Food and Drug Regulations*. The interpretation of subsection C.08.004.1(1) arose in the recent case of *Teva Canada Limited v. Canada (Health)*, 2012 FCA 106, [2013] 4 F.C.R. 391. However, this Court did not decide the standard of review issue because the Minister had correctly interpreted the Regulations (at paragraph 9).

[28] The Supreme Court has spoken of a presumption that the standard of review is reasonableness for the legislative interpretations of administrative decision makers: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 34. But that is a rebuttable presumption that can be overcome upon an analysis of the four relevant factors discussed in *Dunsmuir [Dunsmuir v. New Brunswick]*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[29] In my view, the presumption is overcome. All of the factors relevant to determining the standard of review lean in favour of correctness review. In this case, the nature of the question is purely legal. There is no privative clause. The Minister has no expertise in legal interpretation. There is nothing in the structure of the Act, this regulatory regime or this particular legislative provision that suggests that deference should be accorded to the Minister's decision. This analysis of the factors mirrors that in *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155, at paragraphs 101–105 (sometimes also referred to as “*Georgia Strait*”); *Sheldon Inwentash and*

## F. Analyse

## 1) La norme de contrôle

[26] En espèce, il n'est pas controversé entre les parties que la Cour fédérale a retenu la norme de contrôle indiquée, soit celle de la décision correcte. J'estime aussi que la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

[27] La Cour n'avait, jusqu'à maintenant, jamais statué sur la question de la norme de contrôle applicable aux interprétations ministérielles des dispositions relatives à la protection des données prévues dans le *Règlement sur les aliments et drogues*. La question de l'interprétation du paragraphe C.08.004.1(1) a été soulevée récemment dans l'affaire *Teva Canada Limitée c. Canada (Santé)*, 2012 CAF 106, [2013] 4 R.C.F. 391. Cependant, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur la question de la norme de contrôle étant donné que la ministre avait correctement interprété le *Règlement* (paragraphe 9).

[28] Selon la Cour suprême, il faut postuler que la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique aux interprétations législatives données par les décideurs administratifs : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 34. Il s'agit toutefois d'une présomption que l'on peut combattre au moyen d'une analyse fondée sur les quatre facteurs pertinents discutés dans l'arrêt *Dunsmuir [Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick]*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[29] Cette présomption est écartée à mon avis. Tous les facteurs pertinents quant au choix de norme de contrôle vont dans le sens de celle de la décision correcte. En l'espèce, la question soulevée est purement juridique. Il n'y a aucune clause privative. La ministre ne dispose d'aucune expertise en matière d'interprétation des lois. Rien dans la structure de la Loi, le présent cadre réglementaire ou la disposition réglementaire en cause ne permet de penser que la décision de la ministre commande la retenue. Cette analyse des facteurs correspond à celle qui a été effectuée par les arrêts *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155, aux paragraphes 101

*Lynn Factor Charitable Foundation v. Canada*, 2012 FCA 136, 2012 DTC 5090, at paragraphs 18–23.

[30] I am comforted in this conclusion by the application of the correctness standard to ministerial interpretations of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133: *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at paragraph 36; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560; *Purdue Pharma v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 132, 93 C.P.R. (4th) 186, at paragraph 13. Although different regulations are involved in this case, both concern Minister-administered regimes governing the period before drugs are authorized for sale. It would be anomalous if the standards of review differed.

[31] Before leaving the standard of review issue, I wish to address the view of my colleague, Justice Dawson, that *Alberta Teachers' Association* does not apply to this case because of this Court's decision in *Georgia Strait*.

[32] In this case, Parliament empowered the Governor in Council to establish through regulation an administrative scheme that provides for data protection. Parliament could have given this matter to courts, but it did not. Due to this primary indication of parliamentary intention, the presumption of reasonableness review of administrative decision-makers' decisions in *Alberta Teachers' Association* should apply. However, this presumption can be rebutted in particular cases by examining the normal standard of review factors which shed more light on the matter. This approach, which I shall call the *Alberta Teachers' Association* approach, is the one I have followed.

[33] I am reluctant to carve out administrative decisions from the *Alberta Teachers' Association* approach merely because the administrative decision maker is a minister, as is the case here. For one thing, the *Alberta*

à 105 (parfois appelé « *Georgia Strait* »); *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation c. Canada*, 2012 CAF 136, aux paragraphes 18 à 23.

[30] L'application de la norme de la décision correcte aux interprétations ministérielles du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 me conforte dans ma conclusion : *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, au paragraphe 36; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560; *Purdue Pharma c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 132, au paragraphe 13. S'il est vrai qu'un règlement différent est examiné en l'espèce, il s'agit dans les deux cas de régimes administrés par des ministres visant la période précédant l'approbation de la vente de drogues. Il serait anormal que les normes de contrôle différent d'une situation à l'autre.

[31] Avant de conclure sur la question de la norme de contrôle, j'aimerais m'exprimer sur le point de vue de ma collègue, la juge Dawson, portant que la jurisprudence *Alberta Teachers' Association* ne fait pas autorité en l'espèce en raison de la jurisprudence *Georgia Strait* de notre Cour.

[32] En l'espèce, le législateur a conféré au gouverneur en conseil le pouvoir d'établir, par règlement, un régime administratif de protection des données. Le législateur aurait pu confier cette question au juge, mais il ne l'a pas fait. Vu que le législateur a choisi ce moyen le plus évident de manifester son intention, la présomption en faveur du contrôle des décisions de décideurs administratifs suivant la norme de la décision raisonnable consacrée par la jurisprudence *Alberta Teachers' Association* doit jouer. Cependant, cette présomption peut être combattue, dans certains cas, par l'examen des facteurs habituels relatifs à la norme de contrôle qui éclairent davantage la question. Cette démarche, que j'appellerai la démarche consacrée par la jurisprudence *Alberta Teachers' Association*, est celle que j'ai suivie.

[33] J'hésite à soustraire les décisions administratives de la démarche consacrée par la jurisprudence *Alberta Teachers' Association* simplement parce que, dans cette affaire, le décideur administratif est le

*Teachers' Association* approach aptly handles the breadth of ministerial decision making, which comes in all shapes and sizes, and arises in different contexts for different purposes. In addition, ministerial decision-making power is commonly delegated, as happened here. It would be arbitrary to apply the *Alberta Teachers' Association* approach to decisions of administrative board members appointed by a minister (or, practically speaking, a group of ministers in the form of the Governor in Council), but apply the *Georgia Strait* approach to decisions of delegates chosen by a minister. Finally, although this Court's decision in *Georgia Strait* postdates that of the Supreme Court in *Alberta Teachers' Association*, I consider myself bound by the latter absent further direction from the Supreme Court: see *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paragraphs 18–23; see also earlier expressions of uncertainty concerning the standard of review of ministerial decision making in *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at paragraph 35 (leave denied, April 26, 2012 [[2012] 1 S.C.R. xi]) and *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, at paragraph 19 (leave denied, April 5, 2012 [[2012] 1 S.C.R. xiii]).

[34] In any event, I do not see the *Alberta Teachers' Association* approach as being much different from the approach actually followed in *Georgia Strait*. Indeed, in this case, the two lead to the same result, as I agree with my colleague that the standard of review in this case is correctness.

## (2) The interpretation issue

[35] For the reasons set out below, Takeda's interpretation of subsection C.08.004.1(1) is to be preferred. The Minister's interpretation is too literal and runs counter to the context surrounding and the purpose underlying the Data Protection Regulations.

ministre, comme c'est le cas en l'espèce. D'abord, la démarche fondée sur l'arrêt *Alberta Teachers' Association* tient judicieusement compte de toute la teneur des décisions ministérielles, lesquelles se présentent sous différentes formes et sont prises dans des contextes différents à des fins différentes. De plus, le pouvoir décisionnel des ministres est généralement délégué, comme c'est le cas en l'espèce. Il serait arbitraire de suivre la démarche consacrée par la jurisprudence *Alberta Teachers' Association* en matière de décisions de membres d'un conseil d'administration nommés par un ministre (ou, à proprement parler, un groupe de ministres sous la forme du gouverneur en conseil), mais de suivre la démarche consacrée par la jurisprudence *Georgia Strait* en matière de décisions prises par les délégués choisis par un ministre. Enfin, même si l'arrêt *Georgia Strait* de notre Cour est plus récent que l'arrêt *Alberta Teachers' Association* de la Cour suprême, l'enseignement de celui-ci s'impose à moi vu l'absence d'autres directives de la part de la Cour suprême : voir *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, aux paragraphes 18 à 23; voir également les hésitations exprimées à l'égard de la norme de contrôle des décisions ministérielles dans les arrêts *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, au paragraphe 35 (autorisation d'appel refusée, 26 avril 2012 [[2012] 1 R.C.S. xi]), et *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374, au paragraphe 19 (autorisation d'appel refusée, 5 avril 2012 [[2012] 1 R.C.S. xiii]).

[34] Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que la démarche consacrée par la jurisprudence *Alberta Teachers' Association* soit bien différente de celle que la Cour a suivie dans l'affaire *Georgia Strait*. En fait, en l'espèce, les deux démarches aboutissent à la même solution puisque je conviens avec ma collègue pour dire que la norme de contrôle qui joue en l'espèce est celle de la décision correcte.

## 2) La question de l'interprétation

[35] Par les motifs énoncés ci-après, il faut privilégier l'interprétation du paragraphe C.08.004.1(1) que Takeda propose. L'interprétation de la ministre est trop littérale et se heurte au contexte général du Règlement sur la protection des données et l'objet de celui-ci.

[36] In brief, my interpretation of subsection C.08.004.1(1) is as follows.

[37] A drug that contains an enantiomer of a previously approved medicinal ingredient is not automatically excluded from data protection under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations. The listed substances in the definition of “innovative drug”—salts, esters, enantiomers, solvates or polymorphs—are examples of substances that may be “variations”, depending on the circumstances, and invite special scrutiny.

[38] Whether an enantiomer is a “variation” of a previously approved medicinal ingredient depends on the circumstances surrounding the data that had to be submitted to get regulatory approval. In particular, if regulatory approval for the drug required the submission of confidential data generated by considerable effort—e.g., new and significant evidence bearing upon the safety and efficacy of the drug—and the medicinal ingredient in the drug is “new” in the sense that it has qualities of safety and efficacy materially different from a previously approved medicinal ingredient, then it is not a “variation” of that previously approved medicinal ingredient.

[39] I offer several reasons for my conclusion. I begin first with a discussion of principles pertaining to the textual, contextual and purposive approach to legislative interpretation. Then I examine the textual, contextual and purposive considerations in this case. Some of these considerations, such as the text of the subsection, are merely consistent with the conclusion I have reached. Others, such as the implementation of Canada’s international obligations, more strongly point in favour of the conclusion I have reached. But, taken together, they confirm that subsection C.08.004.1(1) should be interpreted in the way I have suggested.

[36] Voici, en résumé, mon interprétation du paragraphe C.08.004.1(1).

[37] Les données relatives à une drogue qui contient un énantiomère d’un ingrédient médicinal déjà approuvé ne sont pas automatiquement exclues de la protection conférée par le paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement. Les substances énumérées dans la définition de l’expression « drogue innovante », soit les sels, esters, énantiomères, solvates ou polymorphes, sont des exemples de substances qui peuvent être des « variantes », selon les circonstances, qui appellent un examen plus approfondi.

[38] La réponse à la question de savoir si un énantiomère est une « variante » d’un ingrédient médicinal déjà approuvé dépend des circonstances propres à l’élaboration des données nécessaires à l’obtention de l’approbation réglementaire. Plus particulièrement, si l’approbation réglementaire du médicament exige la présentation de données confidentielles recueillies par suite d’un effort considérable, par exemple des éléments de preuve nouveaux et importants qui ont des effets sur l’efficacité et l’innocuité du médicament, et que l’ingrédient médicinal présent dans la drogue est « nouveau », en ce sens qu’il possède des caractéristiques de sécurité et d’innocuité nettement différentes de celles d’un ingrédient médicinal déjà approuvé, il ne s’agit alors pas d’une « variante » de cet ingrédient médicinal déjà approuvé.

[39] Plusieurs motifs justifient ma conclusion. Je commencerai par une analyse des principes sur lesquels reposent les approches littérale, contextuelle et téléologique de l’interprétation législative. J’examinerai ensuite les éléments littéral, contextuel et téléologique de l’espèce. Certains de ces éléments, le libellé de la définition par exemple, ne sont que compatibles avec la conclusion que j’ai tirée. D’autres, comme la question de la mise en œuvre des obligations internationales du Canada, penchent plus nettement en faveur de ma conclusion. Cependant, globalement, elles confirment que le paragraphe C.08.004.1(1) doit être interprété de la manière que je propose.

– I –

[40] Our starting point is the now classic approach to the interpretation of legislative provisions. This approach requires careful attention to the text, context and purpose surrounding the provisions:

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.

(*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26, citing Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) [Toronto: Butterworths], at page 87. See also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraphs 20–23, and in the area of pharmaceutical legislation, see *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560 [cited above], at paragraph 26.)

[41] In interpreting subsection C.08.004.1(1), this Court has followed this approach to statutory interpretation: *Teva Canada*, above. Further, in the seminal case of *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 553 (T.D.) (approved by this Court on this point at 1999 CanLII 8099, 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.)), Evans J. (as he then was) went beyond the literal wording of subsection C.08.004.1(1), examining, as he was bound by the authorities to do, “the context of the overall scheme” [at paragraph 34] and the “overall purposes of the statutory scheme” [at paragraph 25].

[42] In the Federal Court and in this Court, the Minister’s submissions are founded upon what it considers to be clear text. In addressing the Minister’s submissions, it is apposite to examine the impact in the interpretive exercise of apparently clear text.

[43] If the words of the legislative provision are truly clear, they will predominate in the interpretive exercise. As the Supreme Court has said,

– I –

[40] La méthode, désormais classique, de l’interprétation législative constitue notre point de départ. Cette méthode exige qu’une attention particulière soit portée au texte, au contexte et à l’objet des dispositions visées :

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.

(*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26, où la Cour cite Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983) [Toronto : Butterworths], à la page 87. Voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux paragraphes 20 à 23 et, dans le domaine de la législation applicable à l’industrie pharmaceutique, *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560 [précité], au paragraphe 26.)

[41] Dans son interprétation du paragraphe C.08.004.1(1), la Cour a suivi cette méthode d’interprétation législative : *Teva Canada*, précité. De plus, dans la décision de principe *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 553 (1<sup>re</sup> inst.) (approuvée par la Cour sur ce point dans 1999 CanLII 8099 (C.A.F.)), le juge Evans (maintenant juge à notre Cour) ne s’en est pas tenu uniquement au libellé du paragraphe C.08.004.1(1) et il a examiné, comme la jurisprudence l’obligeait à le faire, « l’économie générale » [au paragraphe 34] et les « objectifs généraux du régime législatif » [au paragraphe 25].

[42] Devant la Cour fédérale et devant notre Cour, la ministre a fondé ses observations sur le texte, qui est clair selon elle. Pour répondre aux observations de la ministre, il est pertinent d’examiner quels sont les effets d’un texte apparemment clair dans le processus d’interprétation.

[43] Si les mots utilisés dans une disposition législative sont vraiment clairs, ils jouent un rôle de premier plan lors du processus d’interprétation. Ainsi que la Cour suprême l’enseigne,

When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play[s] a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role.

(*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10.)

[44] In some cases, however, “[e]ven where the meaning of particular provisions may not appear to be ambiguous at first glance, statutory context and purpose may reveal or resolve latent ambiguities”: *Canada Trustco*, above, at paragraph 47; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at paragraph 22. So even where the text has some clarity, as the Minister emphasizes here, regard must still be paid to context and purpose, “read[ing] the provisions of [the] Act as a harmonious whole”: *Canada Trustco*, above, at paragraph 10.

– II –

[45] Turning to the text of subsection C.08.004.1(1), the Minister submits that the wording of the subsection is perfectly clear.

[46] That is not the case.

[47] Subsection C.08.004.1(1) does not define “variation” precisely or exhaustively. Instead, the subsection offers only a loose definition, described by five listed categories of substances: “a salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph.”

[48] Are all substances falling within these categories automatically “variations”?

[49] The words of subsection C.08.004.1(1) do not answer that question clearly. In particular, the words “such as a salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph” (my emphasis) inject uncertainty into the matter.

Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important.

(*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10.)

[44] Dans certains cas, cependant, « [m]ême lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l’objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes » : *Canada Trustco*, précité, au paragraphe 47; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, au paragraphe 22. Par conséquent, même lorsque le texte est assez clair, comme la ministre le souligne en l’espèce, il faut tenir compte du contexte et de l’objet et « interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux » : *Canada Trustco*, précité, au paragraphe 10.

– II –

[45] S’agissant du libellé du paragraphe C.08.004.1(1), la ministre soutient que le texte est parfaitement clair.

[46] Or, tel n’est pas le cas.

[47] Le paragraphe C.08.004.1(1) ne définit pas de façon précise ou exhaustive le mot « variante ». Il se borne plutôt à donner une définition floue, reposant sur cinq catégories de substances : « un changement de sel, d’ester, d’énantiomère, de solvate ou de polymorphe ».

[48] Toutes les substances qui se retrouvent dans ces catégories sont-elles automatiquement des « variantes »?

[49] Le libellé du paragraphe C.08.004.1(1) ne permet pas de répondre de façon précise à cette question. Plus particulièrement, les mots « tel un changement de sel, d’ester, d’énantiomère, de solvate ou de polymorphe » (non souligné dans l’original) troublent encore plus les choses.

[50] If it were intended that all substances falling within those five categories are automatically “variations”, “variations” would have been defined as “any salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph” or “all salts, esters, enantiomers, solvates or polymorphs.”

[51] Instead, subsection C.08.004.1(1) uses the words “such as”—words that differ from “any” or “all,” and lend a more open meaning to the subsection.

[52] The more open meaning imported by the words “such as” can be shown by an example. Suppose a particular regulation is aimed at reducing emissions that pollute. The regulation applies to “vehicles such as cars, trucks and buses.” Are all cars caught by the regulation? It may be that electric cars or hybrid cars are not covered by the regulation. Although they are literally “cars,” they may not be “vehicles” for the purposes of the emissions regulation because they do not emit pollution or emit much less pollution than other cars.

[53] In my view, the case before us is exactly like this example. Recourse must be had to context and purpose in order to understand what qualifies as a “variation” because the wording of the subsection is not perfectly clear: *Canada Trustco*, above, at paragraph 47. The plain text of the subsection opens up the possibility that only some salts, esters, enantiomers, solvates or polymorphs can qualify as “variations” in a particular case, or that some substances falling into categories other than the five listed categories of substances might constitute a variation. It is necessary to examine the context and purpose of the Data Protection Regulations in order to see whether this possibility is a reality. Before examining the context and purpose of the Data Protection Regulations, however, further observations about the plain text of the subsection need to be made.

– III –

[54] The somewhat open-ended nature of the plain text of the subsection is confirmed by the Regulatory

[50] S’il avait été prévu que toutes les substances qui figurent dans ces cinq catégories deviennent automatiquement des « variantes », le mot « variante » aurait été défini comme « tel tout changement de sel, d’ester, d’énantiomère, de solvate ou de polymorphe » ou « tels tous les changements de sel, d’ester, d’énantiomère, de solvate ou de polymorphe ».

[51] Le paragraphe C.08.004.1(1) utilise plutôt les mots « tel un », lesquels sont différents de « tel tout » ou « tels tous » et élargissent le sens de la définition.

[52] Voici un exemple du sens élargi qui résulte de l’emploi des mots « tel un ». Supposons qu’un règlement vise à réduire les émissions polluantes et qu’il s’applique aux « véhicules tels que voitures, camions et autobus ». Toutes les voitures sont-elles visées par le règlement? Les voitures électriques ou les voitures hybrides ne sont peut-être pas visées. Bien que, littéralement, il est question de « voitures », ces voitures ne sont pas nécessairement des « véhicules » aux fins du règlement sur les émissions polluantes parce qu’elles n’émettent pas de substances polluantes ou en émettent moins que les autres voitures.

[53] À mon avis, la situation en l’espèce est exactement la même que dans cet exemple. Il faut examiner le contexte et l’objet de la disposition afin de comprendre ce qui constitue une « variante » parce que le libellé de la définition n’est pas tout à fait clair : *Trustco Canada*, précité, au paragraphe 47. Le sens ordinaire de la définition laisse entrevoir la possibilité que seuls certains changements de sels, d’esters, d’énantiomères, de solvates ou de polymorphes peuvent constituer des « variantes » dans certains cas ou que certaines substances qui se retrouvent dans d’autres catégories que les cinq catégories énumérées pourraient constituer une variante. Il faut donc examiner le contexte et l’objet du règlement sur la protection des données afin d’établir si cette possibilité est réelle. Avant d’examiner le contexte et l’objet du règlement, d’autres observations sur le sens ordinaire de la définition s’imposent.

– III –

[54] Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation [DORS/2006-241, *Gaz. C.* 2006.II.1495] (le REIR)

Impact Analysis Statement [SOR/2006-241, *C. Gaz.* 2006.II. 1495 (RIAS)] issued concurrently with the Data Protection Regulations.

[55] As the Supreme Court has acknowledged, such statements are commonly used as an aid in the interpretation of regulatory provisions:

...a Regulatory Impact Analysis Statement, which accompanies but does not form part of the regulations, reveals the intention of the government and contains "...information as to the purpose and effect of the proposed regulation".

(*Bristol-Myers Squibb Co.*, above, at paragraph 156, citing McGillis J. in *Merck & Co., Inc. v. Canada (Attorney General)*, 1999 CanLII 9090, 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.), at paragraph 51, affd 2000 CanLII 15094, 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.). See also *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)*, 1999 CanLII 8099, 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.), at paragraph 10.)

[56] In this case, the Regulatory Impact Analysis Statement [RIAS] envisages that some substances falling into other categories of substances might constitute a variation. In particular, it confirms that the five categories of substances in the subsection are "not exhaustive": *Canada Gazette*, Part II, Vol. 140, No. 21, at page 1496. Elsewhere, the RIAS concedes that whether or not "arguable variations" outside of the five express categories of substances fall within the definition of "innovative drug" depends on whether approval for the "arguable variations" is "being sought primarily on the basis of previous submitted clinical data" or "new and significant clinical data" [at page 1496]. This shows that "variations" are not defined solely by the five categories that follow, namely "salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph."

[57] While the RIAS does state that the five categories "give examples of the types of variations not considered for protection" [at page 1496], the Minister herself has declined to apply the five categories in a closed-minded

publié au moment de la prise du Règlement sur la protection des données confirme la nature plutôt non limitative du libellé même de la définition.

[55] Ainsi que l'a reconnu la Cour suprême, l'on consulte souvent ce genre de document pour faciliter l'interprétation de dispositions réglementaires :

[...] le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation qui accompagne le règlement sans toutefois en faire partie révèle les intentions du législateur et renferme des « renseignements sur l'objet et l'effet du règlement proposé ».

(*Bristol-Myers Squibb Co.*, précité, au paragraphe 156, citant le juge McGillis dans *Merck & Co., Inc. c. Canada (Procureur général)*, 1999 CanLII 9090 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 51, confirmée dans 2000 CanLII 15094 (C.A.F.). Voir également *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, 1999 CanLII 8099 (C.A.F.), au paragraphe 10.)

[56] En l'espèce, le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation tend à indiquer que certaines substances qui se retrouvent dans d'autres catégories peuvent constituer une variante (« variation » dans la version française du REIR). Plus particulièrement, le Résumé confirme que la liste contenant les cinq catégories de substances qui figure dans la définition « n'est pas exhaustive » : *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 140, n° 21, à la page 1496. Il est admis un peu plus loin dans le REIR que la question de savoir si des « variations douteuses » non visées par les cinq catégories de substances expressément mentionnées sont visées par la définition de l'expression « drogue innovante » est tranchée au moyen d'une évaluation qui établit si l'approbation demandée est « principalement fondée sur des données cliniques préalablement soumises » ou « de données cliniques nouvelles et significatives », précité [à la page 1496]. Il ressort de ces précisions que les « variantes » ne sont pas définies uniquement en fonction des cinq catégories qui suivent, soit un « changement de sel, d'ester, d'énantiomère, de solvate ou de polymorphe ».

[57] Le REIR indique, certes, que la liste des cinq catégories « se veut plutôt une liste d'exemples des types de variations qui n'avaient pas été prises en compte en matière de protection » [à la page 1496], mais la ministre

way, preferring instead to see “variation” as the controlling idea in the subsection. This is seen in her treatment of certain drugs that contain medicinal ingredients that are esters or enantiomers, such as TORISEL, Precedex and AVAMYS. The Minister has regarded these as qualifying or potentially qualifying as “innovative drugs” under subsection C.08.004.1(1): see appeal book, Tabs 10–12.

[58] This shows that in practice the Minister interprets the five categories in the subsection as identifying substances that will normally be regarded as variations. But even in the case of those substances, the Minister can go on to consider whether, in fact, the substance is more than a “variation” and, thus, eligible for data protection under the subsection.

[59] The Minister’s particular interpretations of the subsection in other cases are not determinative. Indeed, under a correctness standard of review, courts have the final word and can impose their interpretation of the subsection over that of the Minister. But the Minister, like the courts, is responsible for interpreting the subsection and her interpretations can sometimes provide confirmation of a court’s view of the subsection, if not direct guidance. The Minister’s interpretations of the subsection in the cases of TORISEL, Precedex and AVAMYS confirm the view, expressed above, that the subsection is somewhat open-ended and that the controlling idea in the subsection is whether or not a medicinal ingredient is a “variation,” not whether the medicinal ingredient falls within the five categories of substance.

– IV –

[60] So what, then, is a “variation”?

elle-même a refusé d’utiliser les cinq catégories de façon exclusive, préférant plutôt considérer le mot « variante » comme l’idée maîtresse de la définition. Ce constat est confirmé par son traitement de certaines drogues contenant des ingrédients médicinaux qui sont des esters ou des énantiomères, comme le TORISEL, le Precedex et l’AVAMYS. La ministre estime que ces drogues sont considérées, ou peuvent être considérées, comme des « drogues innovantes » au sens du paragraphe C.08.004.1(1) : voir le dossier d’appel, onglets 10 à 12.

[58] Nous voyons en conséquence que sur le plan pratique, la ministre juge que les cinq catégories énoncées dans la définition permettent d’identifier des substances qui sont habituellement considérées comme des variantes. Or, même en ce qui concerne ces substances, la ministre peut rechercher si, en fait, une substance donnée est plus qu’une variante et si, par conséquent, elle est admissible à la protection des données permise par la définition.

[59] Les interprétations précises que la ministre a données de la définition dans d’autres affaires n’ont pas un effet déterminant. En fait, selon la norme de contrôle de la décision correcte, c’est le juge qui a le dernier mot et qui peut imposer son interprétation de la définition en lieu et place de celle de la ministre. Cependant, c’est à la ministre, comme au juge, que revient la mission d’interpréter la définition et ses interprétations confirment parfois le point de vue exprimé par le juge, voire ses directives claires, sur la définition. Les interprétations de la définition émanant de la ministre en ce qui concerne le TORISEL, le Precedex et l’AVAMYS confirment le point de vue, énoncé précédemment, selon lequel la définition est plutôt non limitative et selon l’idée maîtresse qui s’en dégage il faut rechercher si l’ingrédient médicinal est une « variante » et non si l’ingrédient médicinal se rattache à l’une des cinq catégories de substances.

– IV –

[60] En quoi, par conséquent, consiste une « variante »?

[61] Neither subsection C.08.004.1(1) nor the Data Protection Regulations define the term “variation” precisely. There is expert evidence that “variation” does not have a specific scientific meaning: Jubran cross-examination, Q. 216; appeal book, at page 475.

[62] “Variation” is a common word with a common meaning. Its dictionary definition is a “change” or a “slight difference”: *Concise Oxford English Dictionary*, 11th ed., New York: Oxford University Press, 2004, at page 1599, cited by the Federal Court at paragraph 33 of its reasons.

[63] Here again, the Regulatory Impact Analysis Statement is useful. The RIAS confirms that “variations” of previously approved medicinal ingredients are excluded from the definition of “innovative drugs” in order to prevent “the granting of an additional eight years of protection where an innovator seeks approval for a *minor* change to a drug” (my emphasis): *Canada Gazette*, Part II, vol. 140, No. 21, at page 1496.

[64] The Federal Court found that salts, esters, and the other listed items “are widely recognized chemical variations” (at paragraph 37). This suggests that salts, esters, and the other listed items are automatically minor changes and, thus, excluded from data protection. But there is no evidence in the record to support this finding. As mentioned above, “variation” does not have a specific scientific meaning.

[65] Indeed, there is some scientific evidence to show that some enantiomers are quite different. This is an important element of context that assists our interpretive task. According to the Minister, some enantiomers, although just mirror images of other substances, can sometimes significantly differ from those substances in terms of pharmacokinetics, pharmacodynamics, toxicity, and protein binding: Health Canada, *Guidance for Industry: Stereochemical Issues in Chiral Drug Development* (February 14, 2000), at page 2 [available

[61] Ni le paragraphe C.08.004.1(1) ni le Règlement sur la protection des données ne définissent avec précision le mot « variante ». Selon un témoin expert, le mot « variante » n’a pas de signification scientifique précise : contre-interrogatoire de M. Jubran, Q. 216; dossier d’appel, à la page 475.

[62] Le mot « variante » est un mot courant dont le sens est courant. Il est ainsi défini par le dictionnaire : un [TRADUCTION] « changement mineur » ou une « légère différence » : *Concise Oxford English Dictionary*, 11<sup>e</sup> éd., New York : Oxford University Press, 2004, à la page 1599, cité par la Cour fédérale au paragraphe 33 de ses motifs.

[63] Là encore, le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation est utile. Le REIR confirme que les « variations » des ingrédients médicinaux déjà approuvés sont exclues de l’expression « drogues innovantes » afin d’éviter « l’octroi d’une période de protection supplémentaire de huit années quand un innovateur tente de faire approuver une modification mineure à un médicament » (non souligné dans l’original) : *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 140, n<sup>o</sup> 21, à la page 1496.

[64] La Cour fédérale a conclu, en ce qui concerne les sels, esters et autres éléments figurant sur la liste, « qu’il est largement reconnu qu’il s’agit de variantes chimiques » (au paragraphe 37). Cette conclusion tend à indiquer que les sels, esters et autres éléments figurant sur la liste sont automatiquement considérés comme le résultat de changements mineurs et, à ce titre, ils sont exclus de la protection des données. Toutefois, aucun élément de preuve ne va en ce sens. Comme je l’ai signalé précédemment, le terme « variante » n’a pas un sens scientifique précis.

[65] D’ailleurs, certains éléments de preuve scientifiques tendent à montrer que certains énantiomères sont bien différents. Il s’agit d’un élément important du contexte qui facilite notre mission d’interprétation. Selon la ministre, certains énantiomères — même s’ils ne sont que l’image inversée d’autres substances — peuvent parfois être fort différents de ces dernières en raison de leurs propriétés pharmacocinétiques et pharmacodynamiques, leur toxicité et leur capacité de liaison aux protéines : Santé Canada, *Ligne directrice à*

online]; appeal book, at page 84. These are all characteristics that can potentially bear upon the safety and efficacy of a drug.

[66] For example, different enantiomers of thalidomide differ significantly in their safety: Jubran cross-examination, QQ. 107–110; appeal book, at page 468. One causes birth defects, the other does not.

[67] Thus, from the standpoint of safety and efficacy, enantiomers which comprise a racemic mixture may differ from one another or from the racemic mixture. Often, others may be similar, hence the listing of enantiomers as an example of a substance that may be a variation. Because of the possibility they may be different, Health Canada takes the position that the drug submission requirements for a single enantiomer of a marketed racemate are the same as those for any new active substance. Testing must be done.

[68] If the safety and efficacy of an enantiomer is established after only a little testing, there is a sense in which it is not all that different from the previously approved medicinal ingredient. If, on the other hand, much testing has to be done, there is a sense in which it is quite different or new when compared with the previously approved medicinal ingredient. These concepts—considerable effort in testing and difference/newness—lie at the heart of the concept of what is and is not a minor variation under subsection C.08.004.1(1).

[69] This, and my earlier conclusion that the plain text is somewhat open-ended, is confirmed by the purpose behind the Data Protection Regulations, a matter to which I now turn.

*l'intention de l'industrie : Développement des médicaments chiraux, questions reliées à la stéréo-isométrie*, 14 février 2000, à la page 2 [disponible en ligne]; dossier d'appel, à la page 84. Ce sont toutes des caractéristiques qui peuvent influencer l'efficacité et l'innocuité de la drogue.

[66] Par exemple, des énantiomères différents de la thalidomide ont un degré d'innocuité très différent : contre-interrogatoire de M. Jubran, Q. 107 à 110; dossier d'appel, page 468. L'un entraîne des malformations à la naissance et l'autre non.

[67] Par conséquent, du point de vue de l'efficacité et de l'innocuité, les énantiomères qui comprennent un conglomerat racémique peuvent se distinguer l'un de l'autre ou du conglomerat racémique. Souvent, d'autres peuvent être semblables, ce qui explique pourquoi les énantiomères font partie des exemples de substances qui peuvent constituer des variantes. Étant donné qu'il est possible que les énantiomères soient différents, Santé Canada a pour position que les exigences en matière de présentation de drogue pour un seul énantiomère d'un racémate commercialisé sont les mêmes que celles qui s'appliquent à toute nouvelle substance active. Des essais doivent être effectués.

[68] Si l'efficacité et l'innocuité d'un énantiomère sont établies après seulement quelques essais, on comprend qu'il ne se distingue pas tellement de l'ingrédient médicinal déjà approuvé. Si, par contre, il faut effectuer de nombreux essais, on comprend que l'énantiomère se distingue nettement de l'ingrédient médicinal déjà approuvé ou qu'il est carrément nouveau. Ces concepts — soit l'effort considérable investi dans les essais et la différence/la nouveauté — sont au cœur de la question de savoir en quoi consiste une variante mineure aux termes du paragraphe C.08.004.1(1).

[69] Cette constatation et ma conclusion précédente également portant que le sens ordinaire de la définition est non limitatif sont confirmées par l'objet visé par le Règlement sur la protection des données, sujet que j'aborde maintenant.

– V –

[70] So what is the purpose of the Data Protection Regulations?

[71] As this Court noted in *Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health)*, 2010 FCA 334, [2012] 2 F.C.R. 618 [Apotex], at paragraph 114, the background to the Data Protection Regulations is key to understanding their purpose. The Data Protection Regulations were prompted by two international obligations accepted by Canada: Article 1711 of the North American Free Trade Agreement [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*], December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2 (entered into force January 1, 1994) [NAFTA] and paragraph 3 of Article 39 of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* as set out in Annex 1C to the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299 (entered into force 1 January 1996) [TRIPS Agreement].

[72] Article 1711 of the North American Free Trade Agreement provides as follows:

**Article 1711: Trade Secrets**

1. Each Party shall provide the legal means for any person to prevent trade secrets from being disclosed to, acquired by, or used by others without the consent of the person lawfully in control of the information in a manner contrary to honest commercial practices, in so far as:

(a) the information is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons that normally deal with the kind of information in question;

(b) the information has actual or potential commercial value because it is secret; and

(c) the person lawfully in control of the information has taken reasonable steps under the circumstances to keep it secret.

– V –

[70] Quel est donc l'objet du Règlement sur la protection des données?

[71] Comme notre Cour l'a relevé par l'arrêt *Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)*, 2010 CAF 334, [2012] 2 R.C.F. 618 [Apotex], au paragraphe 114, le contexte de l'adoption du Règlement sur la protection des données est un élément essentiel pour en comprendre l'objet. L'adoption du Règlement sur la protection des données a pour source deux obligations internationales assumées par le Canada : l'article 1711 de l'Accord de libre-échange nord-américain [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*], 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994) [ALÉNA] et le paragraphe 3 de l'article 39 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* figurant à l'Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996) (Accord sur les ADPIC).

[72] L'article 1711 de l'Accord de libre-échange nord-américain dispose :

**Article 1711 : Secrets commerciaux**

1. Chacune des Parties assurera à toute personne les moyens juridiques d'empêcher que des secrets commerciaux ne soient divulgués à des tiers, acquis ou utilisés par eux, sans le consentement de la personne licitement en possession de ces renseignements et d'une manière contraire aux pratiques commerciales honnêtes, dans la mesure où :

a) les renseignements sont secrets, en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;

b) les renseignements ont une valeur commerciale, réelle ou potentielle, du fait qu'ils sont secrets; et

c) la personne licitement en possession de ces renseignements a pris des dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, en vue de les garder secrets.

2. A Party may require that to qualify for protection a trade secret must be evidenced in documents, electronic or magnetic means, optical discs, microfilms, films or other similar instruments.

3. No Party may limit the duration of protection for trade secrets, so long as the conditions in paragraph 1 exist.

4. No Party may discourage or impede the voluntary licensing of trade secrets by imposing excessive or discriminatory conditions on such licenses or conditions that dilute the value of the trade secrets.

5. If a Party requires, as a condition for approving the marketing of pharmaceutical or agricultural chemical products that utilize new chemical entities, the submission of undisclosed tests or other data necessary to determine whether the use of such products is safe and effective, the Party shall protect against disclosure of the data of persons making such submissions, where the origination of such data involves considerable effort, except where the disclosure is necessary to protect the public or unless steps are taken to ensure that the data is protected against unfair commercial use.

6. Each Party shall provide that for data subject to paragraph 5 that are submitted to the Party after the date of entry into force of this Agreement, no person other than the person that submitted them may, without the latter's permission, rely on such data in support of an application for product approval during a reasonable period of time after their submission. For this purpose, a reasonable period shall normally mean not less than five years from the date on which the Party granted approval to the person that produced the data for approval to market its product, taking account of the nature of the data and the person's efforts and expenditures in producing them. Subject to this provision, there shall be no limitation on any Party to implement abbreviated approval procedures for such products on the basis of bioequivalence and bioavailability studies.

7. Where a Party relies on a marketing approval granted by another Party, the reasonable period of exclusive use of the data submitted in connection with obtaining the approval relied on shall begin with the date of the first marketing approval relied on. [Emphasis added.]

2. Une Partie pourra exiger que, pour faire l'objet d'une protection, un secret commercial soit établi par des documents, des médias électroniques ou magnétiques, des disques optiques, des microfilms, des films ou autres supports analogues.

3. Aucune des Parties ne pourra restreindre la durée de protection des secrets commerciaux tant que subsistent les conditions énoncées au paragraphe 1.

4. Aucune des Parties ne pourra entraver ou empêcher l'octroi de licences volontaires à l'égard de secrets commerciaux en imposant des conditions excessives ou discriminatoires à l'octroi de ces licences ou des conditions qui réduisent la valeur des secrets commerciaux.

5. Lorsqu'une Partie subordonne l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des éléments chimiques nouveaux, à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées nécessaires pour déterminer si l'utilisation de ces produits est sans danger et efficace, cette Partie protégera ces données contre toute divulgation, lorsque l'établissement de ces données demande un effort considérable, sauf si la divulgation est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre toute exploitation déloyale dans le commerce.

6. Chacune des Parties prévoira, en ce qui concerne les données visées au paragraphe 5 qui lui sont communiquées après la date d'entrée en vigueur du présent accord, que seule la personne qui les a communiquées peut, sans autorisation de cette dernière à autrui, utiliser ces données à l'appui d'une demande d'approbation de produit au cours d'une période de temps raisonnable suivant la date de leur communication. On entend généralement par période de temps raisonnable, une période d'au moins cinq années à compter de la date à laquelle la Partie en cause a donné son autorisation à la personne ayant produit les données destinées à faire approuver la commercialisation de son produit, compte tenu de la nature des données, ainsi que des efforts et des frais consentis par cette personne pour les produire. Sous réserve de cette disposition, rien n'empêchera une Partie d'adopter à l'égard de ces produits des procédures d'homologation abrégées fondées sur des études de bioéquivalence et de biodisponibilité.

7. Lorsqu'une Partie se fie à une approbation de commercialisation accordée par une autre Partie, la période raisonnable d'utilisation exclusive des données présentées en vue d'obtenir l'approbation en question commencera à la date de la première approbation de commercialisation. [Non souligné dans l'original.]

[73] Paragraph 3 of Article 39 of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* provides as follows:

*Article 39*

...

3. Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use.

[74] These two international obligations “provide protection to innovators in respect of ‘undisclosed tests or other data’ that they must provide to government entities in order to obtain approval for their new drugs” by requiring that “a scheme [be provided] for protecting against the unfair commercial use of undisclosed data, the origination of which involved considerable effort”: *Apotex*, above, at paragraph 110; *Epicept Corporation v. Canada (Health)*, 2010 FC 956, 377 F.T.R. 29, at paragraph 21.

[75] Here again, the Regulatory Impact Analysis Statement for the Data Protection Regulations is useful. The RIAS confirms that the TRIPS Agreement and NAFTA “require the granting of protection for undisclosed data, the origination of which involved a considerable effort”: *Canada Gazette*, Part II, Vol. 140, No. 21, at page 1496. The RIAS also confirms that the Data Protection Regulations and the provisions of TRIPS and NAFTA they implement are aimed at “[providing] an adequate incentive for innovators to invest in research, and to develop and market their products in Canada”, at page 1496.

[73] Le paragraphe 3 de l’article 39 de l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* dispose :

*Article 39*

[...]

3. Lorsqu’ils subordonnent l’approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l’agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d’essais ou d’autres données non divulguées, dont l’établissement demande un effort considérable, les Membres protégeront ces données contre l’exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les Membres protégeront ces données contre la divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s’assurer que les données sont protégées contre l’exploitation déloyale dans le commerce.

[74] Ces deux engagements internationaux « visent à protéger les innovateurs à l’égard des “données non divulguées résultant d’essais ou d’autres données non divulguées” qu’ils doivent communiquer aux organismes d’État compétents pour obtenir l’approbation de leurs drogues nouvelles » en exigeant « [la création d’] un régime de protection contre l’exploitation déloyale dans le commerce des données non divulguées dont l’établissement a demandé un effort considérable » : *Apotex*, précité, au paragraphe 110; *Epicept Corporation c. Canada (Santé)*, 2010 CF 956, au paragraphe 21.

[75] Là encore, le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation qui concerne le Règlement sur la protection des données est utile. En effet, le REIR confirme que l’Accord sur les ADPIC et l’ALÉNA « n’exigent l’octroi d’une protection que pour les données non divulguées, dont la création nécessite un effort considérable » : *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 140, n° 21, à la page 1496. Le REIR confirme aussi que le Règlement sur la protection des données de même que les dispositions de l’Accord sur les ADPIC et de l’ALÉNA qu’elles mettent en œuvre « inciter[ont] les innovateurs à investir dans la recherche ainsi qu’à développer et à commercialiser leurs produits au Canada », à la page 1496.

[76] Based on the foregoing considerations, in *Apotex*, above, at paragraph 114, this Court described the purpose of the Data Protection Regulations as follows:

The true purpose of the [Data Protection Regulations] is not to balance the commercial interests of innovators and generic drug manufacturers, but rather to ensure that Canadians have reasonable access, at reasonable prices, to new, safe and effective drugs. In other words, the Regulations as a whole encourage the research and development of new medicines that save lives, prevent diseases, heal and cure and improve the health of Canadians, who can only benefit from the discovery and development of new medicines after the information and data generated in extensive pre-clinical and clinical trials demonstrate the “innovative drug’s” safety and efficacy to the satisfaction of the Minister. The [Data Protection Regulations play] an important part in this regulatory scheme.

[77] Some further words concerning the purpose behind the provisions of the TRIPS Agreement and NAFTA—and, thus, the purpose behind the Data Protection Regulations discussed in *Apotex*—are apposite.

[78] Today, ready for our use, are many new, safe, and efficacious drugs. But behind them, invisible to us, are years of financial investment, effort, research and testing, all undertaken with no assurance of success. Indeed, the entire process is pregnant with risk—economic, scientific, and regulatory. For example, a test can demonstrate that a new drug concept is faulty; then, suddenly, unexpectedly, all that investment, effort, research and testing ends up for naught.

[79] When deciding what to do in a particular case, drug innovators, as profit maximizers, engage in risk-reward assessments. The greater the risks and the smaller the potential rewards, the less likely investment, effort, research and testing will happen.

[80] One area of risk concerns the valuable data generated by innovators during testing. Innovators submit the data in support of their applications for marketing

[76] S’appuyant sur les considérations susmentionnées, la Cour a défini comme suit, au paragraphe 114 de l’arrêt *Apotex*, précité, l’objet du règlement sur la protection des données :

L’objet véritable du [Règlement sur la protection des données] n’est pas d’établir un équilibre entre les intérêts commerciaux des innovateurs et des génériqueurs, mais plutôt de faire en sorte que les Canadiens aient suffisamment accès à des drogues nouvelles, sans danger et efficaces, à des prix raisonnables. Autrement dit, le Règlement considéré dans son ensemble encourage la recherche et le développement de nouveaux médicaments propres à sauver des vies, à prévenir et guérir des maladies, et à améliorer en général la santé des Canadiens, qui ne peuvent profiter de la découverte et du développement de tels médicaments qu’après que les données et l’information produites par des essais précliniques et cliniques approfondis ont démontré l’innocuité et l’efficacité de ces « drogues innovantes » de manière à convaincre le ministre. Le [Règlement sur la protection des données] joue un rôle important dans ce système de réglementation.

[77] Quelques observations supplémentaires s’imposent au sujet de la philosophie de l’Accord sur les ADPIC et l’ALÉNA — et, partant, la philosophie du règlement sur la protection des données visé dans l’arrêt *Apotex*.

[78] À l’heure actuelle, nous avons accès à un grand nombre de drogues nouvelles, sécuritaires et efficaces. Mais derrière elles, inconnues de nous, se trouvent des années d’investissements, d’efforts, d’activités de recherche et d’essais, le tout sans garantie de réussite pour leurs auteurs. En fait, tout le processus est chargé de risques — économiques, scientifiques et réglementaires. Par exemple, un essai peut démontrer que le concept relatif à une drogue nouvelle est erroné; puis soudainement et de façon imprévue, tous ces investissements, efforts, recherches et essais sont vains.

[79] Lorsqu’ils prennent leurs décisions dans une situation donnée, les innovateurs, cherchant à maximiser le profit, évaluent les risques et les avantages. Plus les risques seront élevés et moins grand sera le potentiel d’avantages, moins probables seront les investissements, les efforts, les recherches et les essais.

[80] L’une de ces zones de risque concerne les précieuses données produites par les innovateurs au cours des essais. Les innovateurs présentent les données à

approval. But if competitors can use submitted data immediately in order to obtain their own marketing approval, what is the incentive for the innovator to innovate, submit data, and bring new drugs to market?

[81] The TRIPS Agreement and NAFTA address this by providing innovators with data protection in certain circumstances. For a certain time, the innovator is the only one who can use the data for marketing authorization. This protection alters the risk-reward equation for the innovator, creating greater incentives to research, discover and develop new drugs. This is especially important where the market for a particular new drug is relatively small, i.e., the reward is relatively small. Minimizing risks in that area assumes greater importance.

[82] Two particular aspects of the TRIPS Agreement and NAFTA, however, ensure that innovators get data protection only where the public will benefit: the innovator must have engaged in “considerable effort” in generating the data, and a “new chemical entity” (the concept of difference/newness I mentioned above) must be present.

[83] Neither the TRIPS Agreement nor NAFTA define these terms. However, the concept behind them can be seen from the foregoing analysis. Trivial efforts, such as perfunctory and simple testing, do not warrant protection. Similarly, engaging in considerable efforts to test enantiomers which differ little from a racemic mixture or each other in safety or efficacy—in every relevant sense, old chemical entities—does not warrant protection. In both cases, an innovator would receive the large reward of protection in circumstances where it incurred little risk. That is not what the TRIPS Agreement and NAFTA provisions are aimed at. Instead, they are aimed at altering the risk-reward equation for innovators, giving them an incentive to undertake considerable effort

l'appui de leurs demandes en vue d'obtenir l'approbation de leur commercialisation. Or, si les concurrents peuvent utiliser immédiatement les données ainsi présentées pour obtenir leur propre approbation de commercialisation, qu'est-ce qui motivera l'innovateur à innover, à présenter les données et à mettre en marché de nouvelles drogues?

[81] L'Accord sur les ADPIC et l'ALÉNA répondent à cette question en offrant aux innovateurs la protection de leurs données dans certains cas. Pendant une période déterminée, l'innovateur est le seul qui peut utiliser les données aux fins d'approbation de la commercialisation. Cette protection rend l'équation risque-avantages plus favorable pour l'innovateur et renforce les stimulants qui l'incitent à effectuer des recherches et à développer de nouvelles drogues. Il s'agit d'un élément particulièrement important lorsque le marché d'une nouvelle drogue est relativement petit, c'est-à-dire où les avantages sont relativement restreints. La réduction des risques dans ce domaine revêt alors une importance encore plus grande.

[82] Deux aspects bien précis de l'Accord sur les ADPIC et de l'ALÉNA garantissent cependant que les innovateurs obtiennent la protection de leurs données uniquement dans les cas où le public en tirera un avantage : l'innovateur a dû mettre un « effort considérable » pour produire les données et un « élément chimique nouveau » doit être présent (c'est le concept de différence/nouveauté que j'ai évoqué précédemment).

[83] Ni l'Accord sur les ADPIC ni l'ALÉNA ne définissent ces mots. Cependant, l'analyse précédente permet de comprendre l'idée à la base de ces mots. Des efforts négligeables, comme des essais simples et superficiels, ne justifient pas l'octroi d'une protection. De même, des efforts considérables destinés à faire l'essai d'énantiomères qui diffèrent peu d'un conglomerat racémique, ou entre eux, en ce qui concerne leur innocuité ou leur efficacité — soit, dans tous les sens pertinents, de vieux éléments chimiques — ne justifie pas l'octroi d'une protection. Dans les deux cas, l'innovateur bénéficiera de l'avantage significatif de la protection de ses données dans des circonstances où il a assumé peu de risques. Tel n'est pas l'objet de l'Accord sur les ADPIC

in circumstances where the safety and efficacy of a candidate drug are uncertain.

[84] “Considerable effort” within the drug approval process, consistent with the purposes of the relevant provisions of the TRIPS Agreement and NAFTA, must mean new and significant evidence bearing upon the safety and efficacy of the drug. “New chemical entity” must mean that the medicinal ingredient in the drug is “new” in the sense that it has qualities of safety and efficacy materially different from a previously approved medicinal ingredient. Both these meanings implement the purposes of the relevant provisions of the TRIPS Agreement and NAFTA: they alter the risk-reward equation for innovators, create appropriate incentives, and ensure that data protection is afforded only where the risk undertaken merits it.

[85] Various foreign jurisdictions with legal traditions similar to our own have implemented the relevant provisions of the TRIPS Agreement into their domestic law based on their assessment of the TRIPS Agreement purpose and what it requires them to do. Under the domestic law of these jurisdictions, data protection from drugs is not withheld merely because their medicinal ingredients are enantiomers: see, e.g., the *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*, Pub. L. 98-417, 98 Stat. 1585, section 101, as amended by [*Food and Drug Administration Amendments of 2007*] Pub. L. 110-85, 121 Stat. 823, section 1113 (U.S.A.); Regulation (EC) No. 726/2004, Article 3(2) [JO L 136, 30.4.2004]; *Therapeutic Goods Act 1989*, No. 21 (1990), section 25A (Australia); *Medicines Act 1981*, 1981, No. 118, sections 23A, 23B, and 23C (New Zealand). Each jurisdiction defines requirements for data protection in its own way. In some cases, the requirements include the presence of some new, significant clinical benefit and significant studies offered in support. In all cases, the requirements reflect the twin concepts of “new chemical entity” and “considerable effort”.

et de l’ALÉNA. Ces accords cherchent plutôt à rendre l’équation risque-avantages plus favorable pour les innovateurs en les incitant à fournir un effort considérable dans les cas où l’innocuité et l’efficacité d’une drogue potentielle ne sont pas bien établies.

[84] L’expression « effort considérable » dans le cadre du processus d’approbation des médicaments, conformément à l’objet des dispositions pertinentes de l’Accord sur les ADPIC et de l’ALÉNA, doit désigner des éléments de preuve nouveaux et significatifs portant sur l’innocuité et l’efficacité du médicament. L’expression « élément chimique nouveau » doit signifier que l’ingrédient médicinal dans le médicament est « nouveau », en ce sens qu’il possède des caractéristiques en matière d’innocuité et d’efficacité qui sont nettement différentes de celles d’un ingrédient médicinal déjà approuvé. Ces deux sens respectent l’objet des dispositions pertinentes de l’Accord sur les ADPIC et de l’ALÉNA : ils modifient l’équation risque-avantages en faveur des innovateurs, créent les stimulants appropriés et garantissent que les données sont protégées uniquement lorsque le risque assumé le justifie.

[85] Divers pays qui possèdent des traditions juridiques semblables aux nôtres ont incorporé les dispositions pertinentes de l’Accord sur les ADPIC à leur droit national à partir de leur évaluation de l’objet de l’Accord sur les ADPIC et des exigences que celui-ci impose. Conformément au droit national de ces pays, la protection des données concernant des drogues n’est pas suspendue simplement parce que leurs ingrédients médicinaux sont des énantiomères : voir, par exemple, *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*, Pub. L. 98-417, 98 Stat. 1585, article 101, modifiée par [*Food and Drug Administration Amendments of 2007*] Pub. L. 110-85, 121 Stat. 823, article 1113 (États-Unis d’Amérique); Règlement (CE) n° 726/2004, article 3, paragraphe 2 [JO L 136, 30.4.2004]; *Therapeutic Goods Act 1989*, n° 21 (1990), article 25A (Australie); *Medicines Act 1981*, 1981, n° 118, articles 23A, 23B et 23C (Nouvelle-Zélande). Chaque pays définit à sa façon les exigences qui s’appliquent à la protection des données. Dans certains cas, les exigences imposent la présence de certains avantages cliniques nouveaux et significatifs de même que la présentation

– VI –

[86] The purpose of the relevant provisions of the TRIPS Agreement and NAFTA, as I have construed them, must shape the interpretation of Canada’s Data Protection Regulations.

[87] It is a well-known, common law principle of interpretation that legislative provisions implementing international obligations are to be interpreted in accordance with the purposes underlying those obligations: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at page 1371; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517, at page 541; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at pages 538–539.

[88] But in this case, more than the common law is involved. In this case, two legislative provisions tell us to have regard to the relevant provisions of the TRIPS Agreement and NAFTA.

[89] The first provision, subsection C.08.004.1(2), tells us expressly that the purpose of the Data Protection Regulations in section C.08.004.1 is to implement the international obligations:

**C.08.004.1 ...**

(2) This section applies to the implementation of Article 1711 of the North American Free Trade Agreement, as defined in the definition “Agreement” in subsection 2(1) of the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, and of paragraph 3 of Article 39 of the Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights set out in Annex 1C to the World Trade Organization Agreement, as defined in the definition “Agreement” in subsection 2(1) of the *World Trade Organization Agreement Implementation Act*.

[90] The second provision, subsection 30(3) of the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, added by

d’études pertinentes à l’appui. Dans tous les cas, les exigences prennent en compte les concepts, indissociables, d’« élément chimique nouveau » et d’« effort considérable ».

– VI –

[86] L’objet des dispositions pertinentes de l’Accord sur les ADPIC et de l’ALÉNA, comme je les ai interprétées, doit guider l’interprétation du règlement canadien sur la protection des données.

[87] Selon un principe d’interprétation bien reconnu par la common law, les dispositions législatives qui mettent en œuvre des obligations internationales doivent être interprétées conformément aux objets de celles-ci : *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la page 1371; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517, à la page 541; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), aux pages 538 et 539.

[88] Cependant, en l’espèce, il y a plus que la common law en jeu. Deux dispositions législatives et réglementaires nous disent de tenir compte des dispositions pertinentes de l’Accord sur les ADPIC et de l’ALÉNA.

[89] La première disposition — le paragraphe C.08.004.1(2) — précise que l’objet du Règlement sur la protection des données qui figure à l’article C.08.004.1 est la mise en œuvre des obligations internationales :

**C.08.004.1. [...]**

(2) Le présent article s’applique à la mise en œuvre de l’article 1711 de l’Accord de libre-échange nord-américain, au sens du terme « Accord » au paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange nord-américain*, et du paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce figurant à l’annexe 1C de l’Accord sur l’Organisation mondiale du commerce, au sens du terme « Accord » au paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’Organisation mondiale du commerce*.

[90] La deuxième disposition — le paragraphe 30(3) de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985),

S.C. 1994, c. 47, s. 117, tells us that the very *raison d'être* of the Data Protection Regulations is to implement the international obligations:

**30. ...**

Regulations re the North American Free Trade Agreement and WTO Agreement

(3) Without limiting or restricting the authority conferred by any other provisions of this Act or any Part thereof for carrying into effect the purposes and provisions of this Act or any Part thereof, the Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council deems necessary for the purpose of implementing, in relation to drugs, Article 1711 of the North American Free Trade Agreement or paragraph 3 of Article 39 of the Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights set out in Annex 1C to the WTO Agreement.

[91] As a regulation-making provision, subsection 30(3) of the *Food and Drugs Act* is especially important. The Data Protection Regulations must implement the relevant provisions of the TRIPS Agreement and NAFTA. The Data Protection Regulations cannot be interpreted to do anything short of that or different from that. If they do, they will be invalid. See generally *Bristol-Myers Squibb Co.*, above, at paragraph 38. Therefore, in this case, to the extent possible, the Data Protection Regulations must be given an interpretation that implements the relevant provisions of the TRIPS Agreement and NAFTA.

[92] As mentioned above and as was mentioned in *Apotex*, above, at paragraph 110, the international obligations “provide protection to innovators in respect of ‘undisclosed tests or other data’ that they must provide to government entities in order to obtain approval for their new drugs” by requiring that “a scheme [be provided] for protecting against the unfair commercial use of undisclosed data, the origination of which involved considerable effort” [*Epicept*, above, at paragraph 21]. The Data Protection Regulations, and in particular the meaning of “variation” in subsection C.08.004.1(1) must give effect to that. The interpretation I have reached in paragraphs 37 and 38, above, does just that.

ch. F-27, ajouté par L.C. 1994, ch. 47, article 117, nous informe que la raison d'être même du règlement sur la protection des données est la mise en œuvre des obligations internationales :

**30. [...]**

Règlements relatifs à l'Accord de libre-échange nord-américain et à l'accord sur l'OMC

(3) Sans que soit limité le pouvoir conféré par toute autre disposition de la présente loi de prendre des règlements d'application de la présente loi ou d'une partie de celle-ci, le gouverneur en conseil peut prendre, concernant les drogues, les règlements qu'il estime nécessaires pour la mise en œuvre de l'article 1711 de l'Accord de libre-échange nord-américain ou du paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce figurant à l'annexe 1C de l'Accord sur l'OMC.

[91] Étant une disposition habilitant la prise de règlements, le paragraphe 30(3) de la *Loi sur les aliments et drogues* est particulièrement important. Le Règlement sur la protection des données doit mettre en œuvre les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC et de l'ALÉNA. Le Règlement sur la protection des données ne peut être interprété d'une manière qui permettrait d'échapper à cette exigence ou d'une autre façon. Dans le cas contraire, il serait invalide. Voir, généralement, l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co.*, précité, au paragraphe 38. Par conséquent, en l'espèce, dans toute la mesure du possible, le Règlement sur la protection des données doit être interprété d'une manière qui concrétise les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC et de l'ALÉNA.

[92] Comme je l'ai signalé précédemment, et la Cour également dans l'arrêt *Apotex*, précité, au paragraphe 110, les obligations internationales « visent à protéger les innovateurs à l'égard des “données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées” qu'ils doivent communiquer aux organismes d'État compétents pour obtenir l'approbation de leurs drogues nouvelles » en exigeant la création d'un régime de protection contre l'exploitation déloyale dans le commerce de données non divulguées « dont l'établissement [demande] un effort considérable » [*Epicept*, précitée, au paragraphe 21]. Le Règlement sur la protection des données et, plus particulièrement, le sens du

[93] In order to implement the relevant provisions of the TRIPS Agreement and NAFTA, subsection C.08.004.1(1) must embody the twin concepts of “new chemical entity” and “considerable effort”. The interpretation I have reached in paragraphs 37 and 38, above, does just that: it grants data protection where the medicinal ingredient in the drug is “new” in the sense that it has qualities of safety and efficacy materially different from a previously approved medicinal ingredient and where the evidence offered in support of that is new and significant.

[94] Also key to the interpretation of the subsection is that the NAFTA and TRIPS Agreement protections are designed to protect trade secrets: see NAFTA, Article 1711, paragraphs 1–4 and the TRIPS Agreement, Article 39, paragraphs 1–2. Thus, the data sought to be protected under the subsection must be confidential data. Again, the interpretation I have reached in paragraphs 37 and 38, above, incorporates the necessary element of confidentiality.

[95] Given this analysis of subsection C.08.004.1(1) and the international obligations contained in the TRIPS Agreement and NAFTA, the words “variation...such as a salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph” in the subsection are indeed open-ended and flexible. The listing of the five categories of substance—salts, esters, enantiomers, solvates and polymorphs—is directory in its import, not mandatory. The five categories are substances where, owing to their physical similarity to a substance in a previously approved drug, special scrutiny is warranted. But the five categories do not categorically foreclose data protection.

mot « variante » au paragraphe C.08.004.1(1), doivent y donner suite. C’est exactement ce que fait l’interprétation que j’ai donnée plus haut aux paragraphes 37 et 38.

[93] Pour mettre en œuvre les dispositions pertinentes de l’Accord sur les ADPIC et de l’ALÉNA, il faut interpréter le paragraphe C.08.004.1(1) en tenant compte des concepts, indissociables, d’« élément chimique nouveau » et d’« effort considérable ». C’est exactement ce que fait l’interprétation que j’ai exposée aux paragraphes 37 et 38, soit : ce texte assure la protection des données lorsque l’ingrédient médicinal présent dans le médicament est « nouveau », dans le sens qu’il possède des caractéristiques d’innocuité et d’efficacité nettement différentes de celles d’un ingrédient médicinal déjà approuvé et lorsque les éléments de preuve produits à l’appui sont nouveaux et importants.

[94] Pour bien interpréter la définition, il est aussi important de tenir compte du fait que les protections offertes par l’ALÉNA et l’Accord sur les ADPIC sont conçues pour protéger les secrets commerciaux : voir l’ALÉNA, article 1711, paragraphes 1 à 4 et l’Accord sur les ADPIC, article 39, paragraphes 1 et 2. Les données dont la protection est recherchée aux termes de la disposition doivent être des données confidentielles. Là encore, l’interprétation que j’ai donnée plus haut aux paragraphes 37 et 38 comprend cet élément nécessaire de confidentialité.

[95] Étant donné cette analyse du paragraphe C.08.004.1(1) et les obligations internationales figurant dans l’Accord sur les ADPIC et l’ALÉNA, il y a lieu de donner aux mots « variante [...] tel un changement de sel, d’ester, d’énantiomère, de solvate ou de polymorphe » qui figurent dans la définition un sens souple et non limitatif. La liste des cinq catégories de substances — sels, esters, énantiomères, solvates et polymorphes — a un caractère indicatif et non obligatoire. Dans ces cinq catégories se trouvent des substances qui, vu leur similitude physique avec une substance figurant dans une drogue déjà approuvée, exigent une attention particulière. Mais l’appartenance à l’une de ces cinq catégories n’exclut pas péremptoirement la protection des données.

– VII –

[96] In my view, the Minister’s interpretation of the subsection—making the five categories of substance mandatory and absolute examples of “variations”—will lead to results which are contrary to Canada’s NAFTA and TRIPS Agreement obligations, rendering the subsection *ultra vires* the regulation-making power in the Act. In many cases, it would deny protection against the unfair commercial use of confidential data, generated with considerable effort, for drugs that are in every sense new in terms of their safety and efficacy. Under the Minister’s interpretation, data protection to a drug—even one that is demonstrably safe and effective in saving or improving many lives—will be denied despite years of necessary effort, millions of dollars invested in its development and the assumption of much risk. This happens for only one reason: its medicinal ingredient happens to be an enantiomer.

[97] Given the purpose of the international obligation—that Canada is implementing in its Data Protection Regulations and given the absence of definitive text in the Data Protection Regulations to the contrary, why shouldn’t data protection be given in such a circumstance? Research and development into such drugs should be encouraged not discouraged. That is the primary aim of the international obligations Canada is supposed to be implementing in its Data Protection Regulations.

[98] Needless to say, the Minister’s interpretation would create incentives against the development of beneficial new drugs. For example, if enantiomers are automatically excluded, then the innovators of the arguably new, safe and efficacious thalidomide drug (discussed at paragraph 66, above) and the innovators of other drugs whose medical ingredients are enantiomers that give rise to greater safety and efficacy (discussed at paragraph 65, above), would not receive data protection.

– VII –

[96] À mon avis, l’interprétation que la ministre propose de la définition — faisant des cinq catégories de substances des exemples obligatoires et absolus de « variantes » — débouche sur des solutions qui sont contraires aux obligations que le Canada a contractées dans le cadre de l’ALÉNA et de l’Accord sur les ADPIC, et la définition se situera donc au-delà des pouvoirs de prendre des règlements prévus par la Loi. Dans bien des cas, elle exclurait l’octroi d’une protection contre l’utilisation commerciale déloyale de données confidentielles, produites au moyen d’un effort considérable, relatives à des drogues qui sont nouvelles à tous égards en ce qui concerne leur efficacité et leur innocuité. Selon l’interprétation de la ministre, la protection des données relatives à une drogue — même une dont il peut être démontré qu’elle est sécuritaire et efficace et qu’elle permet d’épargner de nombreuses vies ou d’en améliorer la qualité — sera rejetée malgré des années d’efforts nécessaires, des investissements de l’ordre de millions de dollars dans son développement et la prise de nombreux risques. Il en serait ainsi pour une seule raison : son ingrédient médicinal se trouve à être un énantiomère.

[97] Étant donné l’objet des obligations internationales que le Canada met en œuvre par le truchement de son Règlement sur la protection des données et malgré l’absence dans ce règlement d’un libellé reconnu de tous à l’effet contraire, pourquoi la protection des données ne pourrait-elle pas être accordée dans ce genre de cas? La recherche et le développement concernant ces médicaments doivent être encouragés et non découragés. C’est l’objet principal des obligations internationales que le Canada est censé mettre en œuvre par l’intermédiaire de son Règlement sur la protection des données.

[98] Inutile de dire que l’interprétation de la ministre dresserait des obstacles contre le développement de nouveaux médicaments avantageux pour tous les intéressés. Par exemple, si les énantiomères sont automatiquement exclus, alors les innovateurs qui ont produit la thalidomide, dont on peut dire qu’elle est nouvelle, sécuritaire et efficace (voir plus haut au paragraphe 66) et les innovateurs d’autres drogues dont les ingrédients médicinaux sont des énantiomères qui en

[99] As I have noted in paragraph 85, above, the Minister's interpretation would also put Canada at odds with other significant jurisdictions such as Europe, the United States, Australia and New Zealand. These jurisdictions have not automatically withheld data protection from drugs merely because their medicinal ingredients are enantiomers. To the extent it is possible and acceptable, uniform interpretations of international treaties should be adopted: *Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 324, [2014] 2 F.C.R. 224, at paragraph 24.

[100] In interpreting subsection C.08.004.1(1) of the Regulations, the Federal Court (at paragraphs 40 and 41) placed considerable emphasis on the fact that the two international obligations, mentioned above, afford data protection to "new chemical entities," not new drugs. In its view, the five listed categories of substances are "variations" that are not "new chemical entities." The Minister also urges this point upon us.

[101] This interpretation does not fully take into account the purpose of the treaties and the Data Protection Regulations that implement them: to encourage research and development in new medicines by protecting data created with considerable effort. As I have explained above, "new chemical entities" serves no purpose other than to ensure that an innovator does not take essentially the same substance, engage in perfunctory and simple testing, and get the reward of data protection without incurring any risk.

[102] The Data Protection Regulations, as I have interpreted them in paragraphs 37 and 38 above, extend data protection, among other things, to medicinal ingredients—i.e., chemical entities—that have not been

améliorent l'innocuité et l'efficacité (voir plus haut au paragraphe 65) ne bénéficieraient pas de la protection de leurs données.

[99] Comme je l'ai signalé plus haut au paragraphe 85, l'interprétation de la ministre placerait le Canada en porte-à-faux avec d'autres territoires et pays importants comme l'Europe, les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Dans ces territoires et pays, la protection offerte aux données relatives à ces drogues n'a pas été supprimée simplement parce que leurs ingrédients sont des énantiomères. Dans la mesure où la chose est possible et acceptable, les traités internationaux doivent être interprétés de manière uniforme : *Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 324, [2014] 2 R.C.F. 224, au paragraphe 24.

[100] Dans son interprétation du paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement, la Cour fédérale (aux paragraphes 40 et 41) a fortement insisté sur le fait que les deux obligations internationales, signalées précédemment, protègent les données relatives aux « nouvelles entités chimiques » et non aux drogues nouvelles. À son avis, les cinq catégories de substances énumérées sont des « variantes » qui ne peuvent être considérées comme de « nouvelles entités chimiques ». La ministre nous invite également à retenir cet argument.

[101] Une telle interprétation ne tient pas dûment compte de l'objet des traités et du Règlement sur la protection des données qui les mettent en œuvre : encourager la recherche et le développement relatifs à de nouveaux médicaments en protégeant les données créées au moyen d'un effort considérable. Comme je l'ai expliqué ci-dessus, l'utilisation du concept de « nouvelles entités chimiques » n'a d'autre but que de garantir que l'innovateur ne reprend pas essentiellement la même substance, ne se contente pas d'effectuer des essais superficiels et simplistes et n'obtient pas les avantages de la protection des données sans assumer des risques.

[102] Le Règlement sur la protection des données, comme je l'ai interprété plus haut aux paragraphes 37 et 38, s'applique notamment aux ingrédients médicinaux — c'est-à-dire, les entités chimiques — qui n'ont pas

previously approved by the Minister and that have safety and efficacy characteristics materially different from a previously approved medicinal ingredient—i.e., chemical entities that are new in that sense. Further, on the interpretation I have adopted, a chemical entity in a medicinal ingredient that has not been previously approved by the Minister and that is proven to be safe by necessary testing requiring considerable effort is, in a meaningful, purposive sense, a “new chemical entity.” As I have explained, this is consistent with the evidence in the record that shows that enantiomers can be new in this sense and can give rise to new, safe and efficacious drugs (see paragraphs 65 and 66, above). The interpretation proposed by the Minister and adopted by the Federal Court cuts down the protection promised by the TRIPS Agreement and NAFTA, leaves many innovators without data protection, and, thus, potentially inhibits the research, discovery and development of new, safe and efficacious drugs.

### (3) Conclusion on the interpretation issue

[103] In light of the foregoing analysis, both the Minister and the Federal Court interpreted the definition of “innovative drug” in subsection C.08.004.1(1) incorrectly. The correct interpretation is that set out in paragraphs 37 and 38, above.

### G. Remedy

[104] It follows that I would quash the Minister’s decision that DEXILANT is not an “innovative drug.”

[105] Whether DEXILANT is an “innovative drug” under subsection C.08.004.1(1) of the Regulations must be redetermined in light of the interpretation set out in paragraphs 37 and 38 of these reasons.

été déjà approuvés par la ministre et qui possèdent en matière d’efficacité et d’innocuité des caractéristiques nettement différentes de celles d’un ingrédient médicamenteux déjà approuvé, c’est-à-dire des entités chimiques nouvelles conformément à ce qui est décrit. De plus, selon l’interprétation que j’ai retenue, une entité chimique présente dans un ingrédient médicamenteux qui n’a pas été déjà approuvé par la ministre et dont l’innocuité est démontrée au moyen des essais nécessaires exigeant un effort considérable constitue, dans un sens véritable et pertinent, une « nouvelle entité chimique ». Comme je l’ai expliqué, cette conclusion s’accorde avec les preuves au dossier selon lesquelles les énantiomères peuvent être nouveaux dans ce dernier sens et permettre la création de drogues nouvelles, sécuritaires et efficaces (voir plus haut les paragraphes 65 et 66). L’interprétation proposée par la ministre et retenue par la Cour fédérale réduit la protection promise par l’Accord sur les ADPIC et l’ALÉNA, prive de nombreux innovateurs de toute protection quant à leurs données, ce qui risque d’entraver la découverte et le développement de drogues nouvelles, sécuritaires et efficaces de même que la recherche dans ce domaine.

### 3) Conclusion sur la question de l’interprétation

[103] Vu l’analyse qui précède, la ministre et la Cour fédérale ont mal interprété la définition de l’expression « drogue innovante » au paragraphe C.08.004.1(1). La bonne interprétation est exposée plus haut, aux paragraphes 37 et 38.

### G. Sanction

[104] Il s’ensuit que j’annulerais la décision de la ministre selon laquelle le DEXILANT n’est pas une « drogue innovante ».

[105] Il faut répondre à nouveau à la question de savoir si le DEXILANT est une « drogue innovante » aux termes du paragraphe C.08.004.1(1) du Règlement à la lumière de l’interprétation qui figure aux paragraphes 37 et 38 des présents motifs.

[106] Takeda urges us not to remit the matter to the Minister for redetermination. In paragraph 70 of its memorandum of fact and law, Takeda submits that this Court is “in at least as good a position as the Minister or the Court below” to determine the matter.

[107] I disagree. The question whether DEXILANT is an “innovative drug”—i.e., whether it satisfies the definition set out in paragraphs 37 and 38, above—draws upon, among other things, factual, scientific and regulatory appreciation. Accordingly, this is a question for the Minister to consider, not us.

#### H. Proposed disposition

[108] Therefore I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court, quash the Minister’s decision, and remit the matter to the Minister for redetermination in accordance with these reasons, with costs to Takeda throughout.

\* \* \*

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

[109] DAWSON J.A.: I have had the benefit of reading my colleague’s reasons. I agree with his statement of the facts and with his articulation of the relevant principles of statutory interpretation, as set out at paragraphs 40, 43 and 44 of his reasons. I do not, however, agree with the application of those principles to the definition of “innovative drug.” In my view, both the Minister and the Federal Court correctly interpreted the definition of “innovative drug.” The Governor in Council, in the exercise of its discretion, has determined that salts, esters, enantiomers, solvates and polymorphs of previously approved medicinal ingredients are variations of those ingredients and so do not fall within the definition of “innovative drug”.

[106] Takeda nous prie de ne pas renvoyer l’affaire à la ministre afin qu’une nouvelle décision soit rendue. Au paragraphe 70 de son mémoire des faits et du droit, Takeda soutient que la Cour [TRADUCTION] « est aussi bien placée que la ministre ou la Cour fédérale » pour statuer.

[107] Je rejette cette conclusion. La question de savoir si le DEXILANT est une « drogue innovante », c’est-à-dire s’il correspond à la définition énoncée plus haut aux paragraphes 37 et 38, doit être tranchée notamment au moyen d’une évaluation factuelle, scientifique et réglementaire. C’est donc à la ministre qu’incombe cette mission, et non à la Cour.

#### H. Décision proposée

[108] Par conséquent, j’accueillerais l’appel, j’annulerai le jugement de la Cour fédérale et la décision de la ministre et je lui renverrais l’affaire afin qu’elle statue à nouveau conformément aux présents motifs. J’adjugerais à Takeda les dépens dans toutes les cours.

\* \* \*

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

[109] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mon collègue. Je souscris à son exposé des faits de même qu’à sa description des principes d’interprétation législative pertinents qu’il a énoncés aux paragraphes 40, 43 et 44 de ses motifs. Cependant, je ne partage pas son application de ces principes à la définition du terme « drogue innovante ». À mon avis, la ministre et la Cour fédérale ont correctement interprété la définition de l’expression « drogue innovante ». Le gouverneur en conseil, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, a décidé que les sels, esters, énantiomères, solvates et polymorphes d’ingrédients médicinaux déjà approuvés sont des variantes de ces ingrédients et que, par conséquent, ils ne sont pas visés par la définition de l’expression « drogue innovante ».

[110] Before addressing the issue of statutory interpretation, I address the applicable standard of review.

#### Standard of Review

[111] I agree that the standard of review to be applied to the Minister's interpretation of the data protection provisions of the *Food and Drug Regulations* is correctness. I also agree that this conclusion is reached on the basis of an analysis of the four relevant factors identified in *Dunsmuir*, and with the analysis of those factors as set out at paragraph 29 of my colleagues' reasons.

[112] Where we part company is that I would not apply the presumption of reasonableness, articulated by the Supreme Court of Canada in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association* to the Minister's interpretation of the applicable regulation. While the Supreme Court has not recently considered the standard of review applicable to a Minister's interpretation of legislation, the issue was squarely addressed by this Court in *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155 [*Georgia Strait*]. There, Justice Mainville wrote for the Court as follows, at paragraphs 65–70 (underlining added):

#### The standard of review

##### *The Minister's position*

At its core, the principal question before this Court concerns the meaning of the words “legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament” found in subsection 58(5) of SARA [*Species at Risk Act*]. That is a question of statutory interpretation, and that is not disputed by the Minister.

However, the Minister submits that Parliament has entrusted him with the responsibility to manage the regulatory schemes under the SARA and the *Fisheries Act*, and that consequently, his interpretation of section 58 of the SARA—and of the provisions of the *Fisheries Act* and of its regulations as they relate to that section—should be given deference.

[110] Avant d'aborder la question de l'interprétation législative, je discuterai de celle de la norme de contrôle applicable.

#### Norme de contrôle

[111] Je conviens que la norme de contrôle indiquée quant à l'interprétation de la ministre des dispositions sur la protection des données du *Règlement sur les aliments et drogues* est celle de la décision correcte. Je conviens également que cette conclusion peut être tirée au moyen de l'analyse des quatre facteurs pertinents consacrés par la jurisprudence *Dunsmuir* et avec l'analyse qu'en fait mon collègue au paragraphe 29 de ses motifs.

[112] Nos points de vue diffèrent toutefois en ce que je n'appliquerais pas la présomption du caractère raisonnable, discutée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, à l'interprétation que la ministre donne au règlement applicable. Bien que la Cour suprême n'ait pas examiné récemment la norme de contrôle qui s'applique à l'interprétation d'une loi par un ministre, la question a été directement discutée par notre Cour par l'arrêt *Fondation David Suzuki c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155 [*Georgia Strait*]. Voici ce qu'observait à ce sujet le juge Mainville au nom de la Cour aux paragraphes 65 à 70 (non souligné dans l'original) :

#### La norme de contrôle

##### *La position du ministre*

La principale question portée devant notre Cour concerne la signification des termes « protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime » du paragraphe 58(5) de la LEP [*Loi sur les espèces en péril*]. Il s'agit donc là d'une question d'interprétation législative, ce que le ministre ne conteste pas.

Cependant, le ministre soutient que, comme le législateur lui a confié la responsabilité de gérer les systèmes de réglementation afférents à la LEP et à la *Loi sur les pêches*, son interprétation de l'article 58 de la LEP — ainsi que des dispositions de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d'application pour autant qu'elles se rapportent à cet article — commande la retenue judiciaire.

The Minister relies for this proposition on *Dunsmuir* and recent decisions of the Supreme Court of Canada which have all clearly emphasized the deference which courts must show to an administrative tribunal when it interprets a provision of its enabling (or “home”) statute or statutes closely connected to its functions. The Minister notably relies on *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 (*Celgene*), at paragraphs 33–34; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*), at paragraphs 15–27; and *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Smith*), at paragraph 26. In this regard, I note that the standard which applies when the interpretation of a statute by a government official is raised in a judicial review proceeding has been questioned by this Court following *Dunsmuir*: see *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at paragraph 35 and *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, at paragraph 19.

The Minister also finds support for his position in *Adam v. Canada (Environment)*, 2011 FC 962, *sub nom. Athabasca Chipewyan First Nation v. Canada (Environment)*, [2013] 2 F.C.R. 201 (*Adam*), a recent decision of the Federal Court. The applicants in *Adam* were asking the Court to order the Minister of the Environment to (a) finalize a recovery strategy under the SARA for the boreal caribou located in north-eastern Alberta and (b) recommend the adoption of an emergency protection order for these caribou under subsection 80(2) of the SARA. Without proceeding with a standard of review analysis, the Court in *Adam* concluded—based on its understanding of *Dunsmuir* and *Smith*—that the Minister of the Environment’s interpretation of subsection 80(2) of the SARA was subject to review under a reasonableness standard. Since that minister was interpreting his “home” statute (the SARA), and since no constitutional question, no question of law of central importance to the legal system as a whole, and no jurisdictional question was raised by the proceedings, the Minister of the Environment’s interpretation of subsection 80(2) of the SARA was reviewed on a standard of reasonableness: *Adam* at paragraph 40.

The Minister submits that as the “competent minister” with respect to aquatic species, he is entitled to the same deference as to his interpretation of the pertinent provisions of the SARA. Likewise, as the minister responsible for the *Fisheries Act*, deference should also be extended to his interpretation of that statute and of its regulations. In short, the Minister submits that pursuant to the most recent Supreme Court of Canada jurisprudence, a presumption of deference has been extended to administrative decision makers

Le ministre invoque à l’appui de cette thèse l’arrêt *Dunsmuir* et d’autres décisions récentes de la Cour suprême du Canada qui insistent toutes sans ambiguïté sur la retenue que doivent exercer les tribunaux judiciaires envers le tribunal administratif qui interprète une disposition de sa loi habilitante (ou « loi constitutive ») ou d’une loi étroitement liée à son mandat. Le ministre cite notamment les paragraphes 33 et 34 de l’arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3 (*Celgene*); les paragraphes 15 à 27 de l’arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*); et le paragraphe 26 de l’arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Smith*). Je ferai observer à ce propos que notre Cour a constaté l’incertitude que laisse planer l’arrêt *Dunsmuir* sur la norme de contrôle judiciaire applicable à l’interprétation d’une loi par un représentant du gouvernement; voir *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, au paragraphe 35; et *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374, au paragraphe 19.

Le ministre fonde aussi sa position sur une décision récente de la Cour fédérale : *Adam c. Canada (Environnement)*, 2011 CF 962, *sub nom. Athabasca Chipewyan First Nation c. Canada (Environnement)*, [2013] 2 R.C.F. 201 (*Adam*). Dans cette affaire, les demandeurs priaient la Cour d’ordonner au ministre de l’Environnement : a) de mettre dans le registre, sous le régime de la LEP, un programme de rétablissement du caribou boréal vivant dans le Nord-Est de l’Alberta; et b) de recommander au gouverneur en conseil de prendre un décret d’urgence pour la protection de cette espèce sous le régime du paragraphe 80(2) de la LEP. La Cour fédérale a conclu, sans effectuer d’analyse relative à la norme de contrôle et en se fondant sur sa lecture de l’arrêt *Dunsmuir* et de l’arrêt *Smith*, que l’interprétation donnée par le ministre de l’Environnement du paragraphe 80(2) de la LEP devait être contrôlée suivant la norme du caractère raisonnable. Elle a contrôlé ladite interprétation suivant cette norme aux motifs que le ministre interprétait sa loi « constitutive » (la LEP), et que l’affaire ne soulevait ni une question constitutionnelle, ni une question de droit d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ni une question de compétence : voir *Adam*, au paragraphe 40.

Le ministre soutient que, du fait de sa qualité de « ministre compétent » pour les espèces aquatiques, son interprétation des dispositions applicables de la LEP commande la même retenue judiciaire, et que, comme il est le ministre responsable de l’exécution de la *Loi sur les pêches*, son interprétation de cette loi et des règlements d’application de celle-ci appelle pareillement la déférence. Bref, le ministre affirme que, selon la jurisprudence la plus récente de la Cour suprême du Canada, les décideurs administratifs — tels que lui-même

—such as himself—when they interpret their enabling (or “home”) statutes.

I disagree with the Minister. For the reasons which follow, I have concluded that no deference is owed by this Court to the Minister as to the interpretation of the relevant provisions of the SARA or of the Fisheries Act and its regulations.

[113] Application of the presumption of deference to the Minister’s interpretation of the Data Protection Regulations is inconsistent with the prior decision of this Court in *Georgia Strait*.

[114] In my view, any departure from such a recent decision creates unacceptable uncertainty. This is particularly so where, in the present case, the issue was not raised. The parties were in agreement that the applicable standard of review is correctness, no one argued that the presumption of reasonableness applied and no one argued that *Georgia Strait* was improperly decided.

[115] Furthermore, the Supreme Court has in the past applied the correctness standard to such decisions. For example, in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560, the Court wrote at paragraph 25:

The outcome of this appeal turns on conflicting interpretations of the *NOC Regulations*. On a question of legal interpretation, the Minister’s opinion is not entitled to deference. The Federal Court of Appeal properly found that the standard of review on the point in issue is correctness.

[116] As well, the Supreme Court has, albeit without discussion of the standard of review, applied a correctness review to the Minister of Citizenship and Immigration’s interpretation of a provision of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (*Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*); *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539). In *Hilewitz v. Canada (Minister of*

— bénéficient d’une présomption de retenue judiciaire lorsqu’ils interprètent leurs lois habilitantes (ou « constitutives »).

Je ne puis souscrire à cette thèse du ministre. Par les motifs dont l’exposé suit, j’ai conclu que l’interprétation que le Ministre donne des dispositions applicables de la LEP ou de la Loi sur les pêches et de ses règlements d’application ne commande pas la déférence de notre Cour.

[113] L’application de la présomption de retenue judiciaire à l’interprétation que la ministre donne au Règlement sur la protection des données est incompatible avec l’enseignement de l’arrêt *Georgia Strait*, rendu par notre Cour.

[114] À mon avis, décider de ne pas suivre une jurisprudence aussi récente donne lieu à une incertitude inacceptable. Cela est d’autant plus vrai lorsque, comme en l’espèce, la question n’a pas été soulevée. Il n’a jamais été controversé entre les parties que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte et nulle partie n’a soutenu que la présomption de retenue judiciaire jouait ni que la jurisprudence *Georgia Strait* était mal fondée.

[115] De plus, la Cour suprême a déjà suivi la norme de la décision correcte en ce qui concerne ce genre de décisions. Par exemple, par l’arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560, la Cour suprême observait au paragraphe 25 :

L’issue du présent pourvoi est tributaire des interprétations contradictoires du *Règlement AC*. En matière d’interprétation législative, la retenue judiciaire ne s’applique pas à l’opinion du ministre. La Cour d’appel fédérale a à juste titre affirmé que la norme de contrôle applicable en la matière est celle de la décision correcte.

[116] La Cour suprême a également eu recours, sans toutefois avoir fait l’analyse de la norme de contrôle, à la norme de la décision correcte pour examiner l’interprétation donnée par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration à une disposition de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*); *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51,

*Citizenship and Immigration*); *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, at paragraph 71, the Supreme Court accepted the joint submission of the parties that correctness should be applied to a visa officer's interpretation of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. Under the *Immigration Act*, a "visa officer" was an "immigration officer stationed outside Canada and authorized by order of the Minister [of Citizenship and Immigration] to issue visas" (subsection 2(1) of the *Immigration Act*). A visa officer was, therefore, a delegate of the Minister.

[2005] 2 R.C.S. 539). Dans l'affaire *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, au paragraphe 71, la Cour suprême a retenu la thèse conjointe des parties selon laquelle c'est la norme de la décision correcte qui devait s'appliquer à l'interprétation effectuée par des agents des visas de dispositions de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, l'« agent des visas » était l'« [a]gent d'immigration en poste à l'étranger et autorisé par arrêté du ministre [de la Citoyenneté et de l'Immigration] à délivrer des visas » (paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*). L'agent des visas était donc un délégué du ministre.

#### The Interpretation of "Innovative Drug"

[117] Turning to the issue of the correct interpretation of the definition of "innovative drug," as my colleague notes, attention must be paid to the text, context and purpose surrounding the provision at issue.

[118] For ease of reference, I repeat the definition of "innovative drug" contained in subsection C.08.004.1(1) (emphasis added):

**C.08.004.1** (1) The following definitions apply in this section.

...

"innovative drug" means a drug that contains a medicinal ingredient not previously approved in a drug by the Minister and that is not a variation of a previously approved medicinal ingredient such as a salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph. (*drogue innovante*)

#### The text

[119] Words of a provision are to be read in their ordinary, grammatical sense. Where the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning is to play a dominant part in the interpretive process.

#### Interprétation de l'expression « drogue innovante »

[117] S'agissant de la question de l'interprétation correcte de la définition du terme « drogue innovante », il faut, comme le souligne mon collègue tenir compte du texte, du contexte et de l'objet de la disposition en cause.

[118] Par souci de commodité, je reproduis de nouveau la définition de l'expression « drogue innovante » qui figure au paragraphe C.08.004.1(1) (non souligné dans l'original) :

**C.08.004.1** (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

[...]

« drogue innovante » S'entend de toute drogue qui contient un ingrédient médicinal non déjà approuvé dans une drogue par le ministre et qui ne constitue pas une variante d'un ingrédient médicinal déjà approuvé tel un changement de sel, d'ester, d'énantiomère, de solvate ou de polymorphe. (*innovative drug*)

#### Le texte

[119] Les mots utilisés dans une disposition doivent être lus selon leur sens ordinaire et grammatical. Lorsque les mots figurant dans une disposition sont précis et sans équivoque, le sens ordinaire des mots doit jouer un rôle prépondérant dans le processus d'interprétation.

[120] The *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993 edition) [Oxford: Clarendon Press] defines the phrase “such as” to mean “for example.” This is consistent with the common usage of the phrase. To illustrate, “I like dogs that do not shed, such as Kerry Blue and Soft Coated Wheaten terriers.” Kerry Blue and Soft Coated Wheaten terriers are examples of non-shedding dogs.

[121] Reading the definition in its ordinary, grammatical sense, an “innovative drug” is one that:

i. Contains a medicinal ingredient not previously approved in a drug by the Minister; and

ii. Is not a variation of a previously approved medicinal ingredient.

[122] To aid in the interpretation of what constitutes a “variation” five examples are cited in the definition of “innovative drug”. Salts, esters, enantiomers, solvates and polymorphs are listed as examples of molecular structures that are variations of a previously approved medicinal ingredient. The Governor in Council would have created an incoherent scheme if the enumerated examples of variations are, in some unarticulated circumstances, not variations. The interpretation that all of the listed examples are variations avoids such incoherence.

[123] In my view, the definition is sufficiently precise that its ordinary meaning should play the dominant role in its interpretation. However, notwithstanding my view as to the clarity of the language used, it is necessary to consider the context and purpose of the definition.

#### The context

[124] I agree that the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) which accompanied the Data Protection Regulations provides useful contextual

[120] Le *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (édition de 1993) [Oxford : Clarendon Press] indique que l’expression « *such as* » (« tel ») signifie « par exemple ». Cette définition est conforme à l’usage courant de ce mot. Je propose la phrase suivante pour illustrer ma pensée : « J’aime les chiens qui ne perdent pas leurs poils, comme les terriers kerry-blue et les terriers à poil doux couleur blé ». Les terriers kerry-blue et les terriers à poil doux couleur blé sont des exemples de chiens qui ne perdent pas leurs poils.

[121] L’interprétation de la définition de l’expression « *drogue innovante* » dans son sens ordinaire et grammatical :

i. contient un ingrédient médicinal non déjà approuvé dans une drogue par la/le ministre; et

ii. n’est pas une variante d’un ingrédient médicinal déjà approuvé.

[122] Pour faciliter l’interprétation du terme « variante », cinq exemples de drogues innovantes sont mentionnés dans la définition. Les sels, esters, énantiomères, solvates et polymorphes sont donnés comme exemples de structures moléculaires qui sont des variantes d’un ingrédient médicinal déjà approuvé. Le gouverneur en conseil aurait établi un régime incohérent si les exemples de variantes énumérées étaient, dans certaines circonstances non définies, autre chose que des variantes. L’interprétation selon laquelle tous les exemples cités représentent des variantes évite cette incohérence.

[123] À mon avis, la définition est suffisamment précise pour que son sens ordinaire doive jouer le rôle principal dans son interprétation. Cependant, malgré mon opinion sur la clarté des termes utilisés, il faut prendre en compte le contexte et l’objet de la définition.

#### Le contexte

[124] Je reconnais que le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (le REIR) qui était joint au Règlement sur la protection des données fournit des

information. Under the heading “Innovative Drug”, the RIAS [at page 1496] advises (emphasis added):

#### Innovative Drug

The definition of “innovative drug” specifically prohibits innovators from obtaining additional terms of data protection for variations of medicinal ingredients. The list of variations is not exhaustive, but rather meant to give examples of the types of variations not considered for protection. The exclusion of variations of a previously approved medicinal ingredient from the scope of protection was introduced to avoid the granting of an additional eight years of protection where an innovator seeks approval for a minor change to a drug. For other arguable variations not included in the list, such as metabolites, an assessment will be made as to whether or not approval is being sought primarily on the basis of previously submitted clinical data (i.e. without the support of new and significant clinical data) or not. This position is consistent with both NAFTA and TRIPS which only require the granting of protection for undisclosed data, the origination of which involved a considerable effort.

[125] The second sentence of the RIAS is consistent with interpreting the enumerated substances in the definition all to be variations of a previously approved medical ingredient.

[126] Also consistent with this interpretation is the later sentence which commences: “[f]or other arguable variations not included in the list”. It is only for substances other than salts, esters, enantiomers, solvates and polymorphs that it is necessary to consider the nature of the previously submitted clinical data.

[127] Also significant is the third paragraph in the RIAS under the heading “Consultation” which states (underlining added):

#### *Consultation*

...

Proponents for the innovative drug industry supported the eight-year term of data protection but urged the government

renseignements contextuels utiles. Voici un extrait de ce document sous la rubrique « Drogue innovante » [à la page 1496] (non souligné dans l’original) :

#### Drogue innovante

La définition de « drogue innovante » interdit spécifiquement aux innovateurs d’obtenir une période supplémentaire de protection des données du fait qu’ils ont varié les ingrédients médicinaux. La liste des variations n’est pas exhaustive, mais se veut plutôt une liste d’exemples des types de variations qui n’avaient pas été prises en compte en matière de protection. L’exclusion de variations d’un ingrédient médicinal préalablement approuvé de la portée de la protection a été adoptée afin d’éviter l’octroi d’une période de protection supplémentaire de huit années quand un innovateur tente de faire approuver une modification mineure à un médicament. Pour d’autres variations douteuses qui ne sont pas incluses sur la liste, comme les métabolites, une évaluation sera effectuée dans le but de déterminer si oui ou non l’approbation demandée est principalement fondée sur des données cliniques préalablement soumises (c.-à-d. sans l’appui de données cliniques nouvelles et significatives). Cette position est conforme à l’ALÉNA et aux dispositions des ADPIC qui n’exigent l’octroi d’une protection que pour les données non divulguées, dont la création nécessite un effort considérable.

[125] La deuxième phrase de l’extrait du REIR confirme l’interprétation de la nature des substances énumérées dans la définition selon laquelle elles sont toutes des variantes de l’ingrédient médicinal déjà approuvé.

[126] La dernière phrase qui commence par les mots « [p]our d’autres variations douteuses qui ne sont pas incluses sur la liste » est aussi conforme à cette interprétation. Ce n’est que dans le cas des substances autres que les sels, esters, énantiomères, solvates et polymorphes qu’il faut prendre en compte la nature des données cliniques déjà soumises.

[127] Le troisième paragraphe du REIR, sous la rubrique « Consultations », est également pertinent (non souligné dans l’original) :

#### *Consultations*

[...]

Les supporters de l’industrie des drogues innovantes étaient favorables à la protection de huit ans, mais ils incitaient

to adopt a data protection period consistent with that of the European Union. The innovative drug industry requested that the scope of data protection be expanded to include product variations that have different safety and efficacy profiles from the original product, such as metabolites, enantiomers, salts and esters. In addition, they requested that the term of data protection be extended for new indications for previously approved compounds and on the switch of a product from prescription to non-prescription status. They also noted that the current language inadequately reflects the intent of providing protection to the original medicinal ingredient, and all products incorporating that medicinal ingredient, including combination products, different formulations and polymorphs.

[128] The significance of this passage is that prior to the amendment of the Data Protection Regulations in 2006, the Governor in Council focused on the specific issue of whether data protection should be extended to enantiomers and the like, and concluded that it should not. The Governor in Council's decision must be respected.

#### Purpose

[129] The Data Protection Regulations were intended to implement Canada's obligations under the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS Agreement), both cited at paragraph 71 of my colleague's reasons. This is reflected in subsection C.08.004.1(2) of the Data Protection Regulations.

[130] Under paragraph 5 of Article 1711 of NAFTA (set out at paragraph 72 of my colleague's reasons), a party is required to protect pharmaceutical products that utilize "new chemical entities". Paragraph 3 of Article 39 of the TRIPS Agreement is of similar effect.

vivement le gouvernement à adopter une période de protection des données similaire à celle de l'Union européenne. L'industrie des drogues innovantes demandait que la portée de la protection des données soit élargie afin d'englober les variations de produits qui ont des profils différents d'innocuité et d'efficacité comparativement au produit original, comme les métabolites, les énantiomères, les sels et les esters. De plus, elle demandait que la période de protection des données soit prolongée pour les nouvelles indications qui s'appliquent à des composés préalablement approuvés et pour le passage d'un produit du statut de médicament sur ordonnance à celui de médicament en vente libre. Elle a également fait remarquer que le libellé actuel ne va pas dans le sens de l'intention d'assurer la protection de l'ingrédient médicinal original, et de tous les produits qui contiennent cet ingrédient médicinal, y compris les combinaisons de produits, les différentes formulations et les polymorphes.

[128] Cet extrait fait référence au fait qu'avant la modification du Règlement sur la protection des données en 2006, le gouverneur en conseil avait porté son attention sur la question de savoir si la protection des données devait être élargie pour englober les énantiomères et les substances semblables et il avait conclu que ce ne devait pas être le cas. Il faut respecter la décision du gouverneur en conseil.

#### Objet

[129] Le Règlement sur la protection des données était censé permettre au Canada de s'acquitter des obligations qu'il avait contractées dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC), cités tous les deux au paragraphe 71 des motifs de mon collègue. Ces obligations figurent au paragraphe C.08.004.1(2) du règlement sur la protection des données.

[130] En vertu du paragraphe 5 de l'article 1711 de l'ALÉNA (reproduit au paragraphe 72 des motifs de mon collègue), une partie est tenue de protéger les produits pharmaceutiques qui utilisent des « éléments chimiques nouveaux ». Le paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC est du même ordre.

[131] These obligations required the Governor in Council to consider what constitutes “new chemical entities” when crafting the Data Protection Regulations. It was open to the Governor in Council to decide, as a matter of policy, that salts, esters, enantiomers, solvates and polymorphs were not sufficiently different to be “new chemical entities”. If, as the appellant argues, the Data Protection Regulations are under inclusive, this is a matter for the Governor in Council to remedy. This Court ought not to thwart the decision of the Governor in Council as expressed in the definition of “innovative drug” and in its rejection of the request by the innovative drug industry that data protection be extended to salts, esters, enantiomers, solvates and polymorphs.

#### Takeda’s Allegation of Procedural Unfairness

[132] As I would dismiss the appeal it is necessary to consider the appellant’s alternate argument that the Minister breached the duty of fairness she owed to it by granting data protection to the enantiomer Precedex and the esters AVAMYS and TORISEL.

[133] In my view this argument must fail for the following reasons.

[134] First, I see no error in the Federal Court’s conclusion that the process afforded to Takeda was fair “as it provided an opportunity to present written submissions and reasons were given” (Federal Court reasons, at paragraph 44). On this appeal Takeda does not allege any procedural irregularity. Rather, it complains about the result of the process.

[135] Second, the essence of Takeda’s argument is that it was inconsistent and unfair of the Minister to refuse data protection to DEXILANT when such protection was provided to the three drugs listed above. However,

[131] Pour satisfaire à ces obligations, le gouverneur en conseil devait définir la nature des « éléments chimiques nouveaux » lorsqu’il a élaboré le Règlement sur la protection des données. Il était loisible au gouverneur en conseil de décider, dans le cadre de la politique qu’il voulait adopter, que les sels, esters, énantiomères, solvates et polymorphes n’étaient pas suffisamment différents pour constituer des « éléments chimiques nouveaux ». Si, comme le soutient l’appelante, le Règlement sur la protection des données est trop restrictif, il revient au gouverneur en conseil de corriger la situation. Il ne revient pas à la Cour de contrecarrer la décision du gouverneur en conseil exprimée dans la définition du terme « drogue innovante » et son rejet de la demande de l’industrie des drogues innovantes qui souhaitait que la protection des données soit élargie pour englober les sels, esters, énantiomères, solvates et polymorphes.

#### Allégation de Takeda relativement à un manquement à l’équité procédurale

[132] Étant donné que je rejeterais l’appel, il me faut discuter l’argument subsidiaire de l’appelante selon lequel la ministre a manqué à l’obligation d’équité à laquelle elle avait droit en accordant la protection des données relatives à l’énantiomère Precedex et aux esters AVAMYS et TORISEL.

[133] À mon avis, cet argument doit être rejeté par les motifs ci-après.

[134] Premièrement, je ne constate aucune erreur dans la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle le processus dont a bénéficié Takeda était équitable « car elle a eu la possibilité de présenter des observations écrites et la décision rendue a été motivée » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 44). Dans le cadre du présent appel, Takeda ne fait état d’aucune irrégularité procédurale. Elle se plaint plutôt de l’issue du processus.

[135] Deuxièmement, Takeda avance essentiellement que la ministre a agi de façon incohérente et inéquitable en refusant d’accorder la protection des données relatives au DEXILANT alors que cette protection avait été

as my colleague notes at paragraph 59 of his reasons, the Minister's interpretation of the definition of innovative drug in other cases is not determinative of the accuracy of the interpretation. Under correctness review, courts are required to interpret for themselves the language used in legislation and regulations.

Conclusion

[136] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

PELLETIER J.A.: I agree.

accordée aux trois drogues énumérées ci-dessus. Cependant, comme mon collègue le souligne au paragraphe 59 de ses motifs, l'interprétation faite par le ministre de la définition de l'expression « drogue innovante » dans d'autres affaires n'est pas concluante. En effet, selon la norme de contrôle de la décision correcte, le juge est tenu d'interpréter lui-même les mots utilisés dans les lois et les règlements.

Conclusion

[136] Par ces motifs, je rejeterais l'appel avec dépens.

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

A-243-11  
2013 FCA 15

A-243-11  
2013 CAF 15

**Christian Martin** (*Applicant*)

**Christian Martin** (*appellant*)

v.

c.

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

**Procureur général du Canada** (*intimé*)

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

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

Federal Court of Appeal, Nadon, Dawson and Stratas J.J.A.—Toronto, September 18, 2012; Ottawa, January 24, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Dawson et Stratas, J.C.A.—Toronto, 18 septembre 2012; Ottawa, 24 janvier 2013.

*Employment Insurance — Judicial review of Umpire's decision allowing Canada Employment Insurance Commission's appeal from Board of Referees' decision holding that applicant qualified for benefit period by virtue of Employment Insurance Act, s. 12(4) — Board finding that applicant entitled to receive 35 weeks of parental benefits notwithstanding that spouse thereof already approved for 35 weeks of parental benefits — Board thereby reversing Commission's determination that applicant not entitled to 35 weeks of parental benefits — Applicant's spouse giving birth to twin girls — Applicant filing application for parental benefits with Commission — Claiming maximum 35 weeks of benefits available to care for children, requesting that claim be considered separately from that of spouse — Umpire holding that Board erring in interpreting relevant provisions of Act; that Act, ss. 2(1), 7, 8, 12, 23 not infringing applicant's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1); that Board correctly determining not having jurisdiction to address applicant's Charter issues — Whether Umpire erring in concluding that Act not allowing each parent of twins to receive 35 weeks of parental benefits; whether correctly determining that Board not having jurisdiction to decide Charter issues; whether erring in determining that parental benefit provisions of Act not infringing Charter, s. 15(1) — No basis to conclude that Umpire's interpretation of relevant provisions resulting from error therefrom; Umpire's decision constituting correct interpretation of Act — Act, ss. 12(3)(b), 12(4)(b), 23 examined in particular herein — Umpire's interpretation thereof entirely consistent with purpose of parental benefits established by Act, nature of employment scheme — Umpire properly holding that Board correctly deciding not having jurisdiction to address Charter issues — Correctly finding bound by Supreme Court of Canada decision in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment Insurance Commission)*; that Act expressly giving Umpire, not Board, power to decide questions of law — Umpire not erring in determining, under second part of Charter, s. 15 test, that distinction made by Act between parents of twins, others not creating disadvantage by perpetuating prejudice or*

*Assurance-emploi — Contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un juge-arbitre a accueilli l'appel interjeté par la Commission de l'assurance-emploi du Canada de la décision rendue par un conseil arbitral qui a statué que l'appelant était admissible à la période de prestations visée à l'art. 12(4) de la Loi sur l'assurance-emploi — Le conseil arbitral a conclu que l'appelant avait droit à 35 semaines de prestations parentales même si son épouse avait obtenu, elle aussi, 35 semaines de telles prestations — Le conseil arbitral a ainsi infirmé la décision de la Commission portant que l'appelant n'avait pas droit à ces 35 semaines de prestations parentales — L'épouse de l'appelant a donné naissance à des jumelles — L'appelant a présenté une demande de prestations parentales auprès de la Commission — Il a sollicité, pour les soins à donner à ses enfants, la période maximale prévue de 35 semaines de prestations et a demandé que sa demande soit examinée de manière distincte de celle de son épouse — Le juge-arbitre a statué que le conseil arbitral avait interprété erronément les dispositions pertinentes de la Loi; que les art. 2(1), 7, 8, 12 et 23 ne portaient pas atteinte aux droits que tire l'appelant de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés; que le conseil arbitral a eu raison de statuer qu'il n'avait pas compétence pour connaître les moyens tirés de la Charte par l'appelant — Il s'agissait de savoir si le juge-arbitre a commis une erreur en concluant que la Loi ne permettait pas à chacun des parents de jumeaux d'obtenir 35 semaines de prestations parentales; s'il a correctement conclu que le conseil arbitral n'avait pas compétence pour connaître les moyens puisés dans la Charte; et s'il a commis une erreur en concluant que les dispositions sur les prestations parentales de la Loi ne portaient pas atteinte à l'art. 15(1) de la Charte — Rien ne permettait de conclure que l'interprétation des dispositions pertinentes par le juge-arbitre était erronée; le juge arbitre a interprété correctement la Loi pour statuer — Les art. 12(3)b), 12(4) et 23 de la Loi ont fait l'objet d'un examen particulier en l'espèce — L'interprétation du juge-arbitre était parfaitement compatible avec le but visé par les prestations parentales instaurées par la Loi et avec la nature du régime d'assurance-emploi — Le*

*stereotyping — Carefully considering evidence, submissions put forward by applicant; considering contextual factors set by case law on Charter, s. 15 inquiries — Application dismissed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Applicant's spouse giving birth to twin girls — Board finding that applicant entitled to receive 35 weeks of parental benefits notwithstanding that spouse thereof already approved for 35 weeks of parental benefits — Umpire allowing Canada Employment Insurance Commission's appeal from that decision — Umpire holding that Act, ss. 2(1), 7, 8, 12, 23 not infringing applicant's rights under Charter, s. 15(1) — Umpire not erring in determining, under second part of Charter, s. 15 test, that distinction made by Act between parents of twins, others not creating disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping — Carefully considering evidence, submissions put forward by applicant; considering contextual factors set by case law on Charter, s. 15 inquiries.*

This was an application for judicial review of an Umpire's decision allowing the Canada Employment Insurance Commission's appeal from a decision of the Board of Referees holding that the applicant was qualified for a benefit period by virtue of subsection 12(4) of the *Employment Insurance Act*. More particularly, the Board found that the applicant was entitled to receive 35 weeks of parental benefits notwithstanding that his spouse had applied and been approved for 35 weeks of parental benefits. It thus reversed the Commission's determination that the applicant was not entitled to 35 weeks of parental benefits on the basis that multiple births and adoptions are treated as single births and adoptions. The Board also held that it had no jurisdiction to deal with the applicant's arguments involving the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that, in the alternative, in denying him the right to parental benefits, the provisions of the Act at

*juge-arbitre a eu raison de statuer que le conseil arbitral a conclu à bon droit qu'il n'avait pas compétence pour connaître des moyens puisés dans la Charte — Le juge-arbitre a conclu à bon droit que la décision de la Cour suprême dans Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration) lui était opposable; et que la Loi confère au juge-arbitre, et non au conseil arbitral, le pouvoir explicite de décider les questions de droit — Le juge-arbitre n'a pas commis d'erreur en concluant, au regard du deuxième élément du critère de l'art. 15 de la Charte, que la distinction opérée par la Loi entre les parents de jumeaux et les autres parents ne donnait pas lieu à un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes — Le juge-arbitre a pesé avec soin les éléments de preuve et les observations présentés par l'appelant; il a pris en compte les facteurs contextuels énoncés par la jurisprudence sur les analyses de l'art. 15 de la Charte — Demande rejetée.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'épouse de l'appelant a donné naissance à des jumelles — Le conseil arbitral a conclu que l'appelant avait droit à 35 semaines de prestations parentales même si son épouse avait obtenu, elle aussi, 35 semaines de telles prestations — Le juge-arbitre a accueilli l'appel interjeté par la Commission de l'assurance-emploi du Canada de cette décision — Le juge-arbitre a statué que les art. 2(1), 7, 8, 12 et 23 de la Loi ne portaient pas atteinte aux droits que tire l'appelant de l'art. 15(1) de la Charte — Le juge-arbitre n'a pas commis d'erreur en concluant, au regard du deuxième élément du critère de l'art. 15 de la Charte, que la distinction opérée par la Loi entre les parents de jumeaux et les autres parents ne donnait pas lieu à un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes — Le juge-arbitre a pesé avec soin les éléments de preuve et les observations présentés par l'appelant; il a pris en compte les facteurs contextuels énoncés par la jurisprudence sur les analyses de l'art. 15 de la Charte.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un juge-arbitre a accueilli l'appel interjeté par la Commission de l'assurance-emploi du Canada de la décision rendue par un conseil arbitral qui a statué que l'appelant était admissible à la période de prestations visée au paragraphe 12(4) de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Le conseil arbitral a plus particulièrement conclu que l'appelant avait droit à 35 semaines de prestations parentales même si son épouse avait demandé, et obtenu, elle aussi, 35 semaines de telles prestations. Le conseil arbitral a par conséquent infirmé la conclusion de la Commission portant que l'appelant n'avait pas droit à ces 35 semaines de prestations parentales au motif que la naissance ou l'adoption de plusieurs enfants était assimilée à la naissance ou à l'adoption d'un seul. Le conseil arbitral a également statué qu'il n'avait pas compétence pour connaître les moyens soulevés par l'appelant en vertu de la

issue infringed his rights under subsection 15(1) of the Charter.

The applicant's spouse gave birth to twin girls. The applicant filed an application for parental benefits with the Commission, indicating that he was claiming the maximum 35 weeks of benefits available for the care of his children. He later wrote again requesting that his claim for parental benefits be considered separately from that made by his spouse whose application for 35 weeks of parental benefits had already been approved by the Commission.

On appeal, the Board determined that the effect of paragraph 12(4)(b) of the Act was to limit a claimant to 35 weeks of benefits for the care of a child resulting from a single pregnancy. It found that the combined effect of subsections 12(1) and 12(4) with paragraph 12(3)(b) of the Act was that each claimant (applicant and his spouse) could make a claim under paragraph 12(3)(b). As for the Umpire, he held that the Board had erred in its interpretation of the relevant provisions of the Act. He stated that subsection 12(4) of the Act clearly supported the respondent's position that the maximum number of weeks of parental benefits allowable was 35 weeks whether one or more children were born of a single pregnancy. The Umpire also held that subsection 2(1) and sections 7, 8, 12 and 23 of the Act did not infringe the applicant's rights under subsection 15(1) of the Charter and that the Board had correctly determined that it had no jurisdiction to address the Charter issues raised by the applicant.

The issues were whether the Umpire erred in concluding that the Act did not allow each parent of twins to receive 35 weeks of parental benefits; whether he correctly determined that the Board did not have jurisdiction to decide the Charter issues; and whether he erred in determining that the parental benefit provisions of the Act did not infringe subsection 15(1) of the Charter.

*Held*, the application should be dismissed.

The applicant argued that the Umpire read paragraph 12(4)(b) of the Act out of context and without resort to proper principles of interpretation, claiming that a proper interpretation of the Act leads to the conclusion that he and his spouse were entitled to two parental leaves. The interpretation proposed by the applicant could not be right since it flew in the face of Parliament's clear intention in enacting the provisions at issue. There was no basis to conclude that the

*Charte canadienne des droits et libertés*, et que, de manière subsidiaire, en le privant du droit à des prestations parentales, les dispositions en cause de la Loi portaient atteinte aux droits qu'il tire du paragraphe 15(1) de la Charte.

L'épouse de l'appelant a donné naissance à des jumelles. L'appelant a présenté à la Commission une demande de prestations parentales par laquelle il sollicitait, pour les soins à donner à ses enfants, la période maximale prévue de 35 semaines de prestations. Plus tard, l'appelant a de nouveau écrit à la Commission afin que sa demande de prestations parentales soit examinée de manière distincte de celle de son épouse, dont la demande de 35 semaines de prestations avait déjà été approuvée par la Commission.

En appel, le conseil arbitral a statué qu'en vertu du paragraphe 12(4) de la Loi, le prestataire n'avait droit qu'à 35 semaines de prestations pour les soins à donner à l'enfant issu d'une seule et même grossesse. Il a estimé que, par effet conjugué des paragraphes 12(1) et (4) et de l'alinéa 12(3)b) de la Loi, chaque prestataire (c.-à-d. l'appelant et son épouse) pouvait demander des prestations en vertu de l'alinéa 12(3)b). Quant au juge-arbitre, il a statué que le conseil arbitral avait interprété erronément les dispositions pertinentes de la Loi. Il s'est dit d'avis que le paragraphe 12(4) de la Loi allait clairement dans le sens de la thèse de l'intimé voulant que le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations parentales puissent être versées fût de 35 pour une même grossesse, qu'un ou plusieurs enfants en soient issus. Le juge-arbitre a également statué que ni le paragraphe 2(1), ni les articles 7, 8, 12 et 23 de la Loi ne portaient atteinte aux droits que tire l'appelant du paragraphe 15(1) de la Charte et que le conseil arbitral avait eu raison de conclure qu'il n'avait pas compétence pour connaître des moyens tirés de la Charte par l'appelant.

Il s'agissait de savoir si le juge-arbitre a commis une erreur en concluant que la Loi ne permettait pas à chacun des parents de jumeaux d'obtenir 35 semaines de prestations parentales; s'il a correctement conclu que le conseil arbitral n'avait pas compétence pour connaître des moyens puisés dans la Charte; et s'il a commis une erreur en concluant que les dispositions sur les prestations parentales de la Loi ne portaient pas atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte.

*Arrêt* : la demande doit être rejetée.

L'appelant a soutenu que le juge-arbitre a interprété le paragraphe 12(4) de la Loi sans tenir compte du contexte et sans appliquer les principes d'interprétation appropriés, faisant valoir que l'interprétation correcte de la Loi appelle la conclusion que lui et son épouse ont chacun droit à un congé parental. L'interprétation proposée par l'appelant ne pouvait pas être la bonne, car elle allait à l'encontre de l'intention manifeste du législateur lorsqu'il a adopté les dispositions en

Umpire's interpretation resulted from an error on his part; his decision was the correct interpretation of the Act.

Paragraphs 12(3)(b) and 12(4)(b) of the Act were examined. Based on these provisions, a claimant may receive, during a benefit period, benefits for a maximum period of 35 weeks for the care of one or more newborn children. Benefit periods are established for an individual claimant and are thus claimant specific. Consequently, during that benefit period, paragraph 12(3)(b) limits to one period of 35 weeks the benefits that a mother or father, as individual and separate claimants, can receive for the care of children. This limit however is subject to a further limit found in paragraph 12(4)(b) which restricts or limits the period in which parental benefits may be paid for the care of one or more newborn children. That restriction is a maximum of 35 weeks for the care of all children born of a single pregnancy. As for subsection 23(4), which was of greater relevance herein, it addresses the situation where two major attachment claimants "are caring for a child referred to in subsection (1)" allowing them to divide between them up to 35 weeks for the care of their child or children as the case may be. Under section 23, benefits are available to a major attachment claimant to care for one or more newborn children and, where two major attachment claimants are caring for one or more newborn children of theirs, they may share up to 35 weeks of benefits which are to be divided between them. What section 23 is undoubtedly saying is that two parents who interrupt work to care for one or more newborn children are entitled to a maximum of 35 weeks of benefits which they may divide howsoever they please. When sections 12 and 23 are read together, the only possible conclusion is that 35 weeks of parental benefits are available in respect of the child or children born of a single pregnancy, irrespective of the number of children born of a single pregnancy and of the number of claimants seeking benefits as a result of that pregnancy. This approach was taken by the Umpire and his interpretation was entirely consistent with the purpose of the parental benefits established by the Act and the nature of the employment scheme. The purpose of the parental benefits is to compensate parents for the interruption of earnings which occurs when they cease to work or reduce their work to care for a child or children. The scheme is clearly not driven by the parents' needs or the number of children resulting from a pregnancy.

As to the applicant's argument that the Act establishes two periods of benefits, i.e. a benefit period under sections 9 and 10 of the Act and an amorphous period under subsection

cause. Rien ne permettait de conclure que l'interprétation du juge-arbitre était erronée; il a interprété correctement la Loi pour statuer.

L'alinéas 12(3)b) et le paragraphe 12(4) de la Loi ont été examinés. Selon ces dispositions, le prestataire peut recevoir, au cours d'une période de prestations, un nombre maximal de 35 semaines de prestations pour donner des soins à un ou plusieurs nouveau-nés. Toute période de prestations est établie au profit d'un prestataire particulier, et elle lui est ainsi propre. Pour une telle période, par conséquent, l'alinéa 12(3)b) limite à une seule période de 35 semaines les prestations qu'une mère ou un père, à titre de prestataire individuel et distinct, peut recevoir pour les soins à donner aux enfants. Une autre limite, prévue au paragraphe 12(4), s'ajoute toutefois à celle-ci et restreint la période pendant laquelle des prestations parentales peuvent être versées pour les soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés. La période maximale est de 35 semaines pour tous les enfants issus d'une même grossesse. Quant au paragraphe 23(4), qui revêtait une plus grande importance en l'espèce, il vise la situation où deux prestataires de la première catégorie « prennent soin d'un enfant visé au paragraphe (1) » et permet à ceux-ci de partager entre eux les semaines de prestations, à concurrence de 35, payables pour les soins à donner, selon le cas, à un ou plusieurs enfants. En vertu de l'article 23, le prestataire de la première catégorie peut obtenir des prestations s'il prend soin de son ou de ses nouveau-nés et, lorsque deux prestataires de la première catégorie prennent soin de leur ou de leurs nouveau-nés, ils peuvent se partager entre eux un maximum de 35 semaines de prestations. Ce que prévoit indéniablement l'article 23, c'est que deux parents qui interrompent leur emploi pour prendre soin d'un ou de plusieurs nouveau-nés ont droit à un nombre maximum de 35 semaines de prestations, qu'ils peuvent se partager entre eux, comme bon leur semble. La seule conclusion pouvant être tirée lorsqu'on lit de concert les articles 12 et 23 est qu'à l'égard d'un enfant ou d'enfants issus d'une seule et même grossesse, il est possible d'obtenir 35 semaines de prestations parentales, quel que soit le nombre d'enfants issus d'une seule et même grossesse, et quel que soit le nombre de prestataires voulant obtenir des prestations par suite de cette grossesse. Cette approche a été adoptée par le juge-arbitre et son interprétation était parfaitement compatible avec le but visé par les prestations parentales instaurées par la Loi et avec la nature du régime d'assurance-emploi. On verse les prestations parentales aux parents pour compenser l'arrêt de leur rémunération lorsqu'ils cessent de travailler ou réduisent leurs heures de travail pour prendre soin d'un ou de plusieurs enfants. Le régime n'est manifestement pas axé sur les besoins des parents ou sur le nombre d'enfants issus d'une grossesse.

Quant à l'argument de l'appelant voulant qu'on ait établi dans la Loi deux périodes différentes de prestations (la période de prestations visée aux articles 9 et 10 de la Loi et une

23(2), that approach was an erroneous one. Although there can be no doubt that the benefit period established pursuant to sections 9 and 10 of the Act is specific to a claimant, the period in which parental benefits may be paid under subsection 23(2) is not. That period is tied to the birth of a child or children (subsection 23(2)).

Consequently, based on all of the provisions that were considered in this case, where two parents/claimants interrupt their earnings to care for their child or children, they cannot jointly receive more than 35 weeks in respect of children born of a single pregnancy.

The Umpire held that the Board was correct in deciding that it had no jurisdiction to address the Charter arguments raised by the applicant since the matter had been settled by the Supreme Court of Canada in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment Insurance Commission)*, a decision addressing the Board's jurisdiction to deal with Charter issues that he was bound to follow. The applicant's argument that *Tétreault-Gadoury* was no longer good law given recent decisions of the Supreme Court was rejected. The Umpire correctly found that he was bound by *Tétreault-Gadoury*; the Act expressly gives the Umpire, not the Board, the power to decide questions of law and is silent on the Board's role thereon. The Supreme Court's subsequent decisions did not expressly overturn that decision even though it was given clear opportunities to do so. Therefore, *Tétreault-Gadoury* remains good law.

With respect to the applicant's Charter issue, the Umpire made no error in determining, under the second part of the test regarding Charter, section 15 inquiries, as established by the Supreme Court's decision in *R. v. Kapp*, that the distinction made by the Act between the parents of twins and others did not create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. In making this determination, the Umpire considered the four contextual factors set out by case law. The Umpire correctly pointed out that the scheme of the Act was not intended to address the particular burdens or difficulties experienced by parents but was concerned with compensating parents for the interruption of their earnings resulting from their taking time off to care for their children. Contrary to the applicant's assertions, there was no basis whatsoever that his group (parents of twins or other multiples) suffers from pre-existing disadvantage and vulnerability. It is in the context that the Act intends to benefit different kinds of claimants by providing temporary partial income replacement to those who suffer an interruption of earnings that the Umpire correctly

période amorphe visée au paragraphe 23(2)), c'est là une façon erronée de raisonner. S'il ne fait aucun doute que la période de prestations visée aux articles 9 et 10 de la Loi est établie en fonction spécifiquement du prestataire, il n'en est pas ainsi pour la période pendant laquelle des prestations parentales peuvent être versées au titre du paragraphe 23(2). L'établissement de cette dernière période se rattache à la naissance d'un ou de plusieurs enfants (paragraphe 23(2)).

Par conséquent, selon toutes les dispositions qui ont été examinées en l'espèce, lorsque deux parents/prestataires subissent un arrêt de rémunération pour prendre soin de leur ou de leurs enfants, ils ne peuvent recevoir globalement plus de 35 semaines de prestations à l'égard des enfants issus d'une seule et même grossesse.

Le juge-arbitre a conclu que le conseil arbitral a statué à bon droit qu'il n'avait pas compétence pour connaître des moyens puisés dans la Charte soulevés par l'appelant puisque la Cour suprême du Canada s'était déjà prononcée sur la question dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, une décision qui portait sur la compétence du conseil arbitral à connaître des questions relatives à la Charte et qui lui était opposable. L'argument de l'appelant selon lequel la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* était désormais obsolète compte tenu de la jurisprudence récente de la Cour suprême a été rejeté. Le juge-arbitre a conclu à bon droit que l'arrêt *Tétreault-Gadoury* lui était opposable; la Loi confère au juge-arbitre, et non au conseil arbitral, le pouvoir explicite de décider les questions de droit et ne prévoit aucun rôle pour le conseil arbitral à cet égard. La Cour suprême n'a jamais écarté cette décision explicitement dans sa jurisprudence ultérieure, même si on lui en a fourni de bonnes occasions. Par conséquent, la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* fait autorité.

Quant à la question relative à la Charte, le juge-arbitre n'a pas commis d'erreur en concluant, au regard du deuxième élément du critère relatif aux analyses de l'article 15 de la Charte, tel qu'établi par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Kapp*, que la distinction opérée par la Loi entre les parents de jumeaux et les autres parents ne donnait pas lieu à un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. Pour en arriver à cette conclusion, le juge-arbitre a examiné les quatre facteurs contextuels consacrés par la jurisprudence. Le juge-arbitre a souligné à juste titre que l'objet de la Loi n'était pas de s'attaquer aux difficultés particulières auxquelles les parents font face, mais plutôt de compenser l'arrêt de rémunération des parents qui prennent congé pour prendre soin de leurs enfants. Contrairement à ce que l'appelant a affirmé, rien ne prouvait que ce groupe (les parents de jumeaux ou de plus de deux nouveau-nés) soit victime d'un désavantage préexistant et soit vulnérable. C'est dans le contexte que la Loi vise plutôt à aider divers types de prestataires, en assurant un revenu de remplacement partiel et

found that there was sufficient flexibility in the Act to accommodate the needs of parents of children who impose a greater burden than other children. There was no basis to disagree with the Umpire.

In conclusion, the Umpire carefully considered the evidence and the submissions put forward by the applicant and, in doing so, considered the contextual factors enunciated by the Supreme Court's case law on the matter. He thus made no reviewable error in concluding that the provisions at issue were not discriminatory and hence did not violate subsection 15(1) of the Charter.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15, 24(1).  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.  
*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 2(1), 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 23, 117, 152.05, 152.09.  
*Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, s. 76.21.  
*Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 10.  
*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; *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; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476.

##### CONSIDERED:

*R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Nova Scotia (Worker's Compensation Board) v. Martin*;

temporaire à ceux qui subissent un arrêt de rémunération, que le juge-arbitre a conclu à juste titre que la Loi était suffisamment souple pour répondre aux besoins des parents dont les enfants leur imposent un fardeau plus lourd que d'autres. Rien ne permettait d'être en désaccord avec le juge-arbitre.

Pour conclure, le juge-arbitre a pesé avec soin les éléments de preuve et les observations présentés par l'appelant, et, ce faisant, il a pris en compte les facteurs contextuels énoncés par la jurisprudence de la Cour suprême sur cette question. Par conséquent, il n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle en concluant que les dispositions en cause n'étaient pas discriminatoires et n'étaient donc pas contraires au paragraphe 15(1) de la Charte.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24(1).  
*Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212.  
*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. 52.  
*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 10.  
*Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 2(1), 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 23, 117, 152.05, 152.09.  
*Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332, art. 76.21.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *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; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse*

*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Gunn v. Canada*, 2006 FCA 281, [2007] 3 F.C.R. 57.

## REFERRED TO:

*Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, (1999), 176 D.L.R. (4th) 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 148; *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, 2003 FCA 3, [2003] 2 F.C. 697, leave to appeal to S.C.C. refused [2003] 2 S.C.R. viii; *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; *Chaulk v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 190, [2013] CLLC 240-002; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, (1977), 77 D.L.R. (3d) 112.

## AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPLICATION for judicial review of an Umpire's decision (*Employment Insurance Act (Re)* (2011), CUB 76899) allowing the Canada Employment Insurance Commission's appeal from a decision of the Board of Referees holding that the applicant was qualified for a benefit period by virtue of subsection 12(4) of the *Employment Insurance Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Stephen J. Moreau* for applicant.  
*Nicole Butcher* and *Martin Kreuser* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish LLP*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

(*Workers' Compensation Board*) c. *Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Gunn c. Canada*, 2006 CAF 281, [2007] 3 R.C.F. 57.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 148; *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, 2003 CAF 3, [2003] 2 C.F. 697, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2003] 2 R.C.S. viii; *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; *Chaulk c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 190; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480.

## DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision (*Loi sur l'assurance-emploi (Re)* (2011), CUB 76899) par laquelle un juge-arbitre a accueilli l'appel interjeté par la Commission de l'assurance-emploi du Canada de la décision rendue par un conseil arbitral qui a statué que l'appelant était admissible à la période de prestations visée au paragraphe 12(4) de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Stephen J. Moreau* pour l'appelant.  
*Nicole Butcher* et *Martin Kreuser* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish LLP*, Toronto, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] NADON J.A.: In April 2009, Paula Critchley, the applicant's spouse, gave birth to twin girls. The issue underlying the questions which we must answer in this proceeding is whether the applicant and his spouse are both entitled to 35 weeks of parental benefits under the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (the Act).

[2] Before us is an application for judicial review of a decision of an Umpire (Mr. Justice Zinn of the Federal Court), [*Employment Insurance Act (Re)* (2011)] CUB 76899, dated May 31, 2011, which allowed the Canada Employment Insurance Commission's (the Commission) appeal from a decision of the Board of Referees (the Board) rendered on September 11, 2009.

[3] By its decision, the Board held that the applicant was qualified for a benefit period by virtue of subsection 12(4) of the Act. More particularly, the Board was of the view that the applicant was entitled to receive 35 weeks of parental benefits notwithstanding that his spouse had applied and been approved for 35 weeks of parental benefits. In so concluding, the Board reversed the Commission's determination that the applicant was not entitled to 35 weeks of parental benefits. On May 29, 2009, the Commission had written to the applicant explaining its decision in the following terms:

We are writing to inform you that we cannot pay you parental employment insurance benefits as of April 26, 2009.

This is because you have not proven that you are the parent who will be taking the 35 weeks of parental benefits for this birth. Your children's mother has applied for the 35 weeks of parental [benefits] and you have stated that you are agreeable to her being paid these benefits. I appreciate that you would like to be paid 35 weeks of parental benefits as well due to the fact that your wife gave birth to twins. But a multiple birth or multiple adoption, for purposes of employment benefits, is treated as a single birth or a single adoption.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : En avril 2009, Paula Critchley, l'épouse du demandeur, a donné naissance à des jumelles. La question de fond centrale en l'espèce est de savoir si le demandeur et son épouse ont tous deux le droit de toucher 35 semaines de prestations parentales sous le régime de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la Loi).

[2] Nous sommes saisis d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision du 31 mai 2011 [*Loi sur l'assurance-emploi (Re)* (2011)] (CUB 76899) par laquelle un juge-arbitre (le juge Zinn de la Cour fédérale) a accueilli l'appel interjeté par la Commission de l'assurance-emploi (la Commission) de la décision rendue par un conseil arbitral le 11 septembre 2009.

[3] Le conseil arbitral a statué dans sa décision que le demandeur était admissible à la période de prestations visée au paragraphe 12(4) de la Loi. Le conseil arbitral a plus particulièrement conclu que le demandeur avait droit à 35 semaines de prestations parentales même si son épouse avait demandé, et obtenu, elle aussi, 35 semaines de telles prestations. En tirant cette conclusion, le conseil arbitral a infirmé celle de la Commission portant que le demandeur n'ait pas eu droit à ces 35 semaines de prestations parentales. Le 29 mai 2009, la Commission avait expliqué par écrit, comme suit, sa décision au demandeur :

[TRADUCTION] La présente a pour but de vous informer que nous ne pouvons pas, dans le cadre du régime d'assurance-emploi, vous verser des prestations parentales à partir du 26 avril 2009.

Ce refus est attribuable au fait que vous n'avez pas prouvé que vous êtes le parent qui recevra les 35 semaines de prestations parentales relatives à cette naissance. La mère de vos enfants a présenté une demande afin de toucher les 35 semaines de prestations parentales et vous avez indiqué que vous acceptiez que ces prestations lui soient versées. Je comprends que vous auriez aimé recevoir vous aussi 35 semaines de prestations parentales compte tenu du fait que votre femme a donné naissance à des jumelles. Cependant, aux fins de l'assurance-chômage, la naissance ou l'adoption de plusieurs enfants est traitée comme la naissance ou l'adoption d'un seul enfant.

[4] The Board also held that it had no jurisdiction to deal with the arguments raised by the applicant, and in the alternative, that in denying him the right to parental benefits, the provisions of the Act at issue infringed his rights under subsection 15(1) the *Canadian Charter of Rights and Freedom* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

[5] In allowing the Commission's appeal from the Board's decision, the Umpire held that the Board had erred in its interpretation of the relevant provisions of the Act and that subsection 2(1), and sections 7, 8, 12 and 23 of the Act did not infringe the applicant's rights under subsection 15(1) of the Charter. The Umpire was also of the view that the Board was correct in its determination that it had no jurisdiction to address the Charter issues raised by the applicant.

#### The Facts

[6] The facts are straightforward and are not disputed.

[7] In April 2009, the applicant and his spouse became parents of twin girls. On April 27, 2009, the applicant filed an application for parental benefits with the Commission, in which he indicated that he was claiming the maximum 35 weeks of benefits available for the care of his children. He further stated that he was employed by Natural Resources Canada and that he was taking parental leave for the period of April 24, 2009 to January 11, 2010. Nine days later, on May 6, 2009, the applicant further wrote to the Commission, requesting that his claim for parental benefits be considered separately from that made by his spouse, whose application for 35 weeks of parental benefits had already been approved by the Commission.

[8] As I have already indicated, the Commission wrote to the applicant on May 29, 2009, advising him that his application for 35 weeks of parental benefits could not be accepted because his spouse's application had already

[4] Le conseil arbitral a également statué qu'il n'avait pas compétence pour connaître les moyens soulevés par le demandeur, de manière subsidiaire, selon lesquels, en le privant du droit à des prestations parentales, les dispositions en cause de la Loi portaient atteinte aux droits qu'il tire du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[5] En accueillant l'appel interjeté par la Commission de la décision du conseil arbitral, le juge-arbitre a statué que celui-ci avait interprété erronément les dispositions pertinentes de la Loi et que ni le paragraphe 2(1), ni les articles 7, 8, 12 et 23 de la Loi ne portaient atteinte aux droits que tire le demandeur du paragraphe 15(1) de la Charte. Selon le juge-arbitre, par ailleurs, le conseil arbitral avait eu raison de statuer qu'il n'avait pas compétence pour connaître des moyens tirés de la Charte par le demandeur.

#### Les faits pertinents

[6] Les faits de l'affaire sont simples et sont constants.

[7] En avril 2009, le demandeur et son épouse sont devenus parents de jumelles. Le 27 avril 2009, le demandeur a présenté à la Commission une demande de prestations parentales par laquelle il sollicitait, pour les soins à donner à ses enfants, la période maximale prévue de 35 semaines de prestations. Il a ajouté qu'il était au service de Ressources naturelles Canada et qu'il allait être en congé parental du 24 avril 2009 au 11 janvier 2010. Le demandeur a de nouveau écrit à la Commission 9 jours plus tard, soit le 6 mai 2009, afin que sa demande de prestations parentales soit examinée de manière distincte de celle de son épouse, une demande de 35 semaines de prestations déjà approuvée par la Commission.

[8] Je l'ai dit, la Commission a écrit le 29 mai 2009 au demandeur pour l'informer qu'elle ne pouvait pas accéder à sa demande de 35 semaines de prestations parentales parce qu'elle avait déjà approuvé la demande

been approved, pointing out to the applicant that the Act treated multiple births and adoptions as single births and adoptions.

[9] Not satisfied with the Commission's response, the applicant appealed its decision to the Board which concluded that he and his spouse were separately entitled to 35 weeks of parental benefits under the Act. The Board began by stating the question it had to determine, namely, whether the applicant was disqualified for parental benefits for the care of the children because his spouse had already qualified for benefits for their care. The Board determined that the effect of paragraph 12(4)(b) of the Act was to limit a claimant to 35 weeks of benefits for the care of a child resulting from a single pregnancy, adding that "this subsection allows for a claim for each pregnancy, and not limited to only one pregnancy."

[10] However, in the Board's view, the combined effect of subsections 12(1) and 12(4) with paragraph 12(3)(b) of the Act was that each claimant, i.e. the applicant and his spouse, could make a claim under paragraph 12(3)(b) because a benefit period had been established for each of them and that subsection 12(4) could not be read without reading in the word "to a claimant" at the end of the introductory sentence of the subsection. Consequently, the applicant could claim 35 weeks of parental benefits for one child and his spouse could claim 35 weeks for the other child. Thus, in the Board's view, "the parents' claims are limited to 35 weeks per claimant per child. Two claimants making separate claims for separate child[sic] are entitled to make separate 35 week claims."

[11] The Board's decision led to the Commission's appeal before the Umpire, whose decision is now before us in this judicial review application.

#### The Umpire's Decision

de son épouse, en lui faisant remarquer que, aux termes de la Loi, la naissance ou l'adoption de plusieurs enfants était assimilée à la naissance ou à l'adoption d'un seul.

[9] Insatisfait, le demandeur a porté la décision de la Commission en appel devant le conseil arbitral, qui a conclu que lui et son épouse avaient chacun droit séparément, selon le régime de la Loi, à 35 semaines de prestations parentales. Le conseil arbitral a en premier lieu énoncé la question qu'il lui fallait trancher : le demandeur a-t-il cessé d'être admissible aux prestations parentales pour les soins à donner à ses enfants du fait que son épouse a déjà été reconnue admissible à de telles prestations? Le conseil arbitral a statué qu'en vertu du paragraphe 12(4) de la Loi, le prestataire n'avait droit qu'à 35 semaines de prestations pour les soins à donner à l'enfant issu d'une seule et même grossesse, et ajouté que [TRADUCTION] « cet alinéa permet de présenter une demande pour chaque grossesse et le nombre de grossesses n'est pas limité à une seule ».

[10] Le conseil arbitral a toutefois estimé que, par effet conjugué des paragraphes 12(1) et (4) et de l'alinéa 12(3)(b) de la Loi, chaque prestataire, c.-à-d. le demandeur et son épouse, pouvait demander des prestations en vertu de l'alinéa 12(3)(b) parce qu'une période de prestations avait été établie pour chacun d'eux, et qu'on pouvait uniquement interpréter le paragraphe 12(4) comme comprenant implicitement l'expression « à un prestataire » après les mots introductifs « Les prestations ne peuvent être versées ». Par conséquent, le demandeur pouvait demander 35 semaines de prestations parentales pour un enfant, et son épouse 35 semaines pour l'autre. Ainsi, selon le conseil arbitral, [TRADUCTION] « dans le cadre des demandes que les parents ont présentées, chaque prestataire ne peut recevoir que 35 semaines de prestations par enfant. Deux prestataires qui présentent des demandes distinctes pour des enfants ont tous les deux le droit de demander des prestations pour une période de 35 semaines ».

[11] La Commission a interjeté appel de la décision du conseil arbitral devant le juge-arbitre, et c'est la décision de ce dernier qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

#### La décision du juge-arbitre

[12] The first issue which the Umpire addressed in his reasons was the interpretation of the Act. He began by highlighting the differing interpretations of the Act on which the respective positions of the parties depended, namely: in the case of the respondent, that the Act allowed 35 weeks of parental leave for each pregnancy, irrespective of the number of children resulting from that pregnancy; and, in the case of the applicant, that the Act allowed 35 weeks of parental leave for each child born of a pregnancy, with each parent entitled to a maximum of 35 weeks.

[13] The Umpire then stated that the applicant's interpretation was based on subsection 12(3) of the Act, whereas that of the respondent found its support in subsection 12(4). After reproducing both subsections, the Umpire opined that subsection 12(4) clearly supported the respondent's position that the maximum number of weeks of parental benefits allowable was 35 weeks, whether one or more children were born of a single pregnancy. In so concluding, the Umpire stated that he could not agree with the applicant's submission that it was implicit in subsection 12(4) that its purpose was to limit to 35 weeks the benefits payable to a claimant and that, hence, it did not constitute a cap on the benefits payable, irrespective of the number of claimants. In his view, the interpretation proposed by the applicant, which the Board had accepted, would require him to rewrite subsection 12(4) by adding the words "to a claimant" so that the introductory words of the subsection would read as follows: "The maximum number of weeks for which benefits may be paid to a claimant".

[14] As an additional reason for being unable to agree with the applicant's interpretation, the Umpire indicated that such an interpretation would also allow the parents of a single child to each take 35 weeks of parental leave. Thus, in the Umpire's view: "The 35-week maximum clearly intended to apply to a single child would be eliminated given that subsection 12(4) would apply to a claimant, i.e. to each claimant individually. Thus, each parent of a single child would be entitled to 35 weeks" (Umpire's decision, page 4).

[12] La première question examinée par le juge-arbitre dans ses motifs concernait l'interprétation de la Loi. Le juge-arbitre a d'abord exposé les interprétations divergentes de la Loi qu'avançaient l'une et l'autre partie. Selon le défendeur, la Loi autorisait 35 semaines de congé parental pour chaque grossesse, peu importe le nombre d'enfants qui en résultait. Selon le demandeur, la Loi accordait 35 semaines de congé parental pour chaque enfant issu d'une grossesse, chacun des parents ayant droit à un maximum de 35 semaines.

[13] Le juge-arbitre a ajouté que l'interprétation du demandeur se fondait sur le paragraphe 12(3) de la Loi, et celle du défendeur sur le paragraphe 12(4). Le juge-arbitre a ensuite reproduit les deux paragraphes, puis il s'est dit d'avis que le paragraphe 12(4) allait clairement dans le sens de la thèse du défendeur voulant que le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations parentales puissent être versées était de 35 pour une même grossesse, qu'un ou plusieurs enfants en soient issus. Le juge-arbitre a déclaré en tirant cette conclusion qu'il ne pouvait retenir la thèse du demandeur selon laquelle l'objet implicite du paragraphe 12(4) était de restreindre à 35 semaines les prestations payables à un prestataire et qu'ainsi, il n'y avait pas un tel plafond de 35 semaines de prestations disponibles, quel que soit le nombre de prestataires. De l'avis du juge-arbitre, l'interprétation proposée par le demandeur, et acceptée par le conseil arbitral, appellerait la réécriture du paragraphe 12(4) par l'ajout des mots « à un prestataire », de manière à ce qu'il débute par l'expression « Les prestations ne peuvent être versées à un prestataire ».

[14] Le juge-arbitre ne pouvait pas retenir l'interprétation du demandeur, en outre, parce qu'elle aurait aussi permis à chacun des parents d'un seul enfant de prendre un congé parental de 35 semaines. Le juge-arbitre a ainsi déclaré : « Le nombre maximal de 35 semaines qui vise de toute évidence un seul enfant serait éliminé compte tenu du fait que le paragraphe 12(4) s'appliquerait "à un prestataire", c'est-à-dire à chaque prestataire individuellement. Chaque parent d'un seul enfant pourrait donc avoir droit à des prestations pendant 35 semaines » (décision du juge-arbitre, à la page 5).

[15] In the Umpire's view, the Act could only be read as saying that each pregnancy gave rise to 35 weeks of parental benefits. The words "for the care of one or more new-born or adopted children as a result of a single pregnancy or placement", found in subsection 12(4), did not leave any doubt on the issue. The Umpire's reasoning on this point appears, at page 5 of his decision, where he states:

Contrary to the respondent's position, what the Act really says is that every **pregnancy** is worth 35 weeks. The words one **or more** new-born or adopted children **as a result of a single pregnancy** (emphasis added) make this clear. If paragraph 12(4)(b) was intended to simply limit the benefits payable for each child to 35 weeks, it would read for the care of a new-born or adopted child is 35. While the pros and cons of the policy choice to grant the same amount of benefits to parents of one or more children may be debated, this is a debate properly left to Parliament. As a matter of statutory interpretation, the provisions of the Act are clear, and this cannot be changed by arguments relating to the additional burdens that may face the parents of twins.

[16] The Umpire then stated his disagreement with the applicant's submission that subsection 12(4) was there to make clear that the 35 weeks of parental care were available for every new pregnancy and not only once in a claimant's life. Rather, in his opinion, the limitation of 35 weeks of parental care made available by subsection 12(3) was available for each benefit period and, thus, available for a subsequent pregnancy upon establishment of a new benefit period.

[17] The Umpire concluded that part of his decision, at page 5, by stating that the applicant was not entitled to receive parental benefits for the children born in April 2009 because his spouse had applied for 35 weeks of parental benefits, which application the Commission had approved, and that the applicant had consented to her receiving these benefits. Consequently, in the Umpire's view, the Board had wrongly interpreted the relevant provisions of the Act and its decision had to be set aside.

[15] La seule interprétation possible de la Loi, selon le juge-arbitre, était que chaque grossesse donnait ouverture à 35 semaines de prestations parentales. Le passage « dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés d'une même grossesse ou du placement de un ou de plusieurs enfants [...] en vue de leur adoption », au paragraphe 12(4), ne laissait aucun doute sur le sujet. Le juge-arbitre a énoncé comme suit, à la page 5 de sa décision, son raisonnement sur ce point :

Contrairement à ce que pense M. [Martin]., la *Loi* indique en fait que chaque **grossesse** donne droit à 35 semaines de prestations. Le passage « à un **ou plusieurs** nouveau-nés **d'une même grossesse** ou du placement de un ou plusieurs enfants [...] en vue de leur adoption » (j'ai ajouté le caractère gras) l'indique clairement. Si le paragraphe 12(4) visait à limiter simplement les prestations payables pour chaque enfant à 35 semaines, il serait libellé comme suit : « dans le cas de soins à donner à un nouveau-né ou à un enfant placé en vue de son adoption est 35 semaines. » Bien que les avantages et les inconvénients du choix politique d'accorder le même nombre de semaines de prestations aux parents de « un ou plusieurs » enfants puissent faire l'objet d'un débat, c'est au Parlement qu'il incombe de le faire. En ce qui concerne l'interprétation des lois, les dispositions de la *Loi* sont claires et elles ne peuvent être modifiées en raison d'arguments relatifs au fardeau supplémentaire qui est imposé aux parents de jumeaux.

[16] Le juge-arbitre s'est ensuite dit incapable de retenir la thèse du demandeur selon laquelle le paragraphe 12(4) visait à préciser que les 35 semaines de prestations pour soins parentaux pouvaient être demandées à chaque nouvelle grossesse et non pas seulement une seule fois dans la vie d'un prestataire. Plutôt, selon le juge-arbitre, le nombre maximal de 35 semaines de prestations parentales prévu au paragraphe 12(3) était disponible à chaque période de prestations, ce qui permettait de présenter une demande pour une grossesse ultérieure dès qu'une nouvelle période de prestations était établie.

[17] Le juge-arbitre a conclu cette partie de sa décision en déclarant (à la page 6) que le demandeur n'avait pas le droit d'obtenir des prestations parentales pour les enfants nées en avril 2009 puisque son épouse avait déjà demandé 35 semaines de prestations, que la Commission avait approuvé cette demande et que lui-même avait accepté la réception de ces prestations par son épouse. Le juge-arbitre a par conséquent jugé que le conseil arbitral avait interprété erronément les dispositions

[18] The Umpire then turned to the question of whether the Board had jurisdiction to deal with the applicant's Charter arguments. In his view, the matter had already been settled by the Supreme Court of Canada in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22 (*Tétreault-Gadoury*), where the Court held that the Umpire and not the Board had jurisdiction to determine whether sections of the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48], infringed upon the Charter and that he was bound to follow that decision. Further, he rejected the applicant's submission that the Supreme Court had reversed *Tétreault-Gadoury* in its recent decision of *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765 (*Conway*). He expressed his view as follows, at page 8 of his decision:

Further, given that the Supreme Court in *R v Conway* expressly referred to its previous decision in *Tétreault-Gadoury*, had it intended to reverse its finding there, it would have done so more clearly, even though the Act was not at issue in *Conway*. It did not, instead choosing to refer to the consolidation and merger of the existing law; in my view, [*sic*] is further evidence that the finding in *Tétreault-Gadoury* was not reversed. Moreover, the exercise in discerning legislative intent undertaken in *Tétreault-Gadoury* is not implicitly overruled by the principles articulated in *Conway*. There is nothing inconsistent between the Board not having jurisdiction to decide questions of law and the institutional inquiry into Charter jurisdiction provided for in *Conway*.

[19] The Umpire then turned to the applicant's Charter arguments and, more particularly, that subsection 2(1) and sections 7, 8, 12 and 23 of the Act infringed subsection 15(1) of the Charter.

[20] First, the Umpire reviewed the Supreme Court's decisions in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 (*Andrews*); *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 (*Law*); and *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483 (*Kapp*). More particularly, he drew attention to the

pertinentes de la Loi et que sa décision devait être annulée.

[18] Le juge-arbitre a ensuite examiné si le conseil arbitral avait compétence pour connaître des moyens du demandeur puisés dans la Charte. Selon lui, la Cour suprême du Canada s'était déjà prononcée sur la question par l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22 (*Tétreault-Gadoury*) — elle y a statué que le juge-arbitre et non le conseil arbitral avait compétence pour décider si des dispositions de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48] étaient contraires, ou non, à la Charte. Le juge-arbitre s'est dit tenu par cette jurisprudence, et il a rejeté la thèse du demandeur selon laquelle la Cour suprême avait elle-même écarté la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* par son récent arrêt *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765 (*Conway*). Il a exprimé son avis en ces termes (à la page 9 de sa décision) :

De plus, compte tenu du fait que dans l'arrêt *R. c. Conway* la Cour suprême a cité expressément la décision qu'elle avait rendue précédemment dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, si elle avait eu l'intention d'annuler sa décision à ce moment-là, elle l'aurait fait plus clairement, même si la *Loi* n'était pas en cause dans l'arrêt *Conway*. Elle ne l'a pas fait, choisissant plutôt de faire référence à la fusion du droit en vigueur; selon moi, le fait que la décision rendue dans *Tétreault-Gadoury* n'ait pas été infirmée constitue un autre élément de preuve. De plus, l'exercice visant à déterminer l'intention du législateur qui a été fait dans l'affaire *Tétreault-Gadoury* n'est pas implicitement invalidé par les principes énoncés dans l'arrêt *Conway*. Selon l'arrêt *Conway*, il n'y a aucune contradiction entre le fait que le conseil n'ait pas la compétence pour trancher des questions de droit et l'analyse sous l'angle institutionnel de la compétence liée à la *Charte*.

[19] Le juge-arbitre s'est ensuite penché sur les moyens du demandeur fondés sur la Charte, particulièrement celui selon lequel le paragraphe 2(1) et les articles 7, 8, 12 et 23 de la Loi contrevenaient au paragraphe 15(1) de la Charte.

[20] Le juge-arbitre a premièrement passé en revue les arrêts de la Cour suprême *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 (*Andrews*); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 (*Law*); et *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483 (*Kapp*). Le juge-arbitre a tout

Supreme Court's decision in *Kapp*, where the Court set out the applicable test for section 15 inquiries: i.e. whether the law created a distinction based on an enumerated or analogous ground, and whether the distinction created a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping.

[21] The Umpire then discussed the first part of the *Kapp* test. His examination of the relevant facts in the light of the Supreme Court's decisions in *Law; Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Andrews; Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 148; and *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396 (*Withler*), led him to conclude that "[b]eing the parent of twins is an immutable personal characteristic; this appears to be sufficient to establish this status as an analogous ground of discrimination" (Umpire's decision, page 10).

[22] He then turned his attention to whether a distinction had been made on the basis of the applicant's immutable personal characteristic. He answered that question by concluding that the scheme of the Act drew a distinction between the parents of twins and other parents. He reasoned as follows, at page 13:

Here, by assigning benefits based on a single pregnancy, the scheme fails to take into account the true characteristics of the parents of twins because their single pregnancy results in double the number of children without any increase in benefits. This, in effect, is a distinction.

[23] He then addressed the second part of the *Kapp* test, and asked himself whether the distinction created a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. The Umpire concluded that it did not.

[24] In reaching that conclusion, the Umpire analysed the four contextual factors which the Supreme Court in *Law* and *Kapp* set forth as aids to determine whether the distinction created a disadvantage which perpetuated prejudice or stereotyping, namely: (a) pre-existing disadvantage of the claimant; (b) the needs, capacities and

particulièrement porté son attention sur l'arrêt *Kapp*, où la Cour suprême avait énoncé le critère d'analyse visant l'article 15 : la loi en cause opère-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et, le cas échéant, la distinction donne-t-elle lieu à un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes?

[21] Le juge-arbitre a ensuite traité du premier volet du critère de la jurisprudence *Kapp*. L'examen des faits pertinents à la lumière des jurisprudences de la Cour suprême *Law; Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Andrews; Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 148; et *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396 (*Withler*) l'a amené à conclure qu'être « le parent de jumeaux est une caractéristique personnelle immuable, ce qui peut sembler suffisant pour faire de cette situation un motif analogue de discrimination » (décision de l'arbitre, à la page 12).

[22] Le juge-arbitre a ensuite recherché si une distinction avait été opérée sur le fondement de la caractéristique personnelle immuable du demandeur. Il a conclu que la Loi opérait bien une distinction entre les parents de jumeaux et les autres parents. Voici son raisonnement (à la page 15) :

En l'espèce, en accordant des prestations en fonction d'« une seule et même grossesse », la Loi omet de tenir compte des véritables caractéristiques des parents de jumeaux, étant donné que leur « seule et même grossesse » résulte en deux fois plus d'enfants, mais en aucune augmentation des prestations. Cette situation est, dans les faits, une distinction.

[23] Se penchant sur le deuxième élément du critère de la jurisprudence *Kapp*, le juge-arbitre a ensuite recherché si la distinction donnait lieu à un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. Il a conclu par la négative.

[24] Pour tirer cette conclusion, le juge-arbitre a analysé les quatre facteurs contextuels lesquels, selon la Cour suprême, dans les arrêts *Law* et *Kapp*, permettait d'établir si une distinction donnait lieu à un désavantage qui perpétuait un préjugé ou un stéréotype : a) le désavantage préexistant du prestataire; b) les besoins, les

circumstances of the claimant and other groups; (c) whether the benefit has an ameliorative effect for a more disadvantaged group; and (d) the nature of the interest affected.

[25] With regard to the first contextual factor, the pre-existing disadvantage of the claimant, the applicant argued that there was strong evidence that treating the birth of twins and the birth of a single child identically for the purposes of parental benefits perpetuated a distinction and disadvantage. The Umpire disagreed with this submission. In his view, although parental benefits constituted a recognition that children require a period of care following their birth, the purpose of the Act was to provide temporary partial income replacement to a claimant when there was an interruption of earnings due to the birth or placement of a child, adding that what was insured were the earnings of a claimant, and that it was the parents who received the benefits, not the child or children.

[26] The Umpire noted that the scheme of the Act did not consider the burden or difficulty of a particular birth, in that it allowed a claimant a number of weeks of benefits, irrespective of “the amount of care a child or children will require” (Umpire’s decision, page 14). In other words, the Umpire was satisfied that the Act sought to address the need felt by parents to stay at home with a child or children after the birth by providing them with benefits to compensate an interruption of earnings while they cared for their children. At page 14 of his decision, the Umpire stated:

There is no evidence that parents of twins are subject to unfair treatment in society by virtue of the fact that they are parents of twins or that they are not given equal concern, consideration or respect. The fact that caring for twins may involve more work than caring for a single newborn does not prove historical disadvantage that perpetuates prejudice and stereotyping. There is certainly no evidence, in the context of the Act, that parents of twins have experienced historical disadvantage, stereotyping, vulnerability or prejudice caused by their being parents of twins.

capacités et la situation du prestataire et d’autres groupes; c) l’effet d’amélioration d’un avantage eu égard à un groupe désavantagé; d) la nature du droit touché.

[25] Quant au premier facteur contextuel, le désavantage préexistant du prestataire, le demandeur a soutenu qu’il ressortait d’éléments de preuve solides que traiter de manière identique une naissance simple et une naissance multiple aux fins des prestations parentales perpétuait une distinction et un désavantage. Le juge-arbitre a rejeté cette thèse. Selon lui, bien que les prestations parentales existent parce que la Loi reconnaît que les enfants ont besoin que l’on s’occupe d’eux après leur naissance, l’objet de la Loi est de fournir une rémunération de remplacement partielle et temporaire au prestataire qui subit un arrêt de rémunération à la suite de la naissance ou du placement d’un enfant. Le juge-arbitre a ajouté que la Loi assurait la rémunération du prestataire, et que c’étaient les parents qui recevaient les prestations, et non l’enfant ou les enfants.

[26] Le juge-arbitre a souligné que l’économie de la Loi ne tenait pas compte du fardeau ou des difficultés qu’occasionnait une naissance donnée, et prévoyait plutôt le versement au prestataire d’un certain nombre de semaines de prestations, peu importe « le degré de soins qu’il faudra apporter à l’enfant ou aux enfants » (décision du juge-arbitre, à la page 16). Autrement dit, le juge-arbitre a conclu que la Loi visait à répondre au besoin ressenti par les parents de rester à la maison après la naissance d’un ou de plusieurs enfants, en leur accordant des prestations compensant l’arrêt de leur rémunération pour en prendre soin. Il a ensuite déclaré ce qui suit (à la page 16 de sa décision) :

Rien ne prouve que les parents de jumeaux sont victimes d’un traitement inéquitable dans la société en raison du fait qu’ils sont les parents de jumeaux ou qu’ils ne font pas l’objet du même respect, de la même déférence ou de la même considération. Le fait qu’il soit plus difficile de s’occuper de jumeaux que d’un seul enfant ne prouve pas l’existence d’un désavantage historique qui perpétue un préjugé ou l’application de stéréotypes. Il n’existe absolument aucune preuve, dans le contexte de la *Loi*, que les parents de jumeaux ont été victimes d’un désavantage historique, de stéréotypes, d’une vulnérabilité ou de préjugés parce qu’ils étaient les parents de jumeaux.

[27] The Umpire then turned to the second *Kapp* factor, i.e. the correspondence between the grounds and the claimant's actual needs, capacity or circumstances. First, he stated that the main issue which had to be determined was whether the Act took into account the particular situation of those affected and, if it did, then it was less likely to rest on a stereotype.

[28] In his discussion, the Umpire examined subsections 23(4) and 23(5) of the Act, and noted that there was sufficient flexibility in the Act to address the needs and circumstances of most claimants. In particular, he pointed to the fact that under subsection 23(4), parents could divide the weeks of parental benefits, as long as the 35-weeks per single pregnancy were not exceeded. The Umpire added that, similarly to the situation in *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, 2003 FCA 3, [2003] 2 F.C. 697, leave to appeal to the Supreme Court of Canada dismissed, [2003] 2 S.C.R. viii, the matter before him was not one where an entire group or a significant portion of a group had been excluded from benefits, but rather, "that some claimants should receive more benefits than others by virtue of the fact that they are parents of twins" (Umpire's decision, page 15).

[29] In the Umpire's view, considering the various circumstances that could arise in different families, it was not possible to devise a system of parental benefits whereby the needs of every family would be met. In his view, however, "[t]he flexibility inherent in the Act does accommodate, to some extent, the needs of parents of children who impose a relatively greater burden than other children, even though the scheme is not precisely attuned to Mr. [Martin's] situation" (Umpire's decision, page 15).

[30] As a result, the Umpire was of the view that the second factor was neutral in the circumstances.

[27] Le juge-arbitre a ensuite porté son attention vers le second facteur de la jurisprudence *Kapp*, soit le rapport entre les motifs de discrimination et les besoins, les capacités ou la situation réels du prestataire. Il a d'abord déclaré qu'il s'agissait principalement de rechercher si la Loi tenait compte de la situation particulière des personnes en cause, auquel cas il était moins probable qu'il y ait eu discrimination par l'application de stéréotypes.

[28] Le juge-arbitre a examiné dans sa discussion des paragraphes 23(4) et 23(5) de la Loi, et fait remarquer que les dispositions de celle-ci étaient suffisamment souples pour répondre aux besoins de la plupart des prestataires en fonction de leur situation. Il a notamment observé qu'en vertu du paragraphe 23(4), les parents pouvaient partager les semaines de prestations parentales entre eux, à leur gré, à concurrence de 35 semaines pour une seule et même grossesse. Le juge-arbitre a ajouté qu'à l'instar de la situation dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, 2003 CAF 3, [2003] 2 C.F. 697, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [2003] 2 R.C.S. viii, il n'était pas question, dans l'affaire dont il était saisi, d'un groupe entier ou d'une partie importante d'un groupe exclu du bénéfice de prestations, mais plutôt d'un cas où « certains prestataires devraient recevoir davantage de prestations que d'autres en raison du fait qu'ils sont les parents de jumeaux » (décision du juge-arbitre, à la page 17).

[29] Le juge-arbitre a estimé qu'étant donné les diverses situations familiales susceptibles d'exister, il n'était pas possible de mettre en place un régime de prestations familiales qui réponde aux besoins de chaque famille. D'après le juge-arbitre, toutefois, « la souplesse inhérente à la Loi permet de répondre, dans une certaine mesure, aux besoins des parents d'enfants qui imposent un fardeau relativement plus important que les autres enfants, même si le régime n'est pas précisément adapté à la situation de M. [Martin] » (décision du juge-arbitre, à la page 17).

[30] Le juge-arbitre a par conséquent conclu que n'avait aucune incidence, dans un sens ou dans l'autre, le second facteur.

[31] With regard to the third *Kapp* factor, i.e. the ameliorative purpose or effects of the law or program, the Umpire was of the view that that factor was not relevant since the crux of the applicant's submission was that his group, parents of twins, was disadvantaged relative to others, and that there was "no other more relatively disadvantaged group that the Act targets" (Umpire's decision, page 15).

[32] Finally, the Umpire turned to the nature of the interest affected, the last contextual factor, and referred to the Supreme Court's decision in *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703 (*Granovsky*), where the Court indicated that the real question was not whether a claimant had been deprived of a financial benefit, but whether the deprivation promoted the view that persons with temporary disabilities are "less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or, as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect and consideration" [emphasis in original] (*Granovsky*, paragraph 58).

[33] This led the Umpire to state that the only interest affected in the present matter was of an economic nature, adding that the applicant had not succeeded in showing that the denial of benefits "has affected his access to fundamental institutions or a basic aspect of his full membership in Canadian society" (Umpire's decision, page 15). Consequently, the applicant's economic interests did not result in discrimination. The Umpire's rationale appears at page 15 of his decision, where he states:

The real issue in this case is the fact that the Act does not entitle Mr. Martin and his spouse to receive twice as many weeks of parental benefits as the parents of a single child. Contrary to what he submits, he was not excluded from the parental benefits scheme. Rather, he simply chose not to avail himself of the parental benefits so that his spouse could receive the maximum amount of benefits available. I find that the denial of an additional 35 weeks of parental benefits does not result in a denial of access to a fundamental social institution nor does it constitute a complete non-recognition of a group.

[31] Le juge-arbitre a estimé non pertinent le troisième facteur de la jurisprudence *Kapp* — l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi ou du programme en cause — , puisque le demandeur fondait principalement son argumentation sur le fait que le groupe dont il faisait partie, soit les parents de jumeaux, aurait été désavantagé par rapport à d'autres groupes, et que la « *Loi* ne vis[ait] aucun autre groupe relativement plus désavantagé » (décision du juge-arbitre, à la page 17).

[32] Le juge-arbitre a finalement discuté la nature du droit touché, le quatrième et dernier facteur contextuel. Il a renvoyé à l'arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703 (*Granovsky*), où la Cour suprême a déclaré que la question n'était pas véritablement de savoir si le prestataire avait été privé d'un avantage financier, mais plutôt de savoir si cette privation favorisait l'opinion que les individus souffrant d'une déficience temporaire étaient « "moins capables ou [...] moins [dignes] d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération" » [souligné dans l'original] (*Granovsky*, au paragraphe 58).

[33] Le juge-arbitre a déclaré, dans cette perspective, que le seul droit touché dans la présente affaire était de nature économique, et que le demandeur n'avait pas réussi à démontrer que le rejet de sa demande de prestations « avait restreint son accès à une institution fondamentale ou compromis un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne » (décision du juge-arbitre, à la page 17). Le droit économique en cause du demandeur, par conséquent, n'avait pas donné lieu à de la discrimination. Le juge-arbitre a exposé son raisonnement comme suit, à la page 18 de sa décision :

Le véritable nœud de la présente affaire est que la *Loi* ne permet pas à M. [Martin] et à sa conjointe de recevoir deux fois plus de semaines de prestations parentales que les parents d'un seul enfant. Contrairement à ce qu'il prétend, le prestataire n'a pas été exclu du régime de prestations parentales. Il a plutôt simplement choisi de ne pas se prévaloir du bénéfice des prestations parentales de façon à ce que sa conjointe puisse recevoir le plus grand nombre de semaines de prestations possible. Je suis d'avis que le refus de la Commission d'accorder 35 semaines de prestations supplémentaires au prestataire

[34] In considering the above four factors, the Umpire pointed out that he had kept in mind the Supreme Court's admonition in *Kapp* that the contextual factors were not to be rigidly applied as they were simply aids useful in determining whether a distinction resulted in discrimination. Whether one approached the matter from the perspective of a demeaning of dignity, as in *Law*, or whether one approached the issue, as in *Andrews* and *Kapp*, by determining whether the distinction created a disadvantage through the perpetuation of prejudice or stereotyping, there could be no doubt, in the Umpire's opinion, "that discrimination necessarily entails some offence to the way a group is treated in society. Courts must determine whether a distinction impairs the substantive equality section 15 protects" (Umpire's decision, page 15).

[35] The Umpire then stated his view that the applicant had not shown that the Act and the scheme contained therein offended the Charter's promise of substantive equality. He explained his position as follows, at page 16:

The employment insurance scheme does not fail to recognize the concern, respect and consideration due to the parents of twins as members of Canadian society. Although Mr. [Martin] has presented evidence of the burdens occasioned by the birth of his children, the fact that the Act does not grant his family double benefits falls short of demonstrating that the scheme suggests he is less worthy of respect. The importance of context, recognized as a core part of the section 15 analysis at para. 43 of *Withler*, cannot be overstated here. Mr. [Martin] has failed to demonstrate that the parents of twins have faced or do face historical disadvantage, prejudice or stereotyping in Canadian society. Looking to other factors, the financial interest affected here does not impair Mr. [Martin's] full participation in all fundamental aspects of Canadian society, and the benefits to which the [Martin-Critchley] family are entitled, although not precisely corresponding to their enhanced needs as parents of twins, do include them to a significant extent in the employment benefit scheme. From the perspective of a reasonable person in Mr. [Martin's] position, and considering all of the factors discussed above, it simply cannot be said that the employment insurance scheme perpetuates prejudice and stereotyping.

ne restreint pas l'accès à une institution sociétale fondamentale et ne résulte pas en la non-reconnaissance complète d'un groupe.

[34] Le juge-arbitre a souligné que, vu les quatre facteurs contextuels susmentionnés, il avait tenu compte de la mise en garde donnée par la Cour suprême par l'arrêt *Kapp*, à savoir qu'il ne fallait pas appliquer ces facteurs de façon rigide, comme il ne s'agissait que d'aides utiles pour établir si une distinction donnait lieu à une discrimination. Il ne faisait aucun doute selon le juge-arbitre, qu'on aborde l'affaire sous l'angle de l'atteinte à la dignité, comme dans l'affaire *Law*, ou de la question de savoir si la distinction donne lieu à un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes, comme dans les affaires *Andrews* et *Kapp*, que « la discrimination suppose nécessairement le traitement préjudiciable d'un groupe dans la société. Les tribunaux doivent déterminer si une distinction porte atteinte à l'égalité réelle protégée par l'article 15 » (décision du juge-arbitre, à la page 18).

[35] Le juge-arbitre s'est ensuite dit d'avis que le demandeur n'avait pas démontré que la Loi et le régime d'assurance-emploi portaient atteinte au droit à l'égalité réelle garanti par la Charte. Il s'est expliqué comme suit (à la page 18) :

Il est faux de dire que le régime d'assurance-emploi ne reconnaît pas le respect, la déférence et la considération que méritent les parents de jumeaux en tant que membres de la société canadienne. Bien que M. [Martin] ait montré par des éléments de preuve que la naissance de ses enfants lui a imposé un fardeau supplémentaire, le fait que sa famille n'ait pas droit au double des prestations en vertu de la *Loi* ne permet pas de démontrer que le régime suppose qu'il mérite moins de respect. Dans la présente affaire, on ne saurait trop insister sur l'importance du contexte, qui a été reconnu au paragraphe 43 de l'arrêt *Withler* comme un élément fondamental de l'analyse requise par l'article 15. M. [Martin] n'a pas démontré que les parents de jumeaux sont ou ont été victimes d'un désavantage historique, de préjugés ou de stéréotypes dans la société canadienne. Par ailleurs, le droit de nature économique qui est touché en l'espèce n'empêche pas M. [Martin] de participer pleinement à tous les aspects fondamentaux de la société canadienne, et les prestations pouvant être versées à M. [Martin] et à sa conjointe [M<sup>me</sup> Critchley], bien qu'elles ne correspondent pas précisément à leurs besoins supplémentaires en tant que parents de jumeaux, font en sorte qu'ils sont bien servis par le régime d'assurance-emploi. Du point de vue d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation de M. [Martin], et compte tenu de tous les facteurs examinés

[36] The Umpire then went on to emphasize that not every distinction in treatment at law amounted to a violation of section 15. He reasoned as follows, at page 16 of his decision:

The classifying of individuals and groups, the implementation of different provisions respecting such groups, and the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society. The Supreme Court and the Federal Court of Appeal have held that complex social benefits programs, such as the employment insurance program, often make distinctions in order to deliver these programs properly, and that Parliament must be accorded some flexibility in the extension of social benefits. It is entirely legitimate for the government to make choices in the allocation of benefits and it should be permitted a degree of latitude in so doing, as it is an exercise which is almost bound to seem arbitrary to those falling on the wrong side of the line. [Citations omitted]

[37] Finally, relying on the Supreme Court's decision in *Withler*, the Umpire pointed out that policy considerations could be a relevant factor in regard to the second part of the *Kapp* test, noting that the parental benefits allowed by the Act were not needs-based, in that the benefits were not the mirror reflection of the burden or difficulties imposed upon parents by a child's birth. The Umpire then added that the scheme put forward by Parliament was subject to the usual financial constraints faced by all government programs, and that the fact that the Act did not grant greater benefits to the parents of twins did not amount to a failure by Parliament to recognize the additional burden imposed upon parents of twins or triplets, since the Act was blind or neutral to the different burdens imposed by the birth of a child or children.

[38] The Umpire concluded his reasoning as follows, at page 17:

précédemment, on ne peut tout simplement pas dire que le régime d'assurance-emploi perpétue un préjugé et l'application de stéréotypes.

[36] Puis, le juge-arbitre a insisté sur le fait que toute différence de traitement n'équivalait pas, en droit, à une violation de l'article 15. Voici son raisonnement (aux pages 18 et 19 de sa décision) :

Le classement des personnes et des groupes, la prise de dispositions différentes concernant de tels groupes ainsi que l'application de règles, de règlements, d'exigences et de réserves à des personnes différentes sont nécessaires pour assurer la gouvernance de la société moderne. La Cour suprême du Canada et la Cour d'appel fédérale ont établi que les régimes d'avantages sociaux complexes, comme le régime d'assurance-emploi, font souvent des distinctions de façon à ce qu'ils puissent être bien appliqués, et qu'il faut donner au Parlement une certaine souplesse dans l'octroi des prestations sociales. Il est tout à fait légitime que le gouvernement fasse des choix lorsqu'il accorde des avantages et il doit jouir d'une certaine marge de manœuvre pour ce faire, étant donné qu'il s'agit d'un exercice qui est presque destiné à paraître arbitraire aux yeux de ceux qui se retrouvent du mauvais côté de la limite. [Citations omises].

[37] S'appuyant finalement sur la jurisprudence *Withler* de la Cour suprême, le juge-arbitre a souligné que l'intérêt public pouvait constituer un facteur pertinent quant au deuxième élément du critère de la jurisprudence *Kapp*. Il a observé à cet égard que les prestations familiales prévues par la Loi n'étaient pas établies en fonction des besoins de chaque prestataire, de manière à ce que les prestations soient ajustées selon le fardeau ou les difficultés occasionnés aux parents par la naissance d'un enfant. En outre, a dit le juge-arbitre, le régime mis sur pied par le législateur était soumis aux mêmes contraintes financières que tout autre programme gouvernemental, et le fait que la Loi ne permettait pas aux parents de jumeaux de toucher davantage de prestations ne signifiait pas que le législateur ne reconnaissait pas le fardeau supplémentaire imposé aux parents de jumeaux ou de triplés, car la Loi ne tenait tout simplement pas compte des différents fardeaux imposés par la naissance d'un ou de plusieurs enfants.

[38] Le juge-arbitre a conclu son raisonnement comme suit (à la page 20):

The policy of the Act is to grant a set amount of parental leave benefits after birth regardless of need or burden imposed. As such, it cannot reasonably be construed as making any suggestion as to the concern, respect and consideration that the parents of twins deserve.

L'objectif de la *Loi* est de permettre aux parents de recevoir un certain nombre de semaines de prestations parentales à la suite de la naissance d'un enfant, peu importe leurs besoins ou leur fardeau particuliers. Ainsi, on ne peut raisonnablement conclure que la *Loi* remet en question le respect, la déférence et la considération que méritent les parents de jumeaux.

### Relevant Legislation

[39] The relevant provisions of the Act and of the *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332 (Regulations), read as follows:

### Dispositions législatives pertinentes

[39] Les dispositions pertinentes de la *Loi* et du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332 (le *Règlement*) sont les suivantes :

### The Act

**Benefits**            **12.** (1) If a benefit period has been established for a claimant, benefits may be paid to the claimant for each week of unemployment that falls in the benefit period, subject to the maximums established by this section.

**General maximum**            (2) The maximum number of weeks for which benefits may be paid in a benefit period because of a reason other than those mentioned in subsection (3) shall be determined in accordance with the table in Schedule I by reference to the regional rate of unemployment that applies to the claimant and the number of hours of insurable employment of the claimant in their qualifying period.

**Maximum — special benefits**            (3) The maximum number of weeks for which benefits may be paid in a benefit period

(a) because of pregnancy is 15;

(b) because the claimant is caring for one or more new-born children of the claimant or one or more children placed with the claimant for the purpose of adoption is 35;

(c) because of a prescribed illness, injury or quarantine is 15; and

(d) because the claimant is providing care or support to one or more family members described in subsection 23.1(2), is six.

### La Loi

**Prestations**            **12.** (1) Une fois la période de prestations établie, des prestations peuvent, à concurrence des maximums prévus au présent article, être versées au prestataire pour chaque semaine de chômage comprise dans cette période.

**Maximum**            (2) Le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations peuvent être versées au cours d'une période de prestations — à l'exception de celles qui peuvent être versées pour l'une des raisons prévues au paragraphe (3) — est déterminé selon le tableau de l'annexe I en fonction du taux régional de chômage applicable au prestataire et du nombre d'heures pendant lesquelles il a occupé un emploi assurable au cours de sa période de référence.

**Maximum : prestations spéciales**            (3) Le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations peuvent être versées au cours d'une période de prestations est :

a) dans le cas d'une grossesse, quinze semaines;

b) dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés du prestataire ou à un ou plusieurs enfants placés chez le prestataire en vue de leur adoption, 35 semaines;

c) dans le cas d'une maladie, d'une blessure ou d'une mise en quarantaine prévue par règlement, quinze semaines;

d) dans le cas de soins ou de soutien à donner à un ou plusieurs membres de la famille visés au paragraphe 23.1(2), six semaines.

Maximum — special benefits	<p>(4) The maximum number of weeks for which benefits may be paid</p> <p>(a) for a single pregnancy is 15; and</p> <p>(b) for the care of one or more new-born or adopted children as a result of a single pregnancy or placement is 35.</p>	<p>(4) Les prestations ne peuvent être versées pendant plus de 15 semaines, dans le cas d'une seule et même grossesse, ou plus de 35, dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés d'une même grossesse ou du placement de un ou plusieurs enfants chez le prestataire en vue de leur adoption.</p>	Prestations spéciales
Maximum — parental benefits	<p>(4.01) If a claim is made under this Part in respect of a child or children referred to in paragraph (4)(b) and a claim is made under section 152.05 in respect of the same child or children, the maximum number of weeks of benefits payable under this Act in respect of the child or children is 35.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>(4.01) Si une demande de prestations est présentée au titre de la présente partie relativement à un ou plusieurs enfants visés au paragraphe (4) et une demande de prestations est présentée au titre de l'article 152.05 relativement au même enfant ou aux mêmes enfants, les prestations prévues par la présente loi relativement à celui-ci ou à ceux-ci ne peuvent être versées pendant plus de trente-cinq semaines.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Maximum : prestations parentales
Adoption	<p>(8) For the purposes of this section, the placement with a major attachment claimant, at the same or substantially the same time, of two or more children for the purpose of adoption is a single placement of a child or children for the purpose of adoption.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>(8) Pour l'application du présent article, le placement auprès d'un prestataire de la première catégorie, au même moment ou presque au même moment, de deux enfants ou plus en vue de leur adoption est considéré comme un seul placement d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Adoption
Parental benefits	<p><b>23.</b> (1) Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant to care for one or more new-born children of the claimant or one or more children placed with the claimant for the purpose of adoption under the laws governing adoption in the province in which the claimant resides.</p>	<p><b>23.</b> (1) Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à un prestataire de la première catégorie qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d'un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside.</p>	Prestations parentales
Weeks for which benefits may be paid	<p>(2) Subject to section 12, benefits under this section are payable for each week of unemployment in the period</p> <p>(a) that begins with the week in which the child or children of the claimant are born or the child or children are actually placed with the claimant for the purpose of adoption; and</p>	<p>(2) Sous réserve de l'article 12, les prestations visées au présent article sont payables pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui :</p> <p>a) commence la semaine de la naissance de l'enfant ou des enfants du prestataire ou celle au cours de laquelle le ou les enfants sont réellement placés chez le prestataire en vue de leur adoption;</p>	Semaines pour lesquelles des prestations peuvent être payées

	(b) that ends 52 weeks after the week in which the child or children of the claimant are born or the child or children are actually placed with the claimant for the purpose of adoption.	b) se termine cinquante-deux semaines après la semaine de la naissance de l'enfant ou des enfants du prestataire ou celle au cours de laquelle le ou les enfants sont ainsi placés.	
	...	[...]	
Division of weeks of benefits	(4) If two major attachment claimants are caring for a child referred to in subsection (1), or one major attachment claimant and an individual who claims benefits under section 152.05 are both caring for a child referred to in that subsection, weeks of benefits payable under this section, under section 152.05 or under both those sections, up to a maximum of 35 weeks, may be divided between them.	(4) Si deux prestataires de la première catégorie prennent soin d'un enfant visé au paragraphe (1) — ou si un prestataire de la première catégorie et un particulier qui présente une demande de prestations au titre de l'article 152.05 prennent tous deux soin d'un enfant visé à ce paragraphe —, les semaines de prestations à payer en vertu du présent article, de l'article 152.05 ou de ces deux articles peuvent être partagées entre eux, jusqu'à concurrence d'un maximum de trente-cinq semaines.	Partage des semaines de prestations
Maximum number of weeks that can be divided	(4.1) For greater certainty, if, in respect of the same child, a major attachment claimant makes a claim for benefits under this section and another person makes a claim for benefits under section 152.05, the total number of weeks of benefits payable under this section and section 152.05 that may be divided between them may not exceed 35 weeks.	(4.1) Il est entendu que dans le cas où un prestataire de la première catégorie présente une demande de prestations au titre du présent article et où un particulier présente une demande de prestations au titre de l'article 152.05 relativement au même enfant, le nombre total de semaines de prestations à payer au titre du présent article et de l'article 152.05 qui peuvent être partagées entre eux ne peut dépasser trente-cinq semaines.	Nombre maximal de semaines pouvant être partagées
	...	[...]	
Parental benefits	<b>152.05</b> (1) Subject to this Part, benefits are payable to a self-employed person to care for one or more new-born children of the person or one or more children placed with the person for the purpose of adoption under the laws governing adoption in the province in which the person resides.	<b>152.05</b> (1) Sous réserve de la présente partie, des prestations doivent être payées à un travailleur indépendant qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d'un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside.	Prestations parentales
	...	[...]	
Exception	(15) If a self-employed person makes a claim under this Part and another person makes a claim under section 22 or 23 in respect of the same child or children and one of them has served or elected to serve their waiting period, then	(15) Si un travailleur indépendant présente une demande de prestations au titre de la présente partie et qu'une autre personne présente une demande de prestations au titre des articles 22 ou 23 relativement au même enfant ou aux mêmes enfants et que l'un d'eux a purgé son délai de carence ou a choisi de le purger, les règles suivantes s'appliquent :	Exception
	(a) if the self-employed person is not the one who served or elected to serve the waiting period, the self-employed person is not required to serve a waiting period; or	a) dans le cas où le travailleur indépendant ne l'a pas purgé ou n'a pas choisi de le purger, il n'est pas tenu de le faire;	

(b) if the person making the claim under section 22 or 23 is not the one who served or elected to serve the waiting period, the person may have his or her waiting period deferred in accordance with section 23.

b) dans le cas où la personne qui présente une demande de prestations au titre des articles 22 ou 23 ne l'a pas purgé ou n'a pas choisi de le purger, elle peut faire reporter cette obligation en conformité avec l'article 23.

...

[...]

Benefits under this Part and Part I

**152.09** (1) If an individual qualifies for benefits under this Part as a self-employed person and for benefits under Part I as an insured person, the individual may receive benefits under one Part only and, to do so, the individual must, in the prescribed manner, at the time of making an initial claim for benefits, elect under which Part benefits are to be paid.

**152.09** (1) S'il remplit les conditions requises pour recevoir des prestations à la fois à titre de travailleur indépendant au titre de la présente partie et d'assuré au titre de la partie I, un particulier ne peut les recevoir qu'au titre d'une seule de ces parties et doit choisir, selon les modalités réglementaires, au moment de présenter sa demande initiale, la partie aux termes de laquelle les prestations seront versées.

Prestations prévues par la présente partie et la partie I

Effect of election

(2) The election is binding on the individual in respect of the initial claim for all benefits payable, for any of the following reasons, during the benefit period established in relation to the initial claim:

(2) Le choix lie le particulier à l'égard de la demande initiale pour toutes les prestations qui doivent lui être payées, pour les raisons ci-après, au cours de la période de prestations établie à l'égard de cette demande :

Effet du choix

(a) pregnancy;

a) grossesse;

(b) caring for one or more new-born children of the self-employed person, or one or more children placed with the self-employed person for the purpose of adoption;

b) soins à donner par le travailleur indépendant à son ou ses nouveau-nés ou à un ou plusieurs enfants placés chez celui-ci en vue de leur adoption;

(c) a prescribed illness, injury or quarantine; and

c) maladie, blessure ou mise en quarantaine prévue par règlement;

(d) providing care or support to one or more family members.

d) soins ou soutien à donner à un ou plusieurs membres de sa famille.

### The Regulations

**76.21** (1) Subsection (2) applies in respect of two persons who are caring for the same child or children and who do not reside in the same province at the time the first one of them makes an application under section 22 or 23 of the Act or an application for provincial benefits.

### Le Règlement

**76.21** (1) Le paragraphe (2) s'applique aux personnes qui prennent soin du même enfant ou des mêmes enfants, mais qui ne résident pas dans la même province au moment où la première d'entre elles fait une demande de prestations en vertu des articles 22 ou 23 de la Loi ou une demande de prestations provinciales.

(2) Subject to subsection (3), where one of the two persons referred to in subsection (1) has applied for and is entitled to receive benefits under section 23 of the Act (referred to in this section as "the claimant") and the other person has applied for and is entitled to receive provincial benefits (referred to in this section as "the provincial applicant"), unless they have entered into an agreement as to the number of weeks of such benefits

(2) Sous réserve du paragraphe (3), dans le cas où l'une des personnes visées au paragraphe (1) a demandé et est en droit de recevoir des prestations en vertu de l'article 23 de la Loi (ci-après appelée « prestataire ») et que l'autre personne a demandé et est en droit de recevoir des prestations provinciales (ci-après appelée « demandeur provincial »), à moins qu'il n'existe une entente sur le nombre de semaines de telles prestations que l'une et l'autre demanderont respectivement ou

they will each respectively apply for or there is a court order respecting the sharing of those weeks of benefits,

(a) if the number of weeks of benefits that the claimant would otherwise be entitled to receive under section 23 of the Act is an even number, the number of weeks of benefits payable to the claimant is half that number; and

(b) if that number is an odd number,

(i) where the claimant made the earlier application, one week of those benefits plus half of the remaining weeks of benefits is payable to the claimant, and

(ii) where the provincial applicant made the earlier application, half the number of weeks of benefits remaining, after deducting one week, are payable to the claimant.

(3) The maximum number of weeks of benefits that may be paid to the claimant under section 23 of the Act shall not be greater than the maximum number of weeks for which benefits may be paid under paragraph 12(3)(b) of the Act, less the number of weeks of provincial benefits that are paid to the provincial applicant, taking into account any weeks of provincial benefits that are paid at the accelerated rate referred to in subsection 76.19(2), if applicable.

### The Issues

[40] This application for judicial review raises the following issues:

1. Whether the Umpire erred in concluding that the Act did not allow each parent of twins to receive 35 weeks of parental benefits.
2. Whether the Umpire was correct in determining that the Board did not have jurisdiction to decide Charter issues.
3. Whether the Umpire erred in determining that the parental benefit provisions of the Act did not infringe subsection 15(1) of the Charter.
4. If the Umpire erred in determining that the parental benefit provisions of the Act did not infringe subsection 15(1) of the Charter, whether the infringement was

qu'il n'existe une ordonnance d'un tribunal sur le partage de ces semaines de prestations, le nombre de semaines de prestations à payer est établi de la façon suivante :

a) dans le cas où le nombre de semaines de prestations que le prestataire serait par ailleurs en droit de recevoir en vertu de l'article 23 de la Loi est un nombre pair, le prestataire a droit à la moitié des semaines de prestations;

b) dans le cas où ce nombre est impair :

(i) si le prestataire a fait le premier la demande, il a droit à une semaine de prestations en plus de la moitié des semaines qui restent,

(ii) si le demandeur provincial a fait le premier la demande, le prestataire a droit à la moitié des semaines de prestations qui restent après déduction d'une semaine.

(3) Dans tous les cas, le nombre maximal de semaines de prestations pouvant être versées au prestataire au titre de l'article 23 de la Loi ne peut excéder le nombre maximal de semaines prévu à l'alinéa 12(3)b) de la Loi moins le nombre de semaines de prestations provinciales qui ont été versées au demandeur provincial compte tenu, le cas échéant, des semaines de prestations qui sont versées selon le mode de versement accéléré visé au paragraphe 76.19(2).

### Questions en litige

[40] La présente demande de contrôle judiciaire soulève les questions suivantes :

1. Le juge-arbitre a-t-il commis une erreur en concluant que la Loi ne permettait pas à chacun des parents de jumeaux d'obtenir 35 semaines de prestations parentales?
2. Le juge-arbitre a-t-il correctement conclu que le conseil arbitral n'avait pas compétence pour connaître des moyens puisés dans la Charte?
3. Le juge-arbitre a-t-il commis une erreur en concluant que les dispositions sur les prestations parentales de la Loi ne portaient pas atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte?
4. Si le juge-arbitre a conclu erronément que les dispositions sur les prestations parentales de la Loi ne portaient pas atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte,

a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under section 1 of the Charter.

### Analysis

[41] Before addressing the first issue, a few words concerning the applicable standard of review are in order.

[42] First, the parties are in agreement that with regard to Charter issues, the applicable standard is that of correctness and that the same standard applies to the question of whether the Board had jurisdiction to decide Charter issues. I see no reason to disagree with the position taken by the parties

[43] Second, with respect to the interpretation of the Act, the applicant submits that the issues are issues of law which are reviewable on a standard of correctness. In its memorandum, the respondent, on the basis of the Supreme Court's recent decisions in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, and *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, asserted that the applicable standard was that of reasonableness. However, prior to the hearing of the application, the applicant, in view of this Court's decision in *Chaulk v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 190, [2013] CLLC 240-002, abandoned the position taken in its memorandum and conceded that the standard of review to be applied by this Court to the Umpire's interpretation of the provisions at issue is that of correctness.

[44] I now turn to the first issue.

l'atteinte portée était-elle, aux termes de l'article premier de la Charte, une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

### Analyse

[41] Il convient de dire d'abord quelques mots, avant de discuter la première question, sur la norme de contrôle applicable.

[42] Premièrement, il n'est pas controversé entre les parties que les questions relatives à la Charte, et celle de savoir si le conseil arbitral avait compétence pour connaître de telles questions, appellent la norme de la décision correcte. Je ne vois aucune raison d'être d'opinion contraire.

[43] Quant aux questions concernant l'interprétation de la Loi, deuxièmement, il s'agirait, selon le demandeur de questions de droit commandant également la norme de la décision correcte. Le défendeur a plutôt soutenu dans son mémoire, en faisant valoir les récents arrêts de la Cour suprême *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, et *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, que la norme applicable dans ce cas était celle de la raisonabilité. Avant l'instruction de la demande, le demandeur, compte tenu de l'arrêt de la Cour *Chaulk c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 190, a renoncé à la thèse qu'il avait défendue dans son mémoire et a concédé que la norme de contrôle devant être appliquée par la Cour à l'interprétation par le juge-arbitre des dispositions en cause était celle de la décision correcte.

[44] Examinons maintenant la première question en litige.

A. *The First Issue: Whether the Umpire erred in concluding that the Act did not allow each parent of twins to receive 35 weeks of parental benefits.*

[45] The applicant submits that the Umpire erred in adopting a wrong approach to the interpretation of the provisions at issue. More particularly, the applicant says that the judge read paragraph 12(4)(b) of the Act out of context and without resort to proper principles of interpretation, i.e. without taking into account the entirety of the Act and the purpose thereof. In support of his view, the applicant refers us to *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. [Markham, Ont.: LexisNexis, 2008], at page 1, where the learned author says:

Today there is only one principled approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. [Footnote omitted.]

The applicant also refers us to the Supreme Court of Canada's decision in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.(Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraphs 20–23, where the Court adopted the above principle and further relied on section 10 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides that every statute should be given a fair, large and liberal construction so as to ensure “the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit”.

[46] As a consequence of his criticism of the Umpire's approach to the interpretation of the provisions at issue, the applicant says that a proper interpretation of the Act leads to the conclusion that he and his spouse are entitled to two parental leaves. First, the applicant sets out the underlying premise to his proposed interpretation, namely, that his interpretation is in accord with the Act's purpose that recognizes legitimate interruptions of employment to care for children, in that it allows two eligible claimants who both interrupted their employment to care for their children to receive the same benefit as other dual-eligible claimants caring for two or more children and, in doing so, promotes the needs of children, one of the key reasons for the existence of the

A. *Première question en litige — Le juge-arbitre a-t-il commis une erreur en concluant que la Loi ne permettait pas à chacun des parents de jumeaux d'obtenir 35 semaines de prestations parentales?*

[45] Le demandeur soutient que le juge-arbitre a commis une erreur en recourant à une mauvaise méthode d'interprétation pour les dispositions en cause. Il soutient plus particulièrement que le juge-arbitre a interprété le paragraphe 12(4) de la Loi sans tenir compte du contexte, sans appliquer les principes d'interprétation appropriés, c'est-à-dire sans prendre en considération la Loi dans son ensemble et l'objet de celle-ci. À l'appui de sa thèse, le demandeur nous renvoie à *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. [Markham, Ont. : LexisNexis, 2008], à la page 1, où l'éminent auteur expose ce qui suit :

[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. [Note en bas de page omise.]

Le demandeur nous renvoie également à l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.(Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux paragraphes 20 à 23, où la Cour suprême a retenu cette doctrine et s'est aussi fondée sur l'article 10 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, selon lequel les lois doivent s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir « la réalisation de leur objet selon leur sens, intention et esprit véritables ».

[46] Rejetant la méthode d'interprétation à laquelle a eu recours le juge-arbitre en ce qui concerne les dispositions en cause, le demandeur affirme que l'interprétation correcte de la Loi appelle la conclusion que lui et son épouse ont chacun droit à un congé parental. Le demandeur énonce d'abord le postulat sur lequel s'appuie l'interprétation qu'il propose : celle-ci est conforme au but visé par la Loi de reconnaître la valeur des interruptions légitimes d'emploi pour prodiguer des soins aux enfants, en permettant à deux prestataires admissibles qui ont chacun interrompu leur emploi pour s'occuper de leurs enfants de recevoir les mêmes prestations que deux autres prestataires, dont chacun serait admissible et qui donneraient des soins à deux enfants

parental leave benefits. The applicant further states that in ensuring that one child results in one parental leave claim and two or more children always results in two claims, his interpretation leads to a clear, consistent interpretation of the Act and best fulfills the purpose of parental leave, adding that contrary to the interpretation accepted by the Umpire, it gives effect to the whole of section 12 and Part I [sections 6 to 55] of the Act.

[47] I now turn to the applicant's specific views on the interpretation of the provisions at issue. He begins by making the point that paragraph 12(4)(b) of the Act is "a small piece of a much larger and complex benefits scheme" (applicant's memorandum, paragraph 32). First, he states that sections 6 to 11 establish the pre-conditions to the making of a parental leave claim, i.e. working the required number of hours necessary to pay a sufficient amount of premiums during a qualifying period of approximately one year prior to an interruption of earnings. Once these conditions have been met, the applicant says that the Act establishes two overlapping but different periods during which parental benefits may be paid to a claimant, the first period being the 52–73-week benefit period found in sections 9 and 10 of the Act. The second period, which the applicant characterizes as being "a more amorphous period" (applicant's memorandum, paragraph 35), is that which is found at subsection 23(2) and entitled "Weeks for which benefits may be paid". According to the applicant, this period can differ from the first period as the start and length thereof is triggered by a number of factors, including the hospitalization of a child or a parent's service in the armed forces.

[48] This leads the applicant to assert that section 12, which sets out the benefits payable, begins to make sense when it is read with the two above distinct time periods in mind. More particularly, the applicant says that section 12 should be read as providing a 35-week maximum benefit period to a claimant rather than in respect of a single pregnancy, adding that the purpose of

ou plus, cela tout en promouvant les besoins des enfants, l'une des principales raisons d'être des prestations de congé parental. Le demandeur ajoute que son interprétation, portant qu'un enfant donne lieu à une demande de prestations parentales, et deux enfants ou plus toujours à deux demandes, constitue une interprétation claire et cohérente de la Loi qui permet de concrétiser au mieux l'objet du régime de prestations parentales, tout en tenant compte, contrairement à l'interprétation retenue par le juge-arbitre, du contexte global de l'article 12 et de la partie I [articles 6 à 55] de la Loi.

[47] Examinons maintenant plus en détail l'interprétation proposée par le demandeur des dispositions en cause. Le demandeur commence par signaler que le paragraphe 12(4) de la Loi constitue [TRADUCTION] « un petit élément d'un régime de prestations beaucoup plus complexe et de beaucoup plus large portée » (mémoire du demandeur, au paragraphe 32). Il dit d'abord qu'on établit aux articles 6 à 11 la condition préalable à la présentation d'une demande de prestations parentales, c'est-à-dire avoir travaillé le nombre d'heures nécessaire pour avoir versé suffisamment de cotisations pendant la période de référence d'environ un an avant l'arrêt de la rémunération. Une fois cette exigence remplie, ajoute le demandeur, la Loi prévoit deux périodes se chevauchant, mais distinctes, pendant lesquelles des prestations parentales peuvent être versées à un prestataire. La première période est celle de 52 à 73 semaines visée par les articles 9 et 10 de la Loi. La deuxième, que le demandeur qualifie de [TRADUCTION] « période plus amorphe » (mémoire du demandeur, au paragraphe 35) est celle visée au paragraphe 23(2), dont les notes marginales sont intitulées « Semaines pour lesquelles des prestations peuvent être payées ». Cette deuxième période peut différer de la première, selon le demandeur, puisque la date de départ et la durée varient en fonction de certains facteurs, comme l'hospitalisation d'un enfant ou le service dans les forces armées d'un père ou d'une mère.

[48] Le demandeur en déduit que l'article 12, qui prescrit les prestations payables, ne prend son sens que si l'on garde à l'esprit ces deux périodes distinctes. Il affirme notamment qu'on doit interpréter l'article 12 comme prévoyant à l'égard d'un prestataire, et non d'une seule et même grossesse, la période maximale de versement de prestations de 35 semaines. Le demandeur

paragraph 12(3)(b) is to limit a claimant to 35 weeks of parental benefits in his benefit period, while paragraph 12(4)(b) serves to limit a claimant to 35 weeks of benefits in a period during which parental benefits may be paid.

[49] The applicant then goes on to assert that since he and his wife are eligible claimants in their own right, each of them is individually subject to the maximums set out in subsections 12(3) and 12(4), which means that each of them has a 35-week claim maximum. The applicant says that “[t]wo claimants means two (2) claims, each with a maximum of 35 weeks” (applicant’s memorandum, paragraph 39). Thus, in the applicant’s view, reading the 35-week benefits maximums in subsections 12(3) and 12(4) as “claimant-centered” is consistent with the whole of section 12. According to the applicant, it necessarily follows that adding “the words of s. 12(1) right before those in sub-ss. 12(3) and 12(4) [which was clearly intended], the fact that sub-ss. 12(3) and 12(4) create ‘per claimant’ maximums becomes apparent” (applicant’s memorandum, paragraph 41).

[50] The applicant further says that the interpretation that he is putting forward is consistent with the purpose and object of the Act and its parental benefits provisions. More particularly, he says that in considering the benefits maximums set out in subsections 12(3) and 12(4) as amounts payable per claimant, his interpretation is consistent with the claimant-focus purpose of providing claimants with amounts to supplement the incomes lost due to their interruption in earnings and that it is also consistent with the social purpose of the Act inherent in supplementing a claimant’s income when he or she interrupts work to care for children.

[51] The applicant makes the further point that the *Umpire’s* interpretation of the Act “rises to the level of an absurdity” in that it results in only one parental leave being granted if two or more children are born from a single pregnancy, but two parental leaves being granted

ajoute que l’objet de l’alinéa 12(3)b) est de restreindre à 35 le nombre de semaines, au cours de sa période de prestations, pendant lesquelles le prestataire peut recevoir des prestations parentales, et l’objet du paragraphe 12(4) est de restreindre à 35 le nombre de semaines de prestations parentales à verser à un prestataire pendant une période où il y a droit.

[49] Le demandeur soutient ensuite que, son épouse et lui-même étant chacun en propre un prestataire admissible, l’un et l’autre est visé individuellement par les périodes maximales prévues aux paragraphes 12(3) et 12(4), et peut donc demander le nombre maximal de 35 semaines de prestations. Le demandeur dit ainsi : [TRADUCTION] « Deux prestataires, cela signifie deux demandes de prestations, chacune pour un maximum de 35 semaines » (mémoire du demandeur, au paragraphe 39). Selon le demandeur, donc, interpréter la période maximale de 35 semaines des paragraphes 12(3) et 12(4) comme étant [TRADUCTION] « centrée sur le prestataire » est conforme au sens global de l’article 12. Il en découlerait nécessairement que si l’on plaçait [TRADUCTION] « le texte du paragraphe 12(1) tout juste devant celui des paragraphes 12(3) et 12(4) [l’intention clairement visée], il deviendrait manifeste que les périodes maximales sont prévues “par prestataire” dans ces deux derniers paragraphes » (mémoire du demandeur, au paragraphe 41).

[50] Le demandeur ajoute que l’interprétation qu’il propose est conforme à l’objet de la Loi et de ses dispositions sur les prestations parentales. Il précise que son interprétation, faisant considérer les prestations maximales des paragraphes 12(3) et 12(4) comme payables par prestataire, est conforme à l’objectif visé, axé sur le prestataire, de contribuer au revenu de celui-ci amoindri par l’arrêt de rémunération, et aussi conforme à l’objectif social visé par la Loi de faire une telle contribution lorsque le prestataire met son travail en veilleuse pour donner des soins à ses enfants.

[51] Le demandeur soutient également que l’interprétation de la Loi par le juge-arbitre [TRADUCTION] « conduit à une absurdité », puisqu’il en résulte l’octroi d’un seul congé parental si deux ou plusieurs enfants sont issus d’une même grossesse, mais de deux congés

if there are two pregnancies or a pregnancy and an adoption. The applicant adds that Parliament cannot have created a singleton maximum in paragraph 12(4)(b) when it expressly addressed that situation in subsection 23(4). The applicant completes his reasoning by saying that the Umpire's determination that paragraph 12(4)(b) was intended to limit dual claimants to a single 35-week claim for a single child has the effect of assigning to paragraph 12(4)(b) a limitation already spelled out in subsections 23(4) and 23(4.1), adding that it cannot be assumed that Parliament created a singleton maximum in paragraph 12(4)(b) when it expressly addressed that situation in subsection 23(4).

[52] The applicant concludes his submissions on this issue by saying, at paragraph 58 of his memorandum:

Instead of this tautologous interpretation [the Umpire's interpretation], the Applicant's interpretation assigns meaning to s. 12(1) (the sub-ss. 12(3) and 12(4) maximums are per claimant), additional meaning to s. 12(3) (maximums per "benefit period"), additional meaning to s. 12(4) (maximums during the different s. 23 period post-birth when a parental leave claim can be made), and meaning to sub-ss. 23(4) and 23(4.1) (one shared 35 weeks leave claim where a singleton is born).

[53] In my view, the interpretation proposed by the applicant cannot be right as it flies in the face of Parliament's clear intention in enacting the provisions at issue. I cannot see any basis to conclude that the Umpire's interpretation results from an error on his part. The Umpire's decision is the correct interpretation of the Act. I so conclude for the following reasons.

[54] I begin with an examination of sections 12 and 23 of the Act which are at the heart of these proceedings.

[55] Subsection 12(1) provides that benefits shall be payable to a claimant for each week of unemployment falling within a benefit period that has been established for the claimant. The availability of the benefits is subject

si l'on a affaire à deux grossesses ou à une grossesse et une adoption. Il ajoute que le législateur ne peut avoir prévu une période maximale de prestations pour un accouchement simple au paragraphe 12(4) alors qu'il a visé explicitement de cette situation au paragraphe 23(4). Pour clore son raisonnement, le demandeur affirme qu'en statuant que le paragraphe 12(4) visait à restreindre les couples de prestataires à une seule période de 35 semaines dans le cas d'un enfant unique, le juge-arbitre a fait abstraction du fait que les paragraphes 23(4) et 23(4.1) prévoyaient déjà une telle limite, et qu'on ne peut pas présumer que le législateur a créé une période maximale de prestations pour un accouchement simple au paragraphe 12(4) alors qu'il a visé explicitement cette situation au paragraphe 23(4).

[52] Le demandeur conclut comme suit son argumentation sur ce point, au paragraphe 58 de son mémoire :

[TRADUCTION] Au contraire de cette interprétation tautologique [celle du juge-arbitre], l'interprétation du demandeur confère un sens au paragraphe 12(1) (les périodes maximales des paragraphes 12(3) et 12(4) sont accordées par prestataire), un sens additionnel au paragraphe 12(3) (les périodes maximales en fonction des « périodes de prestations »), un sens additionnel au paragraphe 12(4) (des périodes maximales pour les différentes périodes postérieures à la naissance visées à l'article 23 lorsque des prestations parentales peuvent être demandées) et un sens aux paragraphes 23(4) et 23(4.1) (une période de prestations partagée de 35 semaines dans le cas d'un accouchement simple).

[53] Je suis d'avis que l'interprétation proposée par le demandeur ne peut pas être la bonne car elle va à l'encontre de l'intention manifeste du législateur lorsqu'il a adopté les dispositions en cause. Rien ne permet de conclure, selon moi, que l'interprétation du juge-arbitre était erronée. Le juge-arbitre a interprété correctement la Loi pour statuer. Je tire cette conclusion par les motifs que je vais maintenant exposer.

[54] Examinons d'abord les articles 12 et 23 de la Loi, qui constituent le nœud de la présente procédure.

[55] Le paragraphe 12(1) prévoit qu'une fois la période de prestations établie, les prestations sont versées au prestataire pour chaque semaine de chômage comprise dans cette période. L'article 12 prévoit des périodes

to the maximums established by section 12. Of particular interest are the maximums set out in subsections 12(3) and 12(4).

[56] Paragraph 12(3)(b) provides that the maximum number of weeks for which benefits may be paid to a claimant, in a benefit period, for the care of one or more newborn children is 35. As to paragraph 12(4)(b), it provides that the maximum number of weeks for which benefits may be paid for the care of one or more newborn children “as a result of a single pregnancy” is 35.

[57] I understand these provisions to mean the following. First, a claimant may receive, during a benefit period, benefits for a maximum period of 35 weeks for the care of one or more newborn children (paragraph 12(3)(b)). Benefit periods are established for an individual claimant and are thus claimant specific. Consequently, during that benefit period, paragraph 12(3)(b) limits to one period of 35 weeks the benefits that a mother or father, as individual and separate claimants, can receive for the care of children. This limit, however, is subject to a further limit found in paragraph 12(4)(b). Were it not for this limit, the applicant and his spouse would each be entitled to 35 weeks of parental benefits to care for their twins.

[58] Paragraph 12(4)(b) restricts or limits the period in which parental benefits may be paid for the care of one or more newborn children. That restriction is a maximum of 35 weeks for the care of all children born of a single pregnancy.

[59] I now turn to subsection 23(1) which provides that parental benefits will be available to major attachment claimants for the care of one or more newborn children of these claimants.

[60] Subsection 23(2) provides that, subject to section 12 of the Act, parental benefits payable under section 23 shall be payable in the period that commences

maximales de versement des prestations; celles des paragraphes 12(3) et 12(4) sont d'intérêt tout particulier.

[56] L'alinéa 12(3)b) dispose que le nombre maximal de semaines pendant lesquelles les prestations peuvent être versées à un prestataire au cours d'une période de prestations est, dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés, de 35. Quant au paragraphe 12(4), il dispose que les prestations ne peuvent être versées plus de 35 semaines dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés « d'une même grossesse ».

[57] Je vais maintenant exposer le sens à donner, selon moi, aux dispositions en cause. Premièrement, le prestataire peut recevoir, au cours d'une période de prestations, un nombre maximal de 35 semaines des prestations pour donner des soins à un ou plusieurs nouveau-nés (alinéa 12(3)b)). Toute période de prestations est établie au profit d'un prestataire particulier, et elle lui est ainsi propre. Pour une telle période, par conséquent, l'alinéa 12(3)b) limite à une seule période de 35 semaines les prestations qu'une mère ou un père, à titre de prestataire individuel et distinct, peut recevoir pour les soins à donner aux enfants. Une autre limite, prévue au paragraphe 12(4), s'ajoute toutefois à celle-ci. Si ce n'était de cette autre limite, le demandeur et son épouse auraient chacun droit à 35 semaines de prestations parentales pour donner des soins à leurs jumelles.

[58] Le paragraphe 12(4) restreint la période pendant laquelle des prestations parentales peuvent être versées pour les soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés. La période maximale est de 35 semaines pour tous les enfants issus d'une même grossesse.

[59] Je passe au paragraphe 23(1), lequel prévoit que les prestations parentales pourront être versées au prestataire de la première catégorie qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés.

[60] Le paragraphe 23(2) dispose pour sa part que, sous réserve de l'article 12 de la Loi, les prestations parentales visées à l'article 23 sont payables pendant la

with the week in which a child or children are born and ends 52 weeks after that week.

[61] Subsections 23(3) to 23(3.3) provide for exceptions to subsection 23(2) and provide for limited extensions of the 52-week period in which the parental benefits may be paid.

[62] Subsection 23(4) is of greater relevance to these proceedings. It addresses the situation where two major attachment claimants “are caring for a child referred to in subsection (1)”, allowing them to divide between them up to 35 weeks for the care of their child or children, as the case may be.

[63] My understanding of section 23 is as follows. Benefits are available to a major attachment claimant to care for one or more newborn children and, where two major attachment claimants are caring for one or more newborn children of theirs, they may share up to 35 weeks of benefits which are to be divided between them. Thus, there can be no doubt that what the section is saying is that two parents who interrupt work to care for one or more newborn children are entitled to a maximum of 35 weeks of benefits which they may divide howsoever they please.

[64] When one reads sections 12 and 23 together, the only possible conclusion is that 35 weeks of parental benefits are available in respect of the child or children born of a single pregnancy. In other words, irrespective of the number of children born of a single pregnancy and irrespective of the number of claimants seeking benefits as a result of that pregnancy, the maximum number of weeks available is 35.

[65] The approach which I have taken here is the one taken by the Umpire. The applicant submits that this approach is unsatisfactory: the Umpire erred because he did not take into account the entirety of the Act and its purpose. In my view, that criticism is unfounded since the Umpire’s interpretation is entirely consistent with

période qui commence la semaine de la naissance de l’enfant ou des enfants du prestataire et se termine 52 semaines plus tard.

[61] Les paragraphes 23(3) à 23(3.3) prévoient des exceptions à la règle du paragraphe 23(2) et permettent certaines prolongations restreintes de la période de 52 semaines de versement de prestations parentales.

[62] Le paragraphe 23(4) est d’un plus grand intérêt pour nos fins. Il vise la situation où deux prestataires de la première catégorie « prennent soin d’un enfant visé au paragraphe (1) » et permet à ceux-ci de partager entre eux les semaines de prestations, à concurrence de 35, payables pour les soins à donner, selon le cas, à un ou plusieurs enfants.

[63] Voici, selon moi, le sens à prêter à l’article 23. Le prestataire de la première catégorie peut obtenir des prestations s’il prend soin de son ou de ses nouveau-nés et, lorsque deux prestataires de la première catégorie prennent soin de leur ou de leurs nouveau-nés, ils peuvent se partager entre eux un maximum de 35 semaines de prestations. Il ne fait donc aucun doute que ce que prévoit l’article 23, c’est que deux parents qui interrompent leur emploi pour prendre soin d’un ou de plusieurs nouveau-nés ont droit à un nombre maximum de 35 semaines de prestations, qu’ils peuvent se partager entre eux, comme bon leur semble.

[64] La seule conclusion pouvant être tirée lorsqu’on lit de concert les articles 12 et 23 est qu’à l’égard d’un enfant ou d’enfants issus d’une seule et même grossesse, il est possible d’obtenir 35 semaines de prestations parentales. En d’autres termes, quel que soit le nombre d’enfants issus d’une seule et même grossesse, et quel que soit le nombre de prestataires voulant obtenir des prestations par suite de cette grossesse, le nombre maximal de semaines de prestations disponible est de 35.

[65] La méthode à laquelle j’ai, en l’occurrence, recouru est la même que celle retenue par le juge-arbitre. Cette méthode n’est pas adéquate selon le demandeur : le juge-arbitre aurait commis une erreur en ne tenant pas compte du contexte global et de l’objet de la Loi. Cette critique est sans fondement à mon sens, puisque

the purpose of the parental benefits established by the Act and the nature of the employment scheme.

[66] An interruption of earnings occurs when a claimant has a reduction of earnings by more than 40 percent because he or she ceases to work, or reduces his or her work, to care for a child or children as described in subsection 23(1). Consequently, the purpose of the parental benefits is to compensate parents for the interruption of earnings which occurs when they cease to work or reduce their work to care for a child or children. The scheme is clearly not driven by the needs of the parents or the number of children resulting from a pregnancy. The purpose thereof is clearly to compensate parents for the interruption of their earnings resulting from their taking time off to care for a child or children. Put another way, the Act provides to the parents temporary partial income replacement for 35 weeks. Other than the specific provisions of the Act which I have discussed hereinabove, there are other provisions of the Act which provide indicia that the Umpire arrived at the correct conclusion.

[67] First, there is subsection 12(8) of the Act. That provision provides, in unequivocal terms, that the placement with a major attachment claimant of two or more children for the purpose of adoption constitutes a single placement of a child or children for the purpose of adoption. In other words, the placement of two children with a claimant gives rise to a maximum benefit period of 35 weeks. Considering this clear enactment of Parliament's intent, it would be odd to construe subsections 12(3) and 12(4) as allowing each parent of twins to claim 35 weeks while, at the same time, the adoption of two or more children at the same time is treated as one placement for the purposes of section 12.

[68] Second, section 76.21 of the Regulations also supports the Umpire's interpretation. It sets out the maximum number of weeks of parental benefits payable under the Act where one person claims parental benefits under the Act and a second person claims similar benefits under provincial law. In that case, the benefits

l'interprétation du juge-arbitre est parfaitement compatible avec le but visé par les prestations parentales instaurées par la Loi et avec la nature du régime d'assurance-emploi.

[66] Il y a arrêt de rémunération lorsque la rémunération du prestataire est réduite de plus de 40 p. 100 parce qu'il cesse de travailler ou réduit son temps de travail afin, au sens du paragraphe 23(1), de prendre soin d'un ou de plusieurs enfants. On verse par conséquent les prestations parentales aux parents pour compenser l'arrêt de leur rémunération lorsqu'ils cessent de travailler ou réduisent leurs heures de travail pour prendre soin d'un ou de plusieurs enfants. Le régime n'est manifestement pas axé sur les besoins des parents ou sur le nombre d'enfants issus d'une grossesse. Il a clairement pour objectif de compenser l'arrêt de rémunération des parents qui prennent un congé pour prendre soin d'un ou de plusieurs enfants. Autrement dit, la Loi permet aux parents de disposer d'un revenu de remplacement partiel temporaire de 35 semaines. Mis à part les dispositions précises de la Loi que j'ai discutées précédemment, celle-ci en contient aussi d'autres dont il ressort que le juge-arbitre a tiré la conclusion correcte.

[67] Premièrement, le paragraphe 12(8) de la Loi prévoit sans nulle équivoque que le placement auprès d'un prestataire de la première catégorie de deux enfants ou plus en vue de leur adoption est considéré comme un seul placement d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption. Autrement dit, le placement de deux enfants auprès d'un prestataire donne ouverture à une période maximale de prestations de 35 semaines. Compte tenu de l'intention du législateur aussi clairement exprimée dans ces dispositions, il serait étrange d'interpréter les paragraphes 12(3) et 12(4) comme permettant à chacun des parents de jumeaux de demander 35 semaines de prestations, alors que par ailleurs l'adoption de deux ou plusieurs enfants au même moment est considérée être un seul placement aux fins de l'article 12.

[68] L'article 76.21 du Règlement va aussi, deuxièmement, dans le sens de l'interprétation du juge-arbitre. Il est prévu le nombre maximal de semaines de prestations parentales payables sous le régime de la Loi lorsqu'une première personne demande de telles prestations en vertu de celle-ci, et qu'une deuxième demande des

payable under the Act are limited to 35 weeks less the number of weeks of provincial benefits payable to the other parent under provincial law. Failing an agreement between the parents, subsection 76.21(2) provides the mechanism by which their dispute will be settled. In any event, subsection 76.21(3) provides that the benefits payable to a claimant under section 23 “shall not be greater than the maximum number of weeks for which benefits may be paid under paragraph 12(3)(b) of the Act, less the number of weeks of provincial benefits that are paid to the provincial applicant [the other parent]”.

[69] Consequently, the Act makes it clear that in the case of separate claims being made under different regimes, the number of weeks during which parental benefits may be paid for the care of a child or children cannot exceed 35 weeks per single pregnancy.

[70] Finally, there is subsection 12(4.1) of the Act, which deals with claims for parental benefits for the care of a child or children made pursuant to sections 12 and 23, and a claim for the same child or children made pursuant to section 152.05, which allows self-employed persons to receive benefits for the care of one or more newborn children of that person. Subsection 12(4.1) makes it clear that in such a situation, no more than 35 weeks of benefits are payable under the Act in respect of the care of a child or children. Like paragraph 12(4)(b) of the Act, subsection 12(4.1) does not limit the maximum number of weeks payable “to a claimant”. Rather, like paragraph 12(4)(b), the subsection must mean that the maximum limit of 35 weeks applies to situations where there is more than one claimant.

[71] When one considers all of these provisions together, there is only one possible conclusion: where, as here, two parents/claimants interrupt their earnings to care for their child or children, they cannot jointly receive more than 35 weeks in respect of children born of

prestations similaires en vertu de lois provinciales. Dans un tel cas, le nombre maximal de semaines où des prestations sont payables au premier parent en vertu de la Loi est de 35, moins le nombre de semaines où des prestations provinciales sont payables au deuxième en vertu des lois provinciales. Si les deux parents ne peuvent en venir à une entente, le paragraphe 76.21(2) prévoit le mécanisme permettant de régler le différend. Le paragraphe 76.21(3) prévoit enfin qu’en tout état de cause, le nombre maximal de semaines de prestations pouvant être versées au prestataire au titre de l’article 23 « ne peut excéder le nombre maximal de semaines prévu à l’alinéa 12(3)(b) de la Loi moins le nombre de semaines de prestations provinciales qui ont été versées au demandeur provincial [l’autre parent] ».

[69] Il ressort ainsi clairement de la Loi que lorsque des demandes de prestations distinctes sont présentées dans le cadre de régimes différents, le nombre maximal de semaines où les prestations parentales peuvent être versées pour les soins à donner à un ou plusieurs enfants est de 35 pour une seule et même grossesse.

[70] Enfin, il y a aussi le paragraphe 12(4.1) de la Loi, qui vise les demandes de prestations parentales pour les soins à donner à un ou plusieurs enfants et présentées au titre des articles 12 et 23, et les demandes concernant le même ou les mêmes enfants présentées au titre de l’article 152.05, qui permet le versement de prestations au travailleur indépendant qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés. Il découle clairement du paragraphe 12(4.1) que, dans un tel cas, au maximum, 35 semaines de prestations peuvent être versées sous le régime de la Loi pour les soins à donner à un ou à plusieurs enfants. Tout comme au paragraphe 12(4) de la Loi, ce n’est pas en fonction d’« un prestataire » que le nombre maximal de semaines de prestations est prévu au paragraphe 12(4.1). On doit plutôt comprendre de ce paragraphe, encore une fois comme du paragraphe 12(4), que la durée maximale de 35 semaines joue dans les cas où plus d’un prestataire est concerné.

[71] Si l’on considère de concert toutes ces dispositions, une seule conclusion peut être tirée : lorsque, comme en l’espèce, deux parents/prestataires subissent un arrêt de rémunération pour prendre soin de leur ou de leurs enfants, ils ne peuvent recevoir globalement

a single pregnancy. I am therefore of the opinion that the provisions at issue do not allow for the payment of 70 weeks of benefits in the case of twins.

[72] Before concluding, I wish to address the applicant's argument that the intention of Parliament in enacting subsections 12(3) and 12(4) was to restrict to 35 weeks the maximum number of weeks "payable to a claimant". In other words, the applicant contends that paragraph 12(4)(b) of the Act should read as follows:

**12. ...**

Maximum  
— special  
benefits

(4) The maximum number of weeks for which benefits may be paid **TO A CLAIMANT**

...

(b) for the care of one or more new-born or adopted children as a result of a single pregnancy or placement is 35.

[73] More particularly, as I indicated earlier, the applicant argues that the Act establishes two periods of benefits, i.e. a benefit period under sections 9 and 10 of the Act and an amorphous period under subsection 23(2) and submits that, when these provisions are read together, section 12 can be read as allowing a 35-week benefits maximum to a claimant rather than in respect of a single pregnancy. The applicant further says that paragraph 12(3)(b) is intended to limit the claimant to 35 weeks of parental benefits in his benefit period, whereas paragraph 12(4)(b) is meant to limit a claimant to 35 weeks of benefits in a period during which parental benefits may be paid.

[74] In my view, that approach is an erroneous one.

[75] Although there can be no doubt that the benefit period established pursuant to sections 9 and 10 of the Act is specific to a claimant, the period in which parental benefits may be paid under subsection 23(2) is not. That

plus de 35 semaines de prestations à l'égard des enfants issus d'une seule et même grossesse. J'estime par conséquent que les dispositions en cause ne permettent pas le versement de 70 semaines de prestations lorsqu'il y a naissance de jumeaux.

[72] Avant de conclure, je tiens à examiner la thèse du demandeur selon laquelle l'intention du législateur, en adoptant les paragraphes 12(3) et 12(4), était d'établir en fonction d'« un prestataire » la durée maximale de versement de 35 semaines. Le demandeur soutient en d'autres mots que le paragraphe 12(4) de la Loi devrait s'entendre comme suit :

**12. [...]**

(4) Les prestations ne peuvent être versées **À UN PRESTATAIRE** pendant [...] plus de 35, dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés d'une même grossesse ou du placement de un ou plusieurs enfants chez le prestataire en vue de leur adoption. Prestations  
spéciales

[73] Je l'ai dit, le demandeur soutient plus particulièrement qu'on a établi dans la Loi deux périodes différentes de prestations, la période de prestations visée aux articles 9 et 10 de la Loi et une période « amorphe » visée au paragraphe 23(2), et qu'en lisant en concert ces dispositions, on peut interpréter l'article 12 comme prévoyant une période maximale de 35 semaines de prestations par prestataire, plutôt que par grossesse. Le demandeur ajoute que l'objet de l'alinéa 12(3)(b) est de restreindre à 35 le nombre de semaines, au cours de sa période de prestations, où le prestataire peut recevoir des prestations parentales, et de le paragraphe 12(4) de restreindre à 35 le nombre de semaines de prestations parentales à verser au prestataire pendant une période où il y a droit.

[74] C'est là, à mon sens, une façon erronée de raisonner.

[75] S'il ne fait aucun doute que la période de prestations visée aux articles 9 et 10 de la Loi est établie en fonction spécifiquement du prestataire, il n'en est pas ainsi pour la période pendant laquelle des prestations

period is tied to the birth of a child or children (see: subsection 23(2)). Therefore, even though two claimants can make a claim for parental benefits for the care of one or more children and each claimant must separately establish his or her own benefit period, the parental benefits that will be paid can only be paid during the period set out in subsection 23(2), regardless of when a claimant's benefit period commences and ends.

[76] I also cannot subscribe to the applicant's argument that a reading of subsection 12(1) makes the reading in of the words "to a claimant" inevitable in the reading of paragraph 12(4)(b). I agree entirely with the *Umpire* that one would have to rewrite the provision in total disregard of Parliament's intention. In any event, subsections 12(4.1), 12(8) of the Act and section 76.21 of the Regulations make it apparent that the applicant's interpretation cannot be right. In the end, what the applicant is asking us to do is to, in effect, amend the legislation to achieve the purpose which the applicant says Parliament intended, i.e. to ensure a particular level of care based on the number of children born of a single pregnancy and on the individual needs of parents in caring for these children. In any event, even accepting that there may be a debate as to the true purpose of the Act, the purpose of the Act cannot override or displace Parliament's intent in enacting specific provisions of the Act. In *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476, Gonthier J., writing for the majority of the Supreme Court, said at paragraph 42:

The consideration of legislative objectives is one aspect of the modern approach to statutory interpretation. Yet, courts and tribunals must invoke statements of legislative purpose to elucidate, not to frustrate, legislative intent. In my view, the CRTC relied on policy objectives to set aside Parliament's discernable intent as revealed by the plain meaning of s. 43(5), s. 43 generally and the Act as a whole. In effect, the CRTC

parentales peuvent être versées au titre du paragraphe 23(2). L'établissement de cette dernière période se rattache à la naissance d'un ou de plusieurs enfants (voir le paragraphe 23(2)). Par conséquent, même si deux prestataires peuvent chacun demander des prestations parentales pour prendre soin d'un ou de plusieurs enfants, et si une période de prestations doit être établie au profit de chacun des prestataires séparément, les prestations parentales ne peuvent être versées que pendant la période visée par le paragraphe 23(2), peu importe quand commence et se termine la période de prestations de l'un ou l'autre prestataire.

[76] Je ne peux non plus retenir la thèse du demandeur portant qu'en raison du sens à donner au paragraphe 12(1), on puisse exclusivement interpréter le paragraphe 12(4) comme comprenant implicitement l'expression « à un prestataire ». J'abonde entièrement dans le sens du juge-arbitre : il faudrait pour en arriver à cette solution réécrire la disposition en cause en faisant totalement abstraction de l'intention du législateur. Quoiqu'il en soit, il est manifeste à la lecture des paragraphes 12(4.1) et 12(8) de la Loi et de l'article 76.21 du Règlement que l'interprétation du demandeur ne peut être retenue. En fin de compte, le demandeur nous demande en fait de modifier une disposition législative pour atteindre l'objectif qu'il affirme avoir été celui du législateur, c'est-à-dire garantir un certain niveau de soins en fonction du nombre d'enfants issus d'une seule et même grossesse et des besoins particuliers des parents donnant ces soins à ces enfants. De toute manière, même si l'on admettait que l'objet véritable de la Loi puisse être controversé, cet objet ne peut supplanter ou écarter l'intention qu'avait le législateur en adoptant des dispositions particulières de la Loi. Dans l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476, le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la majorité à la Cour suprême, a fait les observations suivantes à ce sujet (au paragraphe 42) :

La prise en considération des objectifs législatifs est l'un des aspects de l'approche moderne en matière d'interprétation des lois. Cependant, les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir recours aux énoncés d'intention pour établir, et non pas pour contrecarrer l'intention du législateur. À mon avis, le CRTC s'est fondé sur les objectifs de politique pour écarter l'intention du législateur qui ressort clairement du sens ordinaire

treated these objectives in power-conferring provisions. This was a mistake.

[77] I now turn to the second issue.

*B. The Second Issue: Whether the Umpire was correct in determining that the Board did not have jurisdiction to decide Charter issues.*

[78] The Umpire held that the Board was correct in deciding that it had no jurisdiction to address the Charter issues raised by the applicant. In his view, the matter had been settled by the Supreme Court in *Tétreault-Gadoury* and he was bound by that decision. He further rejected the applicant's argument that the Supreme Court had reversed *Tétreault-Gadoury* in *Conway*.

[79] The applicant argues, as he did before the Umpire, that *Tétreault-Gadoury* is no longer good law in view of the Supreme Court's recent decisions and, in particular, that rendered in *Nova Scotia (Worker's Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 (*Martin*). He says that in these cases, the Supreme Court "affirmed the practical benefits of having the tribunal most familiar with the statute and that hears the evidence and prepares the Record provide its views on the statute's constitutionality" (applicant's memorandum, paragraph 68).

[80] In support of his view, the applicant says that the Board does decide questions of law as it could not do its job otherwise, adding that in *Tétreault-Gadoury*, the Supreme Court stated that there were practical considerations favouring the granting of Charter jurisdictions to the Board. The applicant concludes by saying that since the Board has the power to determine questions of law, it has an obligation to consider his Charter arguments.

du par. 43(5), de l'art. 43 dans son ensemble et de la Loi considérée comme un tout. En effet, le CRTC a considéré les dispositions énonçant ces objectifs comme étant des dispositions attributives de pouvoir. C'était une erreur.

[77] Passons maintenant à la deuxième question en litige.

*B. Deuxième question en litige — Le juge-arbitre a-t-il conclu correctement que le conseil arbitral n'avait pas compétence pour connaître des moyens puisés dans la Charte?*

[78] Selon le juge-arbitre, le conseil arbitral a statué à bon droit qu'il n'avait pas compétence pour connaître des moyens puisés dans la Charte soulevés par le demandeur. Le juge-arbitre a estimé que la Cour suprême avait décidé cette question par la jurisprudence *Tétreault-Gadoury*, et que celle-ci lui était opposable. Le juge-arbitre a en outre rejeté la thèse du demandeur portant que la Cour suprême avait rejeté la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* par l'arrêt *Conway*.

[79] Le demandeur soutient, comme il l'a fait devant le juge-arbitre, que la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* est désormais obsolète compte tenu de la jurisprudence récente de la Cour suprême, en particulier de l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 (*Martin*). Par cette jurisprudence, selon le demandeur, la Cour suprême [TRADUCTION] « a reconnu les avantages pratiques qu'il y avait à ce que le tribunal administratif qui connaît le mieux la loi applicable, qui entend la preuve et qui établit le dossier donne son avis sur la constitutionnalité de cette loi (mémoire du demandeur, au paragraphe 68).

[80] Le demandeur fait valoir à l'appui de sa thèse portant que le conseil arbitral tranche bel et bien des questions de droit, ne pouvant d'ailleurs s'acquitter de sa tâche autrement, et que dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, la Cour suprême a déclaré que certaines considérations d'ordre pratique favorisaient l'octroi au conseil arbitral de la compétence quant aux moyens puisés dans la Charte. Le demandeur affirme pour conclure que, comme le conseil arbitral dispose du

[81] The respondent disagrees. He submits that *Tétreault-Gadoury* remains good law and that the Umpire was correct in finding that he was bound by it. The respondent reminds us that the Act expressly gives the Umpire, not the Board, the power to decide questions of law, adding that Parliament could have corrected *Tétreault-Gadoury* by amending the Act, had that been its intention.

[82] Further, the respondent says the Supreme Court has continued, since *Tétreault-Gadoury*, to reaffirm the primacy of Parliament's intention. Although other tribunals operating under different statutory schemes may have Charter jurisdiction, that does not deter from the fact that in *Tétreault-Gadoury*, the Supreme Court clearly held that the Board did not have jurisdiction to decide Charter issues.

[83] In my view, the respondent is right. The Supreme Court's subsequent decisions have not expressly overturned *Tétreault-Gadoury*, even though clear opportunities to do so were given to it. I come to this view for the following reasons.

#### 1. *The Law Pre-Conway*

[84] Before *Conway*, the courts applied different tests to consider the authority of administrative tribunals in relation to section 52 of the *Constitution Act [1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]* and subsection 24(1) of the Charter. As a result, I will focus on cases considering section 52 and omit those that focus on subsection 24(1), e.g. *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, in which it was decided that a judge sitting at a preliminary hearing is not considered a court of competent jurisdiction for the issuance of a stay under subsection 24(1) of the Charter.

pouvoir de trancher les questions de droit, il a aussi l'obligation d'examiner les arguments fondés sur la Charte.

[81] Le défendeur rejette cette thèse. Il soutient que la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* demeure toujours d'actualité et que le juge-arbitre a eu raison de conclure qu'elle lui était opposable. Le défendeur nous rappelle que la Loi confère au juge-arbitre, et non au conseil arbitral, le pouvoir explicite de décider les questions de droit, et qu'en outre le législateur, s'il en avait eu l'intention, aurait pu corriger la doctrine de la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* en modifiant la Loi.

[82] Le défendeur ajoute que, depuis la jurisprudence *Tétreault-Gadoury*, la Cour suprême a réaffirmé la primauté de l'intention du législateur. Bien que d'autres tribunaux administratifs assujettis à des régimes législatifs différents aient compétence pour connaître des moyens puisés dans la Charte, cela ne change rien au fait que, par l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, la Cour suprême a clairement signalé que le conseil arbitral ne disposait pas, lui, d'une telle compétence.

[83] Je suis d'avis que la thèse du défendeur est saine. La Cour suprême n'a jamais écarté la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* explicitement dans sa jurisprudence ultérieure, même si on lui en a fourni de bonnes occasions. Je vais maintenant exposer pour quels motifs j'en viens à cette conclusion.

#### 1. *La doctrine jurisprudentielle antérieure à l'arrêt Conway*

[84] Avant l'arrêt *Conway*, la jurisprudence suivait différents critères en ce qui concerne les pouvoirs dont disposaient les tribunaux administratifs au sujet de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle [de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]* et du paragraphe 24(1) de la Charte. Je vais dès lors concentrer mon attention sur la jurisprudence ayant porté sur l'article 52 et faire abstraction des affaires axées principalement sur le paragraphe 24(1), par exemple l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, par laquelle la Cour suprême a statué que le juge président à

[85] The consideration of the section 52 administrative tribunal cases begins with the “Cuddy Chicks trilogy” of *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570 (*Douglas College*); *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5 (*Cuddy Chicks*); and *Tétreault-Gadoury*. These cases addressed the question of whether or not the statute gave express power to the tribunal to consider questions of law. If the statute did not expressly grant that power, an implicit reading was insufficient to extend authority to make section 52 determinations.

[86] The first case, *Douglas College*, considered whether a labour arbitrator, who had been appointed in accordance with the parties’ collective agreement and whose actions were constrained by the framework of the *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212, had the jurisdiction to consider the constitutionality of the collective agreement. The Supreme Court extended jurisdiction to the arbitrator, finding that there were clear advantages to allowing a tribunal that was empowered to consider law to truly consider all of the law. La Forest J. noted that: “it would be anomalous if tribunals responsible for interpreting the law on the issue were unable to deal with the issue in its entirety, subject to judicial review” (page 599 of *Douglas College*, quoted in *Conway*, at paragraph 51). There were additional advantages recognized in bringing forward the issue at first instance, in the context in which it arose—the tribunal—as opposed to having to resort to a time-consuming, expensive process in the superior court system. Moreover, the specialized expertise of the tribunal and its familiarity with the record were seen as useful in assessing constitutional questions. As La Forest J. explained: “specialized competence can be of invaluable assistance in constitutional interpretation” (page 605 of *Douglas College*, quoted in *Conway*, at paragraph 51).

une enquête préliminaire ne constituait pas un tribunal compétent, aux fins du paragraphe 24(1) de la Charte, pour suspendre une instance.

[85] L’étude de la jurisprudence portant sur l’application de l’article 52 par les tribunaux administratifs débute par la « trilogie Cuddy Chicks », soit les arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 (*Douglas College*); *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5 (*Cuddy Chicks*); et *Tétreault-Gadoury*. Ces arrêts portaient sur la question de savoir si la loi en cause conférerait expressément à un tribunal administratif la compétence de décider les questions de droit. Si la loi n’accordait pas expressément cette compétence, on ne pouvait conclure à l’existence d’une compétence implicite en matière d’article 52.

[86] Dans la première affaire, *Douglas College*, l’on a recherché si un arbitre du travail, nommé conformément à la convention collective des parties et encadré par la *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, avait compétence pour se pencher sur la question de constitutionnalité de cette convention collective. La Cour suprême a étendu à l’arbitre cette compétence, après avoir conclu qu’il y avait de nets avantages à permettre au tribunal habilité à connaître des questions de droit de se prononcer véritablement sur l’ensemble du droit. Comme l’a ainsi observé le juge La Forest, « il serait anormal que les tribunaux responsables de l’interprétation de la loi sur cette question ne puissent se prononcer intégralement sur la question, sous réserve de contrôle judiciaire » (*Douglas College*, à la page 599, cité dans l’arrêt *Conway*, au paragraphe 51). On a aussi reconnu qu’il y était avantageux de pouvoir soulever la question en première instance, dans le contexte même où elle se présentait — devant le tribunal —, plutôt que d’obliger les plaideurs à saisir la cour supérieure, ce qui coûte cher et prend du temps. On a également jugé utile à l’étude des questions constitutionnelles l’expertise du tribunal administratif et sa connaissance du dossier. Tel que le juge La Forest l’a expliqué, une « compétence spécialisée peut être d’une aide inestimable en matière d’interprétation constitutionnelle » (*Douglas College*, à la page 605, cité dans l’arrêt *Conway*, au paragraphe 51).

[87] The next case, *Cuddy Chicks*, extended the authority to determine constitutional questions to the Ontario Labour Relations Board. The reasoning relied on cases in which labour boards had been found to have jurisdiction to consider questions relating to their own jurisdiction. As La Forest J. wrote, at page 19 of the decision:

What these cases speak to is not only the fundamental nature of the Constitution, but also the legal competence of labour boards and the value of their expertise at the initial stages of complex constitutional deliberations. These practical considerations have compelled the courts to recognize a power, albeit a carefully limited one, in labour tribunals to deal with constitutional issues involving their own jurisdiction. Such considerations are as compelling in the case of *Charter* challenges to a tribunal's enabling statute. Therefore, to extend this "limited but important role" of labour boards to the realm of the *Charter* is simply a natural progression of a well established principle.

[88] Finally, *Tétreault-Gadoury* considered the very question that is before us in this case, i.e. whether the Board was empowered by the *Unemployment Insurance Act, 1971* to consider questions of law. Given that the Act did not mention that power in its section on the Board, but did expressly provide that power to the Umpire, La Forest J. concluded that it did not have the authority to consider questions of law on the basis of the statutory interpretation maxim *expressio unius est exclusio alterius*. He explained his view as follows, at page 33:

The maxim *expressio unius est exclusio alterius*, like all general principles of statutory interpretation, must be applied with caution. However, the power to interpret law is not one which the legislature has conferred lightly upon administrative tribunals, and with good reason. Although curial deference will not be extended to an administrative tribunal's holding on a *Charter* issue, such deference is generally applied to the interpretation of a statute within the tribunal's area of expertise, when the tribunal has been given the power to interpret law. It is unlikely, therefore, that the failure to provide the Board of Referees with a power similar to that given to the Umpire was merely a legislative oversight.

[87] Par l'arrêt suivant, *Cuddy Chicks*, la Cour suprême a étendu à la Commission des relations de travail de l'Ontario la compétence de statuer sur les questions constitutionnelles. La Cour suprême s'est appuyée dans son raisonnement sur la jurisprudence enseignant que les commissions des relations de travail avaient compétence de la compétence. Le juge La Forest a observé à ce sujet (à la page 19 du jugement) :

Ces arrêts traitent non seulement de la nature fondamentale de la Constitution, mais aussi de la compétence décisionnelle des commissions des relations du travail et de la valeur de leur expertise aux étapes initiales de délibérations constitutionnelles complexes. Ces considérations d'ordre pratique ont amené les tribunaux à reconnaître le pouvoir, certes soigneusement restreint, des tribunaux des relations du travail de se prononcer sur des questions constitutionnelles ayant trait à leur propre compétence. Ces considérations sont tout aussi contraignantes dans le cas de la contestation, sur le plan de la *Charte*, de la loi habilitante d'un tribunal administratif. Par conséquent, l'extension du «rôle restreint, mais important» des commissions des relations du travail au domaine de la *Charte* n'est que la progression naturelle d'un principe bien établi.

[88] Dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, enfin, la Cour suprême s'est penchée sur la question même qui nous est déférée, soit celle de savoir si la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* conférait à un conseil arbitral la compétence de connaître des questions de droit. Comme cette loi ne prévoyait pas une telle compétence dans ses dispositions sur le conseil arbitral, mais le conférait expressément au juge-arbitre, le juge La Forest a conclu, en se fondant sur la maxime d'interprétation législative *expressio unius est exclusio alterius*, que le conseil arbitral n'avait pas la compétence de connaître des questions de droit. Il s'en est expliqué dans ces termes (à la page 33) :

À l'instar de tous les principes généraux d'interprétation législative, la maxime *expressio unius est exclusio alterius* doit être appliquée avec prudence. Toutefois, et à juste titre, le pouvoir d'interpréter la loi n'est pas de ceux que le législateur a conférés à la légère aux tribunaux administratifs. Bien que le principe de retenue judiciaire ne s'applique pas à la conclusion d'un tribunal administratif sur une question relative à la *Charte*, cette retenue joue généralement quant à l'interprétation d'un texte législatif relevant du champ d'expertise du tribunal lorsque ce dernier a été investi du pouvoir d'interpréter la loi. Il est par conséquent improbable que le fait que le conseil arbitral ne jouisse pas d'un pouvoir semblable à celui du juge-arbitre résulte d'un simple oubli.

[89] La Forest J. also engaged with the idea that the right to answer questions of law was something that Parliament grants carefully and judiciously. Absent express legislative intent, it was not appropriate to conclude that tribunals were empowered to engage with and pronounce upon questions of law.

[90] Thus, the unifying theme in all three Cuddy Chicks cases was that express statutory jurisdiction to consider questions of law was required before a tribunal could begin engaging with a constitutional question.

[91] The departure point from this principle occurred in *Martin*, where the Supreme Court again considered when an administrative tribunal had jurisdiction to consider the validity of a constitutional provision. In its view, a tribunal that had the authority to interpret laws also had the related authority to assess whether those laws were constitutionally valid. If they were found to be invalid, the necessary result was that the tribunal had to decline to apply those laws. Yet, the tribunal did not have the power to declare laws to be invalid. Consequently, its decisions on constitutional questions would not be binding on subsequent tribunals.

[92] In *Martin*, the assessment of whether a tribunal had the authority to interpret laws was considered on a basis of either explicit or implied statutory authority. This broadened the law from how it was conceived of in the Cuddy Chicks trilogy. Gonthier J.'s analysis was animated by considerations of accessibility, i.e. that Canadians should be able to assert their constitutional rights in accessible forums; and that reviewing courts would benefit from the analysis of the tribunal. Judicial review would remain a possibility and be better informed by the special expertise of the tribunal accustomed to interpreting its own statute. This reasoning is not dissimilar from that of *Douglas College*.

[89] Le juge La Forest a également exprimé l'avis que le législateur n'accordait qu'avec précaution et judicieusement le droit de se prononcer sur les questions de droit. Faute d'intention du législateur explicitement exprimée, il n'y avait pas lieu de conclure qu'un tribunal administratif avait la compétence de se pencher et de se prononcer sur les questions de droit.

[90] Dans la trilogie Cuddy Chicks, ainsi, le fil conducteur était que, pour qu'un tribunal administratif puisse examiner une question constitutionnelle, la loi en cause devait lui conférer expressément la compétence de se prononcer sur les questions de droit.

[91] La jurisprudence *Martin*, a marqué une rupture à l'égard de cette doctrine; la Cour suprême a de nouveau examiné la question de savoir si un tribunal administratif avait compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives. La Cour suprême s'est dite d'avis qu'un tribunal investi du pouvoir d'interpréter les lois avait aussi le pouvoir connexe d'en évaluer la constitutionnalité. Si le tribunal jugeait des dispositions ainsi invalides, il devait nécessairement refuser de les appliquer. Malgré tout, le tribunal n'était pas habilité à déclarer des lois invalides. Ses décisions sur des questions constitutionnelles, par conséquent, ne feraient pas jurisprudence.

[92] Dans l'affaire *Martin*, on a recherché si un tribunal administratif avait la compétence d'interpréter les lois conférée par un texte législatif, expressément ou implicitement. La doctrine professée par la trilogie Cuddy Chicks s'en est ainsi trouvée élargie. La discussion du juge Gonthier était fondée sur des considérations d'accessibilité : les Canadiens devaient pouvoir faire valoir leurs droits constitutionnels devant le for le plus accessible, et la cour réformatrice profiterait de l'analyse faite par le tribunal administratif. Il demeurerait possible de recourir au contrôle judiciaire, qui bénéficierait de l'éclairage fourni par un tribunal spécialisé jouissant d'expertise et ayant l'habitude d'interpréter sa loi constitutive. Ce raisonnement a des similitudes avec celui retenu par l'arrêt *Douglas College*.

## 2. *The Martin Test*

[93] In *Martin*, the Supreme Court enunciated a modified two-step test, which is:

1. Begin by asking whether the tribunal has the power to decide questions of law. If it does, this creates a presumption that it can answer questions of constitutional law per section 52 of the *Constitution Act, 1982*.
2. Has the presumption been rebutted? (e.g. express authority elsewhere in the Act or by necessary implication)

## 3. *How Conway Changed the Law*

[94] In *Conway*, the Supreme Court merged the subsection 24(1) [of the Charter] and the section 52 [of the *Constitution Act, 1982*] inquiries into a single line of inquiry that considers the same foundational concepts in a unified approach. Under the framework developed in *Conway*, the relevant question remains whether a tribunal has the statutory authority to consider questions of law.

[95] As such, it does not serve as a true departure point from the earlier jurisprudence on questions of constitutional interpretation. It is more helpful in considering whether tribunals have authority to grant remedies under subsection 24(1). If anything, it seems to adopt reasoning very similar to that of *Martin*, thus collapsing any residual distinction in the different types of constitutional inquiry.

[96] The applicant argues that the Board has the ability to consider questions of law, despite the express statement to the contrary in *Tétreault-Gadoury*. In his view, the Supreme Court's inquiry into the authority of the tribunal to consider questions of law under section 117 of the Act was unduly constrained by the manner in which it situated the inquiry. Given that *Tétreault-Gadoury* was decided in 1991, the approach which the

## 2. *Le critère de la jurisprudence Martin*

[93] Dans l'arrêt *Martin*, la Cour suprême a énoncé le critère modifié suivant, comportant deux étapes :

1. Il faut d'abord rechercher si le tribunal administratif dispose du pouvoir de trancher les questions de droit. Dans l'affirmative, le tribunal sera présumé pouvoir se prononcer sur les questions de droit constitutionnel relatives à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
2. Il faut rechercher ensuite si la présomption a été réfutée (p. ex., par un pouvoir exprès prévu ailleurs dans la loi en cause ou par déduction nécessaire)?

## 3. *En quoi la jurisprudence Conway a-t-elle changé l'état du droit?*

[94] Dans l'arrêt *Conway*, la Cour suprême a fusionné les analyses relatives au paragraphe 24(1) [de la Charte] et à l'article 52 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] en une seule s'appuyant de manière unifiée sur les mêmes concepts fondamentaux. Vu le cadre consacré par la jurisprudence *Conway*, la question pertinente est toujours de savoir si le tribunal administratif est investi par la loi de la compétence d'examiner les questions de droit.

[95] À ce titre, la jurisprudence *Conway* ne marque donc pas véritablement une rupture de la jurisprudence antérieure sur les questions d'interprétation constitutionnelle. Elle est plus utile quant à l'examen de la compétence dont disposent, ou non, les tribunaux administratifs d'accorder des mesures en application du paragraphe 24(1). On semble en fait y adopter un raisonnement très semblable à celui suivi dans l'arrêt *Martin*, et ainsi effacer toute distinction pouvant encore exister entre les différents types d'analyses constitutionnelles.

[96] Le demandeur soutient que le conseil arbitral est habilité à examiner les questions de droit, malgré l'enseignement contraire de la jurisprudence *Tétreault-Gadoury*. Selon lui, la Cour suprême, dans son analyse du pouvoir du tribunal d'examiner les questions de droit en vertu de l'article 117 de la Loi, s'est heurté au cadre qu'elle a imposé à cette analyse. L'arrêt *Tétreault-Gadoury* a été rendu en 1991, et la façon dont la Cour

Supreme Court took to these types of questions was different than it is today. The manner in which it approached the problem was coloured by the fact that elsewhere in the statute, there was a grant of explicit power to the Umpire to consider questions of law.

[97] The applicant further argues that this requirement of an express power limited the scope of the inquiry and should not remain a binding precedent. Moreover, the applicant asserts that the line of reasoning that has emerged from the Supreme Court since that time, including *Martin, Conway*, and *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, has overtaken the rationale that won the day in *Tétreault-Gadoury*. In his view, the application of today's standard from *Martin*, which allows authority to consider questions of law to be drawn from either an express grant of statutory authority or an implied authority based on the whole of the statutory scheme, differently informs the Court and leads to the opposite result.

[98] I cannot agree. The nature of the inquiry is still based upon whether or not the tribunal has the authority to consider questions of law. It is only if that question is answered affirmatively that the shift in the jurisprudence has impact on the nature of the inquiry. If the statute bars the tribunal from considering questions of law, it is not relevant whether it can or should consider constitutional questions.

[99] As described above, the very question that the Supreme Court was asked to consider in *Tétreault-Gadoury* was whether the Board had the ability to consider questions of law. La Forest J. was unequivocal in answering this question in the negative. The statutory scheme clearly demarcated separate roles for the Board and the Umpire: the Board was not empowered to consider questions of law. Those questions were instead forwarded to the Umpire, appropriate particularly because Umpires are often judges or retired judges. Because the Act affirmatively gives this responsibility to the Umpire, and is silent on the role of the Board with respect to questions of law, the necessary conclusion is that the Board does not have this authority.

suprême abordait alors ce genre de questions ne serait plus d'actualité. La façon d'aborder alors le problème était influencée par le fait qu'ailleurs dans la Loi, on avait accordé expressément au juge-arbitre la compétence de se pencher sur les questions de droit.

[97] Le demandeur ajoute que l'exigence posée d'une compétence expressément formulée restreignait la portée de la recherche; la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* ne ferait donc plus autorité. Le demandeur soutient en outre que l'enseignement que professe depuis la Cour suprême, notamment par les arrêts *Martin, Conway* et *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, a pour effet d'écarter le raisonnement qui l'avait emporté dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*. Il estime que l'application du critère de l'heure consacré par l'arrêt *Martin*, qui permet soit de déduire la compétence d'examiner les questions de droit soit de la formulation expresse du texte législatif octroi exprès de compétence dans la loi, soit de la dégager implicitement de l'ensemble des dispositions de la loi, oriente désormais notre Cour autrement et appelle la solution opposée.

[98] Je rejette cette thèse. La recherche repose toujours sur la question de savoir si le tribunal en cause a ou non le pouvoir d'examiner les questions de droit. C'est seulement lorsqu'on répond par l'affirmative à cette question que l'évolution de la jurisprudence a une incidence sur la nature de la recherche. Si la loi interdit au tribunal d'examiner les questions de droit, il n'y a pas lieu de se demander s'il peut ou doit se pencher sur les questions constitutionnelles.

[99] Dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, on l'a dit, la Cour suprême était précisément appelée à rechercher si le conseil arbitral avait compétence pour examiner les questions de droit. Le juge La Forest a répondu sans équivoque que tel n'était pas le cas. On délimitait clairement dans le texte législatif les rôles distincts du juge-arbitre et du conseil arbitral, et il n'était pas prévu que ce dernier avait la compétence de se prononcer sur les questions de droit. Ces questions étaient plutôt déferées au juge-arbitre, ce qui était particulièrement indiqué par la qualité de juges ou de juges à la retraite, bien souvent, des juges-arbitres. La Loi accordant expressément au juge-arbitre la mission de connaître des moyens de droit, et ne prévoyant aucun rôle pour le conseil

[100] Accordingly, the shift in jurisprudential reasoning advocated by the applicant does not come into play. These arguments are relevant only if it is first identified that a tribunal has the authority—either expressly or implicitly—to consider questions of law.

[101] In *Conway*, Abella J. reviewed the facts and findings of *Tétreault-Gadoury* and other case law on the authority of tribunals regarding constitutional questions. She discussed *Tétreault-Gadoury* at some length and did not move to expressly overturn the precedent it set. Moreover, discussion of *Tétreault-Gadoury* and subsequent cases constitutes the foundation for the statement she makes at paragraph 78:

The jurisprudential evolution leads to the following two observations: first, that administrative tribunals with the power to decide questions of law, and from whom constitutional jurisdiction has not been clearly withdrawn, have the authority to resolve constitutional questions that are linked to matters properly before them.

[102] In my view, Abella J. was alive to the manner in which *Tétreault-Gadoury* informed the case law and she did not expressly overturn it. Her conclusion that only tribunals with the power to consider questions of law may answer constitutional questions rests equally on *Tétreault-Gadoury* as it does on other cases that were subsequently decided. If Abella J. indeed sought to change the law, she would and should, in my respectful view, have stated so expressly. This is especially true given the definitive way in which La Forest J. decided the issue in *Tétreault-Gadoury* [at pages 34–35]:

While this assessment of the comparative expertise or practical capability of the Board may well be correct, it cannot outweigh the intention expressed by the legislature to give the power to interpret law to the umpire and not the Board of Referees. In other words, I find that, notwithstanding the

arbitral à cet égard, la conclusion s'impose que le conseil arbitral n'a pas compétence quant à ces moyens.

[100] L'évolution de l'enseignement de la jurisprudence et invoquée par le demandeur n'entre donc pas en jeu. Les arguments du demandeur valent uniquement si l'on établit d'abord qu'un tribunal dispose du pouvoir — expressément ou implicitement — d'examiner les questions de droit.

[101] Dans l'affaire *Conway*, la juge Abella a passé en revue les faits en cause et les conclusions tirées par la jurisprudence, notamment par l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, portant sur la compétence des tribunaux de se prononcer sur les questions constitutionnelles. Elle a fait de longues observations sur la jurisprudence *Tétreault-Gadoury*, et ne l'a pas écarté expressément à titre de précédent. Elle s'est en outre appuyée sur ses observations sur cet arrêt et la jurisprudence subséquente pour dire (au paragraphe 78) :

L'évolution de la jurisprudence appelle les deux observations suivantes. D'abord, un tribunal administratif possédant le pouvoir de trancher des questions de droit et dont la compétence constitutionnelle n'est pas clairement écartée peut résoudre une question constitutionnelle se rapportant à une affaire dont il est régulièrement saisi.

[102] À mon avis, la juge Abella avait conscience que la manière dont la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* a guidé la jurisprudence ultérieure et elle n'a ainsi pas voulu la répudier expressément. Sa conclusion selon laquelle seuls les tribunaux ayant la compétence d'examiner les questions de droit pouvaient se prononcer sur les questions de droit constitutionnel s'appuyait tout autant sur la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* que sur la jurisprudence subséquente. Si la juge Abella avait bel et bien voulu modifier l'état du droit elle l'aurait fait, et aurait dû le faire à mon humble avis, de manière expresse. Cela est particulièrement vrai compte tenu de la manière catégorique dont le juge La Forest avait décidé la question dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury* [aux pages 34 et 35] :

Bien que cette appréciation comparative de l'expertise et des capacités pratiques du conseil puisse être juste, elle ne peut supplanter l'intention expresse du législateur de conférer le pouvoir d'interpréter la loi au juge-arbitre et non au conseil arbitral. En d'autres termes, j'estime qu'en dépit de la capacité

practical capability of the Board of Referees, the particular scheme set up by the legislature in the *Unemployment Insurance Act, 1971* contemplates that the constitutional question should more appropriately have been presented to the umpire, on appeal, rather than to the Board itself.

Applying the test set forth in *Douglas College* and *Cuddy Chicks*, I find that, while the Board of Referees had jurisdiction over the parties in this case, it did not have jurisdiction over the subject matter and the remedy. The subject matter before the Board concerned not simply the determination of the respondent's eligibility for benefits, but also the determination of whether s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* violated s. 15 of the *Charter*. Similarly, the remedy would have required the Board to disregard s. 31 when awarding the respondent benefits, assuming it found s. 31 to be inconsistent with the *Charter*. As I indicated above, under the legislative scheme described in the Act, such a determination rested within the jurisdiction of the umpire, not the Board of Referees.

[103] It is trite law that the Supreme Court may overturn its precedents, especially given its recent discussion of *stare decisis* in *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489 (*Craig*). In *Craig*, the Supreme Court considered a decision on appeal from this Court in which we declined to apply a binding Supreme Court precedent, *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480 (*Moldowan*). This Court instead chose to follow its own decision in *Gunn v. Canada*, 2006 FCA 281, [2007] 3 F.C.R. 57, which, in diverging from *Moldowan*, took into account the significant criticism that *Moldowan* had garnered from the tax bar. While the Supreme Court ultimately dismissed the appeal and took it upon itself to reverse *Moldowan*, this was not without comment that the Federal Court of Appeal should not have disregarded binding precedent. Rothstein J., for a unanimous Court, wrote (at paragraphs 18–23):

There is no doubt that Dickson J.'s interpretation of s. 13(1) in *Moldowan*, is a precedent binding on the Federal Court of Appeal and the Tax Court of Canada. While *Gunn* agreed with much of what Dickson J. wrote in *Moldowan*, on the crucial question of whether farming as a source of income could be subordinate to another source and still avoid the loss deduction

pratique du conseil arbitral, il découle de l'économie de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* qu'il convient davantage de présenter la question constitutionnelle au juge-arbitre, en appel, plutôt qu'au conseil lui-même.

Appliquant le critère énoncé dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, j'estime que, tout en ayant compétence sur les parties en l'espèce, le conseil arbitral n'avait pas compétence quant au fond du litige et à la réparation demandée. La question dont le conseil était saisi ne consistait pas simplement à déterminer l'admissibilité de l'intimée aux prestations, mais aussi à déterminer si l'ancien art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* violait l'art. 15 de la *Charte*. De même, la réparation demandée aurait exigé que le conseil fasse abstraction de l'art. 31 pour accorder des prestations à l'intimée, en supposant qu'il ait jugé cet article incompatible avec la *Charte*. Or, comme je l'ai indiqué précédemment, une telle décision relève, d'après l'économie de la Loi, de la compétence du juge-arbitre, et non de celle du conseil arbitral.

[103] Il est bien établi que la Cour suprême peut revoir sa propre jurisprudence, étant donné particulièrement ses récentes observations sur le principe du précédent obligatoire dans l'arrêt *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489 (*Craig*). Dans cette affaire, la Cour suprême s'est penchée sur un arrêt de la Cour porté en appel et où nous n'avions pas appliqué un de ses précédents ayant force obligatoire, *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480 (*Moldowan*). La Cour avait plutôt choisi de suivre la doctrine de son propre arrêt *Gunn c. Canada*, 2006 CAF 281, [2007] 3 R.C.F. 57, qui divergeait de celle de l'arrêt *Moldowan* et tenait compte des importantes critiques adressées à son endroit par les avocats fiscalistes. Bien que la Cour suprême ait finalement rejeté l'appel et se soit elle-même chargée de répudier la jurisprudence *Moldowan*, elle ne l'a pas fait sans déclarer que la Cour d'appel fédérale n'aurait pas dû refuser de se soumettre à un précédent ayant force obligatoire. S'exprimant pour l'ensemble de la Cour suprême, le juge Rothstein a observé (aux paragraphes 18 à 23) :

Il ne fait aucun doute que l'interprétation du par. 13(1) faite par le juge Dickson dans *Moldowan* est un précédent ayant force obligatoire pour la Cour d'appel fédérale et la Cour canadienne de l'impôt. Bien que dans *Gunn* la Cour d'appel fédérale ait souscrit dans une large mesure aux motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Moldowan*, précédent qui la liait, elle s'en est écartée

limitation of s. 31(1), *Gunn* departed from *Moldowan*, a precedent binding on the Federal Court of Appeal.

One of the fallouts from *Gunn* is that it left the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal itself in the difficult position of facing two inconsistent precedents and having to decide which one to follow. The uncertainty which the application of precedent is intended to preclude is seen in the decisions since *Gunn*, in which the Tax Court has acknowledged *Moldowan* as the leading case while also feeling bound to follow *Gunn*: *Stackhouse v. R.*, 2007 TCC 146, [2007] 3 C.T.C. 2402; *Falkener v. R.*, 2007 TCC 514, [2008] 2 C.T.C. 2231; *Loyens v. R.*, 2008 TCC 486, [2009] 1 C.T.C. 2547; *Johnson v. The Queen*, 2009 TCC 383, 2009 D.T.C. 1245; *Scharfe v. The Queen*, 2010 TCC 39, 2010 D.T.C. 1078; and *Turbide v. The Queen*, 2011 TCC 371, 2011 D.T.C. 1347. And of course the Federal Court of Appeal followed *Gunn* in the instant case.

It may be that *Gunn* departed from *Moldowan* because of the extensive criticism of *Moldowan*. Indeed, Dickson J. himself acknowledged that the section was “an awkwardly worded and intractable section and the source of much debate” (p. 482). Further, that provision had not come before the Supreme Court for review in the three decades since *Moldowan* was decided.

But regardless of the explanation, what the court in this case ought to have done was to have written reasons as to why *Moldowan* was problematic, in the way that the reasons in *Gunn* did, rather than purporting to overrule it.

The Federal Court of Appeal, on the basis of its prior decision in *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, in which that court reaffirmed the rule that it would normally be bound by its own previous decisions, followed *Gunn*, and not *Moldowan*. The application of *Miller* and the question of whether the Federal Court of Appeal should have followed *Gunn* simply did not arise, in view of the *Moldowan* Supreme Court precedent.

The Federal Court of Appeal’s purported overruling of *Moldowan* does not, however, affect the merits of this appeal or the core question of whether *Moldowan* should in fact be overruled.

[104] Consequently, with respect to the contrary view, it is not up to us to overturn *Tétreault-Gadoury*, particularly where the Supreme Court, although given many opportunities to do so, has not overturned that decision. Also, I need not speculate as to whether the Supreme Court would decide *Tétreault-Gadoury* differently if it were given the opportunity today. *Tétreault-Gadoury*

sur la question capitale de savoir si des activités agricoles constituant une source de revenu secondaire permettent d’échapper à la limitation de la déductibilité des pertes opérée par le par. 31(1).

D’ailleurs, l’arrêt *Gunn* a notamment eu comme conséquence de poser à la Cour canadienne de l’impôt et à la Cour d’appel fédérale elle-même l’épineux problème d’avoir à choisir entre deux précédents contradictoires. On peut voir à l’œuvre, dans les décisions postérieures à *Gunn*, l’incertitude que l’application du précédent vise à éviter; la Cour canadienne de l’impôt a reconnu que l’arrêt *Moldowan* fait autorité, mais s’est sentie tenue de suivre *Gunn* : *Stackhouse c. La Reine*, 2007 CCI 146 (CanLII); *Falkener c. La Reine*, 2007 CCI 514 (CanLII); *Loyens c. La Reine*, 2008 CCI 486 (CanLII); *Johnson c. La Reine*, 2009 CCI 383 (CanLII); *Scharfe c. La Reine*, 2010 CCI 39 (CanLII); et *Turbide c. La Reine*, 2011 CCI 371 (CanLII). Et, bien sûr, la Cour d’appel fédérale a suivi *Gunn* dans la présente affaire.

C’est peut-être en raison des nombreuses critiques suscitées par l’arrêt *Moldowan* que l’arrêt *Gunn* s’en est écarté. Du reste, le juge Dickson lui-même a reconnu que la disposition en cause était « un paragraphe difficile, mal formulé et très controversé » (p. 482). En outre, cette disposition n’a pas été soumise à l’examen de notre Cour pendant les trois décennies qui ont suivi *Moldowan*.

Mais peu importe l’explication fournie, la cour d’appel en l’espèce se devait d’exposer dans ses motifs ce qu’elle considérait problématique dans *Moldowan*, comme elle l’avait fait dans *Gunn*, au lieu de l’écarter.

Sur le fondement de son arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (CanLII), dans lequel elle a confirmé la règle portant qu’elle est normalement liée par ses propres décisions, la Cour d’appel fédérale a suivi *Gunn* et non *Moldowan*. La question de savoir si la Cour d’appel fédérale devait appliquer l’arrêt *Miller* et suivre *Gunn* ne se posait tout simplement pas, compte tenu du précédent établi par la Cour suprême dans *Moldowan*.

La décision de la Cour d’appel fédérale d’écarter l’arrêt *Moldowan* ne touche toutefois en rien le bien-fondé du pourvoi ni la question principale de savoir si l’arrêt *Moldowan* doit effectivement être écarté.

[104] Avec respect pour l’opinion contraire, il ne nous revient donc pas de répudier la jurisprudence *Tétreault-Gadoury*, étant donné tout particulièrement que la Cour suprême, même si on lui en a souvent offert l’occasion, ne l’a jamais fait. Je n’ai pas non plus à me livrer à des conjectures quant à savoir si la Cour suprême rendrait aujourd’hui une décision différente si elle devait être

was decided in 1991 and remains binding precedent until the Supreme Court decides that it is no longer good law.

[105] For these reasons, I conclude that *Tétreault-Gadoury* remains good law and that, as a result, the Umpire made no error in determining that he was bound by it.

*C. The Third Issue: Whether the Umpire erred in determining that the parental benefits provisions did not infringe subsection 15(1) of the Charter*

[106] The applicant argues that to the extent that the provisions at issue are read to contain a “per pregnancy restriction”, they violate subsection 15(1) of the Charter.

[107] While agreeing with the Umpire that the first part of the *Kapp* test was met, i.e. that the Act drew a distinction between a multiple birth and a two-child situation and that the distinction was based on the analogous ground of parental or family status, the applicant takes issue with the Umpire’s determination with regard to the second part of the test.

[108] More particularly, he says that the Umpire disregarded the differential impact the Act had on parents of multiple birth children and the children themselves and how the parents and the children are affected by differential access to parental benefits, adding that the main cause of the differential impact was “the attention/presence (or lack thereof) from parents in their first year” (applicant’s memorandum, paragraph 88). Thus, in the applicant’s view, restricting the benefits available to parents of twins to those available to parents of a singleton birth leads to the aforesaid differential impact.

[109] The respondent takes the position that the Umpire was correct in concluding that the parental

saisie de faits identiques à ceux de l’affaire *Tétreault-Gadoury*. L’arrêt *Tétreault-Gadoury* a été rendu en 1991 et sa doctrine est opposable jusqu’à ce que la Cour suprême opère un revirement.

[105] Par ces motifs, je conclus que la jurisprudence *Tétreault-Gadoury* fait autorité et que, par conséquent, le juge-arbitre n’a pas commis d’erreur en concluant que cet arrêt lui était opposable.

*C. Troisième question en litige — Le juge-arbitre a-t-il commis une erreur en concluant que les dispositions sur les prestations parentales n’étaient pas contraires au paragraphe 15(1) de la Charte?*

[106] Le demandeur soutient que, dans la mesure où l’on interprète les dispositions en cause comme comportant une [TRADUCTION] « restriction en fonction de la grossesse », ces dispositions sont contraires au paragraphe 15(1) de la Charte.

[107] Tout en concluant, comme le juge-arbitre, qu’était satisfait le premier élément du critère de la jurisprudence *Kapp*, c’est-à-dire que la Loi opérait une distinction entre le cas des naissances multiples et le cas où il y a deux enfants, et que cette distinction se fondait sur le motif analogue de la situation parentale ou familiale, le demandeur attaque la conclusion du juge-arbitre quant au deuxième élément.

[108] Le demandeur affirme particulièrement que le juge-arbitre a fait abstraction de l’effet particulier de la Loi sur les parents d’enfants issus d’une naissance multiple et sur ces enfants eux-mêmes, et du fait qu’il y avait pour ces parents et enfants une différence sur le plan de l’accès aux prestations parentales. Il ajoute que l’effet particulier découle principalement de [TRADUCTION] « l’attention/la présence (ou au manque d’attention ou à l’absence) des parents pendant la première année [des enfants] » (mémoire du demandeur, au paragraphe 88). Selon le demandeur, cet effet particulier découle du fait que les parents de jumeaux ne peuvent obtenir davantage de prestations que les parents d’un enfant unique.

[109] La thèse du défendeur est que le juge-arbitre a correctement conclu que les dispositions sur les

provisions of the Act were not discriminatory and thus did not infringe the appellant's Charter rights under subsection 15(1).

[110] More particularly, although critical of the Umpire's finding under the first part of the *Kapp* test that the Act created a distinction between parents of twins and others on the basis of parental or family status, the respondent says that the Umpire's determination under the second part of the test is faultless, i.e. that the Umpire concluded correctly that the parental benefits scheme of the Act did not perpetuate prejudice or stereotypes.

[111] In support of his submission, the respondent points to the purpose and objectives of the provisions of the Act at issue and says that when these provisions are examined in their proper light, it becomes apparent that the scheme does not violate subsection 15(1) of the Charter. Specifically, the respondent says that the benefits payable under the scheme are there to provide limited income support to claimants who are absent from the workforce to, *inter alia*, care for one or more children, emphasizing that there is no correlation between parental benefits and the number of children, the expenses associated with childcare, or the particular needs or circumstances of individual claimants. In other words, the *raison d'être* of the scheme set out in the Act is to provide to claimants temporary partial replacement of their income on the basis of uniform eligibility and entrance requirements.

[112] In my opinion, the Umpire made no error in determining, under the second part of the *Kapp* test, that the distinction made by the Act between the parents of twins and others did not create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. Consequently, I need not address the respondent's criticism of the Umpire's finding under the first part of the test. As I substantially agree with the reasons given by the Umpire (which I have set out at some length in these reasons), I will only address a number of specific points raised by the applicant. In all other respects, I adopt the Umpire's reasons.

prestations parentales de la Loi n'étaient pas discriminatoires, et ne portaient donc pas atteinte aux droits que tire l'appelant du paragraphe 15(1) de la Charte.

[110] Plus précisément, tout en étant critique de la conclusion du juge-arbitre quant au premier élément du critère de la jurisprudence *Kapp*, soit que la Loi opère une distinction entre les parents de jumeaux et les autres parents en fonction de la situation parentale ou familiale, le défendeur affirme que la conclusion du juge-arbitre quant au deuxième élément du critère est saine. Le juge-arbitre aurait ainsi conclu à juste titre qu'il ne résultait pas du régime de prestations parentales prévu par la Loi la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes.

[111] Le défendeur fait valoir à l'appui de sa thèse l'objet des dispositions en cause de la Loi et les objectifs qu'elles visent, et affirme qu'il ressort manifestement de l'examen de ces textes sous le bon angle qu'elles ne sont pas contraires au paragraphe 15(1) de la Charte. Le défendeur précise que l'objet du régime de prestations est d'offrir un soutien au revenu restreint aux prestataires qui sont absents du travail, notamment, pour donner des soins à un ou plusieurs enfants; il insiste sur l'absence de toute corrélation entre les prestations parentales et le nombre d'enfants concernés, les dépenses engagées pour donner des soins aux enfants ou la situation ou les besoins particuliers de prestataires individuels. En d'autres mots, la raison d'être du régime prévu par la Loi est de fournir aux prestataires un revenu de remplacement partiel et temporaire selon des critères d'admissibilité uniformes.

[112] À mon avis, le juge-arbitre n'a pas commis d'erreur en concluant, au regard du deuxième élément du critère de la jurisprudence *Kapp*, que la distinction opérée par la Loi entre les parents de jumeaux et les autres parents ne donnait pas lieu à un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. Je n'ai donc pas à me pencher sur l'attaque formulée par le défendeur à l'endroit de la conclusion du juge-arbitre quant au premier élément du critère. Comme je suis essentiellement d'accord avec les motifs énoncés par le juge-arbitre (que j'ai exposés assez longuement dans les présents motifs), je ne discuterai

[113] In order to answer the question of whether the distinction made by the Act created a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotypes, the Umpire considered the four contextual factors which the Supreme Court enunciated in *Law and Kapp*. With regard to the first factor, he found that the parents of twins had not experienced pre-existing disadvantage, stereotyping, vulnerability or prejudice. The applicant argues that parents of multiple birth children feel isolated, are isolated, receive little by way of public support compared to the majority of parents, and assume an enormous financial and emotional responsibility; “these are the classic marks of a discrete and insular minority” (applicant’s memorandum, paragraph 111).

[114] The applicant further says that parents like him and his spouse, in addition to sharing the hardship suffered by all parents of newborn children, suffer additional hardship by reason of a multiple birth and, hence, that this group, this minority, “is particularly vulnerable before and after childbirth” (applicant’s memorandum, paragraph 113), more so because they experience higher preterm issues, additional medical problems, increased parental depression and stress, and lower levels of cognitive ability or social skills in the case of the children. Consequently, in the applicant’s submission, the parents of twins must inevitably leave their work temporarily to provide a reasonable level of care for their children. In the applicant’s view, he and his spouse were “forced to choose between serious potential problems for their children or the income they desperately need to raise their children” (applicant’s memorandum, paragraph 113).

[115] Thus, the applicant asserts that parents of multiple birth children suffer from pre-existing disadvantage and vulnerability and that, in not specifically addressing their interests, the Act sends a strong signal that the law perpetuates prejudice through disadvantage.

que certains points particuliers soulevés par le demandeur. À tous autres égards, je souscris aux motifs du juge-arbitre.

[113] Pour répondre à la question de savoir si la distinction établie par la Loi donnait lieu à un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes, le juge-arbitre a examiné les quatre facteurs contextuels consacrés par la Cour suprême par les arrêts *Law et Kapp*. Quant au premier facteur, il a conclu que les parents de jumeaux n’étaient pas victimes d’un désavantage préexistant, de stéréotypes, d’une vulnérabilité ou de préjugés. Le demandeur soutient que les parents d’enfants issus d’une grossesse multiple sont et se sentent isolés, obtiennent peu d’appui public en comparaison avec la majorité des parents et assument d’énormes responsabilités aux plans financier et affectif; il s’agit là selon lui de [TRADUCTION] « caractéristiques classiques d’une minorité discrète et isolée » (mémoire du demandeur, au paragraphe 111).

[114] Le demandeur ajoute qu’en plus de faire face aux mêmes difficultés que tous les parents de nouveau-nés, les parents comme lui et son épouse en subissent d’additionnelles par suite d’une naissance multiple, et ce groupe minoritaire est ainsi [TRADUCTION] « particulièrement vulnérable avant et après cette naissance » (mémoire du demandeur, au paragraphe 113). Cela serait d’autant plus vrai que ces parents font plus souvent face à des problèmes de santé et de dépression ou de stress parental, ou liés à une naissance prématurée ou à de moindres aptitudes cognitives ou sociales des enfants. Les parents de jumeaux doivent donc inévitablement, selon le demandeur, quitter temporairement leur emploi pour donner à leurs enfants des soins raisonnables. D’après le demandeur, lui et son épouse ont été [TRADUCTION] « forcés de choisir entre de graves problèmes éventuels pour leurs enfants et le revenu dont ils avaient désespérément besoin pour les élever » (mémoire du demandeur, au paragraphe 113).

[115] Le demandeur soutient que les parents d’enfants issus d’une naissance multiple sont ainsi victimes d’un désavantage préexistant et vulnérables, et qu’en ne tenant pas compte de leurs intérêts particuliers, la Loi proclame haut et fort que la loi donne lieu à un désavantage par la perpétuation d’un préjugé.

[116] I cannot agree. The essence of the Umpire's determination, with which I agree entirely, is that there was no evidence demonstrating that parents of twins were subject to unfair treatment in society and that they had consequently experienced historical disadvantage, stereotyping, vulnerability or prejudice based on their status. To this I would add that although the care of twins or, for that matter, any other multiples, necessarily involves more work than caring for a single child, it does not establish the kind of historical disadvantage that perpetuates prejudice or stereotyping as contemplated by the Supreme Court in *Law*.

[117] In my view, as the Umpire correctly pointed out, the scheme of the Act was not intended to address the particular burdens or difficulties experienced by parents, but rather it was concerned with compensating parents for the interruption of their earnings resulting from their taking time off to care for their children. There is no basis whatsoever to assert, as the applicant does, that his group suffers from pre-existing disadvantage and vulnerability and that the scheme of the Act sends a message which perpetuates prejudice through disadvantage.

[118] I now turn to the second contextual factor, i.e. the relationship between the grounds upon which the claim was based and the actual needs, capacity or circumstances of the claimant or others targeted by the legislation.

[119] Although there is no evidence that the parents of twins have been historically disadvantaged, the applicant may nonetheless demonstrate that any disadvantage resulting from the law is premised on a stereotype that does not correspond to the actual circumstances of his group. In *Withler*, the Supreme Court recognized that complex benefit schemes, such as the one before us in this matter, are designed for a number of groups in different circumstances and with different interests. Consequently, the question is whether the boundaries drawn by Parliament are reasonable, having regard to the circumstances of the groups affected and the object of the scheme.

[116] Je rejette cette thèse. La conclusion essentielle du juge-arbitre, que je retiens entièrement, est que rien ne prouve que les parents de jumeaux ont été traités de manière inéquitable par la société et qu'ainsi, ils ont été victimes d'un désavantage historique, de stéréotypes, d'une vulnérabilité ou de préjugés du fait même qu'ils étaient les parents de jumeaux. J'ajouterais que, bien que prendre soin de jumeaux, et du reste de plus de deux nouveau-nés, soit nécessairement plus ardu que prendre soin d'un seul nouveau-né, cela n'équivaut pas au type de désavantage historique par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes que la Cour suprême avait à l'esprit dans l'affaire *Law*.

[117] Selon moi, et tel que le juge-arbitre l'a souligné à juste titre, l'objet de la Loi n'est pas de s'attaquer aux difficultés particulières auxquelles les parents font face, mais plutôt de compenser l'arrêt de rémunération des parents qui prennent congé pour prendre soin de leurs enfants. Nul élément ne permet d'affirmer, comme le fait le demandeur, que son groupe est victime d'un désavantage préexistant et est vulnérable et que la Loi porte un message qui donne lieu à un désavantage par la perpétuation d'un préjugé.

[118] Tournons-nous maintenant vers le deuxième facteur contextuel, soit le rapport entre les motifs sur lesquels la demande est fondée et les besoins, les capacités ou la situation véritables du prestataire ou des autres personnes visées par les dispositions législatives.

[119] Même si rien ne prouve que les parents de jumeaux ont subi un désavantage historique, le demandeur peut toujours démontrer que tout désavantage découlant de la loi repose sur un stéréotype qui ne correspond pas à la situation véritable des membres de son groupe. Dans l'affaire *Withler*, la Cour suprême a reconnu que les régimes de prestations complexes, comme celui en l'espèce, sont conçus en faveur de plusieurs groupes dont les intérêts et la situation divergent. La question est donc de savoir si les limites établies par le législateur sont raisonnables, compte tenu de la situation des groupes touchés et de l'objet du régime.

[120] Although the applicant accepts, as he must, that it is in Parliament's power to draw the line in a complex benefit scheme and that perfect correspondence is not the purpose of section 15, he says that the "per pregnancy" restriction affects everyone in his group and, consequently, the lines drawn by Parliament are not appropriate.

[121] The applicant also challenges the Umpire's assertion, found at page 34 of his decision, that the applicant could not provide "clear boundaries for the future in terms of access to parental benefits". In his view, there was an easy remedial boundary and that was the one already adopted by Parliament when two children came into the care of their parents from two events. Thus, two parental leave benefits, or one per child to a maximum of two, given that there were two claimants.

[122] Finally, at paragraph 128 of his memorandum, the applicant sets out the substance of his arguments regarding the second factor:

Absent any evidence for the "per pregnancy" restrictions, it is hard to see how the Applicant and his group, comprised exclusively of parents who meet all of the insurance requirements in the *EI Act*, can be told that, at the level of setting the quantum of benefits, the number of children matters in all cases except in theirs, without feeling that somehow their multiple birth is being regarded as less worthy of recognition by a system that otherwise tries to respect parental choices to interrupt work to care for children. The fact that all multiples' parents and their children are differentially impacted heightens the unfairness and the sense that the multiples' family, despite meeting all the same criteria as other two-parent families, is less worthy of the *EI Act's* attempts to help parents care for and nurture their children.

[123] I begin by reiterating what I have already said, and that is that the parental benefits scheme set out in the Act is not a social welfare program in which the

[120] Bien que le demandeur reconnaisse, comme il se doit, que le législateur dispose du pouvoir d'établir les limites requises d'un régime de prestations complexe, et que l'article 15 ne requiert pas une correspondance parfaite, il affirme qu'une restriction [TRADUCTION] « en fonction d'une grossesse » touche tous les membres de son groupe, et que les limites établies par le législateur ne sont donc pas appropriées.

[121] Le demandeur attaque également l'affirmation du juge-arbitre (à la page 28 de sa décision) selon laquelle quant à l'« admissibilité aux prestations parentales, [...] [il] ne prévoit aucune limite claire pour l'avenir ». Selon le demandeur, il existait en effet une limite facile à discerner pour offrir réparation, soit celle déjà adoptée par le législateur lorsque des parents doivent prendre soin de deux enfants par suite de deux événements distincts. Il en découlerait l'octroi de deux prestations parentales, soit une par enfant à concurrence de deux, puisqu'il y avait deux prestataires.

[122] Le demandeur expose finalement, comme suit, le fond de son argumentation sur le deuxième facteur (au paragraphe 128 de son mémoire) :

[TRADUCTION] En l'absence de toute preuve au soutien des restrictions « en fonction d'une grossesse », il est difficile de concevoir comment on pourrait dire au demandeur et aux membres de son groupe, exclusivement des parents satisfaisant à toutes les exigences liées à l'assurance-emploi prévues dans la *Loi sur l'AE*, qu'aux fins de l'établissement du montant des prestations, le nombre d'enfants concernés est pris en compte dans tous les cas sauf le leur, sans qu'ils n'aient le sentiment que la naissance multiple de leurs enfants est jugée moins digne d'être reconnue que d'autres par un système qui tente, par ailleurs, de respecter le choix fait par des parents d'interrompre leur emploi pour prendre soin de leurs enfants. Le fait que tous les parents de plus d'un nouveau-né et leurs enfants subissent un effet particulier rend la situation encore plus inéquitable, et fait ressentir davantage que leurs familles, bien qu'elles respectent intégralement les mêmes critères que ceux imposés aux autres familles qui comptent deux parents, sont moins dignes de bénéficier des mesures destinées à aider les parents, sous le régime de la *Loi sur l'AE*, à prendre soin de leurs enfants.

[123] Je commence par rappeler que le régime de prestations parentales établi par la Loi n'est pas un programme d'assistance sociale qui tient compte, pour

financial needs or circumstances of each individual participant is considered in determining eligibility, entitlement and the rate of weekly benefits. Rather, the Act intends to benefit different kinds of claimants by providing temporary partial income replacement to those who suffer an interruption of earnings and in regard to which they must meet the eligibility and entrance requisites.

[124] It is therefore in that context that the Umpire correctly found that there was sufficient flexibility in the Act to accommodate, albeit not in a perfect way, the needs of parents of children who impose a greater burden than other children. I can see no basis to disagree with the Umpire. In my respectful view, the thrust of the applicant's assertion is that he and others in his group should receive greater benefits than those which they are entitled to under the Act because those in his group, the parents of multiple birth children, must assume a greater burden than the parents of singletons. With respect, I do not understand how a complex scheme such as that found in the Act can meet those expectations. In other words, it is impossible for the scheme to meet the particular needs and circumstances of all the different claimants. In my view, it certainly cannot be said that the lines drawn by Parliament are inappropriate.

[125] Again I see nothing in the provisions at issue that would lead me to conclude that they operate by way of stereotypes. It also cannot be said that because those in the applicant's group do not receive 70 weeks of parental benefits for the care of their children, the legislation considers them less worthy than the parents of singletons.

[126] In closing on this factor, a few words concerning the applicant's criticism of the Umpire's statement that he could provide no clear boundaries for the future in terms of access to parental benefits. In my view, that criticism is unfounded. The simple answer is found in the respondent's memorandum, at paragraphs 134–136, where the respondent says:

While the Applicant's proposal may have intuitive appeal, this remedy is neither simple nor confined as the Applicant suggests.

établir l'admissibilité et le taux des prestations hebdomadaires, des besoins financiers ou de la situation de chaque participant individuel. La Loi vise plutôt à aider divers types de prestataires, en assurant un revenu de remplacement partiel et temporaire à ceux qui subissent un arrêt de rémunération et qui satisfont aux critères d'admissibilité.

[124] C'est dans ce contexte que le juge-arbitre a conclu à bon droit que la Loi était suffisamment souple pour répondre, quoique imparfaitement, aux besoins des parents dont les enfants leur imposent un fardeau plus lourd que d'autres. Rien ne permet selon moi d'être en désaccord avec le juge-arbitre. Soit dit avec déférence, le demandeur affirme essentiellement que lui et les autres membres de son groupe — les parents d'enfants issus d'une naissance multiple — devraient recevoir davantage de prestations que celles offertes par la Loi parce qu'ils assument un plus lourd fardeau que les parents d'un enfant unique. Avec égard, je ne vois pas comment un régime complexe comme celui prévu par la Loi pourrait répondre à ces attentes. Autrement dit, il est impossible pour le régime de satisfaire aux besoins particuliers et de s'adapter à la situation individuelle de tous les prestataires. À mon avis, on ne peut assurément pas qualifier d'inappropriées les limites établies par le législateur.

[125] Encore une fois rien dans les dispositions en cause ne me permet de conclure qu'elles s'appuient sur des stéréotypes. On ne saurait dire non plus que, parce que les membres du groupe du demandeur n'obtiennent pas 70 semaines de prestations pour prendre soin de leurs enfants, la loi les juge moins dignes de considération que les parents d'un enfant unique.

[126] Pour conclure sur ce facteur, je dirai quelques mots sur la critique du demandeur visant l'observation du juge-arbitre selon laquelle il ne prévoyait aucune limite claire pour l'avenir quant à l'admissibilité aux prestations parentales. J'estime cette critique non fondée, les motifs simples en ressortissent des commentaires suivants du défendeur (aux paragraphes 134 à 136 de son mémoire) :

[TRADUCTION] Malgré l'attrait a priori de la mesure proposée par le demandeur, celle-ci n'est ni simple ni bien circonscrite,

Rather, it fails to provide any parameters with respect to how the parental benefits scheme would operate if the individual needs of parents were taken into account when determining how many weeks of parental benefits should be paid.

For example, how many weeks of benefits should be paid in respect of triplets or quadruplets? Would the EI Commission, in recognition of the increased need, be required to provide parental benefits to a third party caregiver, such as a family member? Surely claimants in these situations would argue that their increased needs are no less worthy of consideration than the needs of parents of twins.

This remedy further fails to address the question of how the EI Commission should treat other parents who may encounter increased needs because of a characteristic of their family or children. For instance, single parents would likely argue that their circumstances warrant an increase in benefits due to the particular challenges of raising children alone.

[127] I agree entirely with the respondent's submissions which, in my view, provide strong support for the view taken by the Umpire that there was sufficient flexibility in the Act to accommodate, in an appropriate manner, the needs and circumstances of those in the applicant's group.

[128] With respect to the third contextual factor, i.e. the ameliorative effect of the law or program, both sides agree with the Umpire's conclusion that this factor was not relevant in the present matter.

[129] I now turn to the last contextual factor, i.e. the nature of the interest affected.

[130] With respect to this factor, the Umpire found that the only interest affected was one of an economic nature and that the applicant had failed to show that in denying him parental benefits, the provisions at issue had not in any way affected his "access to fundamental institutions or a basic aspect of his full membership in Canadian society" (Umpire's decision, page 36). As a result, he opined that the applicant's economic interest was insufficient to justify a finding of discrimination.

tel qu'il le laisse entendre. On n'y trouve en fait aucun paramètre quant à la mise en œuvre du régime de prestations parentales si l'on devait tenir compte, dans l'établissement du nombre de semaines de prestations à accorder, des besoins individuels des parents.

Par exemple, combien faudrait-il accorder de semaines de prestations dans le cas de triplés ou de quadruplés? La Commission de l'AE devrait-elle alors, compte tenu des plus grands besoins rencontrés, verser des prestations parentales à un tiers fournisseur de soins, comme un membre de la famille? Les prestataires soutiendraient assurément dans ces cas que leurs plus grands besoins méritent au moins autant de considération que ceux des parents de jumeaux.

Le demandeur ne dit pas non plus en proposant cette réparation comment la Commission de l'AE devrait traiter les autres parents pouvant avoir de plus grands besoins en raison d'une particularité de leur famille ou de leurs enfants. Les parents célibataires, par exemple, soutiendraient vraisemblablement que des prestations plus importantes sont justifiées dans leur cas, en raison des défis particuliers rencontrés lorsqu'on élève seul un enfant.

[127] Je retiens entièrement les observations du défendeur qui, à mon sens, vont nettement dans le sens de la conclusion du juge-arbitre voulant que la Loi soit suffisamment souple pour bien répondre, en fonction de leur situation, aux besoins des membres du groupe du demandeur.

[128] Pour ce qui est du troisième facteur contextuel, l'effet d'amélioration de la loi ou du programme, les deux parties conviennent, toute comme l'avait conclu le juge-arbitre, qu'il n'est pas pertinent en l'espèce.

[129] Examinons donc maintenant le quatrième et dernier facteur contextuel, soit la nature du droit touché.

[130] Le juge-arbitre a conclu, quant à ce facteur, que le seul droit touché était de nature économique, et que le demandeur n'avait pas démontré que les dispositions en cause, en le privant de prestations parentales, avaient de quelque manière que ce soit « restreint son accès à une institution fondamentale ou compromis un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne » (décision de l'arbitre, à la page 30). Le juge-arbitre a par conséquent estimé le droit économique en cause du demandeur insuffisant pour fonder une conclusion de discrimination.

[131] In the applicant's view, the Umpire "downgraded" the interest which he and his group had at stake in these proceedings, adding that because the Act was an important part of Canada's social fabric, its effect impacted on all of our working lives, from sickness to pregnancy, the care of children and relatives and, consequently, its imprint went to the core of human identity. Consequently, since those in the applicant's group were similarly treated differently from others, i.e. one parental benefit, their case represented what he characterizes as "a classic example of severe and localized consequences". Thus, he submits that the denial to his group of full access to an important marker of membership in Canadian society constitutes a significant sign of discrimination.

[132] In conclusion, the Umpire carefully considered the evidence and the submissions put forward by the applicant. In doing so, he considered the contextual factors enunciated by the Supreme Court in *Law* and *Kapp*, and he kept in mind that these factors were not meant to lead to a rigid examination but, on the contrary, were meant to facilitate an inquiry as to whether the impugned law undermined or violated the equality guarantee found in subsection 15(1) of the Charter. In my respectful opinion, the Umpire made no reviewable error in concluding that the provisions at issue were not discriminatory and, hence, did not violate subsection 15(1) of the Charter.

#### Disposition

[133] For these reasons, I would dismiss the application for judicial review. As the respondent is not seeking costs, I would make no award in regard thereto.

DAWSON J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

[131] D'après le demandeur, le juge-arbitre a [TRADUCTION] « rabaisé » son droit et le droit des membres de son groupe en jeu dans la présente instance. Il a ajouté que la Loi était une composante importante du tissu social canadien, qu'elle avait une incidence sur tous les éléments de notre vie professionnelle — depuis la maladie jusqu'à la grossesse en passant par les soins à donner aux enfants et aux membres de la famille —, et qu'ainsi elle marquait de son empreinte le cœur même de l'identité humaine. Par conséquent, puisque les membres de son groupe étaient tous traités de même manière différemment des autres, en n'ayant droit qu'à un ensemble de prestations parentales, leur situation constituait ce que le demandeur a qualifié d' [TRADUCTION] « exemple classique d'effets graves et localisés ». Ainsi, selon le demandeur, le plein accès refusé à son groupe à un important repère de l'appartenance à la société canadienne constitue un indice notable de discrimination.

[132] Pour conclure, le juge-arbitre a pesé avec soin les éléments de preuve et les observations présentés par le demandeur. Ce faisant, il a pris en compte les facteurs contextuels énoncés par la Cour suprême par les arrêts *Law* et *Kapp*, en gardant à l'esprit que ces facteurs ne devaient pas donner lieu à un examen rigide, mais plutôt aider à établir si la loi contestée portait atteinte au droit à l'égalité garanti par le paragraphe 15(1) de la Charte. À mon humble avis, le juge-arbitre n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle en concluant que les dispositions en cause n'étaient pas discriminatoires et, par conséquent, n'étaient pas contraire au paragraphe 15(1) de la Charte.

#### Décision

[133] Par les motifs exposés ci-dessus, je rejeterais la demande de contrôle judiciaire. Le défendeur ne sollicite pas de dépens, je n'en adjugerais aucuns.

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

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

T-1418-10  
2013 FC 113

T-1418-10  
2013 CF 113

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Fiona Ann Johnstone and Canadian Human Rights Commission** (*Respondents*)

**Fiona Ann Johnstone et Commission canadienne des droits de la personne** (*défenderesses*)

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

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

Federal Court, Mandamin J.—Ottawa, May 30, 2011 and January 31, 2013.

Cour fédérale, juge Mandamin—Ottawa, 30 mai 2011 et 31 janvier 2013.

Editor’s Note: This decision has been reversed in part on appeal (2014 FCA 110). The reasons for judgment, handed down May 2, 2014, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Note de l’arrêtiſte : Cette décision a été infirmée en partie en appel (2014 CAF 110). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 2 mai 2014, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

*Human Rights — Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision allowing respondent Johnstone’s (respondent) complaint of discrimination on basis of family status by employer, Canada Border Services Agency (CBSA) — Respondent working as border services officer on rotating, variable shifts — Requesting full-time employment working fixed day shifts following birth of first child so as to allow her to arrange childcare — CBSA policy limiting fixed day shifts as requested to part-time employment — Respondent’s request thus denied, offered part-time work on fixed schedule instead — Respondent filing complaint under Canadian Human Rights Act — Contending that CBSA engaged in discriminatory employment practice with respect to family status, i.e. parental childcare obligations — Tribunal allowing respondent’s complaint — Principal issues herein whether Tribunal erring in interpreting term “family status” in Act, s. 3 to include childcare responsibilities; in finding prima facie case of discrimination established; in making its remedial orders — Tribunal reasonably finding that parental childcare obligations coming within scope, meaning of “family status” in Act, s. 3 — Tribunal applying proper legal test for finding of prima facie discrimination on basis of family status — Findings of prima facie discrimination supported by evidence — As to remedies, Tribunal erring in part by failing to justify compensation award for period respondent electing unpaid leave to accompany spouse on relocation to Ottawa — Tribunal also erring, exceeding jurisdiction in ordering CBSA to establish written policies satisfactory to respondent, Commission — Act not providing that victim may have a role or participate in development of remedial policies to redress discriminatory practices — Application allowed in part.*

*Droits de la personne — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a fait droit à la plainte de la défenderesse, M<sup>me</sup> Johnstone, visant son employeur, l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui avait, à ses dires, agi de façon discriminatoire envers elle en raison de sa situation de famille — La défenderesse travaillait comme agente des services frontaliers selon un horaire de quarts de travail rotatifs — Elle avait demandé qu’on lui accorde des quarts de travail fixes à temps plein, à la suite de la naissance de son premier enfant, ce qui lui aurait permis d’obtenir des services de garde — Une politique de l’ASFC prévoit que seules les personnes qui travaillent à temps partiel peuvent obtenir des quarts de travail fixes — La demande de la défenderesse a été refusée et celle-ci s’est plutôt vu offrir un emploi à temps partiel à horaire fixe — La défenderesse a déposé une plainte en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Elle a affirmé que l’ASFC avait usé de pratiques discriminatoires relativement à sa situation de famille en rapport avec ses obligations liées à la garde de ses enfants — Le Tribunal canadien des droits de la personne a fait droit à la plainte de la défenderesse — Il s’agissait principalement de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que le concept de « situation de famille » à l’art. 3 de la Loi englobait les responsabilités relatives à la garde des enfants, en concluant qu’une preuve prima facie de discrimination avait été établie, et dans les réparations qu’il a accordées — Le Tribunal a conclu de façon raisonnable que les obligations liées à la garde d’enfants font partie du sens et de la portée du concept de « situation de famille » prévu à l’art. 3 de la Loi — Le Tribunal a appliqué le bon critère juridique pour conclure à l’existence d’une discrimination prima*

*facie fondée sur la situation de famille — Les conclusions au sujet de la discrimination prima facie étaient appuyées par la preuve — Sur la question des réparations, le Tribunal a commis certaines erreurs en ne justifiant pas l'indemnité qu'il a accordée pour la période au cours de laquelle la défenderesse a choisi de prendre un congé sans solde pour accompagner son époux lors de la réinstallation de celui-ci à Ottawa — Le Tribunal a également commis une erreur et a outrepassé sa compétence en ordonnant à l'ASFC d'établir des politiques écrites à la satisfaction de la défenderesse et de la Commission — La Loi ne prévoit pas que la victime peut participer à l'élaboration de politiques visant à corriger les actes discriminatoires — Demande accueillie en partie.*

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal allowing the respondent Johnstone's (respondent) complaint of discrimination on the basis of family status by her employer, the Canada Border Services Agency (CBSA).

The respondent had been working as a border services officer on rotating and variable shifts at Pearson International Airport. Following the birth of her first child, she requested full-time employment working fixed day shifts that would allow her to arrange childcare. However, CBSA policy limited fixed day shifts as requested by the respondent to part-time employment. As such, her request was denied and instead, the respondent was offered part-time work on a fixed schedule. Consequently, the respondent was not eligible for benefits available to full-time CBSA employees.

The respondent filed a complaint under the *Canadian Human Rights Act*, paragraphs 7(b), 10(a), (b). She contended that the CBSA had engaged in a discriminatory employment practice with respect to family status (a prohibited ground of discrimination under subsection 3(1) of the Act), specifically, in relation to her parental childcare obligations.

The respondent's complaint eventually proceeded to a hearing before the Tribunal, which found that the respondent had proven *prima facie* employment discrimination on the basis of family status contrary to the Act. More specifically, it found that the enumerated ground of family status in the Act includes parental childcare responsibilities, and concluded that the CBSA had established and pursued an unwritten policy that affected the respondent's employment opportunities including, but not limited to promotion, training, transfer, and benefits on the prohibited ground of family status. Finally, the

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a fait droit à la plainte de la défenderesse, M<sup>me</sup> Johnstone (la défenderesse), visant son employeur, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui avait, à ses dires, agi de façon discriminatoire envers elle en raison de sa situation de famille.

La défenderesse travaillait comme agente des services frontaliers selon un horaire de quarts de travail variables et rotatifs à l'Aéroport international Pearson. À la suite de la naissance de son premier enfant, elle a demandé de continuer à travailler à temps plein selon un horaire de quarts de travail fixes de jour qui coïncidait avec les services de garde qu'elle pouvait obtenir. Cependant, une politique de l'ASFC prévoit que seules les personnes qui travaillent à temps partiel peuvent obtenir des quarts de travail fixes comme ceux que demandait la défenderesse. À ce titre, sa demande a été refusée et on a plutôt offert à la défenderesse un emploi à temps partiel à horaire fixe. En conséquence, la défenderesse n'avait pas droit aux avantages auxquels étaient admissibles les employés à temps plein de l'ASFC.

La défenderesse a déposé une plainte en vertu des alinéas 7b) et 10a) et b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Elle a affirmé que l'ASFC avait usé en cours d'emploi de pratiques discriminatoires relativement à sa situation de famille (un motif de distinction illicite en vertu du paragraphe 3(1) de la Loi) en rapport avec ses obligations liées à la garde de ses enfants.

Le Tribunal a par la suite procédé à l'examen de la plainte de la défenderesse et a conclu que celle-ci avait établi une preuve *prima facie* de discrimination en matière d'emploi fondée sur la situation de famille en contravention de la Loi. Plus particulièrement, le Tribunal a conclu que les obligations parentales faisaient effectivement partie du motif énuméré de situation de famille prévu par la Loi et que l'ASFC avait établi et appliqué une politique non écrite qui nuisait aux possibilités d'emploi de la défenderesse, notamment la promotion, la formation, la mutation et les avantages sociaux,

Tribunal concluded that the CBSA had not established a *bona fide* occupational requirement defence nor had it established undue hardship so as to exempt it from the obligation to accommodate for family status arising from childcare responsibilities under the Act.

In terms of remedies, the Tribunal ordered the CBSA to consult with the respondent and the Commission to develop a plan to prevent further incidents of discrimination against employees seeking accommodation based on family status for purposes of childcare responsibilities. It also ordered that the respondent be compensated for her lost wages and benefits, including overtime that she would have received and pension contributions that would have been made had she been able to work on a full-time basis during the period in question. Finally, the Tribunal awarded the respondent \$15 000 for general damages for pain and suffering pursuant to paragraph 53(2)(e) of the Act, and \$20 000 for special compensation under subsection 53(3) of the Act.

The applicant argued that the term “family status” in the Act does not include parental childcare obligations. The applicant also challenged the Tribunal’s legal test for finding *prima facie* discrimination based on family status. Finally, the applicant contested several of the Tribunal’s remedial orders.

The principal issues were whether the Tribunal erred in interpreting the term “family status” in section 3 of the Act to include childcare responsibilities; whether it erred in finding a *prima facie* case of discrimination was established; and whether it erred in making its remedial orders.

*Held*, the application should be allowed in part.

The Tribunal reasonably found that parental childcare obligations come within the scope and meaning of “family status” in section 3 of the Act. The Act does not define the term “family status”. It should be interpreted in a large and liberal manner consistent with the attainment of the Act’s objectives and purpose. The Tribunal’s conclusion was within the scope of ordinary meaning of the words; it was in accord with decisions in related human rights and labour forums; it was in keeping with the case law; and it was consistent with the objects of the Act.

pratiques fondées sur le motif de distinction illicite de la situation de famille. Enfin, le Tribunal a conclu que l’ASFC n’avait pas établi qu’elle avait une exigence professionnelle justifiée ni présenté d’arguments suffisants au sujet de la contrainte excessive qui lui aurait permis d’être dispensée de l’obligation que lui impose la Loi de prendre des mesures d’accommodement pour aider la défenderesse à s’acquitter de ses responsabilités liées à la garde de ses enfants.

Quant aux réparations, le Tribunal a ordonné à l’ASFC de consulter la défenderesse et la Commission afin d’élaborer un plan pour éviter d’autres incidents semblables de discrimination contre les employés qui demandent des mesures d’accommodement fondées sur leur situation de famille en raison de leurs responsabilités parentales. Le Tribunal a également ordonné que la défenderesse soit indemnisée pour sa perte de salaire et d’avantages sociaux, y compris les heures supplémentaires qu’elle aurait effectuées et les contributions à sa pension qui auraient été faites si elle avait pu travailler à temps plein pendant la période en cause. Enfin, le Tribunal a également accordé à la défenderesse 15 000 \$ à titre de dommages intérêts généraux pour préjudice moral en vertu de l’alinéa 53(2)e) de la Loi, et 20 000 \$ à titre d’indemnité spéciale en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi.

Le demandeur a fait valoir que l’expression « situation de famille » figurant dans la Loi n’englobait pas les obligations liées à la garde d’enfants. Le demandeur s’est également opposé au critère juridique retenu par le Tribunal pour conclure à l’existence d’une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille. Enfin, le demandeur a contesté les diverses ordonnances réparatrices prononcées par le Tribunal.

Il s’agissait principalement de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que le concept de « situation de famille » à l’article 3 de la Loi englobait les responsabilités relatives à la garde des enfants, s’il a commis une erreur en concluant qu’une preuve *prima facie* de discrimination avait été établie, et s’il a commis une erreur dans les réparations qu’il a accordées

*Jugement* : la demande doit être accueillie en partie.

Le Tribunal a conclu de façon raisonnable que les obligations liées à la garde d’enfants font partie du sens et de la portée du concept de « situation de famille » prévu à l’article 3 de la Loi. La Loi ne définit pas l’expression « situation de famille ». Elle devrait être interprétée de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation des objets de la Loi. La conclusion du tribunal s’accordait avec le sens courant des mots et avec les décisions déjà rendues en matière de droits de la personne et par les tribunaux du travail; elle était conforme à la jurisprudence et respectait les objets de la Loi.

The Tribunal applied the proper legal test for its finding of *prima facie* discrimination on the basis of family status. While the childcare obligation arising in discrimination claims based on family status must be one of substance and the complainant must have tried to reconcile family obligations with work obligations, this requirement does not create a higher threshold test of serious interference. The case for *prima facie* discrimination based on family status will be made out where an employment rule or condition interferes with an employee's ability to meet a substantial parental obligation in any realistic way.

In the present instance, there was evidence before the Tribunal supporting its conclusion that the respondent was discriminated against on the basis of her family status. The Tribunal found that the respondent was a parent who had substantial childcare obligations and could not, despite her best efforts, find daycare for her children. The Tribunal also found on the evidence that accommodating the respondent would not have caused undue hardship to the CBSA. The Tribunal thus found that the respondent had established a *prima facie* case of discrimination pursuant to sections 7 and 10 of the Act. These findings were supported by the evidence and were within the range of reasonable outcomes.

Finally, on the question of remedies, the Tribunal erred in part by failing to justify the compensation award for the period when the respondent elected unpaid leave to accompany her spouse on relocation to Ottawa. The Tribunal did not provide a rationale for this award. It was therefore not possible to say whether a causal connection existed between the discrimination found to have occurred at Pearson and the respondent's sojourn in Ottawa. The Tribunal also erred and exceeded its jurisdiction in ordering the CBSA to establish written policies satisfactory to the respondent and the Commission. The Act provides that a person who was the subject of discriminatory treatment may receive compensation in the form of lost wages and expenses as well as any pain and suffering experiences. However, it does not provide that a victim may have a role or participate in the development of remedial policies to redress the discriminatory practices.

Le Tribunal a appliqué le bon critère juridique pour conclure à l'existence d'une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille. Bien que les obligations liées à la garde des enfants invoquées dans les affaires dans lesquelles l'intéressé se prétend victime de discrimination fondée sur sa situation de famille doivent être des obligations importantes et que le plaignant doit avoir tenté de concilier ses obligations familiales avec ses obligations professionnelles, cette exigence ne saurait créer un critère préliminaire plus exigeant en matière d'atteinte grave. C'est lorsqu'un règlement ou une condition de travail de l'employeur entrave la capacité de l'employé de s'acquitter d'une importante obligation parentale de façon réaliste qu'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille est établie.

En l'espèce, le Tribunal disposait d'éléments de preuve qui appuyaient sa conclusion que la défenderesse avait été victime de discrimination fondée sur sa situation de famille. Le Tribunal a conclu que la défenderesse était une mère qui avait des obligations importantes liées à la garde de ses enfants et qui, malgré tous les efforts qu'elle avait déployés, n'avait pas réussi à trouver des services de garde pour ses enfants. Le Tribunal a également conclu que, suivant la preuve, la prise de mesures d'accommodement pour la défenderesse n'aurait pas causé de contraintes excessives à l'ASFC. Le Tribunal a donc conclu que la défenderesse avait établi une preuve *prima facie* de discrimination au sens des articles 7 et 10 de la Loi. Ses conclusions étaient appuyées par la preuve et elles apparaissent aux issues raisonnables.

Enfin, sur la question des réparations, le Tribunal a commis certaines erreurs en ne justifiant pas l'indemnité qu'il a accordée pour la période au cours de laquelle la défenderesse a choisi de prendre un congé sans solde pour accompagner son époux lors de la réinstallation de celui-ci à Ottawa. Le Tribunal n'a pas motivé ce montant. Il n'était donc pas possible d'affirmer qu'il existait un lien de causalité entre la discrimination qui se serait produite à Pearson et le séjour de la défenderesse à Ottawa. Le Tribunal a également commis une erreur et outrepassé sa compétence en obligeant l'ASFC à élaborer des politiques écrites satisfaisantes pour la défenderesse et la Commission. La Loi prévoit que toute personne victime d'acte discriminatoire peut être indemnisée sous forme d'indemnité pour perte de salaire et d'indemnité pour préjudice moral. Elle ne prévoit cependant pas que cette victime peut participer à l'élaboration de politiques visant à corriger les actes discriminatoires.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3, 7, 10, 53.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3, 7, 10, 53.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, (1985), 52 O.R. (2d) 799; *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; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, affg *Canada (Attorney General) v. Mowat*, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579; *Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Commission)*, 2005 FCA 154, 334 N.R. 316, *sub nom. Morris v. Canada (Canadian Armed Forces; Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

## CONSIDERED:

*Johnstone v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 36, 306 F.T.R. 271, affd 2008 FCA 101, 377 N.R. 235; *Moore v. Canada Post Corporation*, 2007 CHRT 31; *Brown v. Canada (Department of National Revenue, Customs and Excise)*, 1993 CanLII 683 (C.H.R.T.); *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479; *Hoyt v. Canadian National Railway*, 2006 CHRT 33, 57 C.H.R.R. D/437; *Rajotte v. President of the Canada Border Services Agency et al.*, 2009 PSST 0025; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *Scheuneman v. Canada (Attorney General)*, 2000 CanLII 16701, 266 N.R. 154 (F.C.A.); *B. v. Ontario (Human Rights Commission)* (2000), 50 O.R. (3d) 737, 195 D.L.R. (4th) 405, affd 2002 SCC 66, [2002] 3 S.C.R. 403; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Chopra v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 F.C.R. 393.

## REFERRED TO:

*Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Ont. Bd. of Inq.); *Rennie v. Peaches and Cream Skin Care Ltd.*, 2006 AHRC 13 (CanLII); *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *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; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, confirmant *Canada (Procureur général) c. Mowat*, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CAF 154, *sub nom. Morris c. Canada (Forces armées canadiennes; Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Johnstone c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 36, conf. par 2008 CAF 101; *Moore c. Société canadienne des postes*, 2007 TCDP 31; *Brown c. Canada (Ministre du Revenu national, Douanes et Accise)*, 1993 CanLII 683 (T.C.D.P.); *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479; *Hoyt c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2006 TCDP 33; *Rajotte c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada et al.*, 2009 TDFP 0025; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 16701 (C.A.F.); *B. c. Ontario (Commission des droits de la personne)* (2000), 50 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 737, conf. par 2002 CSC 66, [2002] 3 R.C.S. 403; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 268, [2008] 2 R.C.F. 393.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Comm. d'enq. de l'Ont.); *Rennie v. Peaches and Cream Skin Care Ltd.*, 2006 AHRC 13 (CanLII); *Canada Post Corp. v. Canadian*

*Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees (Jungwirth Grievance)* (2010), 192 L.A.C. (4th) 97; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161; *Dhanjal v. Air Canada*, 1996 CanLII 2385, 28 C.H.R.R. D/367 (C.H.R.T.), affd 1997 CanLII 5751, 139 F.T.R. 37 (F.C.T.D.).

*Union of Postal Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees (Jungwirth Grievance)* (2010), 192 L.A.C. (4th) 97; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161; *Dhanjal c. Air Canada*, 1996 CanLII 2385 (T.C.D.P.), conf. par 1997 CanLII 5751 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry on Equality in Employment. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984 (Commissioner: Rosalie Silberman Abella).  
*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, “family”, “status”.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 International Labour Organisation. *Recommendation concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers: Workers with Family Responsibilities* (Recommendation No. 165). Geneva, 67th ILC session (June 23, 1981).

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (2010 CHRT 20) allowing the respondent Johnstone’s complaint of discrimination on the basis of family status by her employer. Application allowed in part.

## APPEARANCES

*Christine Mohr* and *Susan Keenan* for applicant.  
*Andrew Raven* and *Andrew Astritis* for respondent *Fiona Ann Johnstone*.  
*Ikram Warsame* and *Daniel Poulin* for respondent *Canadian Human Rights Commission*.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.*, Ottawa, for respondent *Fiona Ann Johnstone*.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission d’enquête sur l’égalité en matière d’emploi. *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi*. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1984 (Commissaire : Rosalie Silberman Abella).  
*Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « *family* », « *status* ».  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.  
 Organisation internationale du Travail. *Recommandation concernant l’égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes: travailleurs ayant des responsabilités familiales* (Recommandation no 165). Genève, 67<sup>ème</sup> session CIT (23 juin 1981).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (2010 TC DP 20) a fait droit à la plainte de la défenderesse, M<sup>me</sup> Johnstone, visant son employeur qui a, à ses dires, agi de façon discriminatoire envers elle en raison de sa situation de famille. Demande accueillie en partie.

## ONT COMPARU

*Christine Mohr* et *Susan Keenan* pour le demandeur.  
*Andrew Raven* et *Andrew Astritis* pour la défenderesse, *Fiona Ann Johnstone*.  
*Ikram Warsame* et *Daniel Poulin* pour la défenderesse, la Commission canadienne des droits de la personne.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.*, Ottawa, pour la défenderesse *Fiona Ann Johnstone*.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la défenderesse, la Commission canadienne des droits de la personne.

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

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

[1] MANDAMIN J.: This is an application for judicial review of the Canadian Human Rights Tribunal August 6, 2010 decision [*Johnstone v. Canada Border Service Agency*, 2010 CHRT 20] allowing Ms. Fiona Johnstone's complaint of human rights discrimination, because of family status, by the employer.

[1] LE JUGE MANDAMIN : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire de la décision, en date du 6 août 2010 [*Johnstone v. Agence des services frontaliers du Canada*, 2010 TCDP 20], par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a fait droit à la plainte de M<sup>me</sup> Fiona Johnstone visant son employeur qui avait, à ses dires, agi de façon discriminatoire envers elle en raison de sa situation de famille.

[2] Ms. Johnstone filed her complaint under the provisions of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the Act [or CHRA]) which prohibit discrimination on the basis of family status in matters relating to employment. She contended that her employer, the Canada Border Services Agency (CBSA), engaged in a discriminatory employment practice with respect to family status, specifically, in relation to her parental childcare obligations.

[2] M<sup>me</sup> Johnstone avait déposé sa plainte en vertu des dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi [ou LCDP]), qui interdit la discrimination en matière d'emploi sur le fondement de la situation de famille. Elle affirmait que son employeur, l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC), avait usé en cours d'emploi de pratiques discriminatoires relativement à sa situation de famille en rapport avec ses obligations liées à la garde de ses enfants.

[3] Ms. Johnstone had been working as a border services officer on rotating shifts. She requested full-time employment working fixed day shifts that would allow her to arrange childcare for her young children. CBSA policy limited fixed day shifts as requested by Ms. Johnstone to part-time employment. Consequently, Ms. Johnstone was not eligible for benefits available to full-time CBSA employees.

[3] M<sup>me</sup> Johnstone travaillait comme agente des services frontaliers selon un horaire de quarts de travail rotatifs. Elle avait demandé qu'on lui accorde des quarts de travail fixes à temps plein, ce qui lui aurait permis d'obtenir des services de garde pour ses jeunes enfants. Une politique de l'ASFC prévoit que seules les personnes qui travaillaient à temps partiel peuvent obtenir des quarts de travail fixes comme ceux que demandait M<sup>me</sup> Johnstone. En conséquence, M<sup>me</sup> Johnstone n'avait pas droit aux avantages auxquels étaient admissibles les employés à temps plein de l'ASFC.

[4] The Tribunal found Ms. Johnstone had proven *prima facie* employment discrimination on the basis of family status contrary to the Act and decided the CBSA had not proven hardship for the employer necessary to exempt the CBSA from its obligation to accommodate for family status.

[4] Le Tribunal a conclu que M<sup>me</sup> Johnstone avait établi une preuve *prima facie* de discrimination en matière d'emploi en contravention de la Loi et a décidé que l'ASFC n'avait pas démontré qu'elle subirait des contraintes telles qu'il soit justifié de la dispenser de son obligation de prendre des mesures d'accommodement pour tenir compte de la situation de famille de M<sup>me</sup> Johnstone.

[5] The applicant contests whether the term “family status” in the Act includes parental childcare obligations. It submits childcare is not included in the term “family status”. The applicant also challenges the Tribunal’s legal test for finding *prima facie* discrimination based on family status. Finally, the applicant contests several remedial orders of the Tribunal.

[6] On the central questions, I conclude the Tribunal reasonably found parental childcare obligations comes within the scope and meaning of “family status” in the Act. I also conclude the Tribunal applied the proper legal test for its finding of *prima facie* discrimination on the basis of family status. Finally, I am satisfied the Tribunal finding that the CBSA discriminated against Ms. Johnstone on the basis of family status to be reasonable having regard to the evidence before the Tribunal.

[7] On the question of remedies, while I conclude the Tribunal did not err generally, I find the Tribunal erred in part by failing to justify the compensation award for the period when Ms. Johnstone elected unpaid leave to accompany her spouse on relocation to Ottawa.

[8] My reasons are set out following.

#### Background

[9] Ms. Johnstone began working as a part-time customs inspector in the Passenger Operations District of the CBSA at Pearson International Airport (Pearson) in April 1998. After five months her position, now described as a border services officer, was converted to full-time. Her employment became indeterminate in 2001.

[10] In January 2003, following the birth of her first child, Ms. Johnstone requested accommodation. Specifically, she requested she continue in full-time

[5] Le demandeur nie que l’expression « situation de famille » figurant dans la Loi englobe les obligations liées à la garde d’enfants. À son avis, de telles obligations ne sont pas visées par cette expression. Il s’oppose aussi au critère juridique retenu par le Tribunal pour conclure à l’existence d’une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille. Enfin, il conteste les diverses ordonnances réparatrices prononcées par le Tribunal.

[6] Sur les questions centrales, j’estime que le Tribunal a conclu de façon raisonnable que les obligations liées à la garde d’enfants font partie du sens et de la portée du concept de « situation de famille » prévu par la Loi. Je conclus également que le Tribunal a appliqué le bon critère juridique pour conclure à l’existence d’une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille. Enfin, je suis convaincu que la conclusion du Tribunal suivant laquelle l’ASFC avait agi de façon discriminatoire à l’égard de M<sup>me</sup> Johnstone sur le fondement de sa situation de famille était raisonnable, vu l’ensemble de la preuve dont il disposait.

[7] Sur la question des réparations, bien que je sois d’avis qu’il n’a pas commis d’erreur dans l’ensemble, j’estime que le Tribunal a commis certaines erreurs en ne justifiant pas l’indemnité qu’il a accordée pour la période au cours de laquelle M<sup>me</sup> Johnstone a choisi de prendre un congé sans solde pour accompagner son époux lors de la réinstallation de celui-ci à Ottawa.

[8] Voici les motifs de ma décision.

#### Contexte

[9] M<sup>me</sup> Johnstone a commencé à travailler comme inspectrice des douanes à temps partiel au Service des opérations des passagers à l’Aéroport international Pearson (Pearson) en avril 1998. Après cinq mois, son poste, qui porte maintenant le titre d’agent des services frontaliers, a été converti en poste à temps plein et est devenu un poste à durée indéterminée en 2001.

[10] En janvier 2003, à la suite de la naissance de son premier enfant, M<sup>me</sup> Johnstone a demandé des mesures d’accommodement. Elle a plus précisément demandé de

employment with a fixed daytime shift schedule that coincided with childcare available to her. She renewed this request in December 2005 after the birth of her second child.

### *The Work Environment*

[11] The CBSA was created on December 12, 2003 and took over the customs functions that had been responsibility of the Canada Customs and Revenue Agency, the ports of entry of inland immigration that had been handled by the Department of Citizenship and Immigration, and the entry inspections of food, plants and animals previously performed by the Canadian Food Inspection Agency.

[12] The CBSA Greater Toronto Area (GTA) region has three main operational districts: Passenger Operations, Commercial Operations and Greater Toronto Enforcement Centre (GTEC). Only Passenger Operations and Commercial Operations employ border services officers.

[13] Commercial Operations is responsible for processing cargo from commercial aircraft and for suffrance warehouses that are facilities for landing, storage, safekeeping, transfer, examination, delivery and forwarding of imported goods before release. The bulk of this work is done at Pearson on the other side of the airfield from the passenger terminals.

[14] Gateway was previously a separate district within the CBSA's GTA region. It was merged into the Commercial Operations district around 2005/2006. Border services officers at Gateway sort and examine mail, documents and parcels coming into Canada.

[15] In 2004 Passenger Operations was responsible for processing passengers in Pearson Terminals 1, 2 and 3 as well as at the East Hold where small aircraft arrive. All passengers were met and taken by bus to Terminal 2 for processing. In 2005 passengers arriving on private

continuer à travailler à temps plein selon un horaire de quarts de travail fixes de jour qui coïncidait avec les services de garde qu'elle pouvait obtenir pour son enfant. Elle a renouvelé sa demande en décembre 2005 après la naissance de son second enfant.

### *Le milieu de travail*

[11] Créée le 12 décembre 2003, l'ASFC a pris à sa charge les responsabilités douanières de l'Agence des douanes et du revenu du Canada de même que la composante des points d'entrée d'immigration, dont s'occupait jusqu'alors le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, et le volet relatif à l'inspection des aliments, des plantes et des animaux qui relevait auparavant de l'Agence canadienne de l'inspection des aliments.

[12] La région du Grand Toronto de l'ASFC possède trois principaux districts opérationnels : les Opérations des passagers, les Opérations commerciales et le Centre d'exécution de la loi du Grand Toronto (le CELGT). Seules les Opérations des passagers et les Opérations commerciales emploient des agents des services frontaliers.

[13] Les Opérations commerciales sont chargées du fret d'avions commerciaux et des entrepôts d'attente, qui sont des installations servant au débarquement, à l'entreposage, à la mise en lieu sûr, au transfert, à l'inspection, à la livraison et à l'expédition des biens importés avant que l'ASFC n'en autorise la sortie. La majeure partie du travail est effectuée à Pearson, de l'autre côté des pistes par rapport aux terminaux.

[14] Gateway était un district distinct dans la région du Grand Toronto de l'ASFC. Les Opérations de Gateway ont été fusionnées au district des Opérations commerciales vers 2005 ou 2006. Les agents des services frontaliers de Gateway trient et inspectent le courrier, les documents et les colis qui arrivent au Canada.

[15] En 2004, les Opérations des passagers étaient chargées de l'inspection des passagers aux Terminaux 1, 2 et 3 de l'aéroport Pearson ainsi qu'à East Hold, où atterrissent de petits avions. Tous les passagers des vols en question étaient transportés par autobus jusqu'au

jets (fixed base operators) who had been processed through Passenger Operations were transferred to Commercial Operations. In January 2007, Terminal 2 was closed down and CBSA operations in that Terminal were shifted to Terminal 1. Currently, Air Canada's U.S. and international flights operate through Terminal 1 and most other airlines operate through Terminal 3.

[16] The border services officers perform work at Passenger Operations, Commercial Operations and Gateway. One universal job description applies for all border services officers and all positions are classified similarly.

[17] Mr. Norm Sheridan has been District Director of Passenger Operations since 1999. In 2004 he had three chiefs, one at each terminal, reporting to him. Ms. Rhonda Ruby was the Passenger Operation Chief at Terminal 1. Each chief had between nine to thirteen superintendents reporting to them. The superintendents were responsible for day-to-day management in their terminals and for supervising the border services officers in their crews.

[18] On February 12, 2007, the CBSA management structure expanded to ten chiefs within Passenger Operations. Superintendents continued in the same job description. The superintendents prepare the border services officers' shift schedules. Two superintendents specifically manage accommodation requests by employees asking for relief from the shift schedules.

[19] Pearson is Canada's busiest airport. Passenger Operations screens and processes travellers seeking entry to Canada 24 hours a day, 7 days a week. In order to meet operational requirements at Pearson, border services officers in Passenger Operations work rotating and variable shifts under an agreement established with the local union in 1987, titled the Variable Shift Scheduling Agreement (VSSA).

Terminal 2 pour inspection. En 2005, les passagers arrivant par jet privé (exploitants de services aéronautiques à l'aéroport) qui avaient été traités aux Opérations des passagers ont été transférés aux Opérations commerciales. En janvier 2007, le Terminal 2 a été fermé et les opérations de l'ASFC à ce terminal ont été absorbées par le Terminal 1. Présentement, les vols vers les États-Unis et les vols internationaux d'Air Canada relèvent du Terminal 1 et la majorité des autres compagnies aériennes sont au Terminal 3.

[16] Les agents des services frontaliers travaillent aux Opérations des passagers, aux Opérations commerciales et à Gateway. Les attributions des agents des services frontaliers sont définies dans une description de travail universelle et tous les employés ont la même classification.

[17] M. Norm Sheridan est directeur des Opérations des passagers depuis 1999. En 2004, il avait trois chefs (un chef par terminal) sous sa direction. L'un des trois chefs en question était M<sup>me</sup> Rhonda Ruby, chef des Opérations des passagers au Terminal 1. Chaque chef avait entre neuf et treize surintendants qui étaient chargés de la gestion quotidienne des terminaux et de la supervision des agents des Services frontaliers au sein de son équipe.

[18] Le 12 février 2007, la structure de gestion de l'ASFC a été élargie. Les Opérations des passagers comptent maintenant dix chefs. Les surintendants ont toujours la même description de travail. Les surintendants s'occupent des horaires de travail des agents des services frontaliers et deux surintendants gèrent toutes les demandes d'accommodement présentées par des employés demandant à être exemptés de l'horaire établi.

[19] Pearson est l'aéroport le plus achalandé du Canada. Les Opérations des passagers contrôlent et inspectent 24 heures par jour, 7 jours par semaine les voyageurs cherchant à entrer au Canada. Pour répondre aux besoins opérationnels de Pearson, les agents des services frontaliers des Opérations des passagers effectuent des quarts de travail par rotation aux termes d'une entente conclue en 1987 avec le syndical local, l'Entente sur les postes à horaires variables (EPHV).

[20] All full-time border services officers at Pearson work a 56-day schedule period with hours of work patterned on 5 days on, 3 days off with each working shift of 8.57 hours less a 30 minute meal break.

#### *Childcare Availability*

[21] Ms. Johnstone testified she intended to make her work as a border services officer her career. She worked full-time as a border services officer on rotating shifts under the VSSA schedule.

[22] Ms. Johnstone gave birth to her first child in January 2003 and took a year of maternity leave. Her second child was born in 2005. Ms. Johnstone has been the primary parent caring for their children. She could not arrange childcare which would allow her to return to full-time shift work as a border services officer at Pearson.

[23] Her husband, Mr. Jason Noble, also worked a rotating shift schedule in his position as a customs superintendent at the Pearson Passenger Operations District. His shift hours as a supervisor were more onerous than Ms. Johnstone's. Their work schedules overlapped 60 percent of the time but were not coordinated. As a result, Ms. Johnstone's spouse could not take over or fill in the family childcare on a reliable basis.

[24] After the birth of her first child, Ms. Johnstone had been able to arrange childcare with family members. Her family members could provide childcare for the 3 days a week for fluctuating hours, including overnight.

#### *Request for Accommodation*

[25] Ms. Johnstone wanted to maintain her full-time employment status in order to access opportunities for training and advancement, pension, and other benefits available for full-time employees. Her concern was that she would lose both benefits and pension with long

[20] Tous les agents des services frontaliers à temps plein de Pearson effectuent un horaire de 56 jours qui prévoit 5 jours de travail, 3 jours de congé, et chaque quart de travail compte 8,57 heures moins 30 minutes pour la pause-repas.

#### *Accès aux services de garde pour enfants*

[21] M<sup>me</sup> Johnstone a expliqué qu'elle souhaitait faire une carrière à vie comme agente des services frontaliers. Elle travaillait à temps plein par quarts de travail rotatifs conformément à l'EPHV.

[22] M<sup>me</sup> Johnstone a donné naissance à son premier enfant en janvier 2003 et elle a pris un congé de maternité d'un an. Son second enfant est né en 2005. M<sup>me</sup> Johnstone était le parent qui s'occupait principalement des soins de ses enfants. Elle n'avait pas réussi à obtenir des services de garde qui lui auraient permis de reprendre ses quarts de travail à temps plein comme agente des services frontaliers à Pearson.

[23] Son mari, M. Jason Noble, travaillait aussi selon un horaire de quarts de travail rotatifs comme superviseur des douanes aux Opérations des passagers à Pearson. Les exigences de ses quarts de travail étaient plus lourdes que celles de M<sup>me</sup> Johnstone. Leurs horaires se chevauchaient généralement 60 p. 100 du temps, mais n'étaient pas coordonnés. Par conséquent, le conjoint de M<sup>me</sup> Johnstone ne pouvait prendre la relève de M<sup>me</sup> Johnstone ou s'occuper de façon régulière des enfants.

[24] Après la naissance de son premier enfant, M<sup>me</sup> Johnstone avait réussi à se tourner vers des membres de sa famille pour obtenir de l'aide pour la garde de son enfant. Ils pouvaient s'occuper de son enfant trois jours par semaine à des heures variables, même la nuit.

#### *Demande de mesures d'accommodement*

[25] M<sup>me</sup> Johnstone souhaitait conserver son statut d'employée à temps plein pour conserver ses possibilités de formation et d'avancement et ne pas nuire à sa pension et aux autres avantages sociaux dont bénéficient les employés à temps plein. Elle craignait de perdre certains

term consequences to her promotional opportunities and future retirement.

[26] Ms. Johnstone requested that she work full-time in static shifts over three days. She did not specify starting times or returning to the same duties she had performed. Full-time employment necessitated working a minimum of 37.5 hours per week.

[27] Ms. Johnstone contacted CBSA Management prior to her return to work in January 2004, asking to work full-time over three days with 13-hour shifts fixed per week. The 39-hour week could constitute full-time employment. Ms. Johnstone approached Ms. Raby, the Terminal 1 Chief through her husband. Ms. Raby denied the request and instead offered Ms. Johnstone part-time work on a fixed schedule.

[28] Ms. Raby offered Ms. Johnstone a maximum of 10 hours a day for 3 days plus a further 4 hour shift on a fourth day for a total of 34 hours a week. While starting times might vary, the shifts would be on the same days of the week. The 34-hour week would constitute part-time employment. Ms. Raby had made it clear to Ms. Johnstone that CBSA policy, albeit unwritten, is that in order to get static shifts, the maximum hours of work allowed was 34 hours a week.

[29] Ms. Johnstone accepted the three 10-hour days but not the additional 4 hours because it would not achieve the full-time employment Ms. Johnstone wanted and the childcare expense for the fourth half-day negated the extra 4 hours of wages.

avantages liés à sa pension et des avantages sociaux dont les conséquences à long terme auraient nuï à ses futures possibilités de promotion et à sa retraite.

[26] M<sup>me</sup> Johnstone a expliqué qu'elle souhaitait retourner au travail à temps plein, mais qu'elle souhaitait le faire en fonction de quarts de travail fixes de trois jours. Elle n'a pas précisé d'heure de début pour ces trois jours et n'a pas insisté pour revenir aux tâches qu'elle effectuait antérieurement. Pour travailler à temps plein, il lui fallait travailler au moins 37,5 heures par semaine.

[27] M<sup>me</sup> Johnstone a communiqué avec la Direction de l'ASFC avant de retourner au travail en janvier 2004 pour demander de travailler à temps plein selon un horaire de travail de 3 jours avec des quarts de travail de 13 heures fixes par semaine. Cet horaire de travail de 39 heures par semaine constituerait un emploi à temps plein. M<sup>me</sup> Johnstone s'est adressée à M<sup>me</sup> Raby, la chef du Terminal 1, par l'entremise de son mari. M<sup>me</sup> Raby a refusé sa demande et a plutôt offert à M<sup>me</sup> Johnstone un emploi à temps partiel à horaire fixe.

[28] M<sup>me</sup> Raby a offert à M<sup>me</sup> Johnstone de travailler un maximum de 10 heures par jour, 3 jours par semaine, en plus d'un quart de travail de 4 heures lors d'une quatrième journée pour un total de 34 heures par semaine. Les heures de début pouvaient varier, mais les quarts de travail seraient pendant les mêmes jours de la semaine, chaque semaine. Cette semaine de 34 heures constituerait un emploi à temps partiel. M<sup>me</sup> Raby a bien précisé à M<sup>me</sup> Johnstone que la politique de l'ASFC s'appliquerait même s'il s'agissait d'une politique non écrite et que pour obtenir des quarts de travail fixes, le maximum d'heures qu'elle pouvait effectuer dans une semaine était de 34 heures.

[29] M<sup>me</sup> Johnstone a accepté la proposition de travailler 3 jours de 10 heures, mais non les 4 heures de plus parce que, comme elle ne pouvait pas travailler à temps plein de toute façon, elle ne souhaitait pas avoir à payer pour un service de garde pour la courte quatrième journée, d'autant plus que le coût des services de garde annulerait tout avantage qu'elle aurait à gagner un salaire pour 4 heures de plus.

[30] Shortly after returning to work, Ms. Johnstone asked if she could remain on full-time status and characterize the hours not worked as leave without pay which would mean her income would still be pensionable. This request was denied. She asked if she could top up the difference to keep the equivalent of full-time pension benefits but this was also denied.

[31] After her second child was born, she asked in December 2005 to be allowed to work full-time hours over three days but was again refused. Ms. Johnstone then further reduced her hours of part-time work after the birth of her second child from the 30 hours of work she had been working.

#### *Human Rights Complaint*

[32] Ms. Johnstone filed her human rights complaint on April 23, 2004. She claimed the CBSA has engaged in a discriminatory practice on the ground of family status in an employment matter. Her complaint was brought pursuant to paragraphs 7(b) and 10(a) and (b) of the Act.

#### *History of Proceedings*

[33] After Ms. Johnstone filed her human rights complaint, the Canadian Human Rights Commission (the Commission) appointed an Investigator. The Investigator found that the CBSA differentiated between employees seeking relief from rotating shift schedules for medical reasons and those seeking the same relief for reasons of childcare. For employees of the first class, the CBSA allowed full-time work on fixed shifts, but required the latter to work fixed shifts part-time.

[34] The Investigator also found the evidence for operational concerns was an impressionistic assumption and concluded the CBSA failed to provide a justification

[30] Peu de temps après être retournée au travail, M<sup>me</sup> Johnstone a demandé à son employeur si elle pouvait garder son statut d'employée à temps plein et faire qualifier les heures manquantes de congé sans solde de sorte que son revenu lui ouvrirait quand même droit à pension. Sa demande a été refusée. Elle a demandé si elle pouvait combler la différence pour conserver l'équivalent du droit à pension à temps plein, mais cette demande lui a également été refusée.

[31] Après la naissance de son second enfant, M<sup>me</sup> Johnstone a demandé en décembre 2005 de pouvoir travailler à temps plein sur 3 jours, mais sa demande a de nouveau été refusée. M<sup>me</sup> Johnstone a par la suite travaillé moins de 30 heures par semaine après la naissance de son deuxième enfant.

#### *Plainte en matière de droits de la personne*

[32] M<sup>me</sup> Johnstone a déposé sa plainte le 23 avril 2004. Elle affirmait que l'ASFC avait usé en cours d'emploi de pratiques discriminatoires fondées sur la situation de famille. Sa plainte était fondée sur les alinéas 7b) et 10a) et b) de la Loi.

#### *Historique de l'instance*

[33] Après que M<sup>me</sup> Johnstone eut déposé sa plainte, la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a nommé une enquêteuse. Cette dernière a conclu que l'ASFC usait de traitements différents entre les employés qui demandaient à être exemptés de l'horaire de quarts de travail rotatifs pour des raisons médicales et ceux qui demandaient la même exemption pour des raisons parentales. Dans le cas des employés de la première catégorie, l'ASFC permettait à ses employés de continuer à travailler à temps plein selon des horaires de travail fixes alors que dans le dernier cas elle les obligeait à travailler à temps partiel selon des horaires fixes.

[34] L'enquêteuse a également conclu que la preuve présentée au sujet des préoccupations opérationnelles était une présomption issue d'impressions et que l'ASFC

for this policy. The Investigator recommended the Commission refer the complaint to the Tribunal.

*The Commission*

[35] On receipt of the Investigator's report and recommendation, the Commission invited submissions from Ms. Johnstone and the CBSA. The Commission decided, at this screening stage, to dismiss Ms. Johnstone's complaint. Its reasons were:

a. The CBSA accommodated Ms. Johnstone's request for a fixed shift to meet her childcare obligations;

b. Ms. Johnstone accepted the part-time scheduling arrangement and did not request full-time hours; and

c. It was not satisfied the effect of the CBSA policy, which permits employees to be relieved of rotating shifts for 37.5 hours, constituted a serious interference with Ms. Johnstone's duty as a parent or that it constituted discrimination on the basis of family status.

[36] Ms. Johnstone applied for judicial review of the Commission's decision in the Federal Court.

[37] In *Johnstone v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 36, 306 F.T.R. 271 (*Johnstone F.C.*), Justice Barnes allowed Ms. Johnstone's application and returned the matter back to the Commission for redetermination. The Federal Court of Appeal dismissed the Attorney General's appeal of the Federal Court judicial review. *Johnstone v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 101, 377 N.R. 235 (*Johnstone F.C.A.*).

[38] Ms. Johnstone's human rights complaint subsequently proceeded to a hearing before the Tribunal.

n'avait pas fourni de justification pour cette politique. L'enquêteuse a recommandé que la Commission renvoie la plainte au Tribunal.

*La Commission*

[35] Sur réception du rapport et de la recommandation de l'enquêteuse, la Commission a invité M<sup>me</sup> Johnstone et l'ASFC à lui présenter leurs observations. La Commission a décidé, à l'étape de l'examen préalable, de rejeter la plainte de M<sup>me</sup> Johnstone. Voici les motifs de sa décision :

a. L'ASFC avait pris des mesures d'accommodement en tenant compte de la demande de quarts de travail fixes de M<sup>me</sup> Johnstone pour permettre à celle-ci de s'acquitter de ses obligations liées à la garde de ses enfants;

b. M<sup>me</sup> Johnstone avait accepté l'entente d'horaire de travail à temps partiel et n'avait pas demandé un horaire à temps plein;

c. La Commission n'était pas convaincue que la politique de l'ASFC qui permet aux employés de demander d'être exemptés des quarts de travail rotatifs de 37,5 heures constituait une atteinte grave à une obligation parentale de M<sup>me</sup> Johnstone ou une discrimination fondée sur la situation de famille.

[36] M<sup>me</sup> Johnstone a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission.

[37] Dans la décision *Johnstone c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 36 (*Johnstone C.F.*), le juge Barnes a fait droit à la demande de M<sup>me</sup> Johnstone et a renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté par le procureur général de la décision rendue par la Cour fédérale sur la demande de contrôle judiciaire (*Johnstone c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 101 (*Johnstone C.A.F.*)).

[38] Le Tribunal a par la suite procédé à l'examen de la plainte de M<sup>me</sup> Johnstone.

*The Tribunal*

[39] Both the applicant and the respondent presented their evidence and expert evidence in a full hearing by the Tribunal. Ms. Johnstone testified and called three witnesses, Mr. Murray Star, another CBSA employee, and two expert witnesses, Dr. Linda Duxbury and Ms. Martha Friendly. The respondent called Mr. Sheridan, the District Director of Passenger Operations, Ms. Raby, the Terminal 1 Chief, and one expert witness, Dr. Moore-Ede.

[40] On August 6, 2010, the Tribunal rendered its decision, allowing Ms. Johnstone's complaint of discrimination based on family status.

[41] The Attorney General now applies for judicial review of the Tribunal's decision.

*Other Matters*

[42] At the time of the Tribunal hearing Ms. Johnstone was on unpaid Care & Nurturing Leave covered by the VSSA. Before that, when her husband was transferred to Ottawa as a trainer, she went on a one year Relocation of Spouse Leave without pay. Ms. Johnstone's intention was to return to full-time work when her children reached school age.

*Decision under Review*

[43] The Tribunal allowed Ms. Johnstone's human rights complaint on August 6, 2010. It described Ms. Johnstone's complaint as [at paragraph 2]:

The Complainant (Ms. Johnstone) alleges that the Respondent (CBSA) has engaged in a discriminatory practice on the ground of family status in a matter related to employment. The relevant prohibited ground of "family status" is enumerated in Section 3(1) of the *Act*.

*Le Tribunal*

[39] Le demandeur et la défenderesse ont présenté leur preuve et le témoignage de leurs experts au cours d'une audience en bonne et due forme qui s'est déroulée devant le Tribunal. M<sup>me</sup> Johnstone a témoigné et a fait venir à la barre trois témoins, M. Murray Star, un autre employé de l'ASFC, et deux témoins experts, M<sup>me</sup> Linda Duxbury et M<sup>me</sup> Martha Friendly. Le défendeur a fait témoigner M. Sheridan, directeur régional des Opérations des passagers et M<sup>me</sup> Raby, chef du Terminal 1 ainsi qu'un témoin expert, M. Moore-Ede.

[40] Le 6 août 2010, le Tribunal a rendu une décision par laquelle il a fait droit à la plainte de discrimination fondée sur la situation de famille présentée par M<sup>me</sup> Johnstone.

[41] Le procureur général a saisi la Cour d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

*Autres questions*

[42] Au moment de l'audience du Tribunal, M<sup>me</sup> Johnstone était en congé sans solde pour les soins et l'éducation d'un enfant conformément à l'EPHV. Auparavant, elle avait été en congé sans solde d'un an pour réinstallation du conjoint, muté à Ottawa comme formateur. M<sup>me</sup> Johnstone avait l'intention de retourner au travail à temps plein dès que ses enfants auraient atteint l'âge scolaire.

*Décision à l'examen*

[43] Le Tribunal a fait droit à la plainte de M<sup>me</sup> Johnstone le 6 août 2010. Voici comment il décrit la plainte de M<sup>me</sup> Johnstone [au paragraphe 2] :

La plaignante (M<sup>me</sup> Johnstone) soutient que l'intimée (l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC)) a usé de pratiques discriminatoires fondées sur la situation de famille en cours d'emploi. Le paragraphe 3(1) de la LCDP établit la « situation de famille » comme motif de distinction illicite.

[44] The Tribunal described the practices Ms. Johnstone complained of as a failure to accommodate by the employer and adverse differential treatment based on family status relating to the raising of two children. It noted, pursuant to *Moore v. Canada Post Corporation*, 2007 CHRT 31 (*Moore*), at paragraph 86, “failure to accommodate” is not a discriminatory practice under the Act, as “[t]here is no free-standing right to accommodation under the *CHRA*.” The Tribunal proceeded on adverse differential treatment based on family status relating to the raising of two children. The Tribunal identified the relevant time for the complaint as beginning April 23, 2004 to present times.

[45] After describing the CBSA structure and operations, the Tribunal reviewed the history of the CBSA and its predecessors on the issue of family status relating to employment. The Tribunal considered this history helpful as a framework to the present complaint.

[46] The Tribunal took specific note of the 1993 Tribunal decision, *Brown v. Canada (Department of National Revenue, Customs & Excise)*, 1993 CanLII 683 (*Brown*), which involved the CBSA’s predecessor, the National Revenue Agency – Customs and Excise. That case also involved a CBSA employee who was a customs inspector who asked to work day shift after her child was born.

[47] In *Brown* the Tribunal set out the requirements for establishing a *prima facie* case of discrimination based on family status. The Tribunal observed that *Brown* found parents are under an obligation to seek accommodation from their employer in order that they may meet their duties and obligations within the family.

[48] The Tribunal in *Johnstone* noted that the respondent was ordered [at paragraph 57] “to prevent similar

[44] Le Tribunal a expliqué que les pratiques que M<sup>me</sup> Johnstone reprochait à l’ASFC dans sa plainte était son défaut de prendre des mesures d’adaptation ainsi que la différence préjudiciable de traitement fondée sur la situation de famille, c’est-à-dire en l’espèce le fait d’élever deux enfants. Il a fait observer que, selon la décision *Moore c. Société canadienne des postes*, 2007 TCDP 31 (*Moore*), au paragraphe 86, « le défaut de prendre une mesure d’adaptation » n’est pas une pratique discriminatoire au sens de la LCDP et la LCDP ne prévoit pas de « droit d’adaptation distinct ». Le Tribunal a poursuivi en examinant la différence préjudiciable de traitement fondé sur la situation de famille dans le fait d’élever deux enfants et a expliqué que la plainte portait sur la période commençant le 23 avril 2004 jusqu’à maintenant.

[45] Après avoir exposé la structure et le mode de fonctionnement de l’ASFC, le Tribunal a relaté les antécédents de l’ASFC et de ses prédécesseurs en ce qui concerne le concept de « situation de famille » dans le contexte du travail. Le Tribunal a considéré que ce survol historique était utile comme cadre de référence de la présente plainte.

[46] Le Tribunal a notamment signalé une décision rendue en 1993 par le Tribunal, *Brown c. Canada (Ministère du Revenu national, Douanes et Accise)*, 1993 CanLII 683 (*Brown*), qui concernait la prédécesseure de l’ASFC, l’Agence du Revenu national – Douanes et Accise. Cette affaire concernait aussi une agente des douanes employée de l’ASFC qui avait demandé à travailler durant le quart de jour après la naissance de son enfant.

[47] Dans la décision *Brown*, le Tribunal a formulé les critères permettant d’établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur le motif de la situation de famille. Le Tribunal a fait observer que, dans la décision *Brown*, il avait été statué que les parents ont l’obligation de demander à l’employeur des mesures d’adaptation afin qu’ils puissent remplir leurs obligations envers l’employeur ainsi que leurs devoirs et obligations au sein de leur famille.

[48] Dans la décision *Johnstone*, le Tribunal a signalé que l’employeur avait reçu l’ordre [au paragraphe 57]

events from reoccurring through recognition and policies that would acknowledge family status to be interpreted as involving ‘a parent’s rights and duty to strike a balance (between work obligations and child rearing) coupled with a clear duty on the part of any employer to facilitate and accommodate that balance’”.

[49] The Tribunal concluded that these recommendations were not implemented, as witnesses from both parties testified that there has never been full implementation of the orders in *Brown*.

#### *The Evidence*

[50] The Tribunal accepted Ms. Johnstone’s evidence that she could no longer work the VSSA schedule when she became a mother. Ordinary daycare hours were limited to 7 a.m. to 6 p.m. Monday to Friday. Unlicensed daycare and private daycare would not provide daycare for unpredictable and fluctuating hours and not on weekends or overnight. Ms. Johnstone’s family members could provide daycare for three days a week including overnight.

[51] Ms. Johnstone gave evidence that she requested full-time work with 13-hour days on Fridays, Saturdays and Mondays. She testified she was told she could only work part-time for a maximum of 34 hours at 10 hours a day over 3 days with an additional 4 hours on the fourth day. She also testified she asked whether she could remain on full-time status with the hours not worked as leave without pay or top up the difference to keep the equivalent about full-time status but she was refused. A live-in nanny was not a financially feasible option for Ms. Johnstone because of the expense and the requirement to move into a larger house to accommodate a live-in adult nanny.

« d’éviter que des situations semblables se reproduisent, en établissant des politiques et en reconnaissant que la situation de famille doit être interprétée comme comprenant “le droit et l’obligation du parent de chercher à atteindre cet équilibre [entre les obligations du travail et celles de la famille] ainsi que l’obligation manifeste pour l’employeur d’aider le parent à cet égard” ».

[49] Le Tribunal a conclu que ces recommandations n’avaient jamais été appliquées, comme l’ont confirmé les témoins des deux parties, qui ont expliqué qu’il n’y a jamais eu une application complète des ordonnances formulées dans la décision *Brown*.

#### *La preuve*

[50] Le Tribunal a accepté le témoignage de M<sup>me</sup> Johnstone suivant lequel, lorsqu’elle est devenue mère, elle ne pouvait plus suivre l’horaire de l’EPHV. Les heures normales de garderie étaient de 7 h à 18 h, du lundi au vendredi. Les garderies non enregistrées ou les garderies privées n’offrent pas de services de garde de façon imprévisible et variable, n’en offrent généralement pas la fin de semaine et n’en offrent pas la nuit. Des membres de la famille de M<sup>me</sup> Johnstone lui ont offert de garder ses enfants trois jours par semaine, y compris pendant la nuit.

[51] M<sup>me</sup> Johnstone a expliqué qu’elle avait demandé de pouvoir travailler 13 heures par jour le vendredi, le samedi et le lundi. Elle a expliqué qu’on lui avait dit qu’on ne pouvait lui offrir qu’un travail à temps partiel d’un maximum de 34 heures par semaine à raison de 10 heures par jour [sur une période de 3 jours], plus 4 heures le quatrième jour. Elle a également expliqué qu’elle s’était informée pour savoir si elle pouvait garder son statut d’employée à temps plein et faire qualifier les heures manquantes de congé sans solde et combler la différence afin de lui permettre de garder l’équivalent de son droit à pension à temps plein, mais que cette demande lui avait été refusée. L’option d’embaucher une gouvernante n’était pas réaliste en raison du coût et de l’obligation qu’elle et sa famille auraient de déménager dans une maison qui pouvait accommoder un adulte de plus.

[52] The Tribunal accepted that had Ms. Johnstone been allowed to work full-time over the three days she requested, she would have found a way to handle her childcare responsibilities.

[53] The Tribunal heard testimony from Murray Star who worked variable shifts with the CBSA. Mr. Star had obtained accommodation on religious grounds and was not required to work on the Sabbath and other holy days of religious observance.

[54] The Tribunal considered the evidence of Ms. Johnstone's witness, Dr. Duxbury, who was accepted as an expert in human resources management including labour force demographics, managing change, and the impact of work-life balance issues on workers. Dr. Duxbury's report related to accommodation needs of workers with childcare responsibilities and the impact of employers' responses to accommodating those needs.

[55] The Tribunal also considered the evidence of Ms. Friendly, the Executive Director of Toronto's Childcare Resource and Research Unit, who filed a report on the extent childcare was accessible for parents working non-standard, rotating, unpredictable hours. The Tribunal accepted her as an expert on childcare policy in Canada. The Tribunal accepted as reliable Ms. Friendly's conclusions on the difficulties faced by parents finding third-party childcare when working in workplaces that require rotational fluctuating shifts. The Tribunal found that Ms. Friendly's evidence supported Ms. Johnstone in that the type of childcare she needed was not easily available, if at all. The Tribunal also accepted there were relatively few workers who required such childcare assistance.

[52] Le Tribunal a accepté que, si on lui avait permis de travailler à temps plein les trois jours demandés, M<sup>me</sup> Johnstone aurait trouvé un moyen de s'acquitter de ses obligations liées à la garde de ses enfants.

[53] Le Tribunal a entendu le témoignage de M. Murray Star, qui faisait des quarts de travail variables à l'ASFC. M. Star avait obtenu des mesures d'adaptation pour motifs religieux et était dispensé de travailler le jour du sabbat et lors des Grandes Fêtes juives.

[54] Le Tribunal a examiné la preuve présentée par le témoin de M<sup>me</sup> Johnstone, M<sup>me</sup> Duxbury, dont la qualité d'experte a été reconnue en gestion stratégique des ressources humaines, notamment au regard du profil démographique de la main-d'œuvre, de la gestion du changement et des répercussions de l'équilibre travail/vie personnelle sur les employés. Le rapport de M<sup>me</sup> Duxbury portait sur les besoins d'accommodement des employés qui ont des responsabilités en matière de garde d'enfants ainsi que sur la nature et les répercussions de toute réponse de l'employeur quant aux mesures d'adaptation prises pour répondre à ces besoins.

[55] Le Tribunal a également examiné la preuve présentée par M<sup>me</sup> Friendly, directrice exécutive de la Childcare Resource and Research Unit de Toronto, qui a soumis un rapport au sujet de l'accessibilité des services de garde pour des parents qui travaillent pendant des heures hors normes, rotatives et imprévisibles. Le Tribunal a reconnu sa qualité d'experte en politiques en matière de services de garde au Canada. Le Tribunal a qualifié de fiables les conclusions tirées par M<sup>me</sup> Friendly au sujet des difficultés auxquelles les parents qui cherchent des services de garde sont confrontés et dont l'emploi nécessite du travail par quarts rotatifs et changeants. Le Tribunal a conclu que le témoignage de M<sup>me</sup> Friendly confirmait le point de vue de M<sup>me</sup> Johnstone selon lequel le type de service de garde dont elle avait besoin n'était pas facile à trouver, voire inexistant, et qu'il y a relativement peu d'employés qui avaient des besoins de services de garde de ce genre.

## Prima Facie Case

[56] The Tribunal considered whether or not Ms. Johnstone had proven a *prima facie* case of discrimination based on family status. It identified the test to establish a *prima facie* case as set out in the Supreme Court of Canada's decision in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpson-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (*O'Malley*), at page 558.

[57] The Tribunal set out a two-step process, the question of a *prima facie* case being first and a *bona fide* occupational requirement (BFOR) being second. The Tribunal stated [at paragraph 197]:

... if the allegations by the Complainant are covered, and if believed, the evidence is complete and sufficient to justify a verdict in Ms. Johnstone's favour, in absence of an answer from the Respondent. If the Tribunal answers in the affirmative to this, then the onus shifts to the Respondent to show that despite the discrimination found it had a Bona Fide Occupational Requirement (BFOR) to engage in it, and that accommodation of those affected would amount to undue hardship for the employer.

[58] The Tribunal noted that the parties disagreed on the definition of family status within the meaning of sections 3, 7, and 10 of the Act. Accordingly, the Tribunal addressed the meaning of family status before addressing whether a *prima facie* case has been made out.

[59] The Tribunal turned to the Supreme Court of Canada in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667 (*Vaid*) [at paragraph 80], to apply Driedger's [*Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983] modern approach to statutory interpretation: "the words of an Act are to be read ... with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament."

## Preuve prima facie

[56] Le Tribunal s'est ensuite demandé si M<sup>me</sup> Johnstone avait établi ou non une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur sa situation de famille. Il a rappelé que le critère à appliquer pour établir une preuve *prima facie* est celui qui est énoncé dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpson-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536 (*O'Malley*), à la page 558.

[57] Le Tribunal a expliqué que la démarche à suivre comportait deux étapes, la première portant sur l'existence d'une preuve *prima facie* et la seconde sur l'existence ou non d'une exigence professionnelle justifiée. Le Tribunal écrit [au paragraphe 197] :

[...] la preuve *prima facie* est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de M<sup>me</sup> Johnstone, en l'absence de réplique de la partie intimée. Si le Tribunal conclut que la preuve *prima facie* est établie, il incombe alors à la partie intimée de démontrer que, malgré le fait qu'il y a eu discrimination, elle découlait d'exigences professionnelles justifiées et que l'accommodement des personnes affectées imposerait une contrainte excessive à l'employeur.

[58] Le Tribunal a signalé que les parties ne s'entendaient pas sur la définition de l'expression « situation de famille » utilisée aux articles 3, 7 et 10 de la Loi. En conséquence, le Tribunal s'est penché sur la signification du concept de la « situation de famille » avant de se demander si une preuve *prima facie* avait été établie.

[59] Le Tribunal a ensuite cité l'arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667 (*Vaid*) [au paragraphe 80] de la Cour suprême du Canada, pour appliquer la méthode moderne d'interprétation des lois d'Elmer Driedger [*Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983] : [TRADUCTION] « 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 ».

[60] The Tribunal found the inclusion of the phrase [at paragraph 224] “have their needs accommodated” in the Act’s purpose clause has led to a broadening of interpretation. It found that family status should not be limited to identifying one as a parent or a familial relation of another person, but rather include the needs and obligations naturally flowing from that relationship.

[61] The Tribunal looked to the underlying purpose of the Act as providing all individuals a mechanism [at paragraph 231] “to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society...”. The Tribunal found the phrase in the Act “lives that they are able and wish to have” to be an acknowledgment that individuals make choices including to have children, and that the Act affords protections against discrimination regarding those choices.

[62] Finally, the Tribunal concluded, at paragraph 233:

This Tribunal finds that the freedom to choose to become a parent is so vital that it should not be constrained by the fear of discriminatory consequences. As a society, Canada should recognize this fundamental freedom and support that choice wherever possible. For the employer, this means assessing situations such as Ms. Johnstone’s on an individual basis and working together with her to create a workable solution that balances her parental obligations with her work opportunities, short of undue hardship.

With that statement, the Tribunal found the enumerated ground of family status in the Act does include parental childcare responsibilities.

[63] The Tribunal then considered the CBSA submission that there is a different and higher threshold for family status discrimination as demonstrated by *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479 (*Campbell River*). The Tribunal noted the

[60] Le Tribunal a conclu que l’inclusion de l’expression [au paragraphe 224] « la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins » dans la disposition portant sur l’objet de la Loi avait permis d’en élargir l’interprétation. Il s’est dit d’avis que la situation de famille ne devrait pas être limitée à l’identification d’une personne à titre de parent ou par rapport au lien familial avec une autre personne et qu’elle devait comprendre les besoins et les obligations qui découlent naturellement de cette relation.

[61] Le Tribunal s’est penché sur l’objectif sous-jacent de la Loi, rappelant qu’il est de fournir à toute personne un mécanisme garantissant [au paragraphe 231] « le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l’égalité des chances d’épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins [...] ». Le Tribunal a estimé que le fait que le libellé de la Loi mentionnait « l’égalité des chances d’épanouissement » prouvait que la Loi reconnaissait que les individus font des choix, dont celui d’avoir des enfants, et qu’elle les protège contre toute discrimination à l’égard de tels choix.

[62] Enfin, le Tribunal conclut, au paragraphe 233 :

Le Tribunal conclut que la liberté de choisir de devenir père ou mère est si vitale qu’elle ne devrait pas être restreinte par la crainte de subir des conséquences discriminatoires. En tant que société, le Canada devrait reconnaître cette liberté fondamentale et appuyer ce choix autant que possible. Pour l’employeur, cela signifie évaluer les situations telles que celles de M<sup>me</sup> Johnstone de façon individuelle et travailler avec elle pour créer une solution fonctionnelle qui équilibre ses obligations parentales avec ses occasions d’emploi, sauf contrainte excessive.

Avec cette affirmation, le Tribunal a conclu que les obligations parentales faisaient effectivement partie du motif énuméré de « situation de famille » prévu par la Loi.

[63] Le Tribunal a ensuite abordé l’argument de l’ASFC suivant lequel le critère applicable dans le cas de la discrimination fondée sur la situation de famille est différent et plus exigeant, ainsi qu’il ressort de l’arrêt *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240

*Campbell River* test was rejected by *Hoyt v. Canadian National Railway*, 2006 CHRT 33, 57 C.H.R.R. D/437 (*Hoyt*) and also *Rajotte v. President of the Canada Border Services Agency et al.*, 2009 PSST 0025 (*Rajotte*).

[64] The Tribunal found confirmation of this position in *Johnstone F.C.* that an individual should not have to tolerate some discrimination before being afforded the protection of the Act.

[65] The Tribunal concluded that Ms. Johnstone had made out a *prima facie* case of discrimination contrary to sections 7 and 10 of the Act. The CBSA had engaged in a discriminatory and arbitrary practice in the course of employment that adversely differentiated Ms. Johnstone on the prohibited ground of family status. More specifically, the Tribunal found that the CBSA established and pursued an unwritten policy communicated to and followed by management that affected Ms. Johnstone's employment opportunities including, but not limited to promotion, training, transfer, and benefits on the prohibited ground of family status.

[66] The Tribunal noted that although the CBSA accommodated those seeking accommodation for medical and religious reasons, and although the CBSA departed from its arbitrary policy in other cases, it had been unyielding in Ms. Johnstone's case.

[67] The Tribunal examined the evidence of Mr. Sheridan, the District Director of Passenger Operations for CBSA at Pearson who gave extensive testimony on Pearson operations. It observed that the level of detail on operations did not really assist in the fundamental questions before the Tribunal.

[68] Mr. Sheridan articulated the CBSA's view that employees with childcare responsibilities do not require accommodation. CBSA does consider accommodation for religious or medical reasons but treats non-medical

D.L.R. (4th) 479 (*Campbell River*). Le Tribunal a signalé que le critère posé dans l'arrêt *Campbell River* avait été écarté dans les décisions *Hoyt c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [2006] TDPC 33 (*Hoyt*), et *Rajotte c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada et al.*, 2009 TDFP 0025 (*Rajotte*).

[64] Le Tribunal a trouvé une confirmation de ce point de vue dans la décision *Johnstone C.F.*, rappelant que nul ne devrait avoir à tolérer un certain niveau de discrimination avant de se voir accorder la protection de la Loi.

[65] Le Tribunal a conclu que M<sup>me</sup> Johnstone avait établi une preuve *prima facie* de discrimination exercée en contravention des articles 7 et 10 de la Loi, parce que l'ASFC avait appliqué des pratiques discriminatoires et arbitraires en cours d'emploi qui constituaient une distinction illicite envers M<sup>me</sup> Johnstone fondée sur sa situation de famille. Plus précisément, le Tribunal a estimé que l'ASFC avait établi et appliqué une politique non écrite communiquée à la direction et appliquée par la direction qui nuisait aux possibilités d'emploi de M<sup>me</sup> Johnstone, notamment la promotion, la formation, la mutation et les avantages sociaux, pratiques fondées sur le motif de distinction illicite de la situation de famille.

[66] Le Tribunal a fait observer que, bien que l'ASFC prenne des mesures d'adaptation pour les personnes qui demandent un accommodement pour des raisons médicales et religieuses et bien qu'assez souvent, elle ne respecte pas sa propre politique arbitraire, l'ASFC s'était montrée inflexible dans le cas de M<sup>me</sup> Johnstone.

[67] Le Tribunal a examiné le témoignage du directeur du district des Opérations des passagers de l'ASFC à Pearson, M. Sheridan, qui avait longuement témoigné au sujet des opérations à Pearson. Le Tribunal a fait observer que le niveau de détail des opérations n'aidait pas vraiment à traiter les questions fondamentales dont le Tribunal était saisi.

[68] M. Sheridan a exposé la position de l'ASFC suivant laquelle les employés qui ont des responsabilités en matière de garde d'enfants n'ont pas besoin de mesures d'accommodement. L'ASFC est disposée à prendre

accommodation requests as “arrangements” outside of any requirement to accommodate. Requests based on family responsibilities for childcare issues were considered the result of a worker’s personal choice for which the employer bears no responsibility.

[69] The Tribunal understood Mr. Sheridan to be saying that, if Ms. Johnstone was accommodated for childcare responsibilities, management would be inundated with such requests, costs would be prohibitive, and it would be destructive to CBSA Pearson operations. The Tribunal noted when asked under cross-examination if there were many requests returning from maternity leave, he replied in the negative.

[70] Mr. Sheridan offered reasons why part-time work offered for static shifts was restricted to 10 hours a day to a maximum of 34 hours. It was to discourage employees from seeking part-time status nearly equivalent to full-time hours just to get around VSSA. Moreover, he said employees would suffer in terms of energy and focus when working longer than 10 hours. The Tribunal noted Mr. Sheridan acknowledged there were part-time employees working more than 10 hours per day. The Tribunal considered this view about loss of employee effectiveness to be merely impressionistic.

[71] The Tribunal also noted medical considerations were dealt with as requiring accommodation and opined the CBSA had found an efficient and individualized way to deal with medical accommodation at Pearson.

des mesures d’adaptation pour des raisons médicales et religieuses, mais considère toutes les demandes non fondées sur des raisons médicales comme des « accommodements » pour lesquels l’employeur n’a aucune responsabilité. Les demandes motivées par des obligations familiales sont considérées comme étant fondées sur des choix personnels pour lesquelles l’employeur n’a aucune obligation d’accommodement.

[69] Le Tribunal avait cru comprendre que M. Sheridan affirmait que, si l’on prenait des mesures d’accommodement pour tenir compte des responsabilités en matière de garde d’enfants de M<sup>me</sup> Johnstone, la direction aurait été submergée de telles demandes, que les coûts seraient prohibitifs et que cela aurait un effet destructeur sur les opérations de l’ASFC à Pearson. Le Tribunal a fait observer que, lorsqu’en contre-interrogatoire, on lui avait demandé si beaucoup d’employés qui revenaient au travail après un congé de maternité avaient formulé de telles demandes, M. Sheridan avait répondu par la négative.

[70] M. Sheridan a tenté d’expliquer pourquoi l’ASFC tenait à ce que les employés à temps partiel qui effectuaient des quarts de travail fixes ne travaillent pas plus de 10 heures par jour jusqu’à concurrence de 34 heures par semaine. On estimait que cela découragerait les employés de demander à travailler à temps partiel, tout en gardant des heures presque à temps plein, simplement pour éviter l’EPHV. M. Sheridan a exprimé la préoccupation que le rendement des employés risquait de souffrir sur le plan de l’énergie et de la concentration si l’on permettait aux employés de travailler plus de 10 heures. Le Tribunal a signalé que M. Sheridan avait reconnu que certains employés à temps partiel travaillaient plus de 10 heures par jour. Le Tribunal a estimé que l’idée qu’un quart de travail de plus de 10 heures nuise au rendement n’était qu’un point de vue fondé sur des impressions.

[71] Le Tribunal a par ailleurs signalé que les raisons médicales étaient considérées comme justifiant la prise de mesures d’accommodement et il s’est dit d’avis que l’ASFC avait trouvé une façon efficace et individuelle de traiter les demandes d’accommodement pour raisons médicales à Pearson.

[72] The Tribunal summarized the evidence of Ms. Raby who was then the acting Chief of Terminal 1 at Pearson Passenger Operations. She testified that she was not aware of Ms. Johnstone's first request. However, the Tribunal found that in following the CBSA's unwritten policy, Ms. Raby's approach would not have been any different had she known of Ms. Johnstone's earlier request. The Tribunal also took note that Ms. Raby could not recall anyone else asking for full-time work on return from maternity leave.

[73] Finally, the Tribunal looked at the evidence of CBSA's witness, Dr. Moore-Ede, who was qualified as an expert in the study of shift work and extended working hours. His report concluded that between 31 to 52 percent of CBSA workers would seek the same accommodation as Ms. Johnstone. The Tribunal found serious flaws in Dr. Moore-Ede's report, finding that the sampling of workers involved a very small percentage of Canadian workers, the rest being American, and that no questionnaire or surveying had been done of CBSA workers. The Tribunal found that the numbers put forward in the report were not realistic as being founded on either inadequate detail in the question posed or unproven assumptions.

#### Bona Fide Occupational Requirement (BFOR)

[74] The Tribunal relied on the Supreme Court of Canada's decision in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (*Meiorin*), for the principle that the duty of employers to accommodate is a fundamental legal obligation. It referred to *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650 (*VIA Rail*), for the definition of undue hardship. The Tribunal stated that the CBSA must not base its assessment of whether an employee needs accommodation or whether it can implement accommodation measures on impressionistic assumptions.

[72] Le Tribunal a résumé le témoignage de M<sup>me</sup> Raby, qui était à l'époque chef par intérim du Terminal 1 aux Opérations des passagers à Pearson. M<sup>me</sup> Raby a affirmé qu'elle n'était pas au courant de la demande initiale de M<sup>me</sup> Johnstone. Le Tribunal a toutefois estimé que, si elle avait suivi la politique non écrite de l'ASFC, l'approche de M<sup>me</sup> Raby n'aurait pas été différente même si elle avait été au courant de la demande précédente. Le Tribunal a également pris acte du fait que M<sup>me</sup> Raby ne se souvenait pas qu'une autre personne ait demandé à travailler à temps plein à son retour d'un congé de maternité.

[73] Finalement, le Tribunal a examiné la preuve présentée par le témoin de l'ASFC, M. Moore-Ede, dont l'expertise en études de travail par quarts et des heures de travail prolongées a été reconnue. Dans son rapport, cet expert concluait qu'entre 31 p. 100 et 52 p. 100 des employés de l'ASFC demanderaient la même mesure d'accommodement que M<sup>me</sup> Johnstone. Le Tribunal a relevé plusieurs lacunes importantes dans le rapport de M. Moore-Ede, signalant que l'échantillonnage des répondants était composé de travailleurs des États-Unis et du Canada, mais que le pourcentage canadien était très faible et qu'aucun sondage n'avait été effectué auprès des employés de l'ASFC. Le Tribunal a conclu que les chiffres donnés dans le rapport n'étaient pas réalistes, soit parce qu'ils étaient fondés sur des détails inexacts de la question posée, soit sur des hypothèses non prouvées.

#### L'exigence professionnelle justifiée (EPJ)

[74] Le Tribunal s'est fondé sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (*Meiorin*), à l'appui du principe que l'obligation des employeurs en matière d'accommodement est une obligation légale fondamentale. Il a également cité l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650 (*VIA Rail*), au sujet de la définition de la notion de « contrainte excessive ». Le Tribunal a déclaré que l'ASFC ne devait pas fonder son évaluation sur la question de savoir si l'employé a besoin d'accommodement

[75] The Tribunal found there are no viable health and safety concerns about Ms. Johnstone's ability to perform 13-hour shifts. The Tribunal also noted that no analysis has been done by the CBSA nor any policies put in place since *Brown* or the Commission direction 10 years later. The Tribunal found that none of the various draft accommodation policy proposals were ever put into action.

[76] The Tribunal concluded that the CBSA had not established a *bona fide* occupational requirement defence nor had it established a sufficient undue hardship rationale to discharge the onus to show hardship.

[77] The Tribunal found that the CBSA had given management a cursory nominal understanding of human rights legislation and provided no management training or awareness of the details of the *Brown* decision. Nor had the CBSA undertaken any detailed look at *bona fide* operational requirements and examined options short of undue hardship.

[78] The Tribunal found that the evidence substantiated Ms. Johnstone's complaint. Ms. Johnstone had proven *prima facie* employment discrimination on the basis of family status and the CBSA had not proven a *bona fide* occupational requirement or hardship necessary to exempt it from the obligation to accommodate for family status arising from childcare responsibilities under the Act.

### *Remedies*

[79] The Tribunal ordered the CBSA to cease its discriminatory practices against employees seeking

ou si elle pouvait prendre des mesures d'accommodement sur des hypothèses relevant de l'impression.

[75] Le Tribunal a accepté qu'il n'y aurait eu aucune préoccupation de santé et de sécurité valable découlant du fait que M<sup>me</sup> Johnstone aurait travaillé pendant des quarts de 13 heures. Le Tribunal a également fait observer qu'aucune analyse n'avait été effectuée par l'ASFC et qu'aucune politique n'avait été mise en place depuis la décision *Brown* rendue en 1993 ou depuis la directive donnée 10 ans plus tard par la Commission. Le Tribunal a conclu qu'aucune des propositions de l'ébauche de politique d'accommodement n'avait été mise en application.

[76] Le Tribunal a conclu que l'ASFC n'avait pas établi qu'elle avait une exigence professionnelle justifiée ni présenté d'arguments suffisants au sujet de la contrainte excessive et ne s'était ainsi pas acquittée du fardeau qui lui incombait.

[77] Le Tribunal a conclu que l'ASFC n'avait pas formé adéquatement ses gestionnaires, qui n'avaient qu'une compréhension très superficielle des lois en matière de droits de la personne et n'avaient eu aucune formation ou sensibilisation au sujet des éléments de la décision *Brown*. Le Tribunal a ajouté que l'ASFC n'avait pas effectué d'examen détaillé des exigences professionnelles justifiées et des options qui n'impliquaient pas une contrainte excessive.

[78] Le Tribunal a conclu que la plainte de M<sup>me</sup> Johnstone était fondée, que M<sup>me</sup> Johnstone avait établi une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur sa situation de famille et que l'ASFC n'avait pas fait la preuve nécessaire de l'existence d'une exigence professionnelle justifiée ou d'une contrainte excessive qui lui aurait permis d'être dispensée de l'obligation que lui impose la Loi de prendre des mesures d'accommodement pour aider M<sup>me</sup> Johnstone à s'acquitter de ses responsabilités liées à la garde de ses enfants.

### *Réparations*

[79] Le Tribunal a ordonné à l'ASFC de cesser ses pratiques discriminatoires fondées sur la situation de

accommodation based on family status for purposes of childcare responsibilities. It required the CBSA to consult with Ms. Johnstone and the Commission to develop a plan to prevent further incidents of such discrimination. The Tribunal ordered the CBSA establish written policies including processes for individualized assessments to address family status accommodation requests within six months.

[80] The Tribunal ordered that Ms. Johnstone be compensated for her lost wages and benefits, including overtime that she would have received and pension contributions that would have been made had she been able to work on a full-time basis during the period in question. The Tribunal directed that Ms. Johnstone be entitled to pension contributions as a full-time employee during this period.

[81] The Tribunal also awarded Ms. Johnstone \$15 000 for general damages for pain and suffering pursuant to paragraph 53(2)(e) of the CHRA, and \$20 000 for special compensation under subsection 53(3) of the CHRA, finding that the CBSA had deliberately denied protection to those needing it by ignoring efforts, both externally and internally, to bring about change with respect to its policies on family status accommodation. The Tribunal did not award solicitor-client costs in light of the Federal Court of Appeal's decision in *Canada (Attorney General) v. Mowat*, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579 (*Mowat F.C.A.*).

#### Legislation

[82] The *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 provides:

Purpose **2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that**

famille contre les employés qui demandent des mesures d'accommodement en raison de leurs responsabilités parentales. Il a ordonné à l'ASFC de consulter M<sup>me</sup> Johnstone et la Commission afin d'élaborer un plan pour éviter d'autres incidents semblables de discrimination. Le Tribunal a également ordonné à l'ASFC d'établir [d'ici six mois] des politiques écrites prévoyant un processus pour une évaluation individuelle de chaque employé présentant une demande de mesures d'accommodement fondée sur sa situation de famille.

[80] Le Tribunal a ordonné que M<sup>me</sup> Johnstone soit indemnisée pour sa perte de salaire et d'avantages sociaux, y compris les heures supplémentaires qu'elle aurait effectuées et les contributions à sa pension qui auraient été faites si elle avait pu travailler à temps plein pendant la période en cause. Le Tribunal a ordonné que M<sup>me</sup> Johnstone puisse effectuer des contributions à sa pension à titre d'employée à temps plein pour cette période.

[81] Le Tribunal a également accordé à M<sup>me</sup> Johnstone 15 000 \$ à titre de dommages-intérêts généraux pour préjudice moral en vertu de l'alinéa 53(2)e) de la Loi, et 20 000 \$ à titre d'indemnité spéciale en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi, au motif que l'ASFC n'avait pas tenu compte des nombreux efforts externes et internes visant à apporter un changement à ces politiques quant aux mesures d'accommodement pour la situation de famille, et qu'elle avait ainsi délibérément refusé la protection à ceux qui en avaient besoin. Le Tribunal n'a pas adjugé de dépens avocat-client vu l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mowat*, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579 (*Mowat C.A.F.*) de la Cour d'appel fédérale.

#### Dispositions législatives applicables

[82] La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 dispose :

Objet **2. La présente loi a pour objet de compléter lalégislation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des**

they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being

hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.

...

Prohibited grounds of discrimination

**3. (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted.**

...

Employment

**7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,**

...

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee, on a prohibited ground of discrimination.

...

Discriminatory policy or practice

**10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization**

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur

la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne gracée.

[...]

**3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne gracée ou la déficience.**

[...]

Motifs de distinction illicite

**7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :**

[...]

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

[...]

Emploi

**10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :**

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.

Lignes de conduite discriminatoires

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

...

[...]

Complaint dismissed

**53.** (1) At the conclusion of an inquiry, the member or panel conducting the inquiry shall dismiss the complaint if the member or panel finds that the complaint is not substantiated.

**53.** (1) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur rejette la plainte qu'il juge non fondée.

Rejet de la plainte

Complaint substantiated

(2) If at the conclusion of the inquiry the member or panel finds that the complaint is substantiated, the member or panel may, subject to section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in the order any of the following terms that the member or panel considers appropriate:

(2) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur qui juge la plainte fondée, peut, sous réserve de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :

Plainte jugée fondée

(a) that the person cease the discriminatory practice and take measures, in consultation with the Commission on the general purposes of the measures, to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in future, including

a) de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment :

(i) the adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or

(i) d'adopter un programme, un plan ou un arrangement visés au paragraphe 16(1),

(ii) making an application for approval and implementing a plan under section 17;

(ii) de présenter une demande d'approbation et de mettre en œuvre un programme prévus à l'article 17;

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, the rights, opportunities or privileges that are being or were denied the victim as a result of the practice;

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée;

(c) that the person compensate the victim for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice;

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

(d) that the person compensate the victim for any or all additional costs of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des frais supplémentaires occasionnés par le recours à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte;

(e) that the person compensate the victim, by an amount not exceeding twenty thousand dollars, for any pain and suffering that the victim experienced as a result of the discriminatory practice.

e) d'indemniser jusqu'à concurrence de 20 000 \$ la victime qui a souffert un préjudice moral.

Special  
compensa-  
tion

(3) In addition to any order under subsection (2), the member or panel may order the person to pay such compensation not exceeding twenty thousand dollars to the victim as the member or panel may determine if the member or panel finds that the person is engaging or has engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly. [Emphasis added.]

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le membre instructeur peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de 20 000 \$, s'il en vient à la conclusion que l'acte a été délibéré ou inconsidéré. [Non souligné dans l'original.]

Indemnité  
spéciale

### Issues

[83] The issues raised by this application are as follows:

a. What standard of review applies to the Tribunal's determinations with respect to:

- i. interpretation of "family status" in the Act,
- ii. the legal test for *prima facie* discrimination based on family status,
- iii. finding of *prima facie* discrimination based on family status, and
- iv. remedies?

b. Did the Tribunal err in interpreting the term "family status" in section 3 of the Act to include childcare responsibilities?

c. Did the Tribunal err in finding the *prima facie* case of discrimination was established?

d. Did the Tribunal err in making its remedial orders?

### Questions en litige

[83] La présente demande soulève les questions suivantes :

a. Quelle est la norme de contrôle appropriée en ce qui concerne les conclusions tirées par le Tribunal au sujet :

- i. de l'interprétation du concept de « situation de famille » prévu par la Loi;
- ii. du critère juridique permettant d'établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille;
- iii. de la conclusion de l'établissement d'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille;
- iv. des réparations à accorder?

b. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que le concept de « situation de famille » à l'article 3 de la Loi englobait les responsabilités relatives à la garde des enfants?

c. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu'une preuve *prima facie* de discrimination avait été établie?

d. Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans les réparations qu'il a accordées?

## Standard of Review

[84] The applicant submits that the issues relating to the proper interpretation of family status, the legal test for establishing *prima facie* discrimination and whether the Tribunal erred in crafting its remedial orders are all questions of law to which the standard of correctness applies. While the Act is the home statute for the Canadian Human Rights Tribunal, it is also within the jurisdiction of other tribunals, such as labour, arbitration and public service tribunals.

*Interpretation of “family status” in the Act*

[85] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), held there are two standards of review: correctness and reasonableness. *Dunsmuir* recognized that deference is generally appropriate where a tribunal is interpreting its home statute. Deference may also be warranted where a tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil rule in relation to a specific statutory context (*Dunsmuir*, at paragraph 54). In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*) the Supreme Court confirmed that administrative decision makers are entitled to a measured deference in matters that relate to their special role, function and expertise (*Khosa*, at paragraphs 25–26).

[86] The Supreme Court stated the standard of correctness will continue to apply to constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator’s expertise as well as questions regarding jurisdictional boundaries between two or more competing specialized tribunals (*Dunsmuir*, at paragraphs 58, 60 and 61). Furthermore, the standard of correctness will also apply to true questions of jurisdiction.

## Norme de contrôle

[84] Le demandeur soutient que les questions portant sur l’interprétation à donner au concept de « situation de famille », sur le critère juridique permettant d’établir une preuve *prima facie* de discrimination et sur la question de savoir si le Tribunal a commis une erreur en formulant ses ordonnances réparatrices sont toutes des questions de droit assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. Bien qu’elle soit la loi constitutive du Tribunal, la Loi s’applique aussi à d’autres tribunaux administratifs tels que des tribunaux du travail, des tribunaux d’arbitrage et des tribunaux de la fonction publique.

*Interprétation de la notion de « situation de famille » dans la Loi*

[85] En 2008, dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada a établi qu’il existe deux normes de contrôle : celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. Suivant l’arrêt *Dunsmuir*, la déférence est généralement de mise lorsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive. Elle peut également être justifiée lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise particulière dans l’application d’une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé (*Dunsmuir*, au paragraphe 54). Dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), la Cour suprême a confirmé que les décideurs administratifs ont droit à une certaine déférence dans les affaires ayant trait au rôle, à la fonction et à l’expertise qui leur sont propres (*Khosa*, aux paragraphes 25 et 26).

[86] La Cour suprême a expliqué que la norme de la décision correcte continue à s’appliquer aux questions constitutionnelles, aux questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise de l’arbitre ainsi qu’aux questions relatives à la délimitation des compétences respectives des tribunaux spécialisés concurrents (*Dunsmuir*, aux paragraphes 58, 60 et 61). La norme de la décision

[87] Recently, in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat S.C.C.*), the Supreme Court considered whether the Canadian Human Rights Tribunal could order legal costs as a form of compensation. This issue directly related to the interpretation and application of the Tribunal's own statute namely the Act. The Supreme Court held the question of whether a particular tribunal could grant legal costs was not one of central importance to the Canadian legal system. The Court also found that question was not outside the expertise of the Tribunal. In result the Supreme Court found the Tribunal's decision on the issue of awarding costs based on its interpretation of the relevant provision in the Act to be reviewable on the standard of reasonableness. *Mowat S.C.C.*, at paragraph 27.

[88] In assessing the reasonableness of the Tribunal decision the Supreme Court in *Mowat* went on to state [at paragraph 33]:

The question is one of statutory interpretation and the object is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme an object of the Act and the intention of Parliament [citation omitted]. In approaching this task in relation to human rights legislation, one must be mindful that it expresses fundamental values and pursues fundamental goals. It must therefore be interpreted liberally and purposely so that the rights enunciated are given their full recognition and effect: [citation omitted]. However, what is required is nonetheless an interpretation of the text of the statute which respects the words chosen by Parliament.

Accordingly, the standard of review was that of reasonableness keeping in mind the basic principles of statutory interpretation and respect for the words of Parliament.

correcte s'applique par ailleurs également aux véritables questions de compétence.

[87] Récemment, dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat C.S.C.*), la Cour suprême s'est demandé si le Tribunal canadien des droits de la personne pouvait adjuger des dépens à titre d'indemnité. Cette question se rapportait directement à l'interprétation et à l'application de la loi constitutive du Tribunal, en l'occurrence la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Cour suprême a jugé que la question de savoir si un tribunal administratif déterminé pouvait adjuger des dépens ne revêtait pas une importance capitale pour le système juridique canadien. La Cour a également conclu que cette question n'était pas étrangère au domaine d'expertise du Tribunal. La Cour a estimé que la décision que le Tribunal avait rendue au sujet de l'adjudication de dépens en se fondant sur son interprétation des dispositions applicables de la Loi était susceptible de contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable (*Mowat C.S.C.*, au paragraphe 27).

[88] Pour apprécier le caractère raisonnable de la décision du Tribunal, la Cour suprême a poursuivi en déclarant ce qui suit [*Mowat C.S.C.*, au paragraphe 33] :

Il nous faut interpréter le texte législatif et discerner l'intention du législateur à partir des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi, son objet et l'intention du législateur [renvoi omis]. Dans le cas d'une loi relative aux droits de la personne, il faut se rappeler qu'elle exprime des valeurs essentielles et vise la réalisation d'objectifs fondamentaux. Il convient donc de l'interpréter libéralement et téléologiquement de manière à reconnaître sans réserve les droits qui y sont énoncés et à leur donner pleinement effet [renvoi omis]. On doit tout de même retenir une interprétation de la loi qui respecte le libellé choisi par le législateur.

Par conséquent, la norme de contrôle applicable à l'interprétation que le Tribunal avait faite de sa loi constitutive était celle de la décision raisonnable, eu égard aux principes fondamentaux d'interprétation des lois et au libellé choisi par le législateur.

[89] While the scope of human rights is important and important issues arise because of family matters, it cannot be readily said that the interpretation of “family status” in the Act is a question of law of central importance to the legal system as a whole. It is true that provincial human rights tribunals across the country also address human rights issues arising because of family matters but they do so in accordance with their own legislation and, while preferable, the tribunals are not obligated to apply the same precise interpretation as given in similar provisions in federal or other provincial provisions as long as regard is had for similar purposes.

[90] Turning to the specific question of the standard of review of the Tribunal’s interpretation of “family status” in the Act, the following considerations apply:

- a. the Tribunal is interpreting its home statute;
- b. the Tribunal is adjudicating within an area in which it has expertise;
- c. this question also does not relate to jurisdictional boundaries between competing specialized tribunals; in this respect the various federal tribunals’ that may have regard to the Act, such as labour arbitrators and public service tribunals, have overlapping rather than jurisdictional boundaries; and,
- d. the interpretation of “family status” in the Act cannot be said to raise a constitutional question given it involves the interpretation of a federal statute.

[91] Having regard to the teachings in *Dunsmuir*, *Khosa* and *Mowat* S.C.C., and to the above considerations, I conclude that the Tribunal’s determination of

[89] Bien que la définition des droits de la personne constitue une question importante et que des questions importantes se posent en l’espèce en raison de problèmes familiaux, on ne saurait aisément prétendre que l’interprétation du concept de « situation de famille » que l’on trouve dans la Loi est une question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. Certes, les tribunaux des droits de la personne des diverses provinces canadiennes sont également appelés à se pencher sur des questions de droits de la personne qui se posent en matières familiales, mais ils le font en conformité avec leur propre législation et, bien que cela soit préférable, ces tribunaux ne sont pas obligés d’appliquer exactement la même interprétation que celle qui est donnée à des dispositions semblables par d’autres lois fédérales ou provinciales, dès lors qu’ils tiennent compte d’objectifs similaires.

[90] Pour ce qui est de la question précise de la norme de contrôle applicable à l’interprétation que le Tribunal a faite du concept de « situation de famille » que l’on trouve dans la Loi, les considérations suivantes s’appliquent :

- a. le Tribunal interprète sa propre loi constitutive;
- b. le Tribunal statue dans un domaine dans lequel il possède une expertise;
- c. la question ne se rapporte pas à la délimitation des compétences de tribunaux spécialisés concurrents; à cet égard, les divers tribunaux administratifs fédéraux concernés de près ou de loin par la Loi, tels que les arbitres du travail et les tribunaux de la fonction publique, ont des pouvoirs qui se chevauchent et non des pouvoirs qui s’opposent;
- d. on ne saurait prétendre que l’interprétation du concept de « situation de famille » que l’on trouve dans la Loi soulève une question constitutionnelle, compte tenu du fait que cette question implique l’interprétation d’une loi fédérale.

[91] À la lumière des enseignements donnés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Dunsmuir*, *Khosa* et *Mowat* et des considérations susmentionnées,

whether “family status” includes childcare based on its interpretation of the term in the Act is reviewable on a standard of reasonableness.

#### *Legal Test for Prima Facie Discrimination*

[92] In *Johnstone F.C.*, the Court was reviewing the screening decision of the Commission in dismissing Ms. Johnstone’s complaint. Justice Barnes found the issue was very much like that in *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392 (*Sketchley*). In *Sketchley*, the Commission’s reasoning was dependent on its legal conclusions as to the precedential value of *Scheuneman v. Canada (Attorney General)*, 2000, CanLII 16701, 266 N.R. 154 (F.C.A.) and did not engage the respondent’s specific circumstances and fact situation.

[93] The Federal Court of Appeal undertook a pragmatic and functional approach to the issue in reviewing the Commission’s decision identified as the legal question of whether the employer Treasury Board’s policy was *prima facie* discriminatory. *Sketchley*, at paragraphs 61–81. The Federal Court of Appeal concluded [at paragraph 81]:

Applying the pragmatic and functional approach to the Commission’s particular decision in the TB complaint, the four factors lead on balance to a standard of review of correctness. For its decision with respect to this complaint to be upheld, the Commission was required to have decided correctly the legal question of whether the TB policy is *prima facie* discriminatory, a question which I consider below.

[94] In *Johnstone F.C.*, the Federal Court decided the appropriate standard of review of the Commission’s screening decision to be correctness stating [at paragraph 18]:

j’estime que c’est la norme de contrôle de la décision raisonnable qui s’applique aux conclusions que le Tribunal a tirées en l’espèce au sujet de la question de savoir si le concept de « situation de famille » que l’on trouve dans la Loi englobe les obligations familiales.

#### *Critère juridique de la discrimination prima facie fondée sur la situation de famille*

[92] Dans la décision *Johnstone C.F.*, la Cour était appelée à examiner la décision par laquelle la Commission avait, à l’étape de l’examen préalable, rejeté la plainte de M<sup>me</sup> Johnstone. Le juge Barnes a estimé que la question dont il était saisi ressemblait beaucoup à celle qui était en litige dans l’arrêt *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392 (*Sketchley*). Dans l’arrêt *Sketchley*, le raisonnement de la Commission dépendait de ses conclusions de droit sur la valeur à titre de précédent de l’arrêt *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 16701 (C.A.F.), et ce raisonnement n’avait rien à avoir avec la situation personnelle et les faits propres à l’intimée.

[93] La Cour d’appel fédérale a abordé la question sous un angle pragmatique et fonctionnel lors de son contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission s’était prononcée sur la question de droit de savoir si une politique du Conseil du Trésor était discriminatoire à première vue [*Sketchley*, aux paragraphes 61 à 81]. Voici ce que la Cour d’appel fédérale a conclu, aux paragraphes 81 de l’arrêt *Sketchley* :

Si on applique l’approche pragmatique et fonctionnelle à la décision de la Commission concernant la plainte relative au CT, les quatre facteurs favorisent, tout bien pesé, l’application de la norme de contrôle de la décision correcte. Pour que sa décision concernant cette plainte puisse être confirmée, il fallait que la Commission ait tranché correctement la question de savoir si la politique du CT était discriminatoire à première vue, une question que je vais examiner plus loin.

[94] Dans la décision *Johnstone C.F.*, la Cour fédérale a décidé que la norme de contrôle applicable à la décision prise par la Commission à l’étape de l’examen préalable était celle de la décision correcte. Voici ce qu’elle écrit [au paragraphe 18] :

In this case the Commission was not convinced that the loss of hours suffered by Ms. Johnstone brought about by the CBSA's fixed shift policy constituted "a serious interference" with her parental duties or that it had a discriminatory impact on the basis of family status. As in *Sketchley*, above, this characterization of the CBSA's employment policy as non-discriminatory was based on a discrete and abstract question of law and, as such, it is reviewable on the standard of correctness.

[95] *Johnstone* F.C. was appealed to the Federal Court of Appeal which upheld the Federal Court decision. In doing so, the Federal Court of Appeal stated [*Johnstone* F.C.A., at paragraph 2]:

The reasons given by the Commission for screening out the compliant indicate that the Commission adopted a legal test for *prima facie* discrimination that is apparently consistent with *Health Sciences Association of British Columbia v. Campbell River & North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, but inconsistent with the subsequent decision of the Canadian Human Rights Tribunal in *Hoyt v. C.N.R.*, [2006] C.H.R.D. No. 33. We express no opinion on what the legal test is.

[96] In the case at hand the applicant submits the Tribunal erred in the legal test for establishing *prima facie* discrimination based on family status.

[97] The requirement for *prima facie* discrimination was reviewed by the Supreme Court of Canada in *O'Malley*. The Supreme Court stated a complainant must show a *prima facie* case of discrimination in proceedings before human rights tribunals describing the test as (*O'Malley*, at page 558):

A *prima facie* case in this context is one which covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant's favour in the absence of an answer from the respondent-employer.

En l'espèce, la Commission n'était pas convaincue que la diminution des heures travaillées par M<sup>me</sup> Johnstone due à la politique de l'ASCF sur les quarts de travail fixes constituait une [TRADUCTION] « atteinte grave » à sa capacité de s'acquitter de son devoir de parent ou que cette politique causait une discrimination fondée sur la situation de famille. Comme dans l'arrêt *Sketchley*, précité, la conclusion considérant comme non discriminatoire la politique d'emploi de l'ASCF est fondée sur une question de droit précise et abstraite et, par conséquent, est susceptible de contrôle selon la décision correcte.

[95] Le jugement a été porté en appel devant la Cour d'appel fédérale (*Johnstone* C.A.F.), qui a confirmé le jugement de la Cour fédérale et a déclaré ce qui suit [au paragraphe 2] :

Les motifs donnés par la Commission pour rejeter la plainte indiquent que la Commission a appliqué un critère juridique en matière de discrimination à première vue qui est apparemment compatible avec la décision *Health Sciences Association of British Columbia c. Campbell River & North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, mais incompatible avec la décision subséquente rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne dans *Hoyt c. la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [2006] D.C.D.P. N° 33. Nous ne formulons aucune opinion pour indiquer en quoi consiste le critère juridique approprié.

[96] Le demandeur affirme que, dans le cas qui nous occupe, le Tribunal a commis une erreur dans son application du critère juridique permettant de savoir s'il y avait eu, à première vue, discrimination fondée sur la situation de famille.

[97] Les conditions à remplir pour établir à première vue l'existence d'une discrimination ont été passées en revue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *O'Malley*. La Cour suprême déclare que, dans les instances se déroulant devant un tribunal des droits de la personne, le plaignant doit établir une preuve *prima facie* de discrimination. Voici en quels termes elle explique ce critère (*O'Malley*, à la page 558) :

Dans ce contexte, la preuve suffisante jusqu'à preuve contraire est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé.

*Finding of Prima Facie Discrimination on Family Status*

[98] The standard of review applicable to the Tribunal's finding of *prima facie* discrimination necessarily involves application of the law to the facts, a question of mixed law and fact. I find this invokes a standard of reasonableness. *Dunsmuir*, paragraph 57.

## Remedies

[99] Finally, the standard of review applicable to the assessment of the Tribunal's remedial orders is dependent on the Tribunal's findings of fact. As such the Tribunal must address questions of fact and law and fact.

[100] The award of remedies comes within the Tribunal's area of expertise in deciding factual questions as to the amount of compensation, if any, to award. Furthermore, the issuing of remedial orders to address offending discrimination is entirely within the Tribunal's discretion as is the question whether punitive damages should be awarded where supported by the facts.

[101] I conclude the standard of review for the Tribunal's decisions on remedies is that of reasonableness.

## Analysis

[102] The applicant submits the Tribunal erred in adopting an overly broad interpretation of "family status" under the Act. The applicant submits the Tribunal erred in that it:

a. gave no regard to the ordinary and grammatical meaning of the term "family status" or to Parliament's use of "status" as a qualifying term;

*L'existence d'une discrimination prima facie fondée sur la situation de famille*

[98] La norme de contrôle applicable à la conclusion tirée par le Tribunal au sujet de l'existence d'une discrimination *prima facie* fondée suppose nécessairement l'application du droit aux faits. Il s'agit d'une question mixte de droit et de fait, ce qui, à mon avis, donne lieu à l'application de la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, au paragraphe 57).

## Réparations

[99] Enfin, la norme de contrôle applicable à l'appréciation des ordonnances réparatrices prononcées par le Tribunal dépend des conclusions de fait tirées par le Tribunal. Le Tribunal est appelé à examiner des questions de fait et des questions de fait et de droit.

[100] La décision d'accorder des réparations relève de la compétence spécialisée du Tribunal lorsqu'il tranche des questions de fait portant sur le montant de l'indemnité à accorder, le cas échéant. Qui plus est, le prononcé d'ordonnances réparatrices visant à répondre à une situation de discrimination relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du Tribunal, tout comme la question de savoir s'il convient d'accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque les faits le justifient.

[101] Je conclus que la norme de contrôle de la décision raisonnable est celle qui s'applique, s'agissant des réparations que le Tribunal a décidé d'accorder.

## Analyse

[102] Le demandeur affirme que le Tribunal a commis une erreur en retenant une interprétation trop large du concept de « situation de famille ». Le demandeur affirme que le Tribunal a commis les erreurs suivantes :

a. en ne tenant pas compte du sens ordinaire et grammatical de l'expression « situation de famille » et du qualificatif « situation » employé par le législateur;

b. acknowledged the intent of Parliament as reflected in *Hansard* but held it was *not persuasive*; and

c. failed to give due regard to the object and purpose of the Act, the inclusion of “family status” in section 3, and the scheme of the Act as a whole.

[103] The applicant submits the proper interpretation of the term “family status” is one which prevents individuals from being denied opportunities on the basis of arbitrary or stereotypical assumptions relating to irrelevant personal characteristics. It protects against distinctions based on family characteristics for which a person has little or no control. The applicant submits this term does not include the obligations that arise between the parent and their children including childcare. Rather the intention was to prevent discrimination by reason of the mere fact that being a parent or a parent of a particular child.

[104] The applicant also contends the inclusion of the qualifying term “status”, which is generally understood to convey a particular position or legal standing, operates to limit the scope of the term “family status”. It refers to a personal characteristic which Parliament deemed should be irrelevant to employment.

#### Interpretation of “Family Status” in the Act

[105] Section 3 of the Act provides as follows:

Prohibited grounds of discrimination

3. (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted.

b. en prenant acte de la volonté du législateur dont il est fait état dans le *Hansard* mais en estimant que ce facteur n’était [TRADUCTION] « pas convaincant »;

c. en ne tenant pas dûment compte de l’objet de la Loi, de l’inclusion de la « situation de famille » à l’article 3 et de l’économie de la Loi dans son ensemble.

[103] Le demandeur soutient que l’interprétation appropriée de l’expression « situation de famille » suppose que l’on ne se voit pas privé de possibilités en raison de suppositions stéréotypées ou arbitraires se rapportant à des caractéristiques personnelles non pertinentes. Pareille interprétation protège contre les distinctions fondées sur des caractéristiques familiales sur lesquelles une personne a peu ou point de contrôle. Le demandeur affirme que l’expression en question n’englobe pas les obligations qui existent entre les parents et leurs enfants, notamment celles relatives aux services de garde. On cherchait plutôt à empêcher la discrimination fondée sur le simple fait d’être un parent ou le parent d’un enfant déterminé.

[104] Le demandeur affirme également que l’inclusion du qualificatif « situation » qui est généralement interprétée comme conférant un statut particulier ou une qualité pour agir a pour effet de restreindre la portée de l’expression « situation de famille ». Cette inclusion se rapporte à une caractéristique personnelle que le législateur a considérée comme non pertinente en ce qui concerne l’emploi.

#### Interprétation du concept de « situation de famille » dans la Loi

[105] L’article 3 de la Loi dispose :

3. (1) Pour l’application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l’âge, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état matrimonial, la situation de famille, l’état de personne graciée ou la déficience.

Motifs de distinction illicite

The Act does not define the term “family status”.

[106] The Tribunal has previously interpreted “family status” to include regular childcare obligations. In *Brown*, the Tribunal stated [at page 20]:

It is this Tribunal’s conclusion that the purposive interpretation to be affixed to s. 2 of the *C.H.R.A.* is a clear recognition within the context of “family status” of a parent’s right and duty to strike that balance coupled with a clear duty on the part of an employer to facilitate and accommodate that balance with in the criteria set out in the *Alberta Dairy Pool* case. To consider any lesser approach to the problems facing the modern family within the employment environment is to render meaningless the concept of “family status” as a ground of discrimination.

[107] The Tribunal came to the same conclusion in *Hoyt* where the Tribunal had found the employer failed to modify an employee’s shift requirements that prevented her from making childcare arrangements for her daughter. In *Hoyt*, at paragraph 117, the Tribunal referred to the judicial definition of the term family status stating discrimination on this ground has been judicially defined as “...practices or attitudes which have the effect of limiting the conditions of employment of, or the employment opportunities available to, employees on the basis of a characteristic relating to their ... family.” *B. v. Ontario (Human Rights Commission)* (2000), 50 O.R. (3d) 737 (C.A.), affirmed by 2002 SCC 66, [2002] 2 S.C.R. 403 (B).

[108] The inclusion of family childcare obligations within family status has been adopted in other forums and jurisdictions: provincial human rights tribunals (Ontario: *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Ont. Bd. of Inq.); Alberta: *Rennie v. Peaches and Cream Skin Care Ltd.*, 2006 AHRC 13 (CanLII) (*Rennie*); federal labour boards: *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Somerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109, at paragraph 66; and *Rajotte*; and provincial and federal superior courts: B.C. Court of Appeal: *Campbell River*; Federal Court: *Johnstone F.C.*).

La Loi ne définit pas l’expression « situation de famille ».

[106] Le Tribunal a déjà interprété l’expression « situation de famille » en estimant qu’elle englobait les obligations parentales. Dans la décision *Brown*, le Tribunal a déclaré [à la page 20] :

De l’avis du Tribunal, l’interprétation de l’article 2 de la LCPD en fonction de son objet consiste à reconnaître clairement, dans le contexte de la « situation de famille », le droit et l’obligation du parent de chercher à atteindre cet équilibre ainsi que l’obligation manifeste pour l’employeur d’aider le parent à cet égard en fonction des critères énoncés dans l’arrêt *Alberta Dairy Pool*. Une interprétation moins sérieuse des problèmes auxquels la famille moderne fait face dans le milieu de travail enlèverait tout son sens au concept de la « situation de famille » comme motif de discrimination.

[107] Le Tribunal en est arrivé à la même conclusion dans l’affaire *Hoyt*, dans laquelle il a conclu que l’employeur avait refusé de modifier les exigences du quart de travail d’une employée, ce qui avait empêché cette dernière de prendre les dispositions nécessaires pour faire garder sa fille. Dans la décision *Hoyt*, au paragraphe 117, le Tribunal a expliqué que la discrimination fondée sur la situation de famille avait été définie par la jurisprudence comme s’entendant de « “[...] mesures ou d’attitudes qui ont pour effet de limiter les conditions d’embauche ou les perspectives d’emploi des employés sur la base d’une caractéristique liée à leur [...] famille ]” » (*B. c. Ontario (Commission des droits de la personne)* (2000), 50 O.R. (3d) 737, confirmée par 2002 CSC 66, [2002] 3 R.C.S. 403 (B)).

[108] Des tribunaux d’autres provinces et territoires se sont eux aussi dits d’avis que le concept de « situation de famille » englobait les obligations parentales : tribunaux des droits de la personne provinciaux (en Ontario : *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Comm. d’enq. de l’Ont.); en Alberta : *Rennie v. Peaches and Cream Skin Care Ltd.*, 2006 AHRC 13 (CanLII) (*Rennie*); commissions des relations de travail fédérales : *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Somerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109, au paragraphe 66; et *Rajotte*; Cour d’appel de la Colombie-Britannique : *Campbell River*; et la Cour fédérale : *Johnstone C.F.*).

[109] Human rights legislation has a quasi-constitutional status. This elevated status derives from the fundamental character and values such legislation expresses and pursues. The Supreme Court of Canada has held that human rights legislation must be interpreted in a large and liberal manner in order to attain the objects of the legislation. In *Canadian National Railway Co. v. Canada v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114 (*Action Travail des Femmes*) the Supreme Court stated [at page 1134]:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated by given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained. [Emphasis added.]

[110] The *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c I-21, section 12 provides: “Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large, and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.” The term “family status” in section 3 of the Act should be interpreted in a large and liberal manner consistent with the attainment of the Act’s objectives and purposes stated in section 2:

Purpose

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion,

[109] Les lois sur les droits de la personne ont un caractère quasi constitutionnel. Le rang élevé qui est reconnu à ces lois s’explique par les valeurs fondamentales qu’elles incarnent et qu’elles consacrent. La Cour suprême du Canada a jugé que les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées d’une manière large et libérale pour atteindre les objectifs de la loi. Dans l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (*Action Travail des Femmes*), la Cour suprême déclare [à la page 1134] :

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l’essor des droits individuels d’importance vitale, lesquels sont susceptibles d’être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu’en interprétant la Loi, les termes qu’elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façon à les minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu’offre la *Loi d’interprétation* fédérale lorsqu’elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s’interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets. [Non souligné dans l’original.]

[110] Rappelons, enfin, que l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, dispose : « Tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ». L’expression « situation de famille » que l’on trouve à l’article 3 de la Loi devrait être interprétée de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation des objets de la Loi, qui sont ainsi énoncés à son article 2 :

Objet

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l’égalité des chances d’épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l’âge, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état matrimonial, la

age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted. [Emphasis added.]

[111] The definition of word “family” in the *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, includes “the members of a household esp. parents and their children.” The definition of the word “status” includes “a person’s legal standing which determines his or her rights and duties”. The two words taken together amounts to more than a mere descriptor of a parent of a child and also can reference the obligations of a parent to care for the child.

[112] There are two other sources which help set context and provide guidance with respect to the question of the interpretation to be given the interpretation of “family status”:

a. First, the following words from *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219 (*Brooks*), at page 1243 are worth repeating:

Combining paid work with motherhood and accommodating the childbearing needs of working women are ever-increasing imperatives. That those who bear children and benefit society as a whole thereby should not be economically or socially disadvantaged seems to bespeak the obvious.

b. Second, in the *Report of the Commission of Inquiry on Equality in Employment* [Ottawa: Supply and Services Canada, 1984], Justice Abella wrote, at page 185: “From the point of view of mothers, access to childcare and the nature of such care limits employment options.”

Furthermore, in her Report [at page 181, footnote 14], Justice Abella relied on the ILO’s [International Labour Organization] 1981 Recommendation Concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers: Workers with Family Responsibilities. Article 6 of that document contains: “With a view to creating

situation de famille, la déficience ou l’état de personne graciée. [Non souligné dans l’original.]

[111] On trouve notamment l’acception suivante du mot anglais « *family* » (« famille ») dans le *Canadian Oxford Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press, 2004) : [TRADUCTION] « ménage, plus précisément les parents et leurs enfants ». Quant au mot anglais « *status* » (« statut »), il est notamment défini comme suit : [TRADUCTION] « situation juridique d’une personne lui conférant certains droits et lui imposant certaines obligations ». Lorsqu’on rapproche ces deux termes, on obtient davantage qu’une simple description du parent d’un enfant. Ces termes peuvent faire allusion aux obligations qu’a un parent de s’occuper de ses enfants.

[112] Il y a deux autres sources qui peuvent nous aider à définir le contexte et à nous donner quelques repères en ce qui concerne la question de l’interprétation à donner à l’expression « situation de famille » :

a. Premièrement, l’extrait suivant tiré de l’arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (*Brooks*), à la page 1243, mérite d’être répété :

Allier travail salarié et maternité et tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail sont des impératifs de plus en plus pressants. Il semble aller de soi que celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l’ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social.

b. En second lieu, dans le *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi* [Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1984], la juge Abella écrit, à la page 204 : « Du point de vue de la mère, les possibilités de choisir un emploi sont limitées en raison du manque de service de soins aux enfants et de la nature même de ces services ».

De plus, dans son rapport [à la page 199, note en bas de page 14], la juge Abella se fondait sur les recommandations formulées en 1981 par l’Organisation internationale du travail concernant l’égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales. L’article 6 de ce

effective equality of opportunity and treatment of men and women workers, each Member should make it an aim of national policy to enable persons with family responsibilities who are engaged or wish to engage in employment to exercise their right to do so without being subject to discrimination and, to the extent possible, without conflict between their employment and family responsibilities.”

[113] Finally, it is difficult to have regard to family without giving thought to children in the family and the relationship between parents and children. The singular most important aspect of that relationship is the parents’ care for children. It seems to me that if Parliament intended to exclude parental childcare obligations, it would have chosen language that clearly said so.

[114] In result, I conclude the Tribunal’s conclusion that family status includes childcare obligations is reasonable. It is within the scope of ordinary meaning of the words; it is in accord with decisions in related human rights and labour forums; it is in keeping with the jurisprudence; and it is consistent with the objects of the Act.

*Test for Prima Facie Discrimination based on Family Status*

[115] The onus is on the complainant to establish discrimination has occurred contrary to the prohibition in the Act. The test of what constitutes a *prima facie* case of discrimination in human rights cases was set out by the Supreme Court of Canada in *O’Malley* [at page 558]:

A *prima facie* case ... is one which covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant’s favour in the absence of an answer from the respondent-employer.

document est ainsi libellé : « En vue d’instaurer l’égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes, chaque membre devrait, parmi ses objectifs de politique nationale, viser à permettre aux personnes ayant des responsabilités familiales qui occupent ou désirent occuper un emploi d’exercer leur droit de l’occuper ou de l’obtenir sans faire l’objet de discrimination et, dans la mesure du possible, sans conflit entre leurs responsabilités professionnelles et familiales. »

[113] Enfin, il est difficile d’envisager la famille sans tenir compte des enfants qui existent au sein de cette famille et des liens qui existent entre les enfants et les parents. L’aspect le plus important de cette relation est l’obligation qu’ont le père et la mère de prendre soin de leurs enfants. Il me semble que, si le législateur fédéral avait eu l’intention d’exclure les obligations parentales, il aurait employé des mots qui expriment clairement son intention en ce sens.

[114] J’estime donc que la conclusion du Tribunal suivant laquelle le concept de situation de famille englobe les obligations liées à la garde des enfants est raisonnable. Cette interprétation s’accorde avec le sens courant des mots et avec les décisions déjà rendues en matière de droits de la personne et par les tribunaux du travail; elle est conforme à la jurisprudence et respecte les objets de la Loi.

*Critères de la preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille*

[115] Il incombe au plaignant de démontrer qu’il y a eu discrimination en violation de l’interdiction prévue par la Loi. Les conditions à remplir pour établir à première vue l’existence d’une discrimination ont été passées en revue par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *O’Malley* [à la page 558] :

[L]a preuve suffisante jusqu’à preuve contraire est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l’absence de réplique de l’[intimé].

[116] The complainant needs to demonstrate that the employer's conduct, policies or practices has some differential impact due to a personal characteristic which is recognized as a prohibited ground of discrimination contrary to sections 7 and 10 of the Act. *Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Commission)*, 2005 FCA 154, 334 N.R. 316, *sub nom. Morris v. Canada (Canadian Armed Forces) (Morris)*, at paragraphs 26–28.

[117] The applicant points to tribunal and court decisions that recognize not all claimants' conditions will trigger the protection of human rights legislation. (*Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees (Jungwirth Grievance)* (2010), 192 L.A.C. (4th) 97; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 (*Amselem*), at paragraphs 46–54; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161 (*McGill*), at paragraph 49, Abella, J. concurring.)

[118] The applicant submits the Tribunal erred in rejecting the test set out *Campbell River*. In that case the Court of Appeal held that the mere fact that an employee with a family is affected by a policy of the employer would not be sufficient to establish a *prima facie* case. Rather, discrimination is only made out where the evidence established a serious interference with a substantial parental or other family duty. The British Columbia Court of Appeal set out the test in *Campbell River*, at paragraph 39, to be applied as:

Whether particular conduct does or does not amount to *prima facie* discrimination on the basis of family status will depend on the circumstances of each case. In the usual case where there is no bad faith on the part of the employer and no governing provision in the applicable collective agreement or employment contract, it seems to me that a *prima facie* case of discrimination is made out when a change in a term or condition of employment imposed by an employer results in a serious interference with a substantial parental or other family duty or obligation of the employee. I think in the vast majority

[116] Le plaignant doit démontrer que la conduite, les politiques ou les pratiques de l'employeur ont créé une distinction défavorable pour lui en raison d'une caractéristique personnelle reconnue comme un motif de distinction illicite interdit par les articles 7 et 10 de la Loi (*Canada (Procureur général) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CAF 154, *sub nom. Morris c. Canada (Forces armées canadiennes) (Morris)*, aux paragraphes 26 à 28.

[117] Le demandeur cite des décisions de tribunaux administratifs et de cours de justice qui reconnaissent que ce ne sont pas toutes les situations invoquées par des plaignants qui donnent lieu à la protection des lois sur les droits de la personne (*Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees (Jungwirth Grievance)* (2010), 192 L.A.C. (4th) 97; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 (*Amselem*), aux paragraphes 46 à 54; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161 (*McGill*), au paragraphe 49, la juge Abella (motifs concourants)).

[118] Le demandeur affirme que le Tribunal a commis une erreur en écartant le critère énoncé dans l'arrêt *Campbell River*. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a jugé que le simple fait qu'une employée qui a une famille soit touchée par une politique de l'employeur ne suffit pas pour établir une preuve *prima facie* de discrimination. La preuve de discrimination n'est établie que lorsque la preuve démontre que l'employeur a gravement porté atteinte à la capacité de cette employée de s'acquitter d'une obligation familiale ou parentale importante. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a formulé comme suit le critère applicable, au paragraphe 39 de l'arrêt *Campbell River* :

[TRADUCTION] Un comportement constituera ou non à première vue une discrimination fondée sur la situation familiale selon les circonstances propres à chaque cas. Dans les cas habituels où l'employeur n'est pas de mauvaise foi et où la convention collective ou le contrat d'emploi ne comprend aucune disposition à ce sujet, il me semble qu'il y a discrimination à première vue quand un changement dans les conditions d'emploi imposé par l'employeur résulte en une atteinte grave aux obligations ou devoirs importants parentaux ou familiaux de l'employé. Je crois que dans la vaste majorité des situations où il existe un

of situations in which there is a conflict between a work requirement and a family obligation it would be difficult to make out a *prima facie* case. [Emphasis added.]

[119] The applicant points out the problem with “family status” discrimination cases is the inherent ambiguity in family responsibilities. The jurisprudence to date has identified that family responsibilities for which employees have sought accommodation include karate lessons, attendance at an out-of-town hockey tournament, unspecified commitments of family, continued residence in a particular city, attendance at a spouse’s medical appointments, assisting family members with immigration process, and preference to be at home with a pre-school child. The applicant emphasizes that the *Campbell River* test calls for “serious interference” with parental obligations.

[120] The respondent counters with cases that have held otherwise. *Hoyt*, above, at paragraphs 120–121; *Rajotte*, above, rejecting the “serious interference” test from *Campbell River*, above; *Wight*, above, at paragraph 310; *B.*, above, at paragraphs 44, 45 and 58; *Meiroin*, above, at paragraphs 69–70; *Sketchley*, above, at paragraph 91; *McGill*, above, at paragraph 11.

[121] The Tribunal acknowledged that [at paragraph 220] “not every tension that arises in the context of work-life balance can or should be addressed by human rights jurisprudence”. In my view the childcare obligations arising in discrimination claims based on family status must be one of substance and the complainant must have tried to reconcile family obligations with work obligations. However, this requirement does not constitute creating a higher threshold test of serious interference.

conflit entre les nécessités du travail et une obligation familiale, il serait difficile d’établir la discrimination à première vue. [Non souligné dans l’original.]

[119] Le demandeur souligne que le problème que comportent les affaires de discrimination relatives à la « situation de famille » réside dans l’ambiguïté inhérente des responsabilités familiales. Jusqu’à maintenant, la jurisprudence a expliqué que les responsabilités familiales pour lesquelles les employés ont demandé des mesures d’accommodement comprenaient par exemple les leçons de karaté, la présence des parents à des tournois de hockey à l’extérieur de la ville, des engagements familiaux non précisés, une résidence permanente dans une ville déterminée, l’accompagnement d’un des parents à un rendez-vous médical, l’assistance donnée à des membres de la famille dans le cadre d’un processus d’immigration, et le choix de demeurer à la maison avec un enfant d’âge préscolaire. Le demandeur souligne que le critère énoncé dans l’arrêt *Campbell River* exige qu’il y ait une « atteinte grave » aux obligations parentales.

[120] Le défendeur rétorque en citant des décisions dans lesquelles les tribunaux ont décidé autrement (*Hoyt*, précitée, aux paragraphes 120 et 121; *Rajotte*, précitée, où le Tribunal a rejeté le critère de l’« atteinte grave » de l’arrêt *Campbell River*, précité; *Wight*, précitée, au paragraphe 310; *B.*, précité, aux paragraphes 44, 45 et 58; *Meiroin*, précité, aux paragraphes 69 et 70; *Sketchley*, précité, au paragraphe 91; *McGill*, précité, au paragraphe 11.

[121] Le Tribunal a reconnu [au paragraphe 220] que « ce ne sont pas toutes les tensions qui ont lieu dans le contexte de l’équilibre travail/vie personnelle qui peuvent être traitées par la jurisprudence en matière de droits de la personne ». À mon avis, les obligations liées à la garde des enfants invoquées dans les affaires dans lesquelles l’intéressé se prétend victime de discrimination fondée sur sa situation de famille doivent être des obligations importantes et le plaignant doit avoir tenté de concilier ses obligations familiales avec ses obligations professionnelles. Toutefois, cette exigence ne saurait créer un critère préliminaire plus exigeant en matière d’atteinte grave.

[122] The Federal Court of Appeal held in *Morris*, above, at paragraph 27:

In other words, the legal definition of a *prima facie* case does not require the Commission to adduce any particular type of evidence to prove the facts necessary to establish that the complainant was the victim of a discriminatory practice as defined in the Act. Paragraph 7(b) requires only that a person was differentiated adversely on a prohibited ground in the course of employment.

This approach was followed in *Johnstone* F.C. and applies equally here.

[123] In *Johnstone* F.C. Justice Barnes stated (at paragraphs 30-31):

The Commission’s apparent adoption of the serious interference test for identifying family status discrimination also fails to conform with other binding authorities which have clearly established the test for a finding of *prima facie* discrimination. No where to be found in those authorities is a requirement that a complainant establish a “serious interference” with his or her protected interests.

...

On this issue I agree with the legal analysis at para. 38 of the Applicant’s Memorandum of Fact and Law where it stated:

The Applicant submits that the underlying circumstances in the present case are no different, and the same threshold for discrimination must apply. To that end, pursuant to the *CHRA*, any and all discrimination is contrary to the *Act*. There is no discretion, and no degree or level of discrimination which must be suffered by the complainant to obtain the protection of the *CHRA*. Thus, the fact that the Applicant was adversely affected by the Respondent’s policy is sufficient to establish a *prima facie* case of discrimination, and, by applying a higher standard to the ground of family status in its decision, the Commission erred in law. [Emphasis added.]

[124] Requiring a higher threshold, a serious interference, for the ground of family status is to lessen the protection on that ground as compared with other protected grounds. I agree that the requirement for a higher threshold for proof of *prima facie* discrimination for one

[122] Dans l’arrêt *Morris*, précité, la Cour d’appel fédérale a jugé, au paragraphe 27 :

En d’autres termes, la définition juridique de la preuve *prima facie* n’exige pas que la Commission soumette un type particulier de preuve afin d’établir les faits nécessaires en vue de démontrer que le plaignant a été victime d’un acte discriminatoire selon la définition figurant dans la Loi. L’alinéa 7b) exige uniquement que l’on défavorise une personne en cours d’emploi pour un motif de distinction illicite.

Ce raisonnement a été suivi dans la décision *Johnstone* C.F. et il s’applique également dans le cas qui nous occupe.

[123] Dans la décision *Johnstone* C.F., le juge Barnes déclare (aux paragraphes 30 et 31) :

En adoptant apparemment le critère de l’atteinte grave pour déterminer s’il y avait discrimination fondée sur la situation familiale, la Commission a aussi omis de se conformer aux précédents permettant clairement d’établir s’il y a discrimination à première vue. Il n’est écrit nulle part dans ces précédents qu’il est nécessaire que le plaignant établisse qu’il y a « atteinte grave » à ses droits.

[...]

Sur cette question, j’accepte l’analyse juridique exposée au paragraphe 38 du mémoire des faits et du droit de la demanderesse, où il est écrit :

[TRADUCTION]

La demanderesse soutient que le contexte en l’espèce n’est pas différent et que le même critère préliminaire concernant la discrimination doit être appliqué. À cet égard, soulignons que, selon la LCDP, toute discrimination est contraire à la Loi. Il n’y a aucun pouvoir discrétionnaire et un plaignant n’a pas à subir un certain degré ou niveau de discrimination pour obtenir la protection de la LCDP. Ainsi, le fait que la demanderesse ait subi des répercussions négatives en raison de la politique du défendeur suffit à établir qu’il y a à première vue discrimination et, en appliquant un critère plus rigoureux à la discrimination fondée sur la situation familiale, la Commission a commis une erreur de droit. [Non souligné dans l’original.]

[124] Le fait d’exiger que l’on satisfasse à un critère préliminaire plus rigoureux, celui de l’atteinte grave dans le cas du motif de discrimination fondée sur la situation de famille a pour effet de diminuer la protection conférée par ce motif par rapport à celle accordée par les

ground as opposed to the other grounds for which discrimination is prohibited in section 3 would be contrary to the remedial purpose and objective of the Act.

[125] The emphasis on the words “a serious issue” in *Campbell River* confounds the question of employment discrimination on the basis of family status. It is to be remembered that *Campbell River* involved the employer society changing the hours of employment of an employee mother who needed to be at home after school hours to care for her son who was afflicted with a psychiatric disability and had behavioural problems. The B.C. Court of Appeal stated, at paragraph 40:

In the present case, the arbitrator accepted the evidence of Dr. Lund that Ms. Howard’s son has a major psychiatric disorder and that her attendance to his needs during after-school hours was “an extraordinarily important medical adjunct” to the son’s wellbeing. In my opinion, this was a substantial parental obligation of Ms. Howard to her son. The decision by the respondent to change Ms. Howard’s hours of work was a serious interference with her discharge of that obligation. Accordingly, the arbitrator erred in not finding a *prima facie* case of discrimination on the basis of family status. [Emphasis added.]

[126] Simply stated, any significant interference with a substantial parental obligation is serious. Parental obligations to the child may be met in a number of different ways. It is when an employment rule or condition interferes with an employee’s ability to meet a substantial parental obligation in any realistic way that the case for *prima facie* discrimination based on family status is made out.

[127] In *Amsalem*, the Supreme Court of Canada ruled that a person’s freedom of religion is interfered with where the person demonstrates that he or she has a sincere religious belief and a third party interfered, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with that person’s ability to act in accordance with the belief.

autres motifs protégés. Je suis d’accord pour dire que le fait d’exiger un critère préliminaire plus exigeant dans le cas de la preuve de discrimination *prima facie* par rapport aux autres motifs de discrimination qui sont interdits à l’article 3 irait à l’encontre de l’objectif réparateur de la Loi.

[125] L’accent que l’arrêt *Campbell River* met sur l’existence d’une « question sérieuse » brouille la question de la discrimination en matière d’emploi fondée sur la situation de famille. Il faut se rappeler que l’affaire *Campbell River* portait sur une entreprise qui avait modifié les heures d’emploi d’une mère qui devait se trouver à la maison après l’école pour prendre soin de son fils atteint de troubles psychiatriques et de problèmes de comportement. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a déclaré, au paragraphe 40 :

[TRADUCTION] En l’espèce, l’arbitre a accepté le témoignage du D<sup>r</sup> Lund suivant lequel le fils de M<sup>me</sup> Howard souffre de troubles psychiatriques graves et la présence de M<sup>me</sup> Howard pour s’occuper de son fils après l’école « constitue un apport médical capital pour assurer le bien-être de son fils ». À mon avis, il s’agit d’une obligation parentale importante de M<sup>me</sup> Howard envers son fils. La décision de l’intimé de modifier les heures de travail de M<sup>me</sup> Howard a entravé sérieusement la capacité de cette dernière de s’acquitter de cette obligation. Par conséquent, l’arbitre a commis une erreur en ne concluant pas à l’existence d’une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille. [Non souligné dans l’original.]

[126] En termes simples, toute atteinte substantielle à une obligation parentale importante est grave. Il y a différentes façons de répondre aux obligations parentales. C’est lorsqu’un règlement ou une condition de travail de l’employeur entrave la capacité de l’employé de s’acquitter d’une importante obligation parentale de façon réaliste qu’une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille est établie.

[127] Dans l’arrêt *Amsalem*, la Cour suprême du Canada a statué que, pour démontrer l’existence d’une atteinte à sa liberté de religion, le demandeur peut établir qu’il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance en lien avec la religion et que la conduite qu’il reproche à un tiers nuit d’une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance.

[128] The phrase “a substantial parental duty or obligation” equates with and establishes the same threshold as a sincere religious belief (*Amselem*).

[129] In my view, the serious interference test as proposed by the applicant is not an appropriate test for discrimination on the ground of family status. It creates a higher threshold to establish a *prima facie* case on the ground of family status as compared to other grounds. Rather, the question to be asked is whether the employment rule interferes with an employee’s ability to fulfill her substantial parental obligations in any realistic way.

#### *Finding Proof of Prima Facie Discrimination*

[130] The applicant submits the Tribunal focussed only on the impact of the local shift scheduling rule instead of first considering if the rotational shift schedule had an adverse impact and then considering whether the local scheduling rule an employee must accept part-time employment in order to work fixed shifts was reasonable accommodation.

[131] The applicant argues Ms. Johnstone did not show that rotating shifts interfered with her core obligation as a parent to arrange for childcare for the children. Moreover, she did not show the reasons for the conflict were due to circumstances beyond her control instead of the result of a series of choices she and her husband jointly made. The applicant submits the evidence before the Tribunal was the availability of childcare depended on a number of choices many of which were in the sole control of the parent: the choice of where to live, what size home to have, the choice to have the father continue to work rotating shifts, their preference to have their children in their care as much as possible or to have only family members provide care, their preference not to pay for childcare and the respondent Johnstone’s preference to work three days a week.

[128] L’expression « obligation parentale importante » équivaut à celle pour laquelle la norme de la preuve applicable aux convictions religieuses sincères s’applique (*Amselem*).

[129] À mon avis, le critère de l’atteinte grave proposée par le demandeur n’est pas celui qui convient dans le cas de la discrimination fondée sur la situation de famille. Ce critère a pour effet de fixer un seuil trop élevé à respecter pour établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille par rapport aux autres motifs. La question à se poser est plutôt celle de savoir si la condition d’emploi entrave la capacité de l’employée de s’acquitter de ses obligations parentales importantes de façon réaliste.

#### *Preuve prima facie de discrimination*

[130] Le demandeur affirme que le Tribunal s’en est tenu qu’au règlement sur les postes à horaire variable au lieu de se demander d’abord si l’horaire par quarts de travail rotatifs avait des incidences négatives et se demander ensuite si le travail à temps partiel que l’employée doit accepter pour pouvoir effectuer des quarts de travail fixes constituait une mesure d’accommodement raisonnable.

[131] Le demandeur affirme que M<sup>me</sup> Johnstone n’a pas démontré que les quarts de travail rotatifs l’empêchaient de s’acquitter de son obligation fondamentale en tant que parent de trouver des services de garde pour ses enfants. De plus, elle n’a pas démontré que le conflit en question était attribuable à des circonstances indépendantes de sa volonté plutôt qu’à une série de choix qu’elle et son mari avaient fait ensemble. Le demandeur affirme que, suivant la preuve dont disposait le Tribunal, la disponibilité des services de garde dépendait d’une série de choix dont nombre d’entre eux dépendaient uniquement du choix du parent : l’endroit où il décidait de vivre, les dimensions de la maison, la décision du père de continuer à effectuer des quarts de travail rotatifs, le choix des parents de faire garder autant que possible leurs enfants par des membres de leur propre famille, leur préférence de ne pas payer pour faire garder leurs enfants et le choix de la défenderesse, M<sup>me</sup> Johnstone, de travailler trois jours par semaine.

[132] The applicant points out Ms. Friendly conceded there was little empirical data on the availability of non-regulated childcare which was the type overwhelmingly used by most Canadians. The applicant notes Ms. Johnstone acknowledged from 1998–2002 she had worked the rotational shift and also worked a second job on Monday to Thursday 9:00 a.m. to 1:00 p.m. She did this by switching shifts whenever conflicts arose. Given this, the applicant submits it is unclear why the respondent and her husband could not have arranged childcare for certain days, switched shifts or taken family or other leave if necessary. The applicant also points out no consideration was given to the choice by Ms. Johnstone and her husband to move from a home she owned in Toronto, six kilometres from the airport, to the small town of Cookstown, near Barrie.

[133] The applicant argues that it was unreasonable for the Tribunal to find that it was doubtful anyone in Ms. Johnstone's situation would find any third party other than family willing to provide childcare. The applicant also submits that this finding was unsupported by the evidence.

[134] The applicant emphasizes that Pearson is a 24 hours/7 days a week operation and rotating shifts is a condition of employment for all employees. Application of the VSSA to full-time employees cannot be viewed as arbitrary, nor does it engage in stereotypical presumptions about parents of young children. As a result, the applicant submits *prima facie* discrimination on the basis of "family status" was not made out on the facts of this case. While it may be that Ms. Johnstone and her husband faced difficulties in balancing their work schedules and their childcare arrangements, these same challenges were faced by other border services officers at Pearson, all of whom were able to resolve the conflict, by making different choices.

[132] Le demandeur souligne que M<sup>me</sup> Friendly a admis que l'on disposait de peu de données empiriques sur la possibilité de trouver des services de garde non enregistrés qui correspondent à ceux auxquels la plupart des Canadiens recourent en majorité. Le demandeur relève que M<sup>me</sup> Johnstone a reconnu qu'entre 1998 et 2002, elle avait effectué des quarts de travail rotatifs et qu'elle avait également exercé un autre emploi du lundi au jeudi de 9 h à 13 h. En cas de conflit d'horaire, elle échangeait ses quarts de travail. Le demandeur affirme que, compte tenu de ces faits, on ne sait pas avec certitude pourquoi la défenderesse et son mari n'auraient pas pu prendre les dispositions nécessaires pour faire garder leurs enfants certains jours, échanger leurs quarts de travail ou prendre des congés familiaux ou d'autres congés au besoin. Le demandeur souligne également qu'on a pas pris en considération le fait que M<sup>me</sup> Johnstone et son mari ont choisi de laisser la maison dont elle était propriétaire à Toronto, à six kilomètres de l'aéroport, pour aller vivre à Cookstown, une petite localité située près de Barrie.

[133] Le demandeur soutient qu'il était déraisonnable de la part du Tribunal de conclure qu'il était douteux que quiconque se trouvant dans la situation de M<sup>me</sup> Johnstone réussisse à trouver quelqu'un à l'extérieur de sa famille qui soit disposé à garder ses enfants. Le demandeur affirme également que cette conclusion n'était pas appuyée par la preuve.

[134] Le demandeur souligne que l'aéroport Pearson est ouvert 24 heures par jour, 7 jours par semaine et que les quarts de travail rotatifs sont une condition de travail à laquelle tous les employés doivent se plier. L'application de l'EPHV aux employés à temps plein ne saurait être considérée comme une mesure arbitraire et elle ne donne pas lieu à l'application d'hypothèses stéréotypées au sujet des parents de jeunes enfants. Par conséquent, le demandeur affirme que, vu les faits de la présente affaire, aucune preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la « situation de famille » n'a été établie. Bien qu'il soit possible que M<sup>me</sup> Johnstone et son mari aient de la difficulté à concilier leur horaire de travail et leurs responsabilités liées à la garde de leurs enfants, d'autres agents des services frontaliers sont confrontés aux mêmes difficultés qu'eux à Pearson et

[135] Nevertheless, I find there was evidence before the Tribunal supporting its conclusion that Ms. Johnston was discriminated against on the basis of her family status.

[136] Ms. Johnstone testified about her efforts to secure childcare which would allow her to continue to work the rotating schedule as set out in VSSA. She investigated both regulated childcare providers and unregulated childcare providers and made broader inquiries in an attempt to secure flexible childcare. She found she could not secure childcare that would allow her to continue under the VSSA schedule.

[137] Ms. Johnstone's evidence with respect to the need for accommodation was confirmed by expert testimony. Ms. Friendly testified that unpredictability in hours required was the most difficult factor in accommodating childcare and opined that Ms. Johnstone's situation was one of the most difficult childcare situations she could imagine.

[138] The Tribunal also had evidence the CBSA made no attempt to accommodate Ms. Johnstone or inquire into her individual circumstances, choosing to rely on its unwritten blanket policy.

[139] The Tribunal was in a position to assess whether the CBSA adversely differentiated against Ms. Johnstone compared to treatment of other individuals seeking accommodation for medical and religious reasons, given that it allowed individuals in those groups to continue to work full-time. The CBSA allowed individualized assessments of employees seeking accommodation on medical or religious grounds but responded to

tous ont réussi à résoudre ce conflit en effectuant des choix différents.

[135] J'estime néanmoins que le Tribunal disposait d'éléments de preuve qui appuyaient sa conclusion que M<sup>me</sup> Johnstone avait été victime de discrimination fondée sur sa situation de famille.

[136] M<sup>me</sup> Johnstone a témoigné au sujet des démarches qu'elle avait entreprises pour obtenir des services de garde qui lui auraient permis de continuer à effectuer des quarts de travail rotatifs conformément à l'EPVH. Elle s'est informée tant au sujet de la possibilité de se trouver des services de garde enregistrés que non enregistrés et elle a effectué des recherches élargies pour chercher à obtenir des services de garde flexibles. Elle a constaté qu'elle ne pouvait obtenir des services de garde qui lui auraient permis de continuer à travailler selon l'horaire de l'EPVH.

[137] Le témoignage que M<sup>me</sup> Johnstone a donné au sujet de son besoin de mesures d'accommodement a été confirmé par des témoignages d'expert. M<sup>me</sup> Friendly a expliqué que l'imprévisibilité des heures exigées était le facteur le plus difficile lorsqu'il s'agissait de prendre des mesures d'accommodement pour tenir compte des obligations liées à la garde d'enfants et elle s'est dite d'avis que la situation de M<sup>me</sup> Johnstone était l'une des plus difficiles qu'elle pouvait imaginer en ce qui concerne les services de garde.

[138] Le Tribunal disposait également d'élément de preuve démontrant que l'ASFC n'avait fait aucune tentative pour accommoder M<sup>me</sup> Johnstone ou pour s'informer au sujet de sa situation particulière, et qu'elle avait plutôt choisi de s'en remettre à sa politique non écrite générale.

[139] Le Tribunal était en mesure de vérifier si l'ASFC avait défavorisé M<sup>me</sup> Johnstone par rapport à d'autres personnes qui avaient réclamé des mesures d'accommodement pour des raisons médicales ou religieuses, compte tenu du fait qu'elle avait permis à des personnes de ces groupes de continuer à travailler à temps plein. L'ASFC a autorisé l'évaluation individuelle d'employés réclamant des mesures d'accommodement

Ms. Johnstone on the basis of a blanket policy that required her to forfeit her status as a full-time employee.

[140] The CBSA's policy was based on the arbitrary assumption that the need for accommodation on the basis of family obligations was merely the result of choices that individuals make, rather than legitimate need.

[141] While the CBSA contended that other couples facing the same challenges were able to resolve their conflicts by making different choices, Ms. Johnstone's evidence was that virtually all of the couples dealt with their childcare obligations by accepting part-time hours imposed on them in exchange for the static shifts they required.

[142] Finally, there was evidence before the Tribunal that some CBSA employees have been allowed to work more than 10-hour shifts. The Tribunal had the factual basis to conclude there was no support for CBSA's conclusion that the 10-hour shift maximum was related to a legitimate health or occupational requirement.

[143] On the evidence before it, the Tribunal found Ms. Johnstone was a parent who had substantial childcare obligations and despite her best efforts could not find daycare for her children. The Tribunal also found on the evidence that accommodating Ms. Johnstone would not have caused undue hardship to the CBSA.

[144] In *Dunsmuir*, the Supreme Court stated that "[a] court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable ... justification, transparency and intelligibility.... But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes ... defensible in respect of the facts and the law." *Dunsmuir*, at paragraph

pour des raisons médicales ou religieuses, mais a répondu à M<sup>me</sup> Johnstone en invoquant une politique générale l'obligeant à renoncer à son statut d'employée à temps plein.

[140] La politique de l'ASFC était fondée sur l'hypothèse arbitraire suivant laquelle le besoin de mesures d'accommodement fondées sur des obligations familiales était simplement le résultat de choix personnels et que cette demande n'était pas motivée par des besoins légitimes.

[141] L'ASFC a affirmé que certains couples ayant des enfants d'âge préscolaire — M<sup>me</sup> Johnstone a quant à elle témoigné qu'il s'agissait de pratiquement tous les couples dans cette situation — s'acquittaient de leurs obligations en matière de garde en acceptant un horaire à temps partiel qui leur était imposé en échange de quarts de travail fixes.

[142] Enfin, le Tribunal disposait d'éléments de preuve démontrant que certains employés de l'ASFC avaient été autorisés à effectuer des quarts de travail de plus de 10 heures. Le Tribunal disposait donc d'un fondement factuel lui permettant de conclure que la conclusion de l'ASFC suivant laquelle le quart de travail maximal de 10 heures se justifiait par des préoccupations légitimes se rapportant à la santé ou à des exigences professionnelles n'avait aucun fondement.

[143] Vu l'ensemble de la preuve dont il disposait, le Tribunal a conclu que M<sup>me</sup> Johnstone était une mère qui avait des obligations liées à la garde de ses enfants importantes et qui, malgré tous les efforts qu'elle avait déployés, n'avait pas réussi à trouver des services de garde pour ses enfants. Le Tribunal a également conclu que, suivant la preuve, la prise de mesures d'accommodement pour M<sup>me</sup> Johnstone n'aurait pas causé de contraintes excessives à l'ASFC.

[144] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême explique que « [l]a cour de révision se demande [...] si la décision et sa justification possèdent les attributs de la responsabilité. Le caractère raisonnable tient [...] à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité [...] ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au

47. In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 (*Newfoundland and Labrador Nurses Union*), the Supreme Court emphasized “the reasons must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes.” *Newfoundland and Labrador Nurses Union*, at paragraph 14.

[145] Here the Tribunal, after addressing the interpretation of “family status” in the legislation, and treatment of the words in jurisprudence, set out the legal test for a *prima facie* case and considered the evidence before it. The applicant prefers certain facts and interpretations of these facts but the substance of the matter is the Tribunal had evidence before it that support the outcome it arrived at. In doing so, the Tribunal’s decision falls within a range of possible outcomes.

[146] The Tribunal found that Ms. Johnstone had established a *prima facie* case of discrimination pursuant to sections 7 and 10 of the Act. I am satisfied its findings are supported by the evidence and are within the range of reasonable outcomes.

#### *Remedial Orders*

[147] The applicant submits that even if the Tribunal’s findings with respect to *prima facie* discrimination are sustained, the Tribunal made the following errors of law and mixed fact and law in crafting their remedial order:

a. the Tribunal erred in awarding lost wages for periods of time that Ms. Johnstone’s admitted she was unavailable or otherwise chose not to work;

b. the Tribunal erred in finding CBSA’s conduct toward Ms. Johnstone was wilful and reckless warranting the

regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). Dans l’arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 (*Newfoundland and Labrador Nurses Union*), la Cour suprême a souligné que « les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles » ( *Newfoundland and Labrador Nurses Union*, au paragraphe 14).

[145] En l’espèce, après avoir examiné l’interprétation de l’expression « situation de famille » contenue dans la Loi et avoir examiné comment ces mots avaient été interprétés dans la jurisprudence, le Tribunal a énoncé le critère juridique de la preuve *prima facie* et examiné la preuve qui lui avait été soumise. Le demandeur préfère certains faits et interprétations de ces faits, mais il n’en demeure pas moins que le Tribunal disposait d’éléments de preuve qui appuient le résultat auquel il est arrivé. La décision du Tribunal appartient donc aux issues possibles.

[146] Le Tribunal a conclu que M<sup>me</sup> Johnstone avait établi une preuve *prima facie* de discrimination au sens des articles 7 et 10 de la Loi. Je suis convaincu que ses conclusions étaient appuyées par la preuve et qu’elles appartiennent aux issues raisonnables.

#### *Ordonnances réparatrices*

[147] Le demandeur affirme que, même si les conclusions tirées par le Tribunal au sujet de la discrimination *prima facie* sont confirmées, le Tribunal a commis les erreurs de droit et erreurs sur les questions mixtes de droit et de fait suivantes en formulant son ordonnance réparatrice :

a. le Tribunal a commis une erreur en accordant une indemnité pour le salaire perdu pour la période de temps au cours de laquelle M<sup>me</sup> Johnstone a admis qu’elle n’était pas disponible ou a autrement choisi de ne pas travailler;

b. le Tribunal a commis une erreur en concluant que la conduite de l’ASFC envers M<sup>me</sup> Johnstone était

maximum allowable special compensation under subsection 53(3);

c. the Tribunal exceeded its jurisdiction requiring the CBSA to establish written policies satisfactory to Ms. Johnstone and the Commission.

### *Lost Wages*

[148] The Federal Court of Appeal decision in *Chopra v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 F.C.R. 393 (*Chopra*), confirms that there is no requirement that the Tribunal apply common law principles such as foreseeability and mitigation in the statutory context of the Act [at paragraph 37]:

The fact that foreseeability is not an appropriate device for limiting the losses for which a complainant may be compensated does not mean that there should be no limit on the liability for compensation. The first limit is that recognized by all members of the Court in *Morgan*, that is, there must be a causal link between the discriminatory practice and the loss claimed. The second limit is recognized in the Act itself, namely, the discretion given to the Tribunal to make an order for compensation for any or all of wages lost as a result of the discriminatory practice. This discretion must be exercised on a principled basis. [Emphasis in original.]

Accordingly, the damages in human rights cases are only limited by causality and the requirement that any decision limit the remedial order be made on a “principled basis”.

[149] The Tribunal noted that the parties seemed confident they could reach agreement on the quantum to which Ms. Johnstone would be entitled for lost wages and benefits if the Tribunal ordered compensation on this basis. The Tribunal found Ms. Johnstone would have worked full-time hours from the entire period, January 2004 to the present, had the impudent scheduling rule not applied to her. The Tribunal had ordered the CBSA to pay the difference between full-time wages and the hours worked other than when she was on her second maternity leave from December 2004 to December 2005.

délibérée ou inconsiderée et justifiait ainsi l’octroi de l’indemnité spéciale maximale prévue au paragraphe 53(3);

c. le Tribunal a outrepassé sa compétence en obligeant l’ASFC à élaborer des politiques écrites satisfaisantes pour M<sup>me</sup> Johnstone et la Commission.

### *Perte de salaire*

[148] Dans l’arrêt *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 268, [2008] 2 R.C.F. 393 (*Chopra*), la Cour d’appel fédérale confirme que le Tribunal n’est pas tenu d’appliquer les principes de common law tels que la prévisibilité et l’atténuation dans le contexte législatif de la Loi [au paragraphe 37] :

Le fait que la prévisibilité ne constitue pas un facteur approprié de limitation des pertes dont un plaignant peut être dédommagé ne signifie pas qu’il ne devrait y avoir aucune limite à la responsabilité d’indemniser. La première limite a été reconnue unanimement par les membres formant la Cour dans *Morgan* : il doit exister un lien de causalité entre l’acte discriminatoire et la perte alléguée. La deuxième limite, consacrée par la Loi même, consiste dans le pouvoir discrétionnaire conféré au Tribunal d’ordonner l’indemnisation de la totalité ou de la fraction des pertes de salaire entraînées par l’acte discriminatoire. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit obéir à des principes. [Souligné dans l’original.]

Par conséquent, dans les affaires de droits de la personne, les dommages-intérêts sont seulement limités par le principe de la causalité et le principe suivant lequel l’ordonnance réparatrice doit « obéir à des principes ».

[149] Le Tribunal a fait observer que les parties semblaient avoir confiance de pouvoir s’entendre sur le montant qui devait être accordé à M<sup>me</sup> Johnstone si le Tribunal ordonnait qu’elle soit indemnisée pour les pertes de salaire et d’avantages. Le Tribunal a conclu que M<sup>me</sup> Johnstone aurait travaillé à temps plein pour toute la période écoulée depuis janvier 2004 si l’horaire contesté ne s’était pas appliqué à elle. Le Tribunal a ordonné à l’ASFC de payer la différence entre le salaire à temps plein et les heures effectuées autres que celles pendant lesquelles elle était absente en congé de maternité entre décembre 2004 et décembre 2005.

[150] The applicant submits the CBSA had no control over the Ms. Johnstone's decision to reduce her hours from 34 hours to 30 hours during the first period and from 34 hours to 20 hours during the second period. The applicant also submits that Ms. Johnstone voluntarily opted to reduce her work schedule during the first period to 3 days a week for a maximum of 30 hours instead of the 3.5 days a week for a maximum of 34 hours. After the second parental leave the applicant submits Ms. Johnstone chose to only work 20 hours per week because her sister was unavailable to provide childcare on Fridays.

[151] The applicant also submits the Tribunal erred in ordering the CBSA pay Ms. Johnstone full-time from August 2007 to August 2008, since she took advantage of unpaid leave provisions under VSSA while her spouse was stationed in Ottawa and she made no effort to seek a position with CBSA in Ottawa. The applicant submits that there is no causal connection between the lost wages during this period and the alleged discriminatory practice.

[152] The Tribunal's decision to award full-time pay status for part-time work does have a causal connection with the discrimination the Tribunal found to have occurred while Ms. Johnstone worked at CBSA operations at Pearson. The Tribunal noted [at paragraph 372] that Ms. Johnstone testified she "would have made it work" had she been granted full-time shifts. Ms. Johnstone was not able to work full-time regardless of the amount of hours she worked part-time.

[153] However, I find it difficult to discern the basis for the Tribunal's award of full wages for the period Ms. Johnstone was on unpaid leave under VSSA on accompanying her spouse to Ottawa. Both the change in the terms of taking leave and relocating to Ottawa require further rationale for the award for this period which the Tribunal has not provided. Without such, I cannot say there is a causal connection between the discrimination found to have occurred at Pearson and Ms. Johnstone's sojourn in Ottawa.

[150] Le demandeur affirme que l'ASFC n'avait aucun contrôle sur la décision de M<sup>me</sup> Johnstone de ramener ses heures de 34 à 30 au cours de la première période et de 34 à 20 au cours de la seconde. Le demandeur ajoute que M<sup>me</sup> Johnstone a délibérément choisi de réduire son horaire de travail au cours de la première période à 3 jours par semaine à un maximum de 30 heures au lieu de 3,5 jours par semaine à un maximum de 34 heures. Le demandeur affirme qu'après son second congé parental, M<sup>me</sup> Johnstone a choisi de ne travailler que 20 heures par semaine parce que sa sœur n'était pas disponible pour s'occuper de la garde des enfants le vendredi.

[151] Le demandeur affirme également que le Tribunal a commis une erreur en ordonnant à l'ASFC de rémunérer M<sup>me</sup> Johnstone à temps plein d'août 2007 à août 2008, étant donné que M<sup>me</sup> Johnstone a profité des dispositions relatives au congé sans solde prévues par l'EPHV alors que son conjoint était posté à Ottawa et qu'elle n'a fait aucun effort pour se trouver un poste au sein de l'ASFC à Ottawa. Le demandeur affirme qu'il n'y a aucun lien de causalité entre le salaire perdu au cours de cette période et le présumé acte discriminatoire.

[152] La décision du Tribunal de reconnaître un statut d'employée payée à temps plein pour du travail à temps partiel reconnaît effectivement l'existence d'un lien de causalité avec la discrimination qui, selon le Tribunal, s'est produite, alors que M<sup>me</sup> Johnstone travaillait pour l'ASFC à Pearson. Le Tribunal a fait observer [au paragraphe 372] que M<sup>me</sup> Johnstone avait déclaré qu'elle « aurait réussi à s'organiser » si on lui avait permis de travailler à temps plein. M<sup>me</sup> Johnstone n'a pas réussi à travailler à temps plein malgré le nombre d'heures qu'elle effectuait à temps partiel.

[153] J'ai toutefois du mal à comprendre comment le Tribunal a pu verser à M<sup>me</sup> Johnstone son plein salaire pendant la période pendant laquelle elle était en congé sans solde aux termes de l'EPHV pour accompagner son époux à Ottawa. Les modifications aux conditions du congé sans solde et le déménagement à Ottawa nécessitent d'autres explications pour justifier le salaire versé pour cette période. Or, le Tribunal n'a pas motivé ce montant. À défaut de pareilles explications, je ne puis affirmer qu'il existe un lien de causalité entre la

[154] The Tribunal’s award of full-time wages and benefits is reasonable, but for the period from August 2007 to August 2008, when Ms. Johnstone opted for unpaid leave provisions under VSSA to accompany her husband to Ottawa. Since the Tribunal did not address that circumstance satisfactorily, I am referring that portion of the award back to the Tribunal for reconsideration.

#### *Special Compensation*

[155] In making an order for special compensation under subsection 53(3) of the Act, the Tribunal must establish the person is engaging or has engaged in discriminatory practice wilfully and recklessly. This is a punitive provision intended to provide a deterrent and discourage those who deliberately discriminate. A finding of wilfulness requires that the discriminatory act and the infringement of the person’s rights under the Act be intentional. Recklessness usually denotes acts that disregard or show indifference for the consequences such that the conduct is done wantonly or heedlessly.

[156] The applicant submits the Tribunal erred in finding the CBSA conduct was wilful and reckless advancing four main arguments:

a. the Tribunal misdirected its inquiry under subsection 53(3) by not focusing on the particular facts relating to Ms. Johnstone’s present complaint, instead directing its inquiry into a review of the CBSA’s failure to implement a ruling in *Brown* that did not direct the employer to [at paragraph 245] “develop accommodation policies for those seeking accommodation on the ground of ‘family status’”;

discrimination qui se serait produite à Pearson et le séjour de M<sup>me</sup> Johnstone à Ottawa.

[154] La décision du Tribunal d’accorder à M<sup>me</sup> Johnstone son plein salaire et ses avantages est raisonnable sauf pour la période comprise entre août 2007 et août 2008, durant laquelle M<sup>me</sup> Johnstone a choisi de se prévaloir des dispositions de l’EPHV lui permettant de prendre un congé sans solde pour accompagner son mari à Ottawa. Étant donné que le Tribunal n’a pas traité de façon satisfaisante cette situation, je renvoie cette partie de cette décision au Tribunal pour qu’il la réexamine.

#### *Indemnité spéciale*

[155] Pour accorder une indemnité spéciale en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi, le Tribunal doit être convaincu que l’acte discriminatoire était délibéré ou inconsidéré. Il s’agit d’une disposition punitive visant à dissuader ou à décourager ceux qui se livrent de façon délibérée à des actes discriminatoires. Pour conclure que l’acte était délibéré, il faut que l’acte discriminatoire et l’atteinte aux droits de la personne aient été intentionnels. On entend par « acte inconsidéré » celui qui témoigne d’un mépris ou d’une indifférence quant aux conséquences et d’une manière d’agir téméraire ou insouciant.

[156] Le demandeur invoque les quatre arguments suivants pour soutenir que le Tribunal a commis une erreur en concluant que le comportement de l’ASFC était délibéré et inconsidéré :

a. le Tribunal a mal orienté son analyse de l’alinéa 53(3) en ne se concentrant pas sur les faits particuliers se rapportant à la plainte actuelle de M<sup>me</sup> Johnstone et en s’en tenant plutôt au fait que l’ASFC n’avait pas suivi la directive de la décision *Brown* [au paragraphe 245] « d’élaborer des politiques d’accommodement pour les employés qui demandent des mesures d’accommodement en raison de leur “situation de famille” »;

b. the Tribunal mischaracterized and misconstrued documentary evidence concerning employment equity that were not properly identified by witnesses and were not relevant;

c. the Tribunal ignored evidence of good faith on the part of CBSA's management including the approach they took to the request for accommodation which included seeking the advice of human resources experts;

d. the Tribunal failed to give due regard to the unsettled nature of the law noting that CBSA's decision was consistent with that of the earlier Commission's decision on October 11, 2005, decision which applied *Campbell River*.

[157] The applicant submits there have been a number of conflicting decisions with respect to the meaning and scope of the ground family status by arbitrators, labour boards and human rights tribunals. The applicant submits that employers are entitled and obliged to adhere to developments in the law but it is unreasonable to find an employer's conduct to be wilful and reckless when the law is so unsettled.

[158] The Tribunal is a specialized human rights tribunal whose decisions in the area of its expertise are owed due deference. The gist of the Tribunal's award on special damages is that the CBSA failed to have regard to the central question of accommodation for family status when it was well aware of the issue arising on the question of childcare.

[159] Administrative decision makers are masters of general proceedings and have significant latitude in applying the rules of evidence. Paragraph 50(3)(c) of the Act provides the Tribunal with a wide discretion to :

b. le Tribunal a mal qualifié et mal interprété des éléments de preuve documentaires relatifs à l'équité en matière d'emploi qui ont été mal qualifiés par les témoins et qui n'étaient pas pertinents;

c. le Tribunal a ignoré des éléments de preuve démontrant la bonne foi de la direction de l'ASFC et notamment la démarche qu'elle avait suivie pour répondre à la demande d'accommodement, notamment en consultant des experts en ressources humaines;

d. le Tribunal n'a pas tenu compte du fait que la jurisprudence est flottante et notamment du fait que la décision de l'ASFC était conforme à la décision du 11 octobre 2005 dans laquelle la Commission avait appliqué l'arrêt *Campbell River*.

[157] Le demandeur fait valoir qu'il existe plusieurs décisions contradictoires rendues par des arbitres, des organismes des relations de travail et des tribunaux des droits de la personne sur le sens et la portée du motif de discrimination relatif à la situation de famille. Le demandeur affirme que les employeurs ont le droit et sont obligés de suivre l'évolution du droit, mais qu'il n'est pas raisonnable de conclure que la conduite de l'employeur est délibérée et inconsidérée lorsque la jurisprudence est à ce point flottante.

[158] Le Tribunal est un tribunal spécialisé en matière des droits de la personne dont les décisions dans le domaine de son expertise commandent la déférence. L'essentiel de la décision du Tribunal sur la question des dommages-intérêts spéciaux est que l'ASFC n'a pas tenu compte de la question centrale des mesures d'accommodement à prendre en raison de la situation de famille alors qu'il était bien au courant du problème qui se posait en l'espèce quant à la garde des enfants.

[159] Les décideurs administratifs sont maîtres de leur propre procédure et ils disposent d'une importante latitude lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles de preuve. L'alinéa 50(3)c) de la Loi confère au Tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet :

**50...**

Additional powers (3)...  
(c) ... receive and accept any evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, that the member or panel sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law.

See also *Dhanjal v. Air Canada*, 1996 CanLII 2385, 28 C.H.R.R. D/367 (C.H.R.T.), at paragraphs 9–24; affd 1997 CanLII 5751, 139 F.T.R. 37 (F.C.T.D.).

In result, the Court ought not to reweigh the evidence that was before the Tribunal in this matter.

[160] The CBSA cannot rely on the Commission's decision to screen out Ms. Johnstone's complaint when it was overturned by the Court in *Johnstone* F.C. The jurisprudence, including *Campbell River*, concluded that family status included family childcare obligations. The jurisprudence largely relied upon by the applicant other than *Campbell River* turns on fact situations where the purported childcare obligations were matters of personal choice or of a minor nature.

[161] It is open for the Tribunal to conclude the CBSA ignored the jurisprudence when it took the position that family obligations did not fall within family status because having children was a matter of personal choice. It was also open for the Tribunal to find there was no individual analysis by the CBSA of Ms. Johnstone's request by the CBSA.

[162] The Tribunal identified the basis in evidence to support its award of special compensation. In particular, the Tribunal found the CBSA disregarded the decision in *Brown* which squarely addressed the issue of family status accommodation for this employer at this worksite, developed but never implemented a policy on family status accommodation, lacked human rights training for senior management levels, and made no attempt to

**50. [...]**

(3) [...] Pouvoirs  
c) de recevoir [...] des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire.

Voir également la décision *Dhanjal c. Air Canada*, 1996 CanLII 2385 (T.C.D.P.), aux paragraphes 9 à 24; conf. par 1997 CanLII 5751 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Par conséquent, la Cour ne devrait pas procéder à une nouvelle appréciation de la preuve dont le Tribunal disposait en l'espèce.

[160] L'ASFC ne peut se fonder sur la décision de la Commission d'écartier à l'étape préalable la plainte de M<sup>me</sup> Johnstone alors que cette décision a été infirmée par la Cour dans la décision *Johnstone* C.F. La jurisprudence a conclu, notamment dans l'arrêt *Campbell River*, que la situation de famille englobait les obligations liées à la garde des enfants. La jurisprudence sur laquelle le demandeur se fonde dans une large mesure portait, à l'exception de l'affaire *Campbell River*, sur des affaires dans lesquelles les présumées obligations en matière de garde étaient des questions de choix personnel ou n'avaient qu'une importance mineure.

[161] Il était loisible au Tribunal de conclure que l'ASFC avait ignoré la jurisprudence lorsqu'elle a adopté le point de vue que les obligations familiales ne faisaient pas partie du concept de « situation de famille », étant donné que le fait d'avoir des enfants est une question de choix personnel. Il était également loisible au Tribunal de conclure que l'ASFC n'avait pas procédé à une analyse individuelle de la demande de M<sup>me</sup> Johnstone.

[162] Le Tribunal a précisé les éléments de preuve sur lesquels il s'appuyait pour accorder une indemnité spéciale. Le Tribunal a notamment conclu que l'ASFC avait écarté la décision *Brown* qui abordait carrément la question de la prise de mesure d'accommodement pour des raisons familiales par ce même employeur au même lieu de travail. Le Tribunal a ajouté que l'ASFC avait élaboré, mais n'avait jamais mis en œuvre, des politiques

inquire into Ms. Johnstone's personal circumstances or inform her of options.

[163] Given the deference accorded to the Tribunal on matters concerning its expertise and its identification of the basis for its award of special compensation, I conclude the Tribunal's order of special compensation is justified.

#### *Exceeding Jurisdiction*

[164] Finally, the applicant submits the Tribunal erred and exceeded its jurisdiction in ordering the CBSA to establish written policies [at paragraph 367] "satisfactory to Ms. Johnstone and the CHRC" (emphasis added). The applicant submits the Tribunal has no authority to require that such policies be subject to the approval of another party.

[165] The Tribunal's order to establish policies is authorized by the Act given the wording of paragraph 53(2)(a). The Tribunal has a broad remedial authority to order measures in consultation with the Commission to redress the offending practice or prevent the same or similar practice occurring in the future.

[166] The Tribunal ordered the CBSA to cease its discriminatory practices against employees who seek accommodation based on family status for purposes of childcare and to consult with the Canadian Human Rights Commission to develop a plan to prevent further incidents of discrimination based on family status in the future. The Tribunal further ordered the CBSA to establish written policies satisfactory to Ms. Johnstone and the Canadian Human Rights Commission to address family status accommodation requests within six months and that these policies include a process for individualized assessments of those making such requests.

sur les mesures d'accommodement fondées sur la situation de famille, que les cadres supérieurs n'avaient pas reçu la formation en matière de droit de la personne et que l'ASFC n'avait pas cherché à s'informer de la situation personnelle de M<sup>me</sup> Johnstone ou de l'informer des options qui s'offraient à elle.

[163] Compte tenu de la déférence dont il convient de faire preuve envers le Tribunal sur les questions relevant de son expertise et des raisons qu'il a invoquées pour justifier l'indemnité spéciale qu'il a accordée, j'estime que l'indemnité spéciale qu'il a accordée était justifiée.

#### *Excès de compétence*

[164] Enfin, le demandeur affirme que le Tribunal a commis une erreur et a outrepassé sa compétence en ordonnant à l'ASFC d'établir des politiques écrites [au paragraphe 367] « qui satisferont M<sup>me</sup> Johnstone et la CCDP » (non souligné dans l'original). Le demandeur affirme que le Tribunal n'a aucun pouvoir d'exiger que de telles politiques soient assujetties à l'approbation d'un tiers.

[165] Compte tenu du libellé de l'alinéa 53(2)a), le pouvoir du Tribunal d'ordonner d'établir des politiques lui est conféré par la Loi. Le Tribunal possède un vaste pouvoir réparateur d'ordonner la prise de mesures en collaboration avec la Commission pour corriger l'acte répréhensible ou pour empêcher qu'il se reproduise à l'avenir.

[166] Le Tribunal a ordonné à l'ASFC de cesser ses pratiques discriminatoires fondées sur la situation de famille contre les employés qui demandent des mesures d'accommodement pour s'acquitter de leurs obligations liées à la garde de leurs enfants. Il a ordonné à l'ASFC de consulter la Commission afin d'élaborer un plan pour éviter d'autres incidents semblables de discrimination. Le Tribunal a également ordonné à l'ASFC d'établir, dans les six mois suivant le prononcé de la décision, des politiques écrites prévoyant un processus pour une évaluation individuelle de chaque employé présentant une demande de mesures d'accommodement fondée sur ses obligations parentales.

[167] The Act expressly provides the Tribunal may direct an offending employer involve the Canadian Human Rights Commission by way of consultation and development of measures to redress discriminatory practices:

53. ...

Complaint  
substanti-  
ated

(2) ...

(a) that the person cease the discriminatory practice and take measures, in consultation with the Commission on the general purposes of the measures, to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in future, including

(i) the adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or

(ii) making an application for approval and implementing a plan under section 17. [Emphasis added.]

This legislation overrides the employer's right to manage its own enterprise without interference from external agencies or persons.

[168] The Act provides that a person who was the subject of discriminatory treatment may receive compensation in the form of lost wages and expenses as well as any pain and suffering experiences. However, it does not provide that a victim may have a role or participate in the development of remedial policies to redress the discriminatory practices.

[169] In ordering the CBSA to develop written policies to address family status accommodation requests satisfactory to Ms. Johnstone, I find the Tribunal exceeded the bounds of the jurisdiction the Act confers on the Tribunal to order remedial measures.

[167] La Loi prévoit expressément que le Tribunal peut ordonner à l'employeur fautif de faire intervenir la Commission canadienne des droits de la personne en consultant cette dernière et en élaborant des mesures destinées à remédier à des pratiques discriminatoires :

53. [...]

(2) [...]

a) de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment :

(i) d'adopter un programme, un plan ou un arrangement visés au paragraphe 16(1),

(ii) de présenter une demande d'approbation et de mettre en œuvre un programme prévus à l'article 17. [Non souligné dans l'original.]

Plainte jugée  
fondée

Ces dispositions législatives ont préséance sur le droit de l'employeur de gérer sa propre entreprise à l'abri de toute ingérence de quelque autre entité ou personne extérieure.

[168] La Loi prévoit que toute personne victime d'acte discriminatoire peut être indemnisée sous forme d'indemnité pour perte de salaire et d'indemnité pour préjudice moral. Elle ne prévoit cependant pas que cette victime peut participer à l'élaboration de politiques visant à corriger les actes discriminatoires.

[169] En ordonnant à l'ASFC d'élaborer des politiques écrites visant à répondre aux demandes de mesures d'accommodement qui sont satisfaisantes pour M<sup>me</sup> Johnstone en ce qui concerne ses obligations familiales, j'estime que le Tribunal a débordé le cadre des pouvoirs que la Loi lui conférait d'ordonner des mesures réparatrices.

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is dismissed subject to the exceptions that follow.
2. The Tribunal's award of full-time wages and benefits for the period from August 2007 to August 2008, when Ms. Johnstone opted for unpaid leave provisions under VSSA to accompany her spouse to Ottawa, is referred back to the Tribunal for reconsideration.
3. The portion of the Tribunal order that includes Ms. Johnstone as a party to be consulted in the development of written remedial policies is struck.
4. Costs are awarded to the respondent Johnstone.

## JUGEMENT

LA COUR :

1. REJETTE la demande de contrôle judiciaire sous réserve des exceptions suivantes.
2. RENVOIE la partie de l'ordonnance du Tribunal par laquelle ce dernier a accordé à M<sup>me</sup> Johnstone son plein salaire et ses avantages pour la période comprise entre août 2007 et août 2008 au cours de laquelle M<sup>me</sup> Johnstone a choisi de prendre un congé sans solde conformément aux dispositions de l'EPHV pour accompagner son mari à Ottawa;
3. ANNULE la partie de son ordonnance dans lequel le Tribunal nomme M<sup>me</sup> Johnstone parmi les personnes à consulter pour l'élaboration de politiques écrites réparatrices;
4. ADJUGE les dépens à la défenderesse M<sup>me</sup> Johnstone.

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