



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2014, Vol. 1, Part 1

2014, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2014] 1 F.C.R., {³⁻²⁷⁸_{D-1-D-4}

Renvoi [2014] 1 R.C.F., {³⁻²⁷⁸_{F-1-F-5}

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

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

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.

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.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2014.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2014.

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

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'histoire de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

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.

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.

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

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
In Memoriam	III–IV
Judgments	3–278
Digests	D-1–D-4

B010 v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)..... 95

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision issuing deportation order after determining applicant inadmissible to Canada for engaging in people smuggling in context of transnational crime as set out in *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 37(1)(b)—Applicant, Sri Lankan Tamil refugee claimant, arriving in Canada on unregistered ship from Thailand with 492 migrants aboard seeking refuge—Ship part of elaborate for-profit scheme to bring migrants to Canada; applicant serving as ship's crew during voyage—ID concluding that six elements drawn from Act, ss. 37(1), 117(1) required to prove existence of "people smuggling"—Concluding that profit or material gain not necessary element of people smuggling—Determining that reasonable grounds to believe applicant boarding ship knowing would be acting as crew member but that applicant not receiving material benefit for working thereon—Whether ID erring in interpreting term "people smuggling" found in Act, s. 37(1)(b), in understanding or applying concept of wilful blindness—While word "smuggling" may include profit or material benefit component, not strictly necessary—ID correctly concluding that s. 37 only recognizing criminality of smuggling while s. 117 constituting provision to actually implement *Protocol against Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational*

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
In Memoriam	III–IV
Jugements	3–278
Fiches analytiques	F-1–F-5

B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)..... 95

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d'expulsion après avoir conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada au motif qu'il s'était livré, dans le cadre de la criminalité transnationale, au passage de clandestins au sens de l'art. 37(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur, un tamoul du Sri Lanka demandeur d'asile, est arrivé au Canada à bord d'un navire non immatriculé provenant de la Thaïlande et transportant 492 migrants demandeurs d'asile—Le navire faisait partie d'un stratagème lucratif complexe visant à amener des migrants au Canada, et le demandeur faisait partie de l'équipage du navire au cours du voyage—La SI a conclu qu'il fallait établir l'existence de six éléments pour démontrer qu'il y avait eu « passage de clandestins » au sens des art. 37(1) et 117(1) de la Loi—Elle a conclu que l'existence d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel ne constituait pas un élément requis pour démontrer un passage de clandestins—La SI a estimé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était monté à bord du navire tout en sachant qu'il ferait partie de l'équipage, mais qu'il n'avait pas retiré d'avantage matériel en échange du travail qu'il avait effectué—Il s'agissait de déterminer si la SI avait commis une erreur dans son interprétation de l'expression « passage de clandestins » que l'on trouve à l'art. 37(1)(b)

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Organized Crime by criminalizing such activity—ID’s interpretation of ss. 37, 117 compliant with Canada’s obligations under international instruments at issue—Given wording of Act, s. 37(1)(b), reasonable for ID to conclude that applicant be permanent resident or foreign national; that crime be transnational—Also reasonable for ID not to include criteria not already found in ss. 37(1), 117(1)—However, ID’s conclusion that applicant not receiving any material benefit unreasonable given facts herein—Applicant receiving better lodging, food compared to hundreds of passengers on board—These important advantages constituting material benefit—Act, s. 117 not requiring that person know committing illegal act; simply requiring that person have knowledge engaging in act—Knowledge of passenger’s lack of required documents properly imputed to applicant in present case—ID’s understanding of test for wilful blindness not deficient—ID’s conclusion applicant engaging in people smuggling since applicant knowingly aiding coming into Canada of persons not in possession of documents required by Act as defined in s. 117(1) therefore reasonable—Accordingly, ID reasonably concluding applicant inadmissible to Canada for having engaged in context of transnational crime in “people smuggling” as set out in Act, s. 37(1)(b)—Question pertaining to definition of term “people smuggling” for purposes of Act, s. 37(1)(b) certified—Application dismissed.

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 37(1)(b), 117—Meaning of terms “people smuggling”; “human smuggling” examined—Judicial review of deportation order issued by Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) for people smuggling in context of transnational crime—Term “people smuggling” in Act, s. 37(1)(b) undefined; words could support more than one reasonable meaning—For sake of coherence, consistency,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de la Loi et dans son interprétation ou son application du concept d’ignorance volontaire—Bien que l’expression « passage de clandestins » puisse supposer l’existence d’un avantage financier ou d’un autre avantage matériel, cet aspect n’est pas strictement nécessaire—La SI a conclu avec raison que l’art. 37 reconnaît seulement le caractère criminel du passage de clandestins, tandis que l’art. 117 est celui qui met effectivement en œuvre le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* en érigeant cet acte en infraction—L’interprétation que la SI a faite des art. 37 et 117 respecte les obligations auxquelles le Canada était assujéti aux termes des instruments internationaux en question—Compte tenu du libellé de l’art. 37(1)(b), il était raisonnable pour la SI de conclure que le demandeur était un résident permanent ou un étranger, et que le crime était transnational—Il était également raisonnable de la part de la SI de n’ajouter aucun autre critère à ceux que l’on trouve déjà aux art. 37(1) et 117(1)—Cependant, la conclusion tirée par la SI suivant laquelle le demandeur n’a pas retiré d’avantage matériel était déraisonnable compte tenu des faits en l’espèce—Le demandeur a bénéficié de meilleures conditions d’hébergement et a été mieux nourri que les centaines d’autres passagers à bord—Ces avantages importants constituaient un avantage matériel—L’art. 117 de la Loi n’exige pas que l’intéressé soit conscient du fait qu’il commet un acte illégal; il exige simplement qu’il sache qu’il se livre à l’acte en question—En l’espèce, la SI a eu raison de considérer que le demandeur était au courant que les passagers n’étaient pas munis des documents requis—La SI n’a pas mal interprété le critère de l’ignorance volontaire—La conclusion de la SI selon laquelle le demandeur s’est livré au passage de clandestins parce qu’il a sciemment aidé des personnes qui n’étaient pas munies des documents exigés par la Loi à entrer au Canada au sens de l’art. 117(1) était donc raisonnable—Par conséquent, la SI a raisonnablement conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada au motif qu’il s’était livré, dans le cadre de la criminalité transnationale, au « passage de clandestins » au sens de l’art. 37(1)(b)—La question relative à la définition de l’expression « passage de clandestins » aux fins de l’art. 37(1)(b) a été certifiée—Demande rejetée.

Interprétation des lois—Art. 37(1)(b) et 117 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Examen du sens de l’expression « passage de clandestins »—Contrôle judiciaire d’une mesure d’expulsion prise par la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié pour une infraction de passage de clandestins dans le cadre de la criminalité transnationale—Il n’existe aucune définition de l’expression « passage de clandestins »

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Act, 37(1)(b) should be interpreted in conformity with s. 117 so that meaning harmonious with Act as whole may be given—ID cognizant of fact Act, s. 3(3)(f) calling for Act to be construed, applied in manner complying with international rights instruments to which Canada signatory—Nothing in *Protocol against Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air* or in *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* explicitly preventing criminalizing those who engage in migrant smuggling without deriving material gain or profit therefrom—ID’s interpretation of Act, ss. 37, 117 remaining compliant with Canada’s obligations under international instruments at issue herein—Act, 37(1)(b) must be given meaning that is harmonious with Act as whole; in present case, ensuring that “people smuggling”, “human smuggling” given same definition upholding obligation—Entirely proper, justifiable to define term “people smuggling” in Act, s. 37(1)(b) by relying on s. 117 of same statute—Ss. 37(1), 117(1) not requiring “secret or clandestine” component.

Canada (Citizenship and Immigration) v. Telbani (F.C.) 21

Security Intelligence—Judicial review of decision by Security Intelligence Review Committee (SIRC) determining having jurisdiction to decide questions of law related to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*—Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officers allegedly violating respondent’s fundamental Charter rights—Respondent filing complaint to SIRC, demanding reparations—Whether SIRC court of competent jurisdiction to investigate allegations that respondent’s constitutional rights violated within meaning of Charter s. 24(1), *Constitution Act, 1982*, s. 52(1)—SIRC having implied jurisdiction to decide questions of law, including Charter—SIRC mandated to ensure CSIS operating within Canadian law while ensuring Canadian security, individual rights protected—Difficult for SIRC to fulfil mandate without taking existing laws into account—Failing to recognize SIRC’s implied power rendering investigative role obsolete—Interaction with other elements of administrative system, adjudicative nature of SIRC supporting implied jurisdiction—SIRC having many attributes of court of law—Parliament not intending to exclude application of Charter from functions of SIRC—SIRC ensuring uniformity in

SOMMAIRE (Suite)

que l’on trouve à l’art 37(1); les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable—Par souci de cohérence et d’uniformité, on devrait interpréter l’art. 37(1)(b) de la Loi conformément à l’art. 117 de manière à en dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble—La SI était consciente du fait que l’art. 3(3)(f) prévoit que la Loi doit être interprétée et mise en œuvre conformément aux instruments internationaux dont le Canada est signataire—Rien dans le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air* ni dans la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* n’empêche explicitement d’incriminer ceux qui se livrent au passage de clandestins sans en tirer un avantage financier ou autre avantage matériel—En l’espèce, l’interprétation que la SI a faite des art. 37 et 117 de la Loi respecte les obligations auxquelles le Canada était assujéti aux termes des instruments internationaux en question—L’interprétation de l’art. 37(1)(b) doit s’harmoniser avec la Loi dans son ensemble; en l’espèce, le fait de s’assurer que les expressions anglaises « *people smuggling* » et « *human smuggling* » sont définies de la même façon respecte cette obligation—Il était entièrement approprié et justifié de définir l’expression anglaise « *people smuggling* » (« passage de clandestins ») à l’art. 37(1)(b) de la Loi en se fondant sur l’art. 117 de la même loi—Les art. 37(1) et 117(1) n’exigent aucun élément de « secret ou de clandestinité ».

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Telbani (C.F.) 21

Renseignement de sécurité—Contrôle judiciaire d’une décision du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) statuant qu’il a compétence pour trancher des questions de droit reliées à la *Charte canadienne des droits et libertés*—Les agents du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) auraient violé les droits fondamentaux du défendeur garantis par la Charte—Le défendeur a déposé une plainte auprès du CSARS et a demandé une réparation—Il s’agissait de savoir si le CSARS est un tribunal compétent pour faire enquête sur les allégations du défendeur selon lesquelles ses droits constitutionnels ont été violés, et ce, aussi bien au sens de l’art. 24(1) de la Charte que de l’art. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*—Le CSARS a la compétence implicite de trancher des questions de droit, dont celles mettant en cause l’application de la Charte—Le CSARS a pour mission de s’assurer que le SCRS opère conformément aux lois du Canada, tout en s’assurant que la sécurité du Canada de même que les droits individuels sont protégés—Il est difficile pour le CSARS d’assumer sa mission sans tenir compte des lois en vigueur—Le défaut de reconnaître le pouvoir implicite du CSARS de trancher des questions

CONTENTS (Continued)

application of law including Charter—SIRC having jurisdiction to grant remedy sought by respondent—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Security Intelligence Review Committee (SIRC) determining having jurisdiction to decide questions of law related to Charter—Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officers allegedly violating respondent's fundamental Charter rights—Whether SIRC court of competent jurisdiction to investigate allegations that respondent's constitutional rights violated within meaning of Charter s. 24(1), *Constitution Act, 1982*, s. 52(1)—SIRC having implied jurisdiction to decide questions of law, including Charter—Parliament not intending to exclude application of Charter from functions of SIRC—SIRC ensuring uniformity in application of law including Charter.

Canada (Commissioner of Official Languages) v. CBC/Radio-Canada (F.C.) 142

Official Languages—In application for remedy, brought by Commissioner of Official Languages (applicant), under *Official Languages Act*, s. 77 (Part X), respondent moving to summarily dismiss proceeding on ground programming services at issue subject to *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) having exclusive jurisdiction in those matters—Applicant seeking declaration that respondent subject to *Official Languages Act*, failing to comply with s. 41 thereof—After conducting investigation, applicant concluding that respondent failing to comply with *Official Languages Act*, s. 41(2) since not holding prior consultations with official language minority community (OLMC) of southwestern Ontario regarding decision to make significant budget cuts on radio programming thereof—Whether Federal Court having concurrent jurisdiction with CRTC herein; if so, which concurrent legal scheme governing dispute—No conflict existing between *Official Languages Act*, *Broadcasting Act*; Federal Court, to which *Official Languages Act*, Part X applying,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de droit équivaldrait à rendre désuète sa fonction d'enquête—L'interaction du CSARS avec les autres composantes du régime administratif et ses attributs d'instance juridictionnelle le distinguent au point tel de constater qu'un pouvoir implicite existe—Le CSARS a beaucoup des attributs normalement confiés à une cour de justice—Le législateur n'a pas voulu soustraire l'application de la Charte des fonctions du CSARS—Le CSARS doit assurer une application uniforme du droit, dont la Charte—Le CSARS a compétence pour accorder la réparation précise demandée par le défendeur—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) a compétence pour se prononcer sur des questions de droit, dont la Charte—Les agents du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) auraient violé les droits fondamentaux du défendeur garantis par la Charte—Il s'agissait de savoir si le CSARS est un tribunal compétent pour faire enquête sur les allégations du défendeur selon lesquelles ses droits constitutionnels ont été violés, et ce, aussi bien au sens de l'art. 24(1) de la Charte que de l'art. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*—Le CSARS a la compétence implicite de trancher des questions de droit, dont celles mettant en cause l'application de la Charte—Le législateur n'a pas voulu soustraire l'application de la Charte des fonctions du CSARS—Le CSARS doit assurer une application uniforme du droit, dont la Charte.

Canada (Commissaire aux Langues officielles) c. CBC/Radio-Canada (C.F.) 142

Langues officielles—Demande présentée par le Commissaire aux langues officielles (demandeur) visant à former un recours en vertu de l'art. 77 (partie X) de la *Loi sur les langues officielles*; la défenderesse demande que le recours soit rejeté sommairement au motif que les services de programmation en cause sont assujettis à la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, et que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a compétence exclusive en la matière—Le demandeur voulait obtenir une déclaration selon laquelle la défenderesse est assujettie à la *Loi sur les langues officielles* et a contrevenu à l'art. 41 de cette loi—Après avoir mené une enquête, le demandeur a conclu que la défenderesse avait contrevenu à l'art. 41(2) de la *Loi sur les langues officielles* parce qu'elle n'a pas préalablement tenu de consultations avec la communauté de langue officielle en situation minoritaire (CLOSM) du Sud-Ouest de l'Ontario concernant sa décision de faire d'importantes compressions budgétaires visant la programmation radio de cette communauté—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

having prima facie jurisdiction to determine scope of *Official Languages Act*, s. 41(2), to decide whether failure to comply with duty to take positive measures occurring herein—In both statutes, Parliament’s general will to foster development, enhance vitality of OLMCs—However, general jurisdiction of Federal Court identified under *Official Languages Act*, Part X to grant “remedy” in cases of noncompliance with *Official Languages Act* necessarily only concurrent with CRTC’s specialized jurisdiction in broadcasting matters under *Broadcasting Act*, Part II—Complaints made to Commissioner could appropriately be decided on merits by CRTC—Fact that CRTC considering other factors in addition to language issue not sufficient for Federal Court to entertain application for remedy at that stage—CRTC in better position than Federal Court to assess impact of budget cuts on respondent’s programming, to grant applicants appropriate relief if applicable—Not possible to predict final outcome or respondent’s arguments in response to applicants’ intervention—Given climate of uncertainty, Federal Court exercising judicial discretion, ordering stay of proceedings in present case while safeguarding rights of parties.

Federal Court Jurisdiction—Applicant (Commissioner of Official Languages) instituting proceedings under *Official Languages Act*, Part X, on ground respondent subject to *Official Languages Act*, failing to comply with s. 41 thereof since not taking “positive measures” as required—Whether Federal Court having concurrent jurisdiction with Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) to resolve dispute herein—Federal Court, to which *Official Languages Act*, Part X applying, having prima facie jurisdiction to determine scope of *Official Languages Act*, s. 41(2), to decide whether failure to comply with duty to take positive measures occurring herein—Thus, Federal Court having jurisdiction under *Official Languages Act*, s. 77 according to concurrent jurisdiction model— However, that jurisdiction necessarily only concurrent with CRTC’s specialized jurisdiction in broadcasting matters under *Broadcasting Act*, Part II— CRTC in better position than Federal Court to assess

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

compétence concurrente avec le CRTC dans cette affaire et, le cas échéant, lequel des régimes légaux concurrents devait régir le litige—Il n’y a pas de conflit entre la *Loi sur les langues officielles* et la *Loi sur la radiodiffusion*; la Cour fédérale, à qui la partie X de la *Loi sur les langues officielles* s’applique, a compétence à première vue pour déterminer la portée de l’art. 41(2) de la *Loi sur les langues officielles* et décider s’il y a eu manquement à l’obligation de prendre des mesures positives en l’espèce—Dans les deux lois, la volonté générale du Parlement est de favoriser le développement et l’épanouissement des CLOSM—Cependant, la compétence générale que possède la Cour fédérale, en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles*, pour accorder une « réparation » en cas de manquement à la *Loi sur les langues officielles* ne peut être que concurrente à la compétence spécialisée en matière de radiodiffusion que possède le CRTC en vertu de la partie II de la *Loi sur la radiodiffusion*—Le CRTC pourrait statuer de façon appropriée sur le fond des plaintes portées devant le Commissaire—Le fait que le CRTC considère d’autres facteurs, en plus de la question linguistique, n’était pas suffisant pour que la Cour fédérale accepte, à ce stade, d’entendre le recours judiciaire—Le CRTC est mieux placé que la Cour fédérale pour évaluer l’impact des compressions budgétaires sur la programmation de la défenderesse et pour accorder aux demandeurs une réparation appropriée, le cas échéant—On ne pouvait prédire le résultat final, ni quels arguments seraient apportés par la défenderesse en réponse aux interventions du demandeur—Compte tenu du climat d’incertitude, la Cour fédérale a exercé son pouvoir judiciaire discrétionnaire et a ordonné la suspension des procédures dans ce dossier, tout en préservant les droits des parties.

Compétence de la Cour fédérale—Le demandeur (Commissaire aux langues officielles) a intenté un recours en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles*, au motif que la défenderesse est assujettie à la *Loi sur les langues officielles* et qu’elle a contrevenu à l’art. 41 de ladite loi parce qu’elle n’a pas pris de « mesures positives » comme elle l’aurait dû—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a une compétence concurrente avec le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) pour régler le présent litige—La Cour fédérale, à qui s’applique la partie X de la *Loi sur les langues officielles*, a compétence à première vue pour déterminer la portée de l’art. 41(2) de la *Loi sur les langues officielles* et pour décider s’il y a eu manquement à l’obligation de prendre des mesures positives en l’espèce—Par conséquent, la Cour fédérale a compétence en vertu de l’art. 77 de la *Loi sur les langues officielles*, selon le modèle de la compétence concurrente—Toutefois, cette compétence

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

impact of budget cuts on respondent's programming, to grant applicants appropriate relief if applicable.

Broadcasting—Applicant (Commissioner of Official Languages) conducting investigation, concluding that respondent failing to comply with *Official Languages Act*, s. 41(2) since not holding prior consultations with official language minority community (OLMC) of southwestern Ontario regarding decision to make significant budget cuts on radio programming thereof—Applying for remedy under *Official Languages Act*, s. 77 (Part X) for declaration that respondent failing to comply with s. 41 thereof—Respondent moving to summarily dismiss proceeding on ground programming services at issue subject to *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) having exclusive jurisdiction in those matters—General jurisdiction of Federal Court identified under *Official Languages Act*, Part X to grant “remedy” in cases of noncompliance with *Official Languages Act* necessarily only concurrent with CRTC's specialized jurisdiction in broadcasting matters under *Broadcasting Act*, Part II—Complaints made to Commissioner could appropriately be decided on merits by CRTC—CRTC in better position than Federal Court to assess impact of budget cuts on respondent's programming, to grant applicants appropriate relief if applicable.

Jodhan v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . 185

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Appeal from Federal Court decision declaring that respondent denied equal access to, benefit from online government information, services, such denial constituting discrimination on basis of physical disability, violating rights under Charter, s. 15(1)—Respondent, visually impaired, experiencing difficulties accessing government Web sites, online services—Federal Court declaring, inter alia, respondent's inability to access departmental Web sites system-wide failure to make Web sites accessible; government's failure to monitor, ensure

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ne peut être que concurrente à la compétence spécialisée en matière de radiodiffusion que possède le CRTC en vertu de la partie II de la *Loi sur la radiodiffusion*—Le CRTC est mieux placé que la Cour fédérale pour évaluer l'impact des compressions budgétaires sur la programmation de la défenderesse et pour accorder aux demandeurs une réparation appropriée, le cas échéant.

Radiodiffusion—Le demandeur (Commissaire aux langues officielles) a mené une enquête et a conclu que la défenderesse avait contrevenu à l'art. 41(2) de la *Loi sur les langues officielles* parce qu'elle n'a pas préalablement tenu de consultations avec la communauté de langue officielle en situation minoritaire (CLOSM) du Sud-Ouest de l'Ontario concernant sa décision de faire d'importantes compressions budgétaires touchant la programmation radio de cette communauté—Le demandeur a intenté un recours en vertu de l'art. 77 (partie X) de la *Loi sur les langues officielles* en vue d'obtenir une déclaration selon laquelle la défenderesse a contrevenu à l'art. 41 de ladite loi—La défenderesse demandait que le recours judiciaire soit rejeté sommairement au motif que les services de programmation en cause sont assujettis à la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, et que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a compétence exclusive en la matière—La compétence générale que possède la Cour fédérale, en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles*, pour accorder une « réparation » en cas de manquement à la *Loi sur les langues officielles* ne peut être que concurrente à la compétence spécialisée en matière de radiodiffusion que possède le CRTC en vertu de la partie II de la *Loi sur la radiodiffusion*—Le CRTC pourrait statuer de façon appropriée sur le fond des plaintes portées devant le Commissaire—Le CRTC est mieux placé que la Cour fédérale pour évaluer l'impact des compressions budgétaires sur la programmation de la défenderesse, et pour accorder aux demandeurs une réparation appropriée, le cas échéant.

Jodhan c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . 185

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Appel d'un jugement de la Cour fédérale déclarant qu'on avait nié à l'intimée le même accès que celui accordé à l'ensemble du public aux renseignements et aux services gouvernementaux offerts en ligne et le droit d'en tirer le même bénéfice, constituant de la discrimination fondée sur une déficience physique et portant ainsi atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 15(1) de la Charte—L'intimée, qui est aveugle, a éprouvé des difficultés à accéder à des sites Web et des services en ligne du gouvernement—La Cour fédérale a déclaré

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

compliance with accessibility standards infringing Charter, s. 15(1); government having constitutional obligation to bring itself into compliance with Charter—Federal Court retaining jurisdiction over implementation of declaration—Whether Federal Court erring in finding that respondent denied equal benefit of law contrary to Charter, s. 15(1); by providing system-wide remedy including retention of jurisdiction to supervise implementation of remedy—No basis to interfere with conclusion that failure to ensure equal access to departmental Web sites, online services violated rights under s. 15(1)—However, remedy could not be directed to government departments not named in notice of application—Benefit of law herein access to government information, services—Access thereto necessarily including benefit of online access—However, Treasury Board’s failure to monitor, ensure compliance in and of itself not violating Charter, s. 15 rights—Treasury Board policies at issue creating distinction on basis of physical disability, denying visually impaired equal access to benefit of government information, services—Respondent entitled to access information as effectively as others, i.e. online—Appeal allowed in part.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Federal Court declaring, *inter alia*, respondent’s inability to access departmental Web sites system-wide failure to make Web sites accessible; government’s failure to monitor, ensure compliance with accessibility standards infringing Charter, s. 15(1); government having constitutional obligation to bring itself into compliance with Charter—Federal Court retaining jurisdiction over implementation of declaration—Because implementation of Treasury Board’s standards by all departments not raised in pleadings, remedy to which respondent entitled could not be directed at all departments—Federal Court order set aside as to those departments—Charter, s. 24(1) not preventing Federal Court from making systemic order—Charter, s. 24(1) requiring claimant to have been directly affected by impugned law—Evidence herein supporting Federal Court’s conclusion that respondent, visually impaired

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

entre autres que l’incapacité de l’intimée d’avoir accès aux sites Web du gouvernement était révélatrice d’un échec systémique de rendre les sites Web accessibles; que le défaut du gouvernement de contrôler l’application des normes en matière d’accessibilité et de s’assurer qu’on s’y conformait violait l’art. 15(1) de la Charte; et que le gouvernement avait l’obligation sur le plan constitutionnel de prendre les mesures qui s’imposent pour se conformer à la Charte—La Cour fédérale est demeurée saisie du dossier jusqu’à l’exécution du jugement déclaratoire—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l’intimée s’était vu nier son droit au même bénéfice de la loi contrairement à l’art. 15(1) de la Charte, et en accordant une réparation systémique et en se réservant le droit de superviser l’exécution de cette réparation—Il n’existe aucune raison de modifier la conclusion suivant laquelle le défaut d’assurer une égalité d’accès aux sites Web et aux services gouvernementaux offerts en ligne viole les droits qui sont garantis par l’art. 15(1)—Cependant, la réparation ne saurait viser des ministères qui ne sont pas nommément désignés dans l’avis de demande—L’accès aux renseignements et services du gouvernement constitue en l’espèce le bénéfice que confère la loi—L’accès à ceux-ci inclut nécessairement le bénéfice d’avoir un accès en ligne—Toutefois, le défaut du Conseil du Trésor de contrôler l’application des normes ne constitue pas en soi une violation des droits garantis à l’art. 15—Les politiques du Conseil du Trésor en litige créent une distinction fondée sur la déficience physique et refusent aux personnes ayant une déficience visuelle l’égalité d’accès au bénéfice que constitue l’accès aux renseignements et services du gouvernement—L’intimée a droit à un accès aux renseignements aussi efficacement que les autres, c’est-à-dire, à un accès en ligne—Appel accueilli en partie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—La Cour fédérale a déclaré entre autres que l’incapacité de l’intimée d’avoir accès aux sites Web du gouvernement était révélatrice d’un échec systémique de rendre les sites Web accessibles; que le défaut du gouvernement de contrôler l’application des normes en matière d’accessibilité et de s’assurer qu’on s’y conformait violait l’art. 15(1) de la Charte; et que le gouvernement avait l’obligation sur le plan constitutionnel de prendre les mesures qui s’imposent pour se conformer à la Charte—La Cour fédérale est demeurée saisie du dossier jusqu’à l’exécution du jugement déclaratoire—Étant donné que la mise en œuvre des normes du Conseil du Trésor par tous les ministères n’était pas une question soulevée dans les actes de procédure, la réparation à laquelle l’intimée a droit ne pouvait pas viser l’ensemble des ministères—L’ordonnance de la Cour fédérale visant ces ministères doit être annulée—

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

regularly denied access to government services, information online.

Practice—Judgments and Orders—Federal Court declaring, *inter alia*, respondent’s inability to access departmental Web sites system-wide failure to make Web sites accessible; government’s failure to monitor, ensure compliance with accessibility standards infringing Charter, s. 15(1); government having constitutional obligation to bring itself into compliance with Charter—Federal Court retaining jurisdiction over implementation of declaration—No factual or legal basis herein to justify supervisory order—Supervisory orders applying where factual situations justifying them—Such remedy not just, appropriate in present circumstances.

Phung v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 3

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of decision by immigration officer rejecting applicants’ sponsored application for permanent residence under family class—Principal applicant sponsored by husband, not disclosing son from previous relationship—Officer finding humanitarian and compassionate (H&C) grounds under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 25 not overcoming son’s inadmissibility—Applicants contending appeal under IRPA, s. 63(1) meaningless—Whether principal applicant required to exhaust right of appeal before seeking judicial review—Son not deprived of right to seek judicial review—Outcome of appeal preordained—Where applicants making H&C submissions, limitation in IRPA, s. 72(2)(a) not overriding Court’s jurisdiction to review officer’s consideration of H&C factors—Concluding otherwise inconsistent with broad discretion to grant exemption—*Somodi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* distinguished from present case—Officer’s review of H&C considerations cursory—Not open to officer to draw inferences based on western socio-legal concepts—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

L’art. 24(1) n’empêchait pas la Cour fédérale de prononcer une ordonnance systémique—L’art. 24(1) exige que l’appelant soit directement touché par la loi contestée—La preuve en l’espèce justifie la conclusion de la Cour fédérale suivant laquelle l’intimée et les personnes atteintes d’une déficience visuelle se sont régulièrement vu refuser l’accès aux services et aux renseignements gouvernementaux en ligne.

Pratique—Jugements et ordonnances—La Cour fédérale a déclaré entre autres que l’incapacité de l’intimée d’avoir accès aux sites Web du gouvernement était révélatrice d’un échec systémique de rendre les sites Web accessibles; que le défaut du gouvernement de contrôler l’application des normes en matière d’accessibilité et de s’assurer qu’on s’y conformait violait l’art. 15(1) de la Charte; et que le gouvernement avait l’obligation sur le plan constitutionnel de prendre les mesures qui s’imposent pour se conformer à la Charte—La Cour fédérale est demeurée saisie du dossier jusqu’à l’exécution du jugement déclaratoire—Il n’y a aucun fondement factuel ou légal pour justifier l’ordonnance de surveillance en l’espèce—Une ordonnance de surveillance s’applique lorsque la situation factuelle justifie le prononcé d’une telle ordonnance—Une telle réparation ne constitue pas une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

Phung c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire visant la décision d’une agente d’immigration de rejeter la demande de résidence permanente au titre du regroupement familial présentée par les demandeurs—La demanderesse principale a été parrainée par son époux; elle n’a pas dévoilé l’existence d’un fils né d’une union antérieure—L’agente a conclu que les motifs d’ordre humanitaire énoncés à l’art. 25 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) ne pouvaient justifier de passer outre à l’inadmissibilité—Les demandeurs ont soutenu que l’appel en vertu de l’art. 63(1) est futile—Il s’agissait de savoir si la demanderesse principale était tenue d’épuiser son droit d’appel avant de demander le contrôle judiciaire—Le fils n’est pas privé de son droit de demander un contrôle judiciaire—Un appel serait voué à l’échec—Lorsque les demandeurs présentent des observations relatives à des motifs d’ordre humanitaire, la restriction prévue à l’art. 72(2)(a) de la LIPR ne met pas en échec la compétence de la Cour pour examiner si l’agent a commis une erreur lorsqu’il a examiné les facteurs d’ordre humanitaire—La conclusion contraire serait incompatible avec le vaste pouvoir discrétionnaire d’accorder une dispense—La décision *Somodi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* a été

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Tembec Industries Inc. v. Berthelette (F.C.A.) 254

Employment Insurance—Practice—Judicial review of umpire’s decisions setting aside Board of Referees’ decisions denying five individual respondents (respondent employees) employment insurance benefits, allowing appeals thereof—Applicant locking out bargaining unit employees but lock-out ordered terminated—Thereafter, respondent employees claiming employment insurance benefits under *Employment Insurance Act* but claims denied pursuant to Act, s. 36(1)—When respondent employees appealing denial of benefits to Board of Referees, Canada Employment Insurance Commission’s initial position being that applicant’s employees not entitled to receiving employment insurance benefits—Commission subsequently changing position, conceding appeal in respondent employees’ favour—Applicant not notified of appeals before Umpire or of Commission’s change of position—Whether, under Act or *Employment Insurance Regulations*, applicant entitled to receiving notice of appeals to Umpire brought by respondent employees; applicant’s standing in present case also addressed—Per Dawson J.A. (Pelletier J.A. concurring): Regulations distinguishing between entities “interested” in appeal, those having “direct interest” therein—Persons “interested” in appeal entitled to participate before Board of Referees, to be notified in writing of Board of Referees’ decision (*Regulations*, s. 83(4))—Issue of whether employer constituting “interested party” within *Regulations*, ss. 83(4), 85(3)(c) determined—Given employer’s statutory right to appeal Commission decision involving employees to Board of Referees (Act, s. 114), statutory right to appeal “as of right” Board of Referees’ decision to umpire (Act, s. 115), employer therefore “interested party” within *Regulations*, ss. 83(4) 85(3)(c)—Thus, applicant entitled to notification of all decisions rendered by Board of Referees regarding employees, entitled to receiving docket prepared by Commission filed with Umpire—Failure to comply with *Regulations*, ss. 83(4), 85(3)(c) violating procedural rights owed to applicant—Finally, because procedural rights afforded to applicant by *Regulations* violated, applicant directly affected by Umpire’s decisions herein so as to have standing under *Federal Courts Act*, s. 18.1(1)—Application allowed—Per Stratas J.A. (dissenting): Only persons having real, legitimate interest in matter may appeal under Act, s. 115(1)—On facts of present case, applicant having no legitimate or real

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

différenciée de la présente cause—L’examen que l’agent(e) a fait des motifs d’ordre humanitaire était superficiel—Il n’était pas loisible à l’agent(e) de tirer des inférences sur le fondement de concepts sociojuridiques occidentaux—Demande accueillie.

Tembec Industries Inc. c. Berthelette (C.A.F.) 254

Assurance-emploi—Pratique—Contrôle judiciaire des décisions d’un juge-arbitre annulant les décisions du conseil arbitral de refuser des prestations d’assurance-emploi à cinq intimés individuels (employés intimés) et d’accueillir les appels interjetés par ceux-ci—L’appelante a mis en lock-out les employés de l’unité de négociation, mais on lui a ordonné de mettre immédiatement fin au lock-out—Par la suite, les employés intimés ont présenté des demandes de prestations d’assurance-emploi en vertu de la *Loi sur l’assurance-emploi*, mais les demandes ont été refusées en vertu de l’art. 36(1) de la Loi—Lorsque les employés intimés ont interjeté appel du rejet de leurs demandes de prestations devant le conseil arbitral, la position initiale de la Commission de l’assurance-emploi du Canada était que les employés intimés n’avaient pas le droit de recevoir des prestations d’assurance-emploi—La Commission a changé ultérieurement de position, concédant l’appel en faveur des employés intimés—L’appelante n’a pas été avisée des appels interjetés devant le juge-arbitre ou du changement de position de la Commission—Il s’agissait de savoir si, en vertu de la Loi ou du *Règlement sur l’assurance-emploi*, l’appelante était en droit de recevoir un avis de l’appel interjeté par les employés intimés devant le juge-arbitre; la qualité pour agir de l’appelante en l’espèce a également été examinée—La juge Dawson, J.C.A. (le juge Pelletier, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le *Règlement* établit une distinction entre les entités qui sont « intéressées » à un appel et celles que « l’appel intéresse directement »—Les personnes « intéressées » à un appel ont le droit de participer à l’audience du conseil arbitral et d’être avisées par écrit de la décision de ce dernier (art. 83(4))—Il s’agissait de déterminer si l’employeur est une partie « intéressée » au sens de l’art. 83(4) et de l’art. 85(3)c) du *Règlement*—Compte tenu du droit que la loi reconnaît à l’employeur d’interjeter appel devant le conseil arbitral de la décision de la Commission visant l’un de ses employés (art. 114 de la Loi) et du droit que la Loi lui reconnaît d’interjeter appel « de plein droit » de la décision du conseil arbitral devant le juge-arbitre (art. 115 de la Loi), l’employeur est une partie intéressée au sens de l’art. 83(4) et de l’art. 85(3)c) du *Règlement*—Ainsi, l’appelante avait le droit d’être avisée de toutes les décisions rendues par le conseil arbitral au sujet de ses employés et elle avait le droit de recevoir le dossier préparé par la Commission et

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

interest before Umpire—Therefore, applicant not entitled to notice of Board of Referees' decision, not having right to appeal therefrom—Also not having sufficient direct standing to challenge Umpire's decision in Federal Court.

SOMMAIRE (Fin)

déposé auprès du juge-arbitre—Le défaut de se conformer à l'art. 83(4) et à l'art. 85(3)c) du Règlement violait les droits procéduraux reconnus à l'appelante—Enfin, comme les droits procéduraux qui lui sont reconnus par le Règlement ont été violés, l'appelante était directement touchée par les décisions en litige rendues en l'espèce par le juge-arbitre, de telle sorte qu'elle avait qualité pour agir au sens de l'art. 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Demande accueillie—Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Seules les personnes qui ont un intérêt véritable et légitime quant à une question peuvent interjeter appel en vertu de l'art. 115(1)—Vu l'ensemble des faits de la présente affaire, l'appelante n'avait aucun intérêt légitime ou véritable à faire valoir devant le juge-arbitre—Par conséquent, l'appelante n'avait pas le droit d'être avisée de la décision du conseil arbitral et elle n'avait pas le droit d'interjeter appel de cette décision—Elle n'avait pas non plus de qualité pour agir suffisamment directe pour pouvoir contester la décision du juge-arbitre devant la Cour fédérale.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Bernard v. Canada (Attorney General), A-184-11, 2012 FCA 92, has been affirmed on appeal (2014 SCC 13). The reasons for judgment, handed down February 7, 2014, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Canada (Attorney General) v. Slansky, A-497-11, 2013 FCA 199, Evans J.A., judgment dated September 9, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused February 10, 2014.

Stubicar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), A-454-12, 2013 FCA 203, Gauthier J.A., judgment dated September 10, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused February 20, 2014.

Stubicar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), A-482-12, 2013 FCA 204, Webb J.A., judgment dated September 10, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused February 20, 2014.

Stubicar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), A-363-12, 2013 FCA 205, Nadon J.A., judgment dated September 10, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused February 20, 2014.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Bernard c. Canada (Procureur général)*, A-184-11, 2012 CAF 92, a été confirmé en appel (2014 CSC 13). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 7 février 2014, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Canada (Procureur général) c. Slansky, A-497-11, 2013 CAF 199, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 9 septembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 février 2014.

Stubicar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), A-454-12, 2013 CAF 203, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 10 septembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 février 2014.

Stubicar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), A-482-12, 2013 CAF 204, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 10 septembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 février 2014.

Stubicar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), A-363-12, 2013 CAF 205, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 10 septembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 février 2014.

IN MEMORIAM

FLORENCE ROSENFELD, Q.C.

October 20th, 1922 – January 14th, 2014

It is with sadness, sorrow and grieving hearts that we announce the death of Florence Margulies Rosenfeld, the first Editor of the *Canada Federal Court Reports*, in the presence of her twin daughters, Jocelyn Slatt and Anita Rosenfeld. Beloved wife of the late Gdalyah Ben-Zion Rosenfeld, she died with dignity, respect for others, and love in her heart, the same way she lived her life. She was the daughter of the late Sonia and Morris Margulies and sister of the late Lillian Margulies, the late Helen (the late Ed Mehr) and sister-in-law of Ena (the late Gordon Segall). She leaves to mourn: her daughters Jocelyn Slatt and Anita Rosenfeld, whom she loved dearly; her adored son-in-law Jeff Slatt; her two wonderful grandchildren, Jessica and David Slatt, whom she loved so very much and was so proud of; and many nieces, nephews, cousins, and friends, both in Ottawa and Florida.

Florence was born in Ebenezer, Saskatchewan and later moved to Limerick where she lived during the depression and the war. There, she worked in her parent's general store for long hours from an early age. Florence was proud of her western roots, for becoming a Jewish female lawyer during a harsh era (but was always very humble about this), and most of all, for her family. She married Gdalyah in 1955 and they spent 56 wonderful years together, mostly in Ottawa, until his passing August 20th, 2011. Their time together also included 28 wonderful winters in Delray, Florida during their retirement. She missed him every moment of the last two-and-a-half years.

Florence worked as a lawyer in the federal government in executive positions. Notably, in 1966, she worked as the legal editor of the Report to the Committee on Election Expenses, in 1967, as the Secretary of the Statute Revision Commission and from 1971 to 1982, as the Editor of the *Canada Federal Court Reports*.

Thank you to all those who helped make her last years as comfortable as possible, especially Dr. Iny, Dr. Sutherland, staff and friends at The Palisades Retirement Residence, Rabbi Fine and family, Rabbi Popky and family, Patty, Randy, Jenna, Danielle, Wendy and Sandra. Donations can be sent to the

IN MEMORIAM

FLORENCE ROSENFELD, C.R.

20 octobre 1922 – 14 janvier 2014

C'est avec tristesse et chagrin que nous annonçons le décès de Florence Margulies Rosenfeld, la première arrêtiste en chef du *Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada*. M^{me} Rosenfeld est décédée aux côtés de ses filles jumelles, Jocelyn Slatt et Anita Rosenfeld. Épouse bien-aimée de feu Gdalyah Ben-Zion Rosenfeld, M^{me} Rosenfeld s'est éteinte dans la dignité, le respect et l'amour, les mêmes valeurs qu'elle a personnifiées durant toute sa vie. Elle était la fille de feu Sonia et Morris Margulies, la sœur de feu Lillian Margulies, la sœur de feu Helen (feu Ed Mehr) et la belle-sœur d'Ena (feu Gordon Segall). Elle laisse dans le deuil ses filles Jocelyn Slatt et Anita Rosenfeld, qu'elle aimait profondément, son beau-fils adoré Jeff Slatt, ses deux merveilleux petits-enfants, Jessica et David Slatt, qu'elle aimait tant et dont elle était si fière, ainsi qu'un grand nombre de nièces, de neveux, de cousins, de cousines et d'amis, aussi bien à Ottawa qu'en Floride.

M^{me} Rosenfeld est née à Ebenezer, en Saskatchewan, et a déménagé plus tard à Limerick, où elle a vécu pendant la dépression et la guerre. Dès son jeune âge, elle a travaillé au magasin général de ses parents pendant de longues heures. M^{me} Rosenfeld était fière de ses origines, d'être devenue une avocate féminine de confession juive à une dure époque (bien qu'elle ait toujours été très modeste à ce propos) et, par-dessus tout, de sa famille. Elle a marié Gdalyah en 1955, avec qui elle a partagé cinquante-six merveilleuses années, surtout à Ottawa, jusqu'au décès de son époux le 20 août 2011. Pendant leur retraite, ils ont passé ensemble vingt-huit magnifiques hivers à Delray, en Floride. L'époux de M^{me} Rosenfeld lui a manqué chaque jour après son décès.

M^{me} Rosenfeld a travaillé comme avocate au gouvernement fédéral, où elle a occupé des postes de direction. En 1966, elle a été rédactrice juridique du Rapport du comité des dépenses électorales et, en 1967, elle a été secrétaire de la Commission de révision des lois. Et, de 1971 à 1982, M^{me} Rosenfeld a été arrêtiste en chef du *Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada*.

Merci à tous ceux et celles qui ont pris soin de M^{me} Rosenfeld durant ses dernières années, en particulier le D^r Iny, le D^r Sutherland, le personnel et les amis de la résidence The Palisades, le rabbin Fine et sa famille, le rabbin Popky et sa famille, Patty, Randy, Jenna, Danielle, Wendy et Sandra.

Gdalyah and Florence Rosenfeld Endowment Fund at the Jewish Federation of Ottawa 613-798-4696 or to the charity of your choice.

The *Federal Courts Reports* team would like to offer the family their deepest sympathy. It is a privilege and an honour for us to continue in Mrs. Rosenfeld's footsteps.

Vous pouvez faire parvenir vos dons au fonds Gdalyah et Florence Rosenfeld, aux soins du Jewish Federation of Ottawa, au 613-798-4696, ou à l'organisme de bienfaisance de votre choix.

Les membres de l'équipe du *Recueil des décisions des Cours fédérales* offrent leurs plus sincères condoléances à la famille. C'est un privilège et un honneur pour nous de suivre les traces de M^{me} Rosenfeld.

**Federal Courts
Reports**

2014, Vol. 1, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2014, Vol. 1, 1^{er} fascicule

IMM-4834-11
2012 FC 585

IMM-4834-11
2012 CF 585

Oanh Thi Phung and Duy Tuan Hoang (*Applicants*)

Oanh Thi Phung et Duy Tuan Hoang (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : PHUNG c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Mosley J.—Calgary, April 12; Ottawa, May 15, 2012.

Cour fédérale, juge Mosley—Calgary, 12 avril; Ottawa, 15 mai 2012.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of decision by immigration officer rejecting applicants' sponsored application for permanent residence under family class — Principal applicant sponsored by husband, not disclosing son from previous relationship — Officer finding humanitarian and compassionate (H&C) grounds under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 25 not overcoming son's inadmissibility — Applicants contending appeal under IRPA, s. 63(1) meaningless — Whether principal applicant required to exhaust right of appeal before seeking judicial review — Son not deprived of right to seek judicial review — Outcome of appeal preordained — Where applicants making H&C submissions, limitation in IRPA, s. 72(2)(a) not overriding Court's jurisdiction to review officer's consideration of H&C factors — Concluding otherwise inconsistent with broad discretion to grant exemption — Somodi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) distinguished from present case — Officer's review of H&C considerations cursory — Not open to officer to draw inferences based on western socio-legal concepts — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire visant la décision d'une agente d'immigration de rejeter la demande de résidence permanente au titre du regroupement familial présentée par les demandeurs — La demanderesse principale a été parrainée par son époux; elle n'a pas dévoilé l'existence d'un fils né d'une union antérieure — L'agente a conclu que les motifs d'ordre humanitaire énoncés à l'art. 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) ne pouvaient justifier de passer outre à l'inadmissibilité — Les demandeurs ont soutenu que l'appel en vertu de l'art. 63(1) est futile — Il s'agissait de savoir si la demanderesse principale était tenue d'épuiser son droit d'appel avant de demander le contrôle judiciaire — Le fils n'est pas privé de son droit de demander un contrôle judiciaire — Un appel serait voué à l'échec — Lorsque les demandeurs présentent des observations relatives à des motifs d'ordre humanitaire, la restriction prévue à l'art. 72(2)a) de la LIPR ne met pas en échec la compétence de la Cour pour examiner si l'agent a commis une erreur lorsqu'il a examiné les facteurs d'ordre humanitaire — La conclusion contraire serait incompatible avec le vaste pouvoir discrétionnaire d'accorder une dispense — La décision Somodi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) a été différenciée de la présente cause — L'examen que l'agente a fait des motifs d'ordre humanitaire était superficiel — Il n'était pas loisible à l'agente de tirer des inférences sur le fondement de concepts sociojuridiques occidentaux — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by an immigration officer rejecting the applicants' sponsored application for permanent residence under the family class.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision d'une agente d'immigration de rejeter la demande de résidence permanente au titre du regroupement familial présentée par les demandeurs.

The applicants, a mother (the principal applicant) and her son, are citizens of Vietnam. The principal applicant was

Les demandeurs, une mère (la demanderesse principale) et son fils, sont tous deux des citoyens du Vietnam. La

sponsored by her husband. The existence of the principal applicant's son from a previous relationship was not disclosed because of her fear for their lives and of the stigma attached to the birth of a child outside of marriage in Vietnam. As a result, the son was excluded from the family class as a non-disclosed dependant by reason of paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. The applicants requested an exemption on humanitarian and compassionate (H&C) grounds under section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). However, the immigration officer found that the H&C grounds were insufficient to overcome the inadmissibility.

The applicants contended that their right of appeal under subsection 63(1) of IRPA to the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board is meaningless since section 65 of IRPA bars consideration of H&C grounds by the IAD unless it has decided that the foreign national is a member of the family class.

The main issue was whether the principal applicant was required to exhaust her right of appeal to the IAD as a sponsor before seeking judicial review of the immigration officer's decision.

Held, the application should be allowed.

The principal applicant's son was not deprived of the right under section 18.1 of the *Federal Courts Act* to seek judicial review of the immigration officer's decision that denied him an exemption under section 25 of IRPA. The outcome of an appeal by the principal applicant under section 63 of IRPA would be preordained. The applicants had made extensive H&C submissions to the immigration officer. In such situations, the limitation in paragraph 72(2)(a) of IRPA does not override the Court's jurisdiction to review whether the officer erred in considering the H&C factors. To conclude otherwise would deny foreign nationals who are excluded from the family class an effective remedy and would be inconsistent with the broad discretion to grant an exemption, particularly where the best interests of a child are concerned. This was not a case, such as in *Somodi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, where an early application for judicial review was unnecessary and thus an unwarranted waste of time, money and scarce judicial resources. To the contrary, it would have been a waste of time, money and resources for the sponsor to have sought a decision from the IAD and from that, to have sought leave for judicial review from this Court.

demanderesse principale a été parrainée par son époux. L'existence du fils de la demanderesse principale né d'une union antérieure n'a pas été dévoilée parce qu'elle craignait pour leurs vies et à cause des stigmates rattachés à la naissance d'un enfant hors mariage au Vietnam. Par conséquent, le fils a été exclu de la catégorie du regroupement familial en tant que personne à charge non déclarée en vertu de l'alinéa 117(9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Les demandeurs ont réclamé une dispense pour des considérations d'ordre humanitaire en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Cependant, l'agente d'immigration a conclu que les motifs d'ordre humanitaire évoqués étaient insuffisants pour justifier de passer outre à l'inadmissibilité.

Les demandeurs ont soutenu que leur droit d'appel en vertu du paragraphe 63(1) de la LIPR auprès de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié était futile, puisque l'article 65 de la LIPR interdit à la Section d'appel de prendre en compte des motifs d'ordre humanitaire à moins qu'elle ait statué que l'étranger appartient à la catégorie du regroupement familial.

La principale question en litige était de savoir si la demanderesse principale était tenue d'épuiser ses voies d'appel auprès de la SAI à titre de répondante avant de demander le contrôle judiciaire de la décision de l'agente.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le fils de la demanderesse principale n'a pas été privé du droit conféré à l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* de demander un contrôle judiciaire d'une décision lui refusant une dispense en vertu de l'article 25 de la LIPR. Un appel interjeté par la demanderesse principale en vertu de l'article 63 de la LIPR serait voué à l'échec. Les demandeurs avaient présenté à l'agente d'amples observations relatives à des motifs d'ordre humanitaire. En pareilles circonstances, la restriction prévue à l'alinéa 72(2)a) de la LIPR ne met pas en échec la compétence de la Cour pour examiner si l'agent a commis une erreur lorsqu'il a examiné les facteurs d'ordre humanitaire. La conclusion contraire aurait pour effet de priver les étrangers appartenant à la catégorie du regroupement familial d'un recours efficace et serait incompatible avec le vaste pouvoir discrétionnaire d'accorder une dispense, particulièrement lorsque l'intérêt supérieur d'un enfant est en jeu. Il ne s'agissait pas ici, contrairement à ce qui a été statué dans l'arrêt *Somodi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, d'une affaire où une demande de contrôle judiciaire présentée prématurément pourrait être inutile et pourrait être une perte de temps et d'argent ainsi qu'un gaspillage de ressources judiciaires limitées. Au contraire, une perte de temps et d'argent ainsi qu'un gaspillage de ressources auraient été occasionnés si la répondante avait cherché à obtenir une décision de la SAI et avait ensuite déposé une

Finally, the immigration officer's review of the H&C considerations was cursory in contrast to her discussion of the principal applicant's failure to disclose her son. The officer's judgment was unduly influenced by the principal applicant's past misrepresentations. The decision was unreasonable. The officer also misconstrued the evidence. In particular, it was not clear if the immigration officer considered whether "common-law" relationships were recognized in Vietnam. It was not open to the immigration officer to draw inferences based on western socio-legal concepts.

demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de cette décision auprès de la Cour.

Enfin, l'examen que l'agente d'immigration a fait des considérations d'ordre humanitaire était superficiel par contraste avec son analyse du défaut de la demanderesse principale de déclarer son fils. Le jugement de l'agente a été indûment influencé par les fausses déclarations antérieures de la demanderesse principale. La décision était déraisonnable. L'agente a mal interprété les éléments de preuve. Plus particulièrement, les observations ne permettaient pas de savoir si l'agente avait examiné les questions de savoir si les unions de fait étaient reconnues au Vietnam. Il n'était pas loisible à l'agente de tirer des inférences sur le fondement de concepts sociojuridiques occidentaux.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 26).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 25 (as am. by S.C. 2010, c. 8, s. 4), 63, 65, 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 117(9)(d) (as am. by SOR/2004-167, s. 41).

CASES CITED

APPLIED:

Sultana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FC 533, [2010] 1 F.C.R. 175, 346 F.T.R. 1, 80 Imm. L.R. (3d) 214; *Huot v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 180, 97 Imm. L.R. (3d) 36.

DISTINGUISHED:

Somodi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FCA 288, [2010] 4 F.C.R. 26, 311 D.L.R. (4th) 335, 82 Imm. L.R. (3d) 159.

CONSIDERED:

Landaeta v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 219, 41 Admin. L.R. (5th) 244, 405 F.T.R. 285, 6 Imm. L.R. (4th) 176; *Garcia Rodriguez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 437, 408 F.T.R. 76.

REFERRED TO:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Nawfal v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 26).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25 (mod. par L.C. 2010, ch. 8, art. 4), 63, 65, 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 117(9)d) (mod. par DORS/2004-167, art. 41).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Sultana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CF 533, [2010] 1 R.C.F. 175; *Huot c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 180.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Somodi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CAF 288, [2010] 4 R.C.F. 26.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Landaeta c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 219; *Garcia Rodriguez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 437.

DÉCISIONS CITÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Nawfal c. Canada*

Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FC 464; *Kisana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 189, [2010] 1 F.C.R. 360, 392 N.R. 163; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Bernard v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1121, 4 Imm. L.R. (4th) 263; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, 317 Nfld. & P.E.I.R. 340, 340 D.L.R. (4th) 17; *Lin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 96, 245 F.T.R. 103, 40 Imm. L.R. (3d) 197.

APPLICATION for judicial review of a decision by an immigration officer rejecting the applicants' sponsored application for permanent residence under the family class. Application allowed.

APPEARANCES

Peter W. Wong, Q.C. for applicants.
Jamie Churchward for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Caron & Partners LLP, Calgary, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] MOSLEY J.: The applicants are a mother and son who are citizens of Vietnam. The mother, Oanh Thi Phung, was sponsored by her husband, a Canadian citizen, and has permanent resident status in Canada.

[2] The son, Duy Tuan Hoang, was not disclosed when Ms. Phung applied to come to Canada. They now wish to be reunited in this country. An immigration officer denied their application. They seek judicial review of that decision.

(Citoyenneté et Immigration), 2011 CF 464; *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 189, [2010] 1 R.C.F. 360; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Bernard c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1121; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Lin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 96.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision d'une agente d'immigration de rejeter la demande de résidence permanente de la catégorie du regroupement familial présentée par les demandeurs. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Peter W. Wong, c.r. pour les demandeurs.
Jamie Churchward pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Caron & Partners LLP, Calgary, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MOSLEY : Les demandeurs, une mère et son fils, sont tous deux des citoyens du Vietnam. La mère, Oanh Thi Phung, a été parrainée par son époux, un citoyen canadien, et elle a le statut de résidente permanente au Canada.

[2] Le fils, Duy Tuan Hoang, n'a pas été déclaré lorsque M^{me} Phung a déposé sa demande en vue de venir au Canada. Les deux demandeurs souhaitent maintenant être réunis au Canada. Une agente d'immigration a rejeté leur demande. Ils demandent le contrôle judiciaire de cette décision.

[3] The respondent contends that the application for judicial review should be dismissed on the ground that Ms. Phung has not exercised her right of appeal to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board.

[4] In the particular circumstances which arise in this case, I find that the applicants would be denied a meaningful remedy if the Court were to decline to review the immigration officer's decision.

[5] On the merits of the application, I find that the officer's decision should be set aside for the reasons set out below.

BACKGROUND

[6] Ms. Phung had a relationship with Duy Tuan Hoang's father, Hiep Tuan Hoang, from 1995 to 2000. She met her current husband, Mr. Dan Deschamps, in 2005. Mr. Deschamps sought to sponsor Ms. Phung so the two could leave Vietnam together for reasons ostensibly related to an unpaid drug debt. Two applications for temporary resident status for Ms. Phung were denied. They were then married in Vietnam and she was allowed to accompany him to Canada in 2006. Their son John Duy Deschamps was born before they left Vietnam and has Canadian citizenship.

[7] The existence of Duy Tuan Hoang was not disclosed during the couple's efforts to gain Ms. Phung admission to Canada. Ms. Phung's explanation is that they were in fear for their lives and intended to address Duy's situation once they were safely in Canada. She also said that she concealed his existence because of stigma attached to the birth of a child outside of marriage in Vietnam.

[8] Because Duy was excluded from the family class as a non-disclosed dependant by reason of paragraph 117(9)(d) [as am. by SOR/2004-167, s. 41] of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (hereinafter the Regulations), an

[3] Le défendeur soutient que la demande de contrôle judiciaire devrait être rejetée au motif que M^{me} Phung n'a pas exercé son droit d'appel auprès de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

[4] Dans les circonstances particulières de la présente espèce, je conclus que les demandeurs seraient privés d'un recours utile si la Cour devait refuser de contrôler la décision de l'agente d'immigration.

[5] Sur le fond de la demande, je conclus que la décision de l'agente devrait être cassée pour les motifs exposés ci-dessous.

LE CONTEXTE

[6] M^{me} Phung a été engagée dans une relation avec le père de Duy Tuan Hoang, Hiep Tuan Hoang, de 1995 à 2000. Elle a rencontré son époux actuel, M. Dan Deschamps, en 2005. M. Deschamps a cherché à parrainer M^{me} Phung afin que tous deux puissent quitter le Vietnam pour des motifs ostensiblement liés à une dette de drogue impayée. Deux demandes de statut de résidente temporaire pour M^{me} Phung ont été rejetées. M^{me} Phung et M. Deschamps se sont ensuite mariés au Vietnam et M^{me} Phung a été autorisée à accompagner M. Deschamps au Canada en 2006. Leur fils, John Duy Deschamps, est né avant qu'ils quittent le Vietnam, et il a la citoyenneté canadienne.

[7] L'existence de Duy Tuan Hoang n'a pas été dévoilée à l'époque où le couple faisait des démarches pour que M^{me} Phung soit admise au Canada. En guise d'explication, M^{me} Phung a affirmé qu'ils craignaient pour leurs vies et qu'ils comptaient s'occuper de la situation de Duy lorsqu'ils seraient en sécurité au Canada. Elle a également affirmé qu'elle avait dissimulé l'existence de Duy à cause des stigmates rattachés à la naissance d'un enfant hors mariage au Vietnam.

[8] Étant donné que Duy était exclu de la catégorie du regroupement familial en tant que personne à charge non déclarée en vertu de l'alinéa 117(9)d) [mod. par DORS/2004-167, art. 41] du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227

exemption was requested on humanitarian and compassionate (H&C) grounds under section 25 [as am. by S.C. 2010, c. 8, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (hereinafter the IRPA).

DECISION UNDER REVIEW

[9] The officer, who was the same officer who had denied the earlier applications to grant Ms. Phung a temporary resident permit, found that Duy did not meet the requirements to immigrate to Canada because of his exclusion from the family class. She found that the H&C grounds cited were insufficient to overcome the inadmissibility.

[10] In the Computer Assisted Immigration Processing System (hereinafter CAIPS) notes prepared by the officer, she indicated that she was unsure of the current address of the minor applicant. One of the addresses submitted was that of his maternal grandparents and another was the same as that of his father. She thought that his living arrangements were therefore unclear. The officer considered a DNA test unsupervised by Canadian officials which confirmed the maternal relationship. The officer also considered correspondence between the applicants, the H&C submissions (which she summarized) and photographs of visits by the principal applicant to Vietnam to see her son.

[11] The officer summarized the past proceedings involving the principal applicant and emphasized the fact that Ms. Phung had never mentioned her first son notwithstanding several opportunities to do so. The officer noted that there were concerns about her credibility and that her claim that the RCMP and a senior immigration official had facilitated her sponsorship arrangements was not verified.

(ci-après le Règlement), une dispense a été demandée pour des considérations d'ordre humanitaire en vertu de l'article 25 [mod. par L.C. 2010, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (ci-après la LIPR).

LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU PRÉSENT CONTRÔLE

[9] L'agente, qui était celle-là même qui avait rejeté les demandes antérieures de permis de résidence temporaire pour M^{me} Phung, a conclu que Duy ne satisfaisait pas aux exigences pour immigrer au Canada à cause de son exclusion de la catégorie du regroupement familial. L'agente a conclu que les motifs d'ordre humanitaire évoqués étaient insuffisants pour justifier de passer outre à l'inadmissibilité.

[10] Dans les notes que l'agente a consignées dans le Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration (ci-après le STIDI), elle a indiqué qu'elle n'était pas certaine de l'adresse actuelle du demandeur mineur. Une des adresses données était celle de ses grands-parents maternels et une autre était la même que celle de son père. Elle a donc estimé que les conditions de logement du demandeur mineur n'étaient pas claires. Elle a examiné une analyse de l'ADN non supervisée par des représentants du Canada qui confirmait la filiation maternelle. Elle a également examiné de la correspondance entre les demandeurs, les observations relatives aux motifs d'ordre humanitaire (qu'elle a résumées) et des photos prises lors de voyages que la demanderesse avait faits au Vietnam pour voir son fils.

[11] L'agente a résumé les procédures passées mettant en cause la demanderesse principale, et elle a souligné le fait que M^{me} Phung n'avait jamais fait mention de son premier fils malgré plusieurs occasions qu'elle avait eues de le faire. L'agente a noté qu'elle avait des réserves quant à la crédibilité de la demanderesse et que la prétention de cette dernière selon laquelle la GRC et un agent principal de l'immigration avaient facilité la prise de dispositions aux fins de son parrainage n'avait pas été vérifiée.

[12] With respect to positive H&C considerations, the officer noted that if approved, Duy would be reunited with his mother, his half-brother and his step-father in Canada. Under negative considerations she noted that the child was now 15 years old, had always lived in Vietnam with his grandmother and father, had not been prepared to come to live in Canada, did not learn English, and had always attended the same school. She also noted that no submissions were made with regards to financial support received and the child's living conditions in Vietnam. The officer found it dubious that Ms. Phung would not declare the existence of her son to anyone since he was born out of a common-law relationship.

[13] In the result, the officer concluded that nothing submitted showed that it was in the best interests of Duy to leave Vietnam.

ISSUES

[14] The issues raised on this application are:

- a. Was the adult applicant required to exhaust her right of appeal as a sponsor before seeking judicial review of the officer's decision?
- b. Did the officer apply the correct H&C criteria including the best interests of the child?
- c. Did the officer misconstrue the evidence?

RELEVANT LEGISLATION

[15] Subsections 25(1), 63(1), section 65, subsection 72(1) and paragraph 72(2)(a) of the IRPA are relevant to this application:

[12] Parmi les facteurs favorables à une décision fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, l'agente a noté que, si la demande était accueillie, Duy serait réuni avec sa mère, son demi-frère et son beau-père au Canada. Parmi les facteurs défavorables, l'agente a noté que l'enfant avait maintenant 15 ans, qu'il avait toujours vécu au Vietnam avec sa grand-mère et son père, qu'il n'avait pas été préparé à venir vivre au Canada, qu'il n'avait pas appris l'anglais et qu'il avait toujours fréquenté la même école. L'agente a également noté qu'aucune observation n'avait été présentée quant au soutien financier reçu ni quant aux conditions de logement de l'enfant au Vietnam. L'agente a dit douter que M^{me} Phung n'ait jamais dévoilé à qui que ce soit l'existence de son fils parce que celui-ci était né d'une union de fait.

[13] En conséquence, l'agente a conclu que rien ne démontrait qu'il était dans l'intérêt supérieur de Duy de quitter le Vietnam.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[14] La présente demande soulève les questions suivantes :

- a. La demanderesse adulte était-elle tenue d'épuiser ses voies d'appel à titre de répondante avant de demander le contrôle judiciaire de la décision de l'agente?
- b. L'agente a-t-elle appliqué les bons critères relatifs aux motifs d'ordre humanitaire, dont celui de l'intérêt supérieur de l'enfant?
- c. L'agente a-t-elle mal interprété les éléments de preuve?

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[15] Les paragraphes 25(1) et 63(1), l'article 65, le paragraphe 72(1) et l'alinéa 72(2)a) de la LIPR sont pertinents aux fins de la présente demande :

Humanitarian and compassionate considerations — request of foreign national

25. (1) The Minister must, on request of a foreign national in Canada who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

...

Right to appeal — visa refusal of family class

63. (1) A person who has filed in the prescribed manner an application to sponsor a foreign national as a member of the family class may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision not to issue the foreign national a permanent resident visa.

...

Humanitarian and compassionate considerations

65. In an appeal under subsection 63(1) or (2) respecting an application based on membership in the family class, the Immigration Appeal Division may not consider humanitarian and compassionate considerations unless it has decided that the foreign national is a member of the family class and that their sponsor is a sponsor within the meaning of the regulations.

...

Application for judicial review

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

Application

(2) The following provisions govern an application under subsection (1):

(a) the application may not be made until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted;

[16] Paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 is also applicable:

25. (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui est interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.

[...]

63. (1) Quiconque a déposé, conformément au règlement, une demande de parrainage au titre du regroupement familial peut interjeter appel du refus de délivrer le visa de résident permanent.

[...]

65. Dans le cas de l'appel visé aux paragraphes 63(1) ou (2) d'une décision portant sur une demande au titre du regroupement familial, les motifs d'ordre humanitaire ne peuvent être pris en considération que s'il a été statué que l'étranger fait bien partie de cette catégorie et que le répondant a bien la qualité réglementaire.

[...]

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.

(2) Les dispositions suivantes s'appliquent à la demande d'autorisation :

a) elle ne peut être présentée tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées;

[16] L'alinéa 117(9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, est également applicable :

Séjour pour motif d'ordre humanitaire à la demande de l'étranger

Droit d'appel : visa

Motifs d'ordre humanitaires

Demande d'autorisation

Application

117. ...

Excluded
relationships

(9) A foreign national shall not be considered a member of the family class by virtue of their relationship to a sponsor if

...

(d) subject to subsection (10), the sponsor previously made an application for permanent residence and became a permanent resident and, at the time of that application, the foreign national was a non-accompanying family member of the sponsor and was not examined.

ANALYSIS

Standard of Review

[17] The issues before this Court are questions of fact and of mixed fact and law which attract a standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 53. The decision of an officer whether to grant permanent residency is reviewable upon a standard of reasonableness: *Nawfal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 464, at paragraphs 13–15; *Sultana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 533, [2010] 1 F.C.R. 175, at paragraph 17; and *Kisana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 189, [2010] 1 F.C.R. 360, at paragraph 18.

[18] Reasonableness is based on the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process and whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47; and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59.

117. [...]

Restrictions

(9) Ne sont pas considérées comme appartenant à la catégorie du regroupement familial du fait de leur relation avec le répondant les personnes suivantes :

[...]

d) sous réserve du paragraphe (10), dans le cas où le répondant est devenu résident permanent à la suite d'une demande à cet effet, l'étranger qui, à l'époque où cette demande a été faite, était un membre de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier et n'a pas fait l'objet d'un contrôle.

ANALYSE

La norme de contrôle

[17] Les questions dont la Cour est saisie sont des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 53. La décision d'un agent d'accorder ou non la résidence permanente est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable : *Nawfal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 464, aux paragraphes 13 à 15; *Sultana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 533, [2010] 1 R.C.F. 175, au paragraphe 17; et *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et l'Immigration)*, 2009 CAF 189, [2010] 1 R.C.F. 360, au paragraphe 18.

[18] Le caractère raisonnable tient à la justification de la décision et à la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit : *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47; et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59.

Was the adult applicant required to exhaust her right of appeal before seeking judicial review of the officer's decision?

[19] Under subsection 63(1) of the IRPA it was open to Ms. Phung as the sponsor to appeal the officer's decision to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (hereinafter the Appeal Division). At first impression, paragraph 72(2)(a) of the IRPA would bar an application for judicial review of the decision until that right of appeal had been exercised. For that reason, the respondent submits that this application should be dismissed, citing *Somodi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 288, [2010] 4 F.C.R. 26, at paragraphs 21–24.

[20] The applicants contend that in their circumstances, Ms. Phung's right of appeal is meaningless since section 65 of the IRPA bars consideration of H&C grounds by the Appeal Division unless it has decided that the foreign national is a member of the family class. There is no dispute between the parties that by reason of paragraph 117(9)(d) of the Regulations, the minor applicant is excluded from the family class. It is also not disputed that the only basis on which Duy's inadmissibility could be overcome would be through an exemption on H&C considerations under section 25 of the IRPA.

[21] In these circumstances, the outcome of an appeal by the sponsor under section 63 would be preordained. The outcome of judicial review of that decision would also be inevitable as the Court could do nothing but uphold the Appeal Division's finding that it lacked jurisdiction to consider H&C factors.

[22] The respondent contends that this paradoxical state of affairs must be deemed to have been Parliament's intent in enacting sections 63, 65 and 72 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of the IRPA. This, the respondent submits, has been confirmed by the Federal Court of Appeal in *Somodi*, above. This applies to decisions excluding undeclared dependents even where it is beyond dispute

La demanderesse adulte était-elle tenue d'épuiser ses voies d'appel à titre de répondante avant de demander le contrôle judiciaire de la décision de l'agente?

[19] En vertu du paragraphe 63(1) de la LIPR, M^{me} Phung pouvait, à titre de répondante, interjeter appel de la décision de l'agente auprès de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (ci-après la Section d'appel). À première vue, l'alinéa 72(2)a) de la LIPR semblerait exclure une demande de contrôle judiciaire de la décision jusqu'à ce que ce droit d'appel ait été exercé. Pour cette raison, le défendeur s'appuie sur l'arrêt *Somodi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 288, [2010] 4 R.C.F. 26, aux paragraphes 21 à 24, pour soutenir que la présente demande devrait être rejetée.

[20] Les demandeurs soutiennent que, dans leur situation, le droit d'appel de M^{me} Phung est futile puisque l'article 65 de la LIPR interdit à la Section d'appel de prendre en compte des motifs d'ordre humanitaire à moins qu'elle ait statué que l'étranger appartient à la catégorie du regroupement familial. Or, il est acquis aux débats qu'en raison de l'alinéa 117(9)d) du Règlement, le demandeur mineur est exclu de la catégorie du regroupement familial. Il est également acquis aux débats qu'il ne peut être passé outre à l'inadmissibilité de Duy que par voie de dispense fondée sur des considérations d'ordre humanitaire en vertu de l'article 25 de la LIPR.

[21] Dans ces circonstances, un appel interjeté par la répondante en vertu de l'article 63 serait voué à l'échec. L'issue d'un contrôle judiciaire de cette décision serait également inévitable puisque la Cour ne pourrait que confirmer la conclusion de la Section d'appel selon laquelle celle-ci n'avait pas compétence pour prendre en compte des considérations d'ordre humanitaire.

[22] Le défendeur soutient qu'il faut considérer que le législateur a voulu créer cette situation paradoxale en promulguant les articles 63, 65 et 72 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la LIPR, chose que la Cour d'appel fédérale a confirmée dans l'arrêt *Somodi*, précité, selon le défendeur. Cela vaut pour les décisions qui excluent des personnes à charge non déclarées, même

that an appeal would not be a viable remedy: *Landaeta v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 219, 41 Admin. L.R. (5th) 244, at paragraphs 22–28.

[23] In *Somodi*, the Federal Court of Appeal considered whether an application for judicial review of a decision denying a spousal application was barred while the sponsor exercised a right of appeal pursuant to section 63 of the IRPA. The Court concluded that the statutory bar in section 72 of the IRPA prevailed over section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] granting the right to apply for judicial review. In the particular circumstances of that case, the appeal remedy was superior as it gave the appellant a *de novo* hearing on the merits far broader in scope than that which could have been provided through judicial review (paragraph 19). The [Federal] Court of Appeal relied on this to distinguish a series of earlier authorities in which it was found that the effect of barring access to judicial review was to deny a remedy altogether.

[24] The combined effect of section 65 of the IRPA and paragraph 117(9)(d) of the Regulations was not engaged in *Somodi*. The Appeal Division had in fact exercised jurisdiction to determine the matter on H&C considerations. Indeed it found that there was [at paragraph 5] “sufficient humanitarian and compassionate considerations to warrant special relief in light of all of the circumstances of this case.” The appeal was therefore convenient to deal with all of the issues raised as a result of the visa officer’s decision and there was no need to provide an alternative mechanism to seek relief.

[25] In these proceedings, the respondent does not dispute that the Appeal Division would be unable to determine whether special relief should be accorded the minor applicant because of the interaction of section 65 of the IRPA and paragraph 117(9)(d) of the Regulations. The only procedural route open to the minor applicant, the respondent suggests, is to bring a separate application under section 25 of the IRPA. But that is effectively

lorsqu’il est incontesté qu’un appel ne constituerait pas un recours utile : *Landaeta c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 219, aux paragraphes 22 à 28.

[23] Dans l’arrêt *Somodi*, la Cour d’appel fédérale a examiné la question de savoir si une demande de contrôle judiciaire d’une décision rejetant la demande d’un époux était inadmissible pendant que le répondant exerçait un droit d’appel en vertu de l’article 63 de la LIPR. La Cour a conclu que l’interdiction prévue à l’article 72 de la LIPR l’emportait sur l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], qui confère le droit de demander un contrôle judiciaire. Dans les circonstances particulières de cette affaire, le recours en appel était supérieur puisqu’il conférerait à l’appelant le droit à une audience *de novo* sur le fond de portée bien plus large que celle d’un contrôle judiciaire (paragraphe 19), d’où la Cour d’appel [fédérale] s’est autorisée à distinguer l’affaire dont elle était saisie d’affaires antérieures dans lesquelles il avait été jugé que priver une partie du droit de demander un contrôle judiciaire avait pour effet de la priver de tout recours.

[24] La question de l’effet conjugué de l’article 65 de la LIPR et de l’alinéa 117(9)d) du Règlement n’a pas été abordée dans l’arrêt *Somodi*. De fait, la Section d’appel avait exercé sa compétence pour trancher l’affaire sur le fondement de considérations d’ordre humanitaire. Et d’ailleurs, elle avait conclu qu’il y avait [au paragraphe 5] « assez de motifs d’ordre humanitaire pour justifier la prise de mesures spéciales, vu les autres circonstances de l’affaire ». L’appel avait donc permis opportunément de traiter de toutes les questions soulevées à la suite de la décision de l’agent des visas, et il n’était nullement nécessaire de prévoir un mécanisme de rechange pour demander un redressement.

[25] Dans la présente instance, le défendeur ne conteste pas que la Section d’appel ne pourrait pas déterminer si des mesures spéciales devraient être prises au profit du demandeur mineur à cause de l’effet conjugué de l’article 65 de la LIPR et de l’alinéa 117(9)d) du Règlement. La seule voie de recours qui s’offre au demandeur mineur, selon le défendeur, consiste à déposer une demande distincte en vertu de l’article 25 de la

what the minor applicant, the foreign national seeking an exemption from inadmissibility under section 25, has done.

[26] A right of appeal from a visa officer's decision is only meaningful if the concerns with the decision can be addressed through the appellate procedure. The fact that this could not be accomplished by an appeal in the present context was recognized by Justice Martineau in *Huot v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 180, 97 Imm. L.R. (3d) 36. He found that paragraph 72(2)(a) of the IRPA did not apply when the decision in question was not, in reality, appealable. At paragraphs 17 and 18, Justice Martineau stated:

In this case, the applicant theoretically had the right to appeal to the IAD, but in practice it was a meaningless right insofar as she wanted the IAD to grant an exemption based on humanitarian and compassionate considerations under section 25 of the IRPA. The IAD did not have jurisdiction on this issue, and thus the applicant's appeal would have been dismissed since it is not disputed that Viasna cannot be sponsored in the family class (given that he was not declared).

Subsection 72(2)(a) of the IRPA does not apply in this case. The applicant's argument before the Court today is not that Viasna is, in fact, a member of the family class. The applicant submits that the officer's decision, considered as a whole, was unreasonable; the officer arbitrarily disregarded the reasonable and compassionate grounds by basing his refusal on the fact that the applicant abandoned her son because he had a visual handicap and that he was raised by his grandmother since 1996.

[27] *Huot* was distinguished in *Landaeta*, above, by Justice Boivin, on the ground that in the matter before him, unlike in *Huot*, the applicant had not made representations for an exemption on H&C grounds.

[28] Here, as in *Huot*, the applicants had made extensive H&C submissions to the officer. I agree with Justice Martineau that in such situations, the limitation in paragraph 72(2)(a) of the IRPA does not override the Court's jurisdiction to review whether the officer erred

LIPR. Or, c'est précisément ce qu'a fait le demandeur mineur, qui est en l'occurrence la personne qui cherche à obtenir une dispense quant à son inadmissibilité en vertu de l'article 25.

[26] Un droit d'appel de la décision d'un agent des visas n'est utile que si la procédure d'appel permet d'examiner les questions que peut soulever cette décision. Le juge Martineau a reconnu l'impossibilité de procéder à un tel examen par voie d'appel dans un contexte comme celui de la présente espèce dans la décision *Huot c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 180. En effet, dans cette décision, le juge Martineau a statué que l'alinéa 72(2)a) de la LIPR ne s'appliquait pas lorsque la décision en question n'était pas, en réalité, susceptible d'appel. Aux paragraphes 17 et 18 de cette décision, le juge Martineau affirme :

En l'espèce, la demanderesse avait le droit d'appeler à la SAI en théorie, mais en pratique, ce n'était qu'un droit vide dans la mesure où l'on désirait obtenir de la SAI une exemption pour motifs humanitaires en vertu de l'article 25 de la LIPR. La SAI n'avait pas compétence sur cet aspect, et donc la demanderesse aurait vu son appel refusé, vu qu'il n'est pas contesté que Viasna ne peut être parrainé dans la catégorie du regroupement familial (étant donné qu'il n'a pas été déclaré).

Le paragraphe 72(2)a) de la LIPR ne doit pas s'appliquer dans le cas présent. L'argument de la demanderesse devant la Cour aujourd'hui n'est pas que Viasna est, en fait, un membre de la catégorie du regroupement familial. La demanderesse soumet que la décision de l'agent est déraisonnable lorsqu'on la considère comme un tout; l'agent ayant arbitrairement mis de côté les motifs d'ordre humanitaire, en faisant reposer son refus sur le fait que la demanderesse aurait abandonné son fils parce qu'il avait un handicap visuel et qu'il avait été élevé par sa grand-mère depuis 1996.

[27] Dans la décision *Landaeta*, précitée, le juge Boivin a distingué l'affaire *Huot* de l'affaire dont il était saisi au motif que dans cette dernière, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Huot*, le demandeur n'avait pas présenté d'observations en vue d'obtenir une dispense pour des motifs d'ordre humanitaire.

[28] En l'espèce, comme dans l'affaire *Huot*, les demandeurs avaient présenté à l'agent(e) d'amples observations relatives à des motifs d'ordre humanitaire. Je conviens avec le juge Martineau qu'en pareilles circonstances, la restriction prévue à l'alinéa 72(2)a) de la LIPR

in considering the H&C factors. To conclude otherwise would deny foreign nationals who are excluded from the family class an effective remedy and would be inconsistent with the broad discretion to grant an exemption, particularly where the best interests of a child are concerned.

[29] This is not a case, such as the [Federal] Court of Appeal found in *Somodi*, above, where an early application for judicial review was unnecessary and thus an unwarranted waste of time, money and scarce judicial resources. To the contrary, it would have been a waste of time, money and resources for the sponsor to have sought a decision from the Appeal Division and from that, sought leave for judicial review from this Court. The result would have been a foregone conclusion.

[30] In a post-hearing submission, counsel for the respondent drew my attention to *Garcia Rodriguez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 437, 408 F.T.R. 76, a recent decision of Justice Gleason. On analogous facts, Justice Gleason found that the sponsor did not have standing to bring an application for judicial review under subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* as he was not a person “directly affected by the matter in respect of which relief is sought.” Accordingly, the respondent’s request to strike the sponsor’s name from the style of cause was granted. In that case the sponsorees were three adult children who were non-declared dependants at the time the sponsor was granted permanent residence. Justice Gleason proceeded to consider the merits of the application with respect to the decision to deny an exemption on H&C grounds.

[31] Whether the adult applicant has standing or is required to appeal before applying for judicial review does not, in my view, deprive the foreign national—in this case the minor applicant—of the right under section 18.1 of the *Federal Courts Act* to seek judicial

ne met pas en échec la compétence de la Cour pour examiner si l’agent a commis une erreur lorsqu’il a examiné les facteurs d’ordre humanitaire. La conclusion contraire aurait pour effet de priver les étrangers appartenant à la catégorie du regroupement familial d’un recours efficace et serait incompatible avec le vaste pouvoir discrétionnaire d’accorder une dispense, particulièrement lorsque l’intérêt supérieur d’un enfant est en jeu.

[29] Il ne s’agit pas ici, contrairement à ce que la Cour d’appel [fédérale] a jugé être le cas dans l’arrêt *Somodi*, précité, d’une affaire où une demande de contrôle judiciaire présentée prématurément pourrait être inutile et pourrait être une perte de temps et d’argent ainsi qu’un gaspillage de ressources judiciaires limitées. Au contraire, une perte de temps et d’argent ainsi qu’un gaspillage de ressources auraient été occasionnés si la répondante avait cherché à obtenir une décision de la Section d’appel et avait ensuite déposé une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire de cette décision auprès de la Cour. Le résultat aurait été prévisible.

[30] Dans des observations postérieures à l’audience, l’avocat du défendeur a attiré mon attention sur la récente décision *Garcia Rodriguez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 437, du juge Gleason. Dans une situation factuelle analogue, le juge Gleason a jugé que le répondant n’avait pas qualité pour déposer une demande de contrôle judiciaire en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* puisqu’il n’était pas une personne « directement touché[e] par l’objet de la demande ». En conséquence, la demande du défendeur visant à faire radier le nom du répondant de l’intitulé a été accueillie. Dans cette affaire, les personnes parrainées étaient trois enfants adultes qui étaient des personnes à charge non déclarées à l’époque où la résidence permanente avait été accordée au répondant. Le juge Gleason a ensuite examiné le fond de la demande relativement à la décision de refuser d’accorder une dispense pour des motifs d’ordre humanitaire.

[31] Que la demanderesse adulte ait ou non qualité pour agir ou qu’elle soit ou non tenue d’interjeter appel avant de demander un contrôle judiciaire ne prive pas, selon moi, l’étranger — en l’espèce le demandeur mineur — du droit conféré à l’article 18.1 de la *Loi sur les*

review of a decision to deny him an exemption under section 25 of the IRPA.

[32] I will exercise my jurisdiction, therefore, to consider the application on its merits.

Did the officer apply the correct H&C criteria?

[33] H&C grounds for exempting an applicant from visa requirements can include the reasons why a sponsor did not declare a child or a parent in seeking permanent residence status: *Bernard v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1121, 4 Imm. L.R. (4th) 463, at paragraph 15; and *Sultana*, above, at paragraph 27.

[34] The officer was entitled to consider the previous immigration history of the sponsor and any misrepresentations she may have made: *Kisana*, above, at paragraph 27. From my reading of the CAIPS notes, however, I find that the officer focused much of her attention on the principal applicant's prior history and failure to declare her son to the exclusion of other considerations.

[35] A similar situation was addressed by Justice de Montigny in *Sultana*, above. He stated the following at paragraph 25:

That being said, one must not forget that the presence of section 25 in the IRPA has been found to guard against IRPA non-compliance with the international human rights instruments to which Canada is signatory due to paragraph 117(9)(d): *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, at paragraphs 102–109. If that provis[i]on is to be meaningful, immigration officers must do more than pay lip service to the H&C factors brought forward by an applicant, and must truly assess them with a view to deciding whether they are sufficient to counterbalance the harsh provision of paragraph 117(9)(d). As my colleague Justice Kelen noted in *Hurtado v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 552, at paragraph 14, “if the applicant's misrepresentation were the only factor to be considered, there would be no room for

Cours fédérales de demander un contrôle judiciaire d'une décision lui refusant une dispense en vertu de l'article 25 de la LIPR.

[32] J'exercerai donc ma compétence pour examiner le fond de la demande.

L'agente a-t-elle appliqué les bons critères relatifs aux motifs d'ordre humanitaire?

[33] Les motifs d'ordre humanitaire qui peuvent justifier de dispenser un demandeur des exigences relatives aux visas peuvent inclure les raisons pour lesquelles un répondant n'a pas déclaré un enfant ou un parent au moment de demander le statut de résident permanent : *Bernard c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1121, au paragraphe 15; et *Sultana*, précité, au paragraphe 27.

[34] Il était loisible à l'agente de tenir compte des antécédents de la répondante en matière d'immigration et de toute fausse déclaration qu'elle aurait pu faire : *Kisana*, précité, au paragraphe 27. Toutefois, d'après ma lecture des notes consignées au STIDI, j'estime que l'agente a consacré une bonne part de son attention aux antécédents de la demanderesse principale et à son défaut de déclarer son fils, à l'exclusion d'autres considérations.

[35] Le juge de Montigny s'est penché sur une situation analogue dans l'affaire *Sultana*, précitée. Il a affirmé ce qui suit au paragraphe 25 :

Cela dit, il ne faut pas oublier qu'il a été conclu que l'article 25 de la LIPR visait à protéger contre le non-respect des instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire en raison de l'alinéa 117(9)d) : *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, aux paragraphes 102 à 109. Pour donner un sens à cette disposition, les agents d'immigration doivent non seulement répondre superficiellement aux facteurs d'ordre humanitaire invoqués par un demandeur, mais ils doivent bien les évaluer pour déterminer s'ils sont suffisants pour contrebalancer la disposition draconienne 117(9)d). Comme mon collègue le juge Kelen a fait remarquer dans *Hurtado c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 552, au paragraphe 14, « si la fausse indication donnée par

discretion left to the Minister under section 25 of the Act.” This is indeed recognized in the *Overseas Processing Manual (OP)*, Chapter OP 4: Processing of Applications under Section 25 of the IRPA, Appendix F, where officers are reminded that they should ensure “that their H&C assessments go beyond an explanation as to why applicants are described by R117(9)(d) to consider the positive factors an applicant has raised in support of his/her request for an exemption from R117(9)(d).”

[36] Justice de Montigny found that the officer in that case had considered the failure to disclose as a paramount factor precluding any possibility that H&C factors could overcome the exclusion mandated by paragraph 117(9)(d) of the Regulations. This fixation on that factor prevented the officer from genuinely assessing the H&C considerations submitted by the applicants.

[37] I have reached a similar conclusion in this case. The officer did not ignore the H&C considerations but her review of them was cursory in contrast to her discussion of the occasions on which the principal applicant could have disclosed her son but did not. The officer’s review of the factors was coloured, in my view, by her awareness of the principal applicant’s misrepresentations during their earlier interactions and perceived failure to look after the interests of her son when she had the opportunity to do so earlier.

[38] An officer’s reasons do not have to mention every detail or fact taken into consideration: *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708. But in this case, there is no mention in the CAIPS notes of the temporary nature of Duy’s living arrangement in Vietnam with his grandparents; the fact that the principal applicant went back temporarily to Vietnam to care for her son and to alleviate the burden of separation; the emotional link between the applicants; his ties to his half-brother; and the poor financial situation of Duy’s biological father and inability to care for his son due to his substance abuse.

le demandeur constituait le seul facteur à considérer, le ministre n’aurait plus aucun pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 25 de la Loi. » Cette directive a effectivement été reconnue dans le Guide sur le *Traitement des demandes à l’étranger (OP)*, Chapitre OP 4 : Traitement des demandes présentées en vertu de l’article 25 de la LIPR, à l’appendice F, où l’on rappelle que l’agent doit s’assurer « que son évaluation CH ne fait pas qu’expliquer pourquoi le demandeur est visé au R117(9)d) pour tenir compte des facteurs favorables présentés par le demandeur à l’appui de sa demande de dispense de l’application du R117(9)d) ».

[36] Le juge de Montigny a conclu que l’agent dans cette affaire avait considéré le défaut de déclarer comme un facteur primordial excluant toute possibilité que des facteurs d’ordre humanitaire puissent justifier de passer outre à l’exclusion découlant de l’application de l’alinéa 117(9)d) du Règlement. Cette fixation sur ce facteur avait empêché l’agent d’évaluer véritablement les facteurs d’ordre humanitaire invoqués par les demandeurs.

[37] J’en suis arrivé à une conclusion similaire en l’espèce. L’agente n’a pas fait fi des considérations d’ordre humanitaire, mais l’examen qu’elle en a fait était superficiel par contraste avec son analyse des occasions où la demanderesse principale aurait pu déclarer son fils mais ne l’avait pas fait. La connaissance qu’avait l’agente des fausses déclarations que la demanderesse principale avait faites lorsque l’agente avait eu affaire à elle dans le passé et l’impression de l’agente selon laquelle la demanderesse principale avait omis de veiller à l’intérêt de son fils lorsqu’elle en avait eu l’occasion auparavant ont influé, à mon avis, sur l’examen que l’agente a fait des facteurs.

[38] Un agent n’est pas tenu de mentionner dans ses motifs tous et chacun des détails et des faits qu’il a pris en considération : *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708. Cependant, en l’espèce, les notes consignées au STIDI ne comportent aucune mention du caractère temporaire des conditions de logement de Duy au Vietnam chez ses grands-parents, du fait que la demanderesse principale est retournée temporairement au Vietnam pour prendre soin de son fils et pour atténuer les conséquences de la séparation, des attaches émotionnelles entre les demandeurs, des liens entre le

[39] In my view, the officer's judgment was unduly influenced by the principal applicant's past misrepresentations. I find that the decision is unreasonable.

Did the officer misconstrue the evidence?

[40] The applicants submit that the officer erred in not considering the second Vietnam visit of the principal applicant and a letter from the minor applicant. They also submit that the officer misconstrued the evidence in stating that Duy possibly lived with his father and paternal grandparents and that there was no evidence of financial support. For the most part, however, this information was covered directly or by inference in the officer's notes. It was reasonable for the officer to question Duy's living arrangements as the evidence submitted to her was contradictory on that point.

[41] The officer erred in stating that there was no evidence that the principal applicant was financially supporting her child. The H&C submissions indicate that the principal applicant is sending money to her parents, the temporary caregiver of Duy. It was open to the officer to find that this evidence was insufficient; however it was not open for her to declare that there was no evidence when some existed.

[42] It appears that the officer could not understand why the principal applicant would want to hide Duy from her family since he was born out of a "common-law" relationship. It is not clear from the reasons whether the officer considered whether such relationships were recognized in Vietnam and the effect that might have on any stigma that might attach to the parents

demandeur et son demi-frère ni de la piètre situation financière du père biologique de Duy et de son incapacité à prendre soin de son fils à cause de sa toxicomanie.

[39] À mon avis, le jugement de l'agente a été indûment influencé par les fausses déclarations antérieures de la demanderesse principale. Je conclus que la décision est déraisonnable.

L'agente a-t-elle mal interprété les éléments de preuve?

[40] Les demandeurs soutiennent que l'agente a commis une erreur en ne tenant pas compte du deuxième séjour de la demanderesse principale au Vietnam et d'une lettre du demandeur mineur. Ils soutiennent également que l'agente a mal interprété les éléments de preuve lorsqu'elle a affirmé que Duy vivait peut-être avec son père et ses grands-parents paternels et qu'il n'y avait aucune preuve de soutien financier. Toutefois, les notes de l'agente couvrent ces renseignements en grande partie soit directement ou par inférence. Il était raisonnable que l'agente exprime des doutes quant aux conditions de logement de Duy puisque les éléments de preuve qui lui avaient été présentés étaient contradictoires sur ce point.

[41] L'agente a commis une erreur lorsqu'elle a affirmé qu'il n'y avait aucun élément de preuve indiquant que la demanderesse apportait un soutien financier à son enfant. Les observations relatives aux considérations d'ordre humanitaire indiquent que la demanderesse principale envoie de l'argent à ses parents, qui s'occupent temporairement de Duy. Il était loisible à l'agente de conclure que ces éléments de preuve étaient insuffisants; en revanche, il ne lui était pas loisible d'affirmer qu'il n'y avait aucun élément de preuve alors qu'il y en avait.

[42] L'agente ne parvenait apparemment pas à comprendre en quoi le fait que Duy soit né d'une union de fait avait pu amener la demanderesse principale à vouloir cacher cet enfant à sa famille. Les motifs ne permettent pas de déterminer avec certitude si l'agente a examiné les questions de savoir si de telles unions étaient reconnues au Vietnam et quels stigmates pourraient éventuellement

and the child. This might not have been clear in the submissions, but it was not open to the officer to draw inferences based on western socio-legal concepts: *Lin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 96, 245 F.T.R. 103, at paragraph 30.

[43] As the officer's analysis of the H&C grounds is based partly on her assumptions that the principal applicant did not financially support Duy and that he had always lived with his father or paternal grandparents, her conclusions may have been different had she not misconstrued certain facts.

QUESTION FOR CERTIFICATION

[44] The applicants propose the following question for certification as a serious question of general importance:

In light of sections 72(2)(a), 63(1) and 65 of the *Immigration and Refugee Protection Act* and the case of *Somodi v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 288, where the applicant has made a family class sponsorship application and requested humanitarian and compassionate considerations within the application, is the applicant precluded from seeking judicial review by the Federal Court before exhausting their right of appeal to the Immigration Appeal Division where the right of appeal is limited pursuant to s.117(9)(d) of IRPA.

[45] The respondent proposes no question for certification and opposes the question proposed by the applicants on the ground that this question has already been answered by the Federal Court of Appeal in *Somodi*, above. The respondent further opposes the proposed question on the ground that the question whether an applicant is excluded under paragraph 117(9)(d) of the Regulations is an issue to be decided by the Immigration Appeal Division on appeal.

[46] In my view it is not necessary to certify the proposed question as I have found that in the particular circumstances of this case, the applicant Duy Tuan Hoang

en résulter pour les parents et l'enfant. Les observations n'étaient peut-être pas claires à cet égard, mais il n'était pas loisible à l'agente de tirer des inférences sur le fondement de concepts socio-juridiques occidentaux : *Lin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 96, au paragraphe 30.

[43] Puisque l'analyse que l'agente a faite des motifs d'ordre humanitaire est fondée en partie sur sa compréhension selon laquelle la demanderesse principale n'apportait aucun soutien financier à Duy et celui-ci avait toujours vécu avec son père ou ses grands-parents paternels, les conclusions de l'agente auraient peut-être été différentes si elle n'avait pas mal interprété certains faits.

QUESTION AUX FINS DE CERTIFICATION

[44] Les demandeurs proposent la question suivante aux fins de certification à titre de question grave de portée générale :

Compte tenu de l'alinéa 72(2)a), du paragraphe 63(1) et de l'article 65 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de l'arrêt *Somodi c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 288, lorsque le demandeur a fait une demande de parrainage au titre du regroupement familial dans laquelle il a demandé que soient pris en considération des motifs d'ordre humanitaire, le demandeur doit-il nécessairement épuiser ses voies d'appel auprès de la Section d'appel de l'immigration, lors même que ces voies d'appel sont restreintes par l'alinéa 117(9)d) de la LIPR, avant d'être admissible à déposer une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale?

[45] Le défendeur ne propose aucune question aux fins de certification et s'oppose à la question proposée par les demandeurs au motif que la Cour d'appel fédérale y aurait déjà répondu dans l'arrêt *Somodi*, précité. Le défendeur s'oppose en outre à la question proposée au motif que la question de savoir si un demandeur est exclu en vertu de l'alinéa 117(9)d) du Règlement est une question qu'il appartient à la Section d'appel de l'immigration de trancher en appel.

[46] À mon avis, il n'est pas nécessaire de certifier la question proposée puisque j'ai conclu que, dans les circonstances particulières de la présente espèce, le

is not barred from seeking judicial review of the officer's finding that H&C considerations did not overcome his inadmissibility and justify the grant of an exemption. The question of law addressed by the Federal Court of Appeal in *Somodi* does not arise on the facts of this case.

demandeur Duy Tuan Hoang n'était pas inadmissible à demander un contrôle judiciaire de la conclusion de l'agente selon laquelle les considérations d'ordre humanitaire ne justifiaient pas de passer outre à son inadmissibilité et d'accorder une dispense. La question de droit que la Cour d'appel fédérale a tranchée dans l'arrêt *Somodi* ne se pose pas au regard des faits de la présente espèce.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. the application is granted;
2. the matter is remitted for reconsideration by a different immigration officer; and
3. no question is certified.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. la demande est accueillie;
2. l'affaire est renvoyée pour nouvel examen par un autre agent d'immigration;
3. aucune question n'est certifiée.

T-1645-10
2012 FC 474

T-1645-10
2012 CF 474

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Hani Al Telbani (*Respondent*)

Hani Al Telbani (*défendeur*)

and

et

The Security Intelligence Review Committee
(*Intervener*)

**Comité de surveillance des activités de renseignement
de sécurité** (*intervenant*)

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

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

Federal Court, Noël J.—Ottawa, January 31 and
April 23, 2012.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 31 janvier et
23 avril 2012.

Security Intelligence — Judicial review of decision by Security Intelligence Review Committee (SIRC) determining having jurisdiction to decide questions of law related to Canadian Charter of Rights and Freedoms — Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officers allegedly violating respondent's fundamental Charter rights — Respondent filing complaint to SIRC, demanding reparations — Whether SIRC court of competent jurisdiction to investigate allegations that respondent's constitutional rights violated within meaning of Charter s. 24(1), Constitution Act, 1982, s. 52(1) — SIRC having implied jurisdiction to decide questions of law, including Charter — SIRC mandated to ensure CSIS operating within Canadian law while ensuring Canadian security, individual rights protected — Difficult for SIRC to fulfil mandate without taking existing laws into account — Failing to recognize SIRC's implied power rendering investigative role obsolete — Interaction with other elements of administrative system, adjudicative nature of SIRC supporting implied jurisdiction — SIRC having many attributes of court of law — Parliament not intending to exclude application of Charter from functions of SIRC — SIRC ensuring uniformity in application of law including Charter — SIRC having jurisdiction to grant remedy sought by respondent — Application dismissed.

Renseignement de sécurité — Contrôle judiciaire d'une décision du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) statuant qu'il a compétence pour trancher des questions de droit reliées à la Charte canadienne des droits et libertés — Les agents du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) auraient violé les droits fondamentaux du défendeur garantis par la Charte — Le défendeur a déposé une plainte auprès du CSARS et a demandé une réparation — Il s'agissait de savoir si le CSARS est un tribunal compétent pour faire enquête sur les allégations du défendeur selon lesquelles ses droits constitutionnels ont été violés, et ce, aussi bien au sens de l'art. 24(1) de la Charte que de l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le CSARS a la compétence implicite de trancher des questions de droit, dont celles mettant en cause l'application de la Charte — Le CSARS a pour mission de s'assurer que le SCRS opère conformément aux lois du Canada, tout en s'assurant que la sécurité du Canada de même que les droits individuels sont protégés — Il est difficile pour le CSARS d'assumer sa mission sans tenir compte des lois en vigueur — Le défaut de reconnaître le pouvoir implicite du CSARS de trancher des questions de droit équivaldrait à rendre désuète sa fonction d'enquête — L'interaction du CSARS avec les autres composantes du régime administratif et ses attributs d'instance juridictionnelle le distinguent au point tel de constater qu'un pouvoir implicite existe — Le CSARS a beaucoup des attributs normalement confiés à une cour de justice — Le législateur n'a pas voulu soustraire l'application de la Charte des fonctions du CSARS — Le CSARS doit assurer une application uniforme du droit, dont la Charte — Le CSARS a compétence pour accorder la réparation précise demandée par le défendeur — Demande rejetée.

Constitutional Law — Charter of Rights — Security Intelligence Review Committee (SIRC) determining having jurisdiction to decide questions of law related to Charter — Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officers allegedly violating respondent's fundamental Charter rights — Whether SIRC court of competent jurisdiction to investigate allegations that respondent's constitutional rights violated within meaning of Charter s. 24(1), Constitution Act, 1982, s. 52(1) — SIRC having implied jurisdiction to decide questions of law, including Charter — Parliament not intending to exclude application of Charter from functions of SIRC — SIRC ensuring uniformity in application of law including Charter.

This was an application for judicial review of a decision by the Security Intelligence Review Committee (SIRC) determining that it has jurisdiction to hear arguments and decide questions of law related to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when it is investigating a complaint against the activities of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS).

The respondent alleged that, by their behaviour and actions towards him, CSIS officers had violated his fundamental rights guaranteed under sections 7, 9 and 10 of the Charter. A report by CSIS was allegedly drafted in order to add the respondent's name to a Specified Persons List, or a "no-fly list". The respondent filed a complaint with SIRC in which he demanded an investigation to establish CSIS's responsibility, the withdrawal of damaging reports, the removal of his name from the no-fly list, and compensation for damages. CSIS objected to SIRC's jurisdiction to deal with Charter arguments. The parties then made a joint application to have SIRC determine the issue of jurisdiction before proceeding with the investigation. SIRC felt that it was crucial that it be invested with the authority to apply the Charter in order to fulfill the mandate conferred upon it by Parliament. It determined, *inter alia*, that it has implied jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative provision, and that Parliament wanted SIRC to be able to grant the kinds of remedies sought in the respondent's complaint.

At issue was whether SIRC is a court of competent jurisdiction to investigate the respondent's allegations that his constitutional rights guaranteed by the Charter were violated, both within the meaning of subsection 24(1) of the Charter and subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) a compétence pour se prononcer sur des questions de droit, dont la Charte — Les agents du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) auraient violé les droits fondamentaux du défendeur garantis par la Charte — Il s'agissait de savoir si le CSARS est un tribunal compétent pour faire enquête sur les allégations du défendeur lesquelles ses droits constitutionnels ont été violés, et ce, aussi bien au sens de l'art. 24(1) de la Charte que de l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le CSARS a la compétence implicite de trancher des questions de droit, dont celles mettant en cause l'application de la Charte — Le législateur n'a pas voulu soustraire l'application de la Charte des fonctions du CSARS — Le CSARS doit assurer une application uniforme du droit, dont la Charte.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS), qui a déterminé que lorsqu'il enquête sur une plainte concernant les activités du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), il a compétence pour entendre des arguments et trancher des questions de droit reliées à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le défendeur a allégué que, en raison de leur comportement et de leurs agissements à son égard, les agents du SCRS ont violé ses droits fondamentaux garantis par les articles 7, 9 et 10 de la Charte. Un rapport du SCRS aurait été préparé dans le but de faire inscrire le nom du défendeur sur la Liste des personnes précisées (« la Liste »), soit une liste des personnes interdites de vol (*no-fly list*). Le défendeur a déposé une plainte auprès du CSARS dans laquelle il a demandé une enquête en vue d'établir la responsabilité du SCRS, l'annulation de tout rapport préjudiciable, le retrait de son nom de la Liste et une indemnisation pour les préjudices subis. Le SCRS s'est opposé à la compétence du CSARS d'entendre des arguments relatifs à la Charte. Les parties ont ensuite présenté une demande conjointe selon laquelle le CSARS se devait de trancher la question de compétence avant de procéder à l'enquête. Il est apparu essentiel au CSARS qu'il soit investi du pouvoir d'appliquer la Charte afin d'accomplir le mandat qui lui a été confié par le législateur. Il a statué, entre autres, qu'il avait la compétence implicite de trancher des questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, et que le législateur avait voulu qu'il puisse accorder le type de réparations demandées dans la plainte du défendeur.

Il s'agissait de savoir si le CSARS est un tribunal compétent pour faire enquête sur les allégations du défendeur selon lesquelles ses droits constitutionnels garantis par la Charte ont été violés, et ce, aussi bien au sens du paragraphe 24(1) de la Charte que du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Held, the application should be dismissed.

SIRC has implied jurisdiction to decide questions of law, including those related to the Charter. The factors developed by the Supreme Court of Canada in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur (Martin)* were applied to the specific circumstances of the present case in order to examine how the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSISA) implicitly assigns SIRC the power to decide questions of law.

SIRC's mandate is to scrutinize CSIS activities for the purpose of ensuring that it operates in accordance with Canadian law, with the CSISA, and with its regulations and policies, while ensuring that Canada's security is protected and that individual rights guaranteed under Canadian law are also protected. In order to be able to carry out this mandate, SIRC must review CSIS's work in light of Canadian laws. Consequently, it is called upon to apply these laws. In particular, the investigative function of section 41 of the CSISA includes not only a duty to decide questions of fact, but also to take into account the applicable law according to the particular circumstances of the complaint under review. Failure to recognize that SIRC's legislative mandate carries with it an implied power to decide questions of law would effectively consign SIRC's investigative role to obsolescence. It would make no sense if SIRC was reduced to making findings of fact without being able to measure those findings against a legal backdrop.

SIRC's interaction with other elements of the administrative system also supports the theory that Parliament granted SIRC an implied jurisdiction to determine questions of law, including those based on Charter issues.

The adjudicative nature factor used in *Martin* weighs in favour of recognizing that SIRC has an implied jurisdiction to decide questions of law in exercising its duty of investigating complaints about CSIS activities. In carrying out its investigative duties and functions with respect to a complaint about CSIS activities, SIRC has many of the normal attributes of a court of law, such as the power to make recommendations, which are similar to a declaratory judgment. For both SIRC and a court of law, the process to be followed when national security is at stake is to ensure that principles of fundamental justice are respected according to the circumstances of the case, while ensuring that confidential information is not disclosed.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Le CSARS a le pouvoir implicite de trancher les questions de droit, y compris celles reliées à la Charte. Les facteurs développés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur (Martin)* ont été appliqués aux circonstances particulières de l'espèce afin d'examiner de quelle façon la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (LSCRS) attribue implicitement au SCRS un pouvoir de trancher des questions de droit.

La mission du CSARS consiste à scruter les activités du SCRS dans le but de s'assurer qu'il opère conformément aux lois du Canada, à la LSCRS, à ses règlements et aux politiques, tout en s'assurant que la sécurité du Canada est protégée, tout comme les droits garantis par les lois canadiennes. Pour réaliser cette mission, le CSARS doit examiner le travail du SCRS à la lumière des lois du Canada. En conséquence, il est appelé à appliquer ces lois. Plus particulièrement, la fonction d'enquête de l'article 41 de la LSCRS inclut non seulement une obligation de décider de questions de fait, mais aussi de le faire en tenant compte du droit applicable selon les particularités de la plainte à l'étude. Le défaut de reconnaître que la mission législative du CSARS comporte un pouvoir implicite de trancher des questions de droit équivaudrait à rendre désuète la fonction d'enquête du CSARS. Il serait insensé pour le CSARS de conclure sur des faits sans pouvoir évaluer ces conclusions à la lumière d'une toile de fond législative.

L'interaction du CSARS avec d'autres composantes du régime administratif appuie également la thèse selon laquelle le législateur a donné au CSARS un pouvoir implicite de trancher des questions de droit, y compris celles reliées aux droits protégés par la Charte.

Le facteur portant sur les attributs d'instance juridictionnelle de l'arrêt *Martin* joue en faveur d'une reconnaissance d'un pouvoir implicite accordé au CSARS lui permettant de trancher des questions de droit dans l'exercice de sa fonction d'enquête sur des plaintes dirigées contre les activités du SCRS. Le CSARS, dans le cadre de sa fonction d'enquête sur des plaintes dirigées contre les activités du SCRS, a beaucoup des attributs normalement confiés à une cour de justice, comme le pouvoir de faire des recommandations, lesquelles s'apparentent à ce que peut être un jugement déclaratoire. Tant pour le CSARS que pour une cour de justice, le processus à suivre lorsque la sécurité nationale est en jeu est de s'assurer que les principes de justice fondamentale sont respectés selon les circonstances particulières du dossier, et ce, sans que le processus suivi ne dévoile indument de l'information confidentielle.

It does not appear anywhere in the legislation that Parliament intended to exclude the application of the Charter from the functions of SIRC, including that of investigation. Having to investigate CSIS's activities through its functions of review, examination and investigation, SIRC must ensure uniformity in the application of the law including the Charter.

Finally, as to SIRC's jurisdiction to grant the particular remedy sought under the CSISA, SIRC's mandate leaves no doubt that it should investigate the present allegations with respect to CSIS's activities. SIRC's structure gives it an ideal mechanism to conduct investigations without putting national security at risk, and the investigative functions of SIRC allow it to determine the validity of allegations. SIRC may therefore grant the particular remedy sought by the respondent, given the relevant statutory scheme.

In conclusion, SIRC was created to be an accessible, effective and rapid investigation mechanism. To find that SIRC is not a court of competent jurisdiction to investigate allegations that the constitutional rights of a complainant were violated would significantly limit this mechanism.

En aucun endroit dans la législation ne voit-on une intention de la part du législateur de soustraire l'application de la Charte des fonctions du CSARS, dont celle d'enquête. Le CSARS, ayant à enquêter sur les activités du SCRS par ses fonctions de surveillance, d'examen et d'enquête, doit assurer une application uniforme du droit, dont la Charte.

Enfin, quant à la compétence du CSARS d'accorder la réparation précise demandée en vertu de la LSCRS, la mission du CSARS ne laisse pas de doute qu'il se doit d'enquêter sur ces allégations soulevées au sujet des activités du Service. La structure du CSARS le dote d'un mécanisme idéal pour mener des enquêtes sur ces allégations sans mettre à risque la sécurité nationale, et la fonction d'enquête du Comité lui permet de déterminer la validité des allégations. Le CSARS peut donc accorder la réparation précise demandée par le défendeur eu égard au régime législatif applicable.

En conclusion, le CSARS a été conçu pour être un mécanisme d'enquête accessible, efficace et rapide. Le fait de conclure que le CSARS n'est pas un tribunal compétent pour faire enquête sur des allégations de violation des droits constitutionnels d'un plaignant viendrait restreindre de manière significative ce mécanisme.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 47(1).
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141).
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. 7, 9, 10, 24.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 43 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 63), 44 (as am. *idem*, s. 64; S.C. 1998, c. 9, s. 24), 45 (as am. *idem*, s. 25), 46, 47.
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 "threats to the security of Canada" (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 89), 6, 10, 12, 13 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25), 14 (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 223), 16 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25; 2001, c. 27, s. 224), 17 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25), 21, 30, 31, 33, 34, 37, 38 (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 225), 39, 40, 41 (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 146(E)), 42, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55 (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 226), 56.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 19 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144(F); 1997, c. 22, s. 1), 19.1(1) (as enacted *idem*, s. 2), 20 (as am. *idem*, s. 3).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

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. 7, 9, 10, 24.
Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 133 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 17).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 43 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 63), 44 (mod., *idem*, art. 64; L.C. 1998, ch. 9, art. 24), 45 (mod., *idem*, art. 25), 46, 47.
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 sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 47(1).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 83(1)c) (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4).
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 19 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F); 1997, ch. 22, art. 1), 19.1(1) (édicte, *idem*, art. 2), 20 (mod., *idem*, art. 3).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 133 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 17).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 83(1)(c) (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4).

Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.

Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, s. 2.

Rules of Procedure of the Security Intelligence Review Committee in Relation to its Function under Paragraph 38(c) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, adopted March 9, 1985, RR. 13, 45, 46, online: <<http://www.sirc-csars.gc.ca/cmpplt/rulreg-eng.html>>.

Security Offences Act, R.S.C., 1985, c. S-7.

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « menaces envers la sécurité du Canada » (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 89), 6, 10, 12, 13 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25), 14 (mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 223), 16 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25; 2001, ch. 27, art. 224), 17 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25), 21, 30, 31, 33, 34, 37, 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 225), 39, 40, 41 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 146(A)), 42, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55 (mod. par L.C. 2001 ch. 27, art. 226), 56.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).

Loi sur les infractions en matière de sécurité, L.R.C. (1985), ch. S-7.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31.

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 2.

Règles de procédure du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité à l'égard des fonctions exercées en vertu de l'alinéa 38(c) de la *Loi sur le Service canadien de renseignement de sécurité*, adoptées le 9 mars 1985, règles 13, 45, 46, en ligne : <<http://www.sirc-csars.gc.ca/cmpplt/rulreg-fra.html>>.

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Conway, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, 320 D.L.R. (4th) 25, 1 Admin. L.R. (5th) 163; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, 217 N.S.R. (2d) 301, 231 D.L.R. (4th) 385.

DISTINGUISHED:

Cooper v. Canada (Human Rights Commission), [1996] 3 S.C.R. 854, (1996), 140 D.L.R. (4th) 193, 40 C.R.R. (2d) 81.

CONSIDERED:

Omary v. Canada (Attorney General), 2010 FC 335, 320 D.L.R. (4th) 546, 366 F.T.R. 138; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, 315 D.L.R. (4th) 1, 251 C.C.C. (3d) 435; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, (1991), 81 D.L.R. (4th) 121, 91 CLLC 14,024; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, (1992), 89 D.L.R. (4th) 218, 3 Admin. L.R. (2d) 242; *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174, (1995), 129 D.L.R. (4th) 226, 32 C.R.R. (2d) 295 (T.D.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Conway, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne), [1996] 3 R.C.S. 854.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Omary c. Canada (Procureur général), 2010 CF 335; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108 (C.A.); *Nourhaghighi c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, 2005 CF 148;

and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, 2 Admin. L.R. (2d) 125; *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108, (1988), 50 D.L.R. (4th) 454, 31 Admin. L.R. 14 (C.A.); *Nourhaghighi v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, 2005 FC 148, 26 Admin. L.R. (4th) 192, 268 F.T.R. 268; *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1999] 4 F.C. 624, (1999), 177 D.L.R. (4th) 192, 17 Admin. L.R. (3d) 185 (C.A.); *Mikail v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 674, [2013] 1 F.C.R. 555, 338 D.L.R. (4th) 364, 37 Admin. L.R. (5th) 26; *Brar v. Canada (Solicitor General)* (1989), 43 Admin. L.R. 44, 30 F.T.R. 284 (F.C.T.D.); *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, 206 D.L.R. (4th) 444, 159 C.C.C. (3d) 321; *Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107, (1987), 28 Admin. L.R. 92, 36 C.C.C. (3d) 161 (C.A.); *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 365, [2007] 3 F.C.R. 169, 148 C.R.R. (2d) 45, 56 Imm. L.R. (3d) 178.

REFERRED TO:

R. v. Ferguson, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, 425 A.R. 79, 290 D.L.R. (4th) 17; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Zündel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 233, (1997), 154 D.L.R. (4th) 216, 7 Admin. L.R. (3d) 126 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. *Third Report: Certain R.C.M.P. Activities and the Question of Governmental Knowledge* (1981) (Justice D.C. McDonald (Chairman)), online: <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/mcdonald1979-81-eng/mcdonald1979-81-eng.htm>>.

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities*, online: <http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/cm_arar RCMPgrc-eng.pdf>.

Canada. *Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin: Final Report* (Honourable Frank Iacobucci, Q.C., Commissioner), online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/internal_inquiry/2010-03-09/www.iacobucciinquiry.ca/en/documents/final-report.htm>.

Security Intelligence Review Committee. CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr, SIRC Study 2008-05, July 8, 2009, online: <<http://www.sirc-csars.gc.ca/opbapb/2008-05/index-eng.html>>.

Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité), [1999] 4 C.F. 624 (C.A.); *Mikail c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 674, [2013] 1 R.C.F. 555; *Brar c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] A.C.F. n° 1113 (1^{re} inst.) (QL); *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107 (C.A.); *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 365, [2007] 3 R.C.F. 169.

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Ferguson, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Zündel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 233 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. *Troisième rapport : Certaines activités de la GRC et la connaissance qu'en avait le gouvernement* (1981) (M. le juge D.C. McDonald (président)), en ligne : <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/mcdonald1979-81-fra/mcdonald1979-81-fra.htm>>.

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, en ligne : <http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/cm_arar RCMPgrc-fra.pdf>.

Canada. *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin : Rapport final* (L'honorable Frank Iacobucci, c.r., commissaire), en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/internal_inquiry/2010-03-09/www.iacobucciinquiry.ca/fr/documents/final-report.htm>.

Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr, Étude du CSARS n° 2008-05, 8 juillet 2009, en ligne : <<http://www.sirc-csars.gc.ca/opbapb/2008-05/index-fra.html>>.

Solicitor General Canada. Government's Response to the Report of the House of Commons Special Committee on the Review of the *Canadian Security Intelligence Service Act* and the *Security Offences Act*. *On Course: National Security for the 1990s*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1991.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Security Intelligence Review Committee determining that it has jurisdiction to hear arguments and decide questions of law related to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when it is investigating a complaint against the activities of the Canadian Security Intelligence Service. Application dismissed.

APPEARANCES

Kathia Bustros and *Michael Peirce* for applicant.

No one appearing for respondent.
Nadia Effendi for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Doyon & Associés, Montréal, for respondent.
Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for intervener.

The following is the English version of the reasons for order and order rendered by

NOËL J.:

Introduction

[1] This is an application for judicial review of a decision by the Security Intelligence Review Committee (SIRC or Committee), dated September 8, 2010, under the signature of the member, the Honourable Denis Losier (the Member). SIRC determined that when it is investigating a complaint against the activities of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or Service), including the complaint made by Mr. Hani Al Telbani (Mr. Telbani), it has jurisdiction to hear arguments and decide questions of law related to the

Solliciteur général du Canada. Réponse du gouvernement au Rapport du Comité spécial de la Chambre des communes sur l'examen de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* et de la *Loi sur les infractions en matière de sécurité*. *Maintenir le cap : la sécurité nationale dans les années 90*. Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1991.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité qui a déterminé que lorsqu'il enquête sur une plainte contre des activités du Service canadien du renseignement de sécurité, il a compétence pour entendre des arguments et trancher des questions de droit reliés à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Kathia Bustros et *Michael Peirce* pour le demandeur.

Personne n'a comparu pour le défendeur.
Nadia Effendi pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Doyon & Associés, Montréal, pour le défendeur.
Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L., Ottawa, pour l'intervenant.

Voici les motifs de l'ordonnance et l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE NOËL :

L'introduction

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue le 8 septembre 2010 par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS ou Comité) sous la signature du membre, l'honorable Denis Losier (le membre). Le CSARS a déterminé que lorsqu'il enquête une plainte contre des activités du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service), dont celle de M. Hani Al Telbani (M. Telbani), il a compétence pour entendre des arguments et trancher des questions de droit reliés à la

Canadian Charter of Rights and Freedoms [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). The Committee was granted intervenor status to discuss jurisdiction. The respondent did not submit a written memorandum. He concurs with the Committee's arguments and decision.

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]] (Charte). Le statut d'intervenant fut accordé au Comité pour discuter de la juridiction. L'intimé n'a pas soumis de mémoire écrit. Il est d'accord avec les arguments du Comité et la décision de celui-ci.

[2] For the purposes of gaining a better understanding of these reasons, an outline of the process that was followed to respond to this application is included below:

[2] Aux fins d'une bonne compréhension des présents motifs, on retrouve ci-dessous le plan suivi pour répondre à cette demande de contrôle judiciaire :

Outline

	Paragraph
▪ Introduction	1
▪ Outline	2
I. Background	4
II. Summary of decision under review	13
A. Jurisdiction within the legislative mandate of SIRC	14
B. Jurisdiction under section 52 of the <i>Constitution Act, 1982</i>	17
C. Jurisdiction under section 24 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>	19
III. Issues	20
IV. Applicable standard of review	21
V. Position of the parties	22
VI. The <i>Canadian Security Intelligence Service Act</i> and the role of SIRC	26
A. The Act and the role of SIRC	27
(1) The Canadian Security Intelligence Service	28
(2) The Inspector General	31
(3) The Security Intelligence Review Committee	32
B. A brief review of the case law dealing with SIRC	51
C. The approach to follow according to the case law to determine the issue in this matter	63

Le plan

	Paragraphe
▪ L'introduction	1
▪ Le plan	2
I. Le contexte	4
II. Le sommaire de la décision à l'étude	13
A. Compétence dans le cadre du mandat législatif du CSARS	14
B. Compétence en vertu de l'article 52 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	17
C. Compétence en vertu de l'article 24 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	19
III. Les questions en litige	20
IV. La norme de contrôle applicable	21
V. La position des parties	22
VI. La <i>Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité</i> et le rôle du CSARS	26
A. La Loi et le rôle du CSARS	27
1) Le Service canadien du renseignement de sécurité	28
2) L'inspecteur général	31
3) Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité	32
B. La brève revue de la jurisprudence traitant du CSARS	51
C. L'approche à suivre selon la jurisprudence pour trancher la question en litige au présent dossier	63

VII. Analysis	69	VII. L'analyse	69
Is SIRC a court of competent jurisdiction with the authority to investigate the respondent's allegations that his constitutional rights guaranteed by the Charter were violated, both within the meaning of subsection 24(1) of the Charter and subsection 52(1) of the <i>Constitution Act, 1982</i> ?	69	Est-ce que le CSARS est un tribunal compétent pour faire enquête sur les allégations du défendeur selon lesquelles ses droits constitutionnels garantis par la Charte ont été violés, et ce, aussi bien au sens du paragraphe 24(1) de la Charte que du paragraphe 52(1) de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> ?	69
A. There is no explicit jurisdiction, but is there an implied jurisdiction?	69	A. Il n'y a pas de pouvoir exprès, mais y a-t-il un pouvoir tacite?	69
(1) In order to fulfill its legislative mandate, SIRC must determine questions of law	79	1) Pour mener à bien sa mission législative, le CSARS doit trancher des questions de droit	79
(2) SIRC's interaction with other elements of the administrative system is another indication of its implied jurisdiction to determine questions of law	106	2) L'interaction du CSARS avec les autres composantes du système administratif est un autre indice permettant de percevoir un pouvoir tacite de trancher des questions de droit	106
(3) SIRC is adjudicative in nature	120	3) Le CSARS est une instance juridictionnelle	120
(4) Some practical considerations to discuss	134	4) Certaines considérations pratiques à commenter	134
B. Parliament did not exclude the Charter from SIRC's jurisdiction	148	B. Le législateur n'a pas soustrait l'application de la Charte à la compétence du CSARS	148
C. SIRC has jurisdiction to grant the particular remedy sought under the CSISA	151	C. La réparation précise recherchée peut être accordée par le CSARS selon la LSCRS	151
VIII. Conclusion	156	VIII. La conclusion	156
A. Costs	161	A. Les frais	161
▪ The Order		▪ L'ordonnance	

[3] As a reading of these reasons will show, there is a certain amount of repetition. Taking into account the analysis factors outlined in *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765 (*Conway*) used to frame the analysis and address the matter at issue, this repetition is necessary, given the analysis grid that follows.

[3] Comme la lecture des présents motifs le montrera, il y a répétition. Tenant compte des facteurs d'analyse mis de l'avant dans [l'arrêt] *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765 (*Conway*) pour encadrer l'analyse et répondre à la question à l'étude, les répétitions sont nécessaires étant donné la grille d'analyse à suivre.

I. Background

[4] Mr. Telbani sent a formal demand to the Director of CSIS on June 19, 2008, regarding the actions of two of the Service's officers. He alleged that the two officers went to his home, entered his residence without a warrant or permission and acted in a threatening and intimidating manner toward him, in violation of his fundamental rights guaranteed under sections 7, 9 and 10 of the Charter. A report by CSIS was allegedly drafted and forwarded to the Minister of Transport, Infrastructure and Communities in order to have his name added to a Specified Persons List, namely, a "no-fly list" (the list).

[5] Mr. Telbani therefore demanded that the Service acknowledge its responsibility and remedy the violations committed by, among other things, withdrawing any damaging reports that may have been written about him, taking the proper measures to have his name removed from the list and making an offer of compensation for moral and material damages endured.

[6] In a letter dated June 27, 2008, the acting Deputy Director of CSIS indicated that Mr. Telbani's allegations had been reviewed and that it had been determined that no action would be taken.

[7] On July 11, 2008, Mr. Telbani filed a complaint with SIRC, pursuant to section 41 [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 146(E)] of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the Act or the CSISA), in which he demanded an investigation to establish and acknowledge CSIS's responsibility for the treatment described in the formal demand letter, and that SIRC recommend to the Service that they begin the process of providing the remedies demanded therein.

[8] Upon receiving the complaint, SIRC invited the parties to file their written submissions regarding its jurisdiction to investigate. The Service did not avail itself of this opportunity, while Mr. Telbani filed his submissions on September 19, 2008.

I. Le contexte

[4] M. Telbani a présenté une mise en demeure au directeur du SCRS en date du 19 juin 2008 relativement aux agissements de deux agents du Service. Il allègue que ces agents l'ont visité à son domicile, sont entrés dans sa résidence sans mandat ni permission et se sont conduits de manière intimidante et menaçante envers lui, et ce, en violation de ses droits fondamentaux garantis par les articles 7, 9 et 10 de la Charte. Un rapport du SCRS aurait également été préparé et transmis au ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités dans le but de faire inscrire son nom sur une liste de personnes précisées, soit une liste des personnes interdites de vol (la liste) (une « *no-fly list* »).

[5] M. Telbani réclamait en conséquence que le Service reconnaisse sa responsabilité et répare les violations commises, entre autres, en annulant tout rapport préjudiciable ayant pu être rédigé à son endroit, en prenant les mesures nécessaires pour que son nom soit retiré de la liste et en communiquant une offre d'indemnisation pour les préjudices moraux et matériels subis.

[6] Dans une lettre en date du 27 juin 2008, la directrice adjointe par intérim du SCRS a indiqué que les allégations de M. Telbani ont été examinées et qu'il a été déterminé qu'il n'y avait pas matière à donner suite aux demandes exigées.

[7] Le 11 juillet 2008, M. Telbani a transmis une plainte au CSARS en vertu de l'article 41 [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 146(A)] de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi ou la LSCRS) dans laquelle il demandait une enquête afin d'établir et de reconnaître la responsabilité du SCRS pour le traitement décrit dans la mise en demeure et que le CSARS recommande au Service d'entreprendre les réparations qui y étaient exigées.

[8] À la réception de la plainte, le CSARS a invité les parties à déposer leurs observations écrites quant à sa compétence pour faire enquête. Le Service ne s'est pas prévalu de cette occasion tandis que M. Telbani a transmis ses observations le 19 septembre 2008.

[9] On December 10, 2008, SIRC determined that it had jurisdiction to investigate the complaint since it involved the Service's activities and it was not trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith, in accordance with section 41 of the Act.

[10] On March 23, 2009, during a pre-hearing conference call, CSIS indicated that it objected to SIRC's jurisdiction to deal with Charter arguments and that it wanted a hearing to address the issue. The Service provided written submissions on this subject on June 12, 2009, and Mr. Telbani did likewise on August 3, 2009, and he also withdrew a part of the allegations raised in his complaint.

[11] On October 7, 2009, at the start of the hearing of the complaint, SIRC suggested that it hear all of the evidence before deciding whether it had jurisdiction with respect to the Charter. However, Mr. Telbani indicated that his complaint was based on the breach of his constitutional rights and that if the Committee had no jurisdiction regarding the Charter, he had no other complaint to be heard. The parties then made a joint application to have the Committee determine the issue of jurisdiction before proceeding with the investigation.

[12] SIRC accepted the joint application by the parties and the hearing was adjourned in order to allow the parties to file their written submissions solely on the Committee's jurisdiction. Following the filing of these documents, SIRC rendered a decision dated September 8, 2010, in which it determined that it did have jurisdiction to investigate the allegations and decide questions of law involving the Charter. That decision is the subject of the present judicial review.

II. Summary of the decision under review

[13] In a 20-page decision, tribunal Member Losier begins by summarizing the complaint, the procedures followed and the parties' submissions. He then proceeds with an analysis of SIRC's jurisdiction by summarizing the two types of remedies available in cases of Charter violations, namely, those offered under section 24 of the Charter in cases of unconstitutional actions and those

[9] Le 10 décembre 2008, le CSARS a déterminé qu'il avait compétence pour enquêter sur la plainte puisque celle-ci portait sur des activités du Service et n'était pas frivole, vexatoire, sans objet ou entachée de mauvaise foi, le tout en conformité avec l'article 41 de la Loi.

[10] Le 23 mars 2009, lors d'une conférence téléphonique préparatoire, le SCRS a indiqué qu'il s'opposait à la compétence du CSARS d'entendre des arguments relatifs à la Charte et qu'il souhaitait une audition pour traiter de la question. Le Service a fourni des observations écrites à ce sujet le 12 juin 2009 et M. Telbani a fait de même le 3 août 2009, où il a également retiré une partie des allégations faisant l'objet de sa plainte.

[11] Le 7 octobre 2009, au début de l'audition de la plainte, le CSARS a proposé d'entendre l'ensemble de la preuve avant de se prononcer sur sa compétence en matière de la Charte. Toutefois, M. Telbani a indiqué que sa plainte était fondée sur le bris de ses droits constitutionnels et que si le Comité n'avait pas compétence en matière de la Charte, il n'y aurait plus de plainte à faire entendre. Les parties ont donc présenté une demande conjointe selon laquelle le Comité se devait de trancher la question de compétence avant de procéder à l'enquête.

[12] Le CSARS a accepté la demande des parties et l'audition a été ajournée afin de permettre aux parties de déposer des prétentions écrites portant uniquement sur la compétence du Comité. Suite aux dépôts de ces documents, le CSARS a rendu une décision en date du 8 septembre 2010, dans laquelle il conclut avoir compétence pour enquêter sur des allégations et trancher des questions de droit portant sur la Charte. Cette décision est le sujet du présent contrôle judiciaire.

II. Le sommaire de la décision à l'étude

[13] Dans une décision de 20 pages, le membre Losier résume d'abord la plainte, les procédures suivies et les prétentions des parties. Il enclenche ensuite l'analyse de la compétence du CSARS en résumant les deux types de réparations disponibles en cas de violation de la Charte, soit celles offertes par l'article 24 de la Charte en cas d'acte inconstitutionnel et par le paragraphe 52(1) de la

under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] where unconstitutional provisions are involved (*R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at paragraphs 59–61).

A. *Jurisdiction within the legislative mandate of SIRC*

[14] Member Losier begins by examining Mr. Telbani's argument that there is no need to proceed with an analysis on the basis of the remedies sought, as the only issue is whether, within SIRC's legislative mandate, the Committee had jurisdiction to investigate the Service's alleged actions. In his ensuing reasons, Member Losier expresses the view that the Committee has jurisdiction, within its legislative mandate, to investigate a complaint that raises a violation of constitutional rights provided under the Charter.

[15] He notes that the complaint met the requirements of section 41 of the Act and that, on completion of an investigation of a complaint under the same section, the Committee is to provide "a report containing the findings of the investigation and any recommendations that [it] considers appropriate" (paragraph 52(1)(a) of the Act). He also notes that SIRC has the mandate, under section 40 of the Act "of ensuring that the activities of the Service are carried out in accordance with this Act, the regulations and directions issued by the Minister under subsection 6(2) and that the activities do not involve any unreasonable or unnecessary exercise by the Service of any of its powers" (SIRC report, at paragraph 35 and see also section 40 of the Act). He then emphasizes that the directions issued by the Minister [Minister of Public Safety and Emergency Preparedness] provide that [TRANSLATION] "[t]he government and people of Canada expect ... the Service to carry out its duties while respecting the principle of the rule of law and the rights and freedoms guaranteed to Canadians by the [Charter]" (SIRC report, at paragraph 35). The member feels it was crucial that the Committee be invested with the authority to apply the Charter in order to fulfill the mandate conferred upon it by Parliament. The opposite would require the complainants to assert their rights in

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]] lorsqu'il est question d'une disposition inconstitutionnelle (*R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, aux paragraphes 59 à 61).

A. *Compétence dans le cadre du mandat législatif du CSARS*

[14] Le membre Losier examine d'abord l'argument de M. Telbani selon lequel il n'y a pas lieu d'entamer une analyse fondée sur les réparations recherchées, car il est seulement question de savoir si, dans le cadre du mandat législatif du CSARS, le Comité a compétence pour faire enquête sur les actes reprochés au Service. Pour les motifs qui suivent, le membre Losier est d'avis que le Comité a la compétence, dans le cadre de son mandat législatif, pour enquêter une plainte qui soulève la violation de droits constitutionnels prévus par la Charte.

[15] Il note que la plainte répond aux exigences de l'article 41 de la Loi et qu'après enquête faite en vertu de ce même article, le Comité est mandaté à rendre « un rapport contenant ses conclusions et les recommandations qu'il juge indiquées » (alinéa 52(1)a) de la Loi). Il note aussi que le CSARS a pour mandat selon l'article 40 de la Loi « de veiller à ce que les activités du Service soient conduites conformément à la présente loi, à ses règlements et aux instructions du ministre visées au paragraphe 6(2), et qu'elles ne donnent pas lieu à l'exercice par le Service de ses pouvoirs d'une façon abusive ou inutile » (rapport du CSARS au paragraphe 35 et voir aussi l'article 40 de la Loi). Il souligne ensuite que les instructions du ministre [ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile] prévoient que « [l]e gouvernement et la population du Canada s'attendent [...] à ce que le Service exerce ses fonctions en respectant le principe de la primauté du droit et les droits et libertés garantis aux Canadiens par la [Charte] » (rapport du CSARS, au paragraphe 35). Il lui apparaît donc essentiel que le Comité soit investi du pouvoir d'appliquer la Charte afin d'accomplir le mandat qui lui a été confié par le législateur. Le contraire obligerait les plaignants de faire valoir leurs droits devant des forums différents, ce qui irait à l'encontre des directions de la Cour suprême

various different fora, which would go against the directions of the Supreme Court of Canada (Supreme Court) to the effect that Canadians should be entitled to assert their constitutional rights before the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts.

[16] Lastly, Member Losier concludes this part of the analysis by relying on *Omary v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 335, 320 D.L.R. (4th) 546 (*Omary*) to state that by allowing the application for judicial review in that case, [TRANSLATION] “the Federal Court implicitly recognized ... the Committee’s jurisdiction to determine Charter issues since the complainant’s allegations in this case pertain to the violation of his constitutional rights guaranteed under the Charter” (SIRC report, at paragraph 40).

B. *Jurisdiction under section 52 of the Constitution Act, 1982*

[17] Member Losier notes that, at first blush, the allegations raised in Mr. Telbani’s complaint imply that only subsection 24(1) of the Charter is at issue, but that since he must determine a jurisdictional issue without an investigation and thus without a factual background, he feels it would also be useful to determine the Committee’s jurisdiction pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[18] He then proceeds with an analysis of jurisdiction as set out in *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 (*Martin*). Regarding the first issue, that is, whether SIRC has explicit or implied jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative provision, he finds that in light of the factors in *Martin*, the Committee has implied jurisdiction. First, he is of the view that the mandate given to SIRC requires that it examine and decide questions of law, including those that involve the application of the Charter, in order to effectively carry out its oversight role with respect to CSIS. Second, in order to move away from *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854 (*Cooper*),

du Canada (Cour suprême) à ce que les Canadiens puissent faire valoir leurs droits constitutionnels devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures parallèles.

[16] Finalement, le membre Losier complète cette partie de l’analyse en s’appuyant sur [la décision] *Omary c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 335 (*Omary*) pour affirmer qu’en accueillant la demande de contrôle judiciaire dans cette affaire, « la Cour fédérale a implicitement reconnu [...] la compétence du Comité de se prononcer sur des questions de Charte puisque les allégations soulevées par le plaignant dans cette affaire portent notamment sur la violation de ses droits constitutionnels garantis par la Charte » (rapport du CSARS, au paragraphe 40).

B. *Compétence en vertu de l’article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982*

[17] Le membre Losier note qu’à première vue, les allégations soulevées dans la plainte de M. Telbani suggèrent que seul le paragraphe 24(1) de la Charte est en question, mais que puisqu’il doit trancher la question de compétence sans enquête et donc sans contexte factuel, il croyait bon également se prononcer sur la compétence du Comité en vertu de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[18] Il entreprend ensuite l’analyse de la compétence telle que précisé dans l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 (*Martin*). Pour la première question, c’est-à-dire si le CSARS a la compétence explicite ou implicite de trancher des questions de droit découlant de l’application d’une disposition législative, il conclut qu’à la lumière des facteurs dans [l’arrêt] *Martin*, le Comité aurait une compétence implicite. Premièrement, il est d’avis que la mission confiée au CSARS nécessite que ce dernier examine et se prononce sur des questions de droit, dont celles mettant en cause l’application de la Charte, afin d’accomplir efficacement son rôle de surveillance du SCRS. Deuxièmement, afin

according to which the Canadian Human Rights Commission (CHRC [or Commission]) did not have jurisdiction to decide questions of constitutional law, he distinguishes the role of the Committee. Third, he notes that complaints are reviewed before quasi-judicial hearings. Lastly, he feels that the Committee has the capacity to consider questions of law arising under a legislative provision and that CSIS has failed to rebut the presumption that this jurisdiction also applies to the Charter.

C. Jurisdiction under section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms

[19] Applying the Supreme Court’s approach in *Conway*, above, at paragraphs 81 and 82, Member Losier first notes that he had already determined in his analysis of section 52 that the Committee had jurisdiction to decide questions of law, including Charter matters, and that there is no indication that Parliament intended to exclude the application of the Charter from his jurisdiction. As to the question of whether SIRC can grant the particular remedy sought, given the relevant statutory scheme, he draws a parallel with a declaratory remedy such as that issued in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44 (*Khadr*), at paragraphs 46–47, and states that [TRANSLATION] “the power to make findings and recommendations provided under section 52 of the [Act] may be characterized as a remedy that takes into account the particular context in which the Committee exercises its functions” (SIRC report, at paragraph 87). He is therefore of the opinion that the remedies sought in this complaint, that is, that the Committee investigate, identify and recommend to CSIS that it take the necessary measures, where applicable, to remedy the Charter violations, are the kinds of remedies that Parliament wanted SIRC to be able to grant given its statutory scheme.

d’écarter la décision *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854 (*Cooper*), selon laquelle la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP [ou la Commission]) n’avait pas compétence pour se prononcer sur des questions de droit constitutionnel, il distingue le rôle du Comité. Troisièmement, il souligne que l’examen des plaintes se fait lors d’audiences quasi judiciaires. Finalement, il est d’avis que le Comité a la capacité d’examiner des questions de droit découlant de l’application d’une disposition législative et que le SCRS n’a pas réfuté la présomption que cette compétence s’applique également à la Charte.

C. Compétence en vertu de l’article 24 de la Charte canadienne des droits et libertés

[19] Appliquant la démarche proposée par la Cour suprême dans [l’arrêt] *Conway*, précité, aux paragraphes 81 et 82, le membre Losier note d’abord qu’il avait déjà conclu dans son analyse de l’article 52 que le Comité a compétence pour se prononcer sur des questions de droit, dont la Charte, et qu’il n’y avait aucune indication que le législateur ait voulu soustraire son application de cette compétence. Quant à la question de savoir si le CSARS peut accorder la réparation précise demandée eu égard au régime législatif applicable, il trace un parallèle avec une réparation de nature déclaratoire telle que celle émise dans l’arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44 (*Khadr*), aux paragraphes 46 et 47, et affirme que « le pouvoir de conclure et de faire des recommandations prévu à l’article 52 de la [Loi] peut être caractérisé comme une réparation qui tient compte du contexte particulier dans lequel le Comité exerce ses fonctions » (rapport du CSARS, au paragraphe 87). Il est donc d’avis que les réparations demandées dans la plainte, c’est-à-dire que le Comité fasse enquête et identifie et recommande au SCRS de prendre les moyens nécessaires, s’il y a lieu, pour réparer les violations de la Charte, sont celles que le législateur a voulu que le CSARS puisse accorder eu égard à son régime législatif.

III. Issues

[20] The issue can be summarized as follows:

Is SIRC a court of competent jurisdiction to investigate the respondent's allegations that his constitutional rights guaranteed by the Charter were violated, both within the meaning of subsection 24(1) of the Charter and subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*?

IV. Applicable standard of review

[21] Given that SIRC's decision pertains to a question of law and of jurisdiction, the parties agree that the applicable standard of review in this case is correctness. Although this question requires that SIRC interpret its enabling statute, and although the Supreme Court has indicated that in such cases deference will usually be warranted (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 54), as we shall see, the analysis established to decide this question requires much more than a simple analysis of the CSISA. Moreover, the Supreme Court clearly stated that an administrative tribunal "can expect no curial deference with respect to constitutional decisions" (*Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5 (*Cuddy Chicks*), at page 17) and that its decisions based on the Charter are subject to judicial review on a correctness standard (*Martin*, above, at paragraph 31). Therefore, it is up to this Court to undertake its own analysis of the question and if it does not agree with the determination of the decision maker it will substitute its own view for that of the Committee (*Dunsmuir*, above, at paragraph 50).

V. Position of the parties

[22] The Attorney General contends that SIRC has no jurisdiction to decide questions of law or investigate allegations involving the Charter, or any jurisdiction within the meaning of subsection 24(1) of the Charter, and it cannot declare legislative provisions invalid under

III. Les questions en litige

[20] La question en litige peut se résumer ainsi :

Est-ce que le CSARS est un tribunal compétent pour faire enquête sur les allégations du défendeur selon lesquelles ses droits constitutionnels garantis par la Charte ont été violés, et ce, aussi bien au sens du paragraphe 24(1) de la Charte que du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

IV. La norme de contrôle applicable

[21] Puisque la décision du CSARS concerne une question de droit et de compétence, les parties s'entendent que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte. Bien que cette question exige du CSARS qu'il interprète sa propre loi constitutive, et que la Cour suprême a indiqué que dans de tels cas la déférence est habituellement de mise (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 54), comme nous le verrons, l'analyse établie pour trancher cette question requiert bien plus qu'une simple analyse de la LSCRS. De plus, la Cour suprême a énoncé de façon claire qu'un tribunal administratif « ne peut s'attendre à aucune retenue judiciaire à l'égard de ses décisions en matière constitutionnelle » (*Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5 (*Cuddy Chicks*), à la page 17) et que ses décisions fondées sur la Charte sont donc assujetties au contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte (*Martin*, précité, au paragraphe 31). Il revient donc à cette Cour d'entreprendre une nouvelle analyse de la question et en cas de désaccord, sa conclusion doit se substituer à celle du Comité (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 50).

V. La position des parties

[22] Le procureur général affirme que le CSARS n'a pas compétence pour trancher des questions de droit ou faire enquête sur des allégations portant sur la Charte, ni compétence au sens du paragraphe 24(1) de la Charte, et ne peut invalider des dispositions législatives en vertu

subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. For its part, SIRC opposes this contention.

[23] Addressing the SIRC's jurisdiction according to the Act, the Attorney General notes that SIRC has no inherent jurisdiction and that it cannot exceed the mandate conferred upon it by its enabling statute, which does not grant it the authority to decide questions of constitutional law, or even questions of general law. In his view, SIRC is an investigative body which plays an advisory role and makes recommendations, but which exercises no adjudicative function and is not a court of competent jurisdiction.

[24] The Attorney General pointed out that in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385 (*Thomson*), at page 400, Justice Cory made the following comment with regard to recommendations made under section 42 of the Act: "The Committee's recommendation constitutes a report put forward as something worthy of acceptance. It serves to ensure the accuracy of the information on which the Deputy Minister makes the decision, and it gives the Deputy Minister a second opinion to consider. It is no more than that." The Attorney General also relies on a similar decision in *Omary*, above, at paragraphs 25, 28 and 33, to assert that there is nothing in the Act to suggest that, after conducting an investigation under section 41, SIRC would be called upon to apply provisions of the Act or standards drawn from other statutes, including the Charter. As for the obligations and procedural powers conferred upon SIRC under the Act, the Attorney General maintains that they in no way point to any jurisdiction to decide questions of law.

[25] The Committee acknowledges that its recommendations are non-binding. However, it invokes the investigative and reviewing functions granted to it under section 38 [as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 225] of the Act and notes the very broad power to determine its own procedure conferred upon it under section 39 of the Act and recognized by this Court in *Omary*, above, at paragraph 20, as well as in *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174 (T.D.) (*Al Yamani*), at pages 191–192. More importantly, the Committee maintains that interpreting legislation and making findings of

du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour sa part, le CSARS prend le contre-pied.

[23] Adressant la compétence du CSARS d'après la Loi, le procureur général souligne que le CSARS n'a pas de compétence inhérente, qu'il ne peut outrepasser le cadre du mandat que lui confère sa loi habilitante et que celle-ci ne lui confère pas le pouvoir de trancher des questions de droit constitutionnel ni même de droit général. Selon lui, le CSARS est un organisme d'enquête qui joue un rôle consultatif en formulant des recommandations, mais qu'il n'exerce aucune fonction juridictionnelle et qu'il n'est pas un tribunal judiciaire compétent.

[24] Le procureur général souligne notamment l'arrêt *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385 (*Thomson*), à la page 400, où le juge Cory a tenu les propos suivants au sujet des recommandations faites sous l'article 42 de la Loi : « La recommandation du comité est un rapport présenté comme étant digne d'acceptation. Elle sert à garantir l'authenticité des renseignements sur lesquels le sous-ministre fonde sa décision et lui donne l'avantage d'une seconde opinion, rien de plus. » Le procureur général s'appuie également sur une décision semblable dans l'arrêt *Omary*, précité, aux paragraphes 25, 28 et 33, pour affirmer que rien dans la Loi ne permet de penser qu'à l'issue d'une enquête menée en vertu de l'article 41, le CSARS est appelé à appliquer des dispositions de la Loi ou encore des normes tirées d'autres lois, y compris la Charte. Quant aux obligations et pouvoirs procéduraux attribués au CSARS en vertu de la Loi, le procureur général avance qu'ils ne permettent nullement de conclure à une compétence pour trancher des questions de droit.

[25] Le Comité reconnaît que ses recommandations ne sont pas exécutoires. Toutefois, il invoque ses fonctions d'enquête et de surveillance accordées par l'article 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 225] de la Loi et souligne son pouvoir très large de déterminer sa procédure, conféré par l'article 39 de la Loi et reconnu par cette Cour dans [l'arrêt] *Omary*, précité, au paragraphe 20 ainsi que dans [la décision] *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.) (*Al Yamani*), aux pages 191 et 192. Il avance surtout que dans le cadre de son mandat, il se doit d'interpréter des

questions of law or of mixed law and fact fall within its mandate (*Al Yamani*, at page 211 and *Omary*, at paragraphs 17–18). The parties’ other arguments, raised with respect to the test developed by the Supreme Court in *Conway*, above, will be considered in section “VII. Analysis” of these reasons.

VI. The Canadian Security Intelligence Service Act and the role of SIRC

[26] Before proceeding with the analysis of the issue at hand, it is important to have a clear understanding of the CSISA and the role assigned to SIRC. It would also be helpful to provide an overview of the case law involving SIRC and the case law pertaining to the test established by the Supreme Court as well as the criteria to be taken into consideration in the determination of the issue in this matter.

A. *The Act and the role of SIRC*

[27] The overriding concern of the CSISA is protecting national security while safeguarding individual rights. The Act contains three parts (a fourth part became obsolete following a parliamentary review at the end of the 1980s).

(1) The Canadian Security Intelligence Service

[28] The first part of the Act created CSIS, our civilian intelligence agency. Its main functions are collecting information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada (section 12), providing security assessments (section 13 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25]), advising ministers of the Crown on matters relating to the security of Canada (section 14 [as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 223]) and collecting information relating to foreign states (section 16 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25; 2001, c. 27, s. 224]).

lois et de formuler des conclusions de droit et mixtes de droit et de fait (*Al Yamani*, à la page 211 et *Omary*, aux paragraphes 17 et 18). Les autres arguments des parties, soulevés dans le cadre du test élaboré par la Cour suprême dans l’arrêt *Conway*, précité, seront considérés dans la section « VII. L’analyse » de ces motifs.

VI. La Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et le rôle du CSARS

[26] Avant d’aborder l’analyse de la question à l’étude, il est important de bien comprendre la LSCRS et le rôle attribué au CSARS. Il sera aussi utile de faire un survol de la jurisprudence impliquant le CSARS et de revoir ensuite celle qui relate le test établi par la Cour suprême et les critères à prendre en considération pour trancher la question en litige dans le présent dossier.

A. *La Loi et le rôle du CSARS*

[27] La LSCRS a comme préoccupation ultime la protection de la sécurité nationale tout en préservant les droits individuels. On y retrouve trois parties (une quatrième est devenue désuète suite à l’examen parlementaire qui a eu lieu à la fin des années 80).

1) Le Service canadien du renseignement de sécurité

[28] La première partie de la Loi crée le SCRS, organisme civil d’intelligence. Ses fonctions principales sont la collecte d’informations et de renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada (article 12), les évaluations de sécurité (article 13 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25]), le rôle de conseiller aux ministres sur les questions de sécurité du Canada (article 14 [mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 223]) et la collecte d’informations reliées aux États étrangers (article 16 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25; 2001, ch. 27, art. 224]).

[29] To carry out these functions, CSIS may enter into arrangements with foreign governments and their police forces, provincial governments, police forces in Canada (sections 13 and 17 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25]) and obtain warrants (section 21 *et seq.*). However, such warrants are subject to the statutory requirements set out in Part II [sections 21 to 28] of the Act under the title “Judicial Control” and warrants are issued by judges designated for that purpose by the Chief Justice of the Federal Court.

[30] Part III [sections 29 to 55] of the Act, entitled “Review”, is comprised of two sections: The first describes the role of the Inspector General, who reports to the executive and the second describes the role of SIRC, which reports to the executive, to Parliament and to the complainant.

(2) Inspector General

[31] The Inspector General’s functions are to monitor the compliance by CSIS with its operational policies, to review its operational activities and to provide confirmation of the above by submitting certificates (section 30). After receiving a copy of the report of the CSIS Director, the Inspector General will then submit to the Minister a certificate stating the extent to which the Inspector General is satisfied with the report (section 33). The Inspector General is entitled to have access to any information under the control of the Service, other than a confidence of the Queen’s Privy Council (section 31). I note that SIRC not only has this power as well, but that it is also entitled to information under the control of the Inspector General (section 39). As soon as practicable after receiving the CSIS Director’s report and a certificate of the Inspector General, the Minister shall forward the report and certificate to the Committee (subsection 33(3)).

(3) Security Intelligence Review Committee

[32] SIRC is comprised of a Chairman and not less than two and not more than four members from among members of the Queen’s Privy Council for Canada (who

[29] Pour articuler ces fonctions, le SCRS peut conclure des ententes avec des gouvernements étrangers et leurs corps policiers, les gouvernements provinciaux, les corps policiers du Canada (articles 13 et 17 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25]) et obtenir des mandats (articles 21 et suivants). Ces mandats sont toutefois assujettis aux exigences législatives que l’on retrouve à la partie II [articles 21 à 28] de la Loi sous le titre « Contrôle judiciaire » et ce sont les juges désignés par le Juge en chef de la Cour fédérale qui assument cette tâche.

[30] La partie III [articles 29 à 55] de la Loi, intitulée « Surveillance », comprend quant à elle deux volets : le premier décrit le rôle de l’inspecteur général, qui fait rapport à l’exécutif et le deuxième volet celui du CSARS, qui fait rapport à l’exécutif, au Parlement et au plaignant.

2) L’inspecteur général

[31] Les fonctions de l’inspecteur général sont de s’assurer que le SCRS agit conformément à ses règles et politiques internes, de surveiller ses activités opérationnelles et de confirmer le tout par l’entremise de certificats (article 30). Après avoir reçu rapport du directeur du SCRS, l’inspecteur général fait à son tour rapport au ministre des études qu’il fait et des certificats qui résultent de son travail (article 33). L’inspecteur général a accès à l’information détenu par le Service, sauf l’information confidentielle du Conseil privé de la Reine (article 31). Je note que le CSARS a non seulement ce pouvoir, mais a également droit à l’information détenue par l’inspecteur général (article 39). Lorsque le ministre reçoit les rapports du directeur du SCRS et les certificats de l’inspecteur général, il doit les acheminer au Comité dans les plus brefs délais (paragraphe 33(3)).

3) Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité

[32] Le CSARS est composé d’un président et de deux à quatre membres choisis parmi les membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada (ceux qui ne font pas

are not members of the Senate or the House of Commons) after consultation by the Prime Minister with the Leader of the Opposition in the House of Commons and the leader of each party having at least 12 members in that House (subsection 34(1)). Every member of SIRC and every person engaged by it must comply with all security requirements under the Act and must take an oath of secrecy set out in the schedule of the CSISA, in the same way as does the Director and employees of CSIS (sections 10 and 37).

[33] There are three main components to the functions of SIRC: (1) the Committee reviews the performance by CSIS of its duties and functions; (2) it arranges for reviews to be conducted, or conducts reviews for the purpose of ensuring that the activities of CSIS do not involve any unreasonable or unnecessary exercise of its powers; and (3) it conducts investigations in relation to complaints made against CSIS, denials of security clearance and reports made pursuant to the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (*Citizenship Act*) or the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (*Canadian Human Rights Act*) (section 38 of the CSISA).

[34] SIRC's reviewing functions cover all of the duties and functions of CSIS: it has to review reports of the Director of the Service and certificates of the Inspector General, directions issued by the Minister, arrangements entered into with governments and police forces, reports to the Minister regarding purported unlawful actions of employees and CSIS regulations; it must review applications by ministers for warrants in relation to the conduct of the international affairs of Canada; and it must compile and analyse statistics on the operational activities of the Service (paragraph 38(a) and its subparagraphs).

[35] As previously noted, the investigative functions of SIRC are rooted not only in the CSISA, but also in the *Citizenship Act* and the *Canadian Human Rights Act*. There is a common thread that justifies the Committee's involvement under these three Acts: the work of CSIS is involved. First, SIRC will investigate any complaint filed concerning CSIS activities or with respect to an individual being denied a security clearance required for employment in the public service or any person who has been denied a contract to provide goods or services to

partie du Sénat ou de la Chambre des communes) suite à des consultations entre le premier ministre, le chef de l'opposition et les chefs des partis ayant au moins douze députés (paragraphe 34(1)). Les membres et le personnel du CSARS sont liés par des règles de sécurité et ils doivent prêter le serment d'allégeance, inclus en annexe à la LSCRS, au même titre que le directeur et les employés du SCRS (articles 10 et 37).

[33] Les fonctions du CSARS sont à trois volets : 1) le Comité surveille la façon dont le SCRS accomplit ses tâches; 2) il fait effectuer ou accomplit lui-même des recherches dans le but de s'assurer que le SCRS n'exerce pas ses pouvoirs de manière abusive ou encore inutile; et 3) il enquête sur les plaintes dirigées contre le SCRS, les refus d'une habilitation de sécurité et les rapports provenant de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (*Loi sur la citoyenneté*) ou de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (*Loi canadienne sur les droits de la personne*) (article 38 de la LSCRS).

[34] Les fonctions de surveillance du CSARS couvrent l'ensemble des fonctions du SCRS : il doit examiner les rapports du directeur du Service, les certificats de l'inspecteur général, les instructions du ministre, les ententes avec les gouvernements et les corps policiers, les rapports au ministre concernant les présumés agissements illicites d'employés et les règlements du SCRS; il doit surveiller les demandes des ministres à l'appui des mandats concernant la conduite des affaires internationales du Canada; et il doit compiler et analyser des statistiques reliées aux opérations du Service (alinéa 38a) et ses sous-alinéas).

[35] Comme il a été mentionné ci-dessus, les fonctions d'enquête du CSARS prennent leurs origines non seulement de la LSCRS, mais aussi de la *Loi sur la citoyenneté* et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Un lien commun justifie l'implication du Comité sous ces trois lois : le travail du SCRS est en jeu. Premièrement, le CSARS enquêtera si une plainte est déposée contre les activités du SCRS ou si un individu se voit refuser une habilitation de sécurité aux fins d'emploi dans la fonction publique ou bien un contrat de service ou de

the Government of Canada by reason only of the denial of security clearance (sections 41 and 42). Second, SIRC will investigate where the Minister of Citizenship and Immigration makes a report to the Committee advising it that he or she is of the opinion that a person should not be granted citizenship because there are reasonable grounds to believe that the person will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada, or that is part of a pattern of organized criminal activity punishable under any Act of Parliament by way of indictment (section 19 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144(F); 1997, c. 22, s. 1] of the *Citizenship Act*). Lastly, the Canadian Human Rights Commission may also refer a complaint to SIRC if it receives written notice from a minister of the Crown informing it that the practice to which the complaint relates, allegedly committed by the person concerned, was based on considerations relating to the security of Canada. The Committee will then conduct an investigation (section 45 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 25] of the *Canadian Human Rights Act*).

[36] SIRC has the authority to determine the procedure to be followed in the performance of any of its duties or functions (subsection 39(1)), which is what it did in this case. This process has been endorsed by the Supreme Court since *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711 (*Chiarelli*), at page 745.

[37] In carrying out its duties and functions, SIRC also has access to information under the control of CSIS or the Inspector General, to investigation files relating to complaints made against the Service and security clearances, including information under the control of the deputy head concerned. This right of access also includes information to which access may be limited by any Act of Parliament or any privilege under the law of evidence. In fact, no information deemed by the Committee to be necessary for the performance of its duties and function may be withheld from it, “on any grounds” other than a confidence of the Queen’s Privy Council (section 39).

[38] Complaints or investigation requests to SIRC must be made in writing and within a fixed period of time, unless the Committee authorizes otherwise (subsection 42(4) and section 45 of the CSISA as well as

bien en raison d’un refus d’une habilitation de sécurité (articles 41 et 42). Deuxièmement, le CSARS fera enquête lorsque le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration saisit le Comité d’un rapport où il est d’avis que l’intéressé ne devrait pas être ou devenir citoyen canadien car il existe des motifs raisonnables de croire soit qu’il se livrera à des activités constituant une menace à la sécurité du Canada ou qu’il fait partie d’activités criminelles organisées punissables par voie de mise en accusation au terme d’une loi fédérale (article 19 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F); 1997, ch. 22, art. 1] de la *Loi sur la citoyenneté*). Dernièrement, la Commission canadienne des droits de la personne peut aussi référer une plainte au CSARS si elle reçoit un avis écrit d’un ministre fédéral l’informant que les actes, présumément commis par l’intéressé, mettent en cause la sécurité du Canada. Le Comité en fera alors enquête (article 45 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 25] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*).

[36] Pour assumer ses fonctions, le CSARS a le pouvoir de déterminer ses propres procédures (paragraphe 39(1)), ce qu’il a d’ailleurs fait. Ces procédures ont depuis obtenu l’aval de la Cour suprême dans l’arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711 (*Chiarelli*), à la page 745.

[37] Encore pour assumer ses fonctions, le CSARS a également accès aux informations détenues par le SCRS et l’inspecteur général, aux dossiers d’enquête engendrés par des plaintes dirigées contre le Service et aux habilitations de sécurité, y incluant le dossier de l’administrateur général en cause. Ce droit d’accès comprend même l’information qui pourrait être limitée par une loi fédérale ou une immunité quelconque. En fait, l’information requise par le Comité pour assumer ses fonctions ne peut être refusée pour « quelque motif que ce soit », à l’exception de l’information provenant du Conseil privé de la Reine (article 39).

[38] Les plaintes ou demandes d’enquête au CSARS doivent être déposées dans un délai et faites par écrit, à moins d’obtenir une exemption auprès du Comité (paragraphe 42(4) et article 45 de la LSCRS ainsi que le

subsection 19(4) of the *Citizenship Act* and subsection 45(5) of the *Canadian Human Rights Act*).

[39] In cases where a complaint arises from a denial of security clearance, SIRC must, as soon as practicable, send the complainant a statement summarizing such information as will enable the complainant to be as informed as possible of the circumstances giving rise to the denial of the security clearance (section 46). The same process applies to other complaints made pursuant to the CSISA, under the *Citizenship Act* or under the *Canadian Human Rights Act* (Rule 45 of SIRC's Rules of Procedure [Rules of Procedure of the Security Intelligence Review Committee in Relation to its Function under Paragraph 38(c) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, adopted March 9, 1985]).

[40] When SIRC decides to investigate the denial of a security clearance or a complaint made pursuant to the *Citizenship Act* or the *Canadian Human Rights Act*, it informs the Director of CSIS and the deputy head concerned of the substance of the complaint and of its intention to carry out the investigation. For complaints regarding CSIS activities, the Committee will, prior to proceeding with an investigation, decide whether the complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith, or whether it is not related to labour relations. It will also ensure that the complaint was first dealt with by the Director of CSIS, or determine that the Director failed to respond within a reasonable time (sections 41 and 47).

[41] In addition to having access to information under the control of CSIS or of the deputy head (pursuant to section 42 of the Act), the Committee may summon and enforce the appearance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents as it deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint, and it may administer oaths in the same manner as a "superior court of record" (section 50). The Committee may even receive and accept such evidence and other information, whether or not such evidence or information would be admissible in a court of law. I would add that except in a prosecution of a person for false statements in

paragraphe 19(4) de la *Loi sur la citoyenneté* et le paragraphe 45(5) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*).

[39] Dans le cas d'une plainte découlant d'un refus d'une habilitation de sécurité, le CSARS envoie dans les meilleurs délais au plaignant un sommaire de l'information à la base du refus dans le but de l'informer de la façon la plus complète possible (article 46). Il en sera de même dans le cas des autres plaintes déposées selon la LSCRS ou encore sous la *Loi sur la citoyenneté* ou la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (règle 45 des Règles de procédure du CSARS [Règles de procédure du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité à l'égard des fonctions exercées en vertu de l'alinéa 38(c) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, adoptées le 9 mars 1985]).

[40] Lorsque le CSARS décide d'enquêter le refus d'une habilitation de sécurité ou une plainte introduite par la *Loi sur la citoyenneté* ou la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il informe le directeur du SCRS et l'administrateur général en cause de l'objet de la plainte et qu'il y aura enquête. Dans le cas des plaintes concernant les activités du SCRS, le Comité, avant de procéder à l'enquête comme telle, décidera si la plainte est frivole, vexatoire, sans objectif, entachée de mauvaise foi ou encore qu'elle n'est pas de nature liée aux relations de travail. Il s'assurera aussi que la plainte a d'abord été traitée par le directeur du SCRS, ou encore que ce dernier n'a pas répondu dans un délai jugé normal (articles 41 et 47).

[41] En plus d'avoir accès à toute l'information détenue par le SCRS et l'administrateur général (pour l'article 42 de la Loi), le Comité peut assigner et contraindre des témoins à comparaître, à témoigner oralement ou par écrit sous serment et à produire les documents requis pour son enquête et il peut faire prêter serment, le tout dans la même mesure « qu'une cour supérieure d'archives » (article 50). Le Comité peut même recevoir en preuve sous forme orale ou écrite toutes preuves, indépendamment de leur inadmissibilité devant les tribunaux. J'ajouterai qu'à l'exception de fausses déclarations dans des procédures extrajudiciaires (article 133 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.)], ch. 27,

extrajudicial proceedings (section 133 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 1] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]), evidence given by a person before the Committee is inadmissible against that person in a court or in any other proceedings (sections 50 and 51 of the Act).

[42] SIRC investigations are conducted in private. However, the complainant, deputy head concerned and the Director are given an opportunity to make representations to the Committee, to present evidence and to be heard personally or by counsel. Nonetheless, no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Committee by any other person. In spite of this, the Committee's Rules of Procedure allow for statements summarizing information from private hearings to be provided, to the extent that no information related to national security is disclosed (section 48 of the Act and Rule 45 of SIRC's Rules of Procedure).

[43] Once SIRC has completed its investigation of a complaint that has been made regarding CSIS activities (section 41), it will draft a report and make any recommendations it considers appropriate. It will then forward the report, along with its findings and recommendations, to the Director. As for the complainant, he or she will receive a copy of the report, and its findings and recommendations, provided that these are not protected for national security reasons (subsection 52(1) of the Act and Rule 13 of SIRC's Rules of Procedure).

[44] In cases of investigations related to a denial of a security clearance (section 42), SIRC will provide a copy of its report and recommendations to the parties concerned (the Minister, the complainant, the CSIS Director and the deputy head). Here too some of the findings and recommendations may be withheld from the complainant for national security reasons (subsection 52(2)). Prior to disclosing information to the complainant, SIRC must also consult the CSIS Director. The same applies to statements summarizing information, communications and reports subject to the *Canadian Human Rights Act* and the *Citizenship Act* (section 55 [as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 226]).

art. 1] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]), les témoignages entendus par le Comité sont inadmissibles comme preuve dans d'autres procédures (articles 50 et 51 de la Loi).

[42] Les enquêtes du CSARS sont tenues en secret. Toutefois, la possibilité de se faire entendre, de présenter des observations et des éléments de preuve et d'être représenté par un avocat est reconnue. En contrepartie, aucune des parties n'a le droit absolu d'être présent lorsque l'autre partie présente des observations ni de recevoir communication ou de faire des commentaires concernant celle-ci. Malgré cela, la procédure du Comité prévoit la remise de résumés et d'informations lorsque des auditions secrètes ont lieu, dans la mesure bien sûr où aucune information reliée à la sécurité nationale ne sera dévoilée (article 48 de la Loi et la règle 45 des Règles de procédure du CSARS).

[43] Lorsque le CSARS complète son enquête d'une plainte déposée contre les activités du SCRS (article 41), il prépare un rapport et des recommandations s'il y a lieu. Il fait ensuite parvenir son rapport, ses conclusions et ses recommandations au directeur. Quant au plaignant, il recevra le rapport, ses conclusions et ses recommandations pourvu qu'elles ne doivent pas être protégées pour des raisons de sécurité nationale (paragraphe 52(1) de la Loi et la règle 13 des Règles de procédure du CSARS).

[44] Dans le cas d'enquêtes reliées à un refus d'une habilitation de sécurité (article 42), le CSARS enverra son rapport avec ses recommandations aux parties impliquées (le ministre, le plaignant, le directeur du SCRS et l'administrateur général). Ici aussi il se peut que pour des raisons de sécurité nationale, certaines conclusions et recommandations ne soient pas acheminées au plaignant (paragraphe 52(2)). Avant de communiquer l'information au plaignant, le CSARS doit aussi consulter le directeur du SCRS. Il en est de même pour les sommaires d'information, les communications et les rapports assujettis à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et la *Loi sur la citoyenneté* (article 55 [mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 226]).

[45] For complaints referred to the Committee pursuant to the *Citizenship Act* or the *Canadian Human Rights Act*, SIRC will avail itself of the same investigative powers conferred upon it by the CSISA. A statement summarizing information will be disclosed to the person concerned and the rights to be heard, to give evidence and to be represented by counsel are also applicable to the process of handling these complaints (subsections 19(2) and 19(4)–19(6) of the *Citizenship Act*, and subsections 45(2), 45(5) and 45(6) of the *Canadian Human Rights Act*). Furthermore, in the case of the *Citizenship Act*, SIRC's report is sent to the Governor General in Council and the findings of the said report are communicated to the person concerned. The Governor in Council will review the report and determine whether there are reasonable grounds to believe that the person concerned will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada or criminal activity that is punishable by way of indictment (sections 19 and 20 [as am. by S.C. 1997, c. 22, s. 3] of the *Citizenship Act*). In cases of complaints made pursuant to the *Canadian Human Rights Act*, copies of the report containing the findings of the Committee will be provided to the Commission, the Minister and to the Director of CSIS. The Commission will then determine what information should be disclosed to the complainant (section 46 of the *Canadian Human Rights Act*).

[46] Investigations launched pursuant to the *Citizenship Act* may also be led by a retired judge of a superior court appointed by the Governor General in Council after consultation by the Prime Minister with the Leader of the Opposition in the House of Commons and the leader of each party having at least 12 members in that House (subsection 19.1(1) [as enacted *idem*, s. 2] of the *Citizenship Act*). However, according to the information disclosed by the parties, no investigation has been conducted by a retired judge and no retired judge has been appointed to date.

[47] As for SIRC's research functions, these are intended to complement its review and investigative role. The purpose of this research is to ensure that the Service's activities are carried out in accordance with the Act, the regulations and directions issued by the Minister under section 6 of the CSISA and that the

[45] Dans le cas de plaintes référées sous l'égide de la *Loi sur la citoyenneté* ou encore de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le CSARS utilisera les mêmes pouvoirs d'enquête qu'il a à sa disposition sous la LSCRS. Des sommaires d'information seront aussi communiqués à l'intéressé et les droits de se faire entendre, de présenter de la preuve et d'être représenté par un avocat sont également applicables au traitement de ces plaintes (paragraphe 19(2) et 19(4) à 19(6) de la *Loi sur la citoyenneté*, et les paragraphes 45(2), 45(5) et 45(6) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*). En plus, dans le cas de la *Loi sur la citoyenneté*, le rapport du CSARS est communiqué au gouverneur général en conseil et les conclusions dudit rapport sont communiquées à l'intéressé. Le gouverneur en conseil étudiera le rapport du Comité et décidera s'il y a des motifs raisonnables de croire que la personne visée se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada ou des activités criminelles punissables par voie de mise en accusation (articles 19 et 20 [mod. par L.C. 1997, ch. 22, art. 3] de la *Loi sur la citoyenneté*). Dans le cas d'une plainte sous la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le rapport contenant ses conclusions est remis à la Commission, au ministre et au directeur du SCRS. Ce sera la Commission qui décidera alors de l'information à communiquer au plaignant (article 46 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*).

[46] Les enquêtes instituées sous l'égide de la *Loi sur la citoyenneté* peuvent également être menées par un juge à la retraite nommé par le gouverneur général en conseil suite à une consultation du premier ministre avec le chef de l'opposition à la chambre des communes et les chefs des partis ayant plus de 12 députés (paragraphe 19.1(1) [édicte, *idem*, art. 2] de la *Loi sur la citoyenneté*). Toutefois, selon l'information communiquée par les parties, aucune enquête n'a été menée sous la présidence d'un juge à la retraite et aucun juge à la retraite n'a été nommé jusqu'à ce jour.

[47] Pour ce qui est des fonctions de recherche du CSARS, celles-ci viennent compléter le rôle de surveillance et d'enquête. La recherche a comme objectif de veiller à ce que les activités du Service soient conformes aux lois, aux règlements et aux instructions du ministre émises en fonction de l'article 6 de la

activities do not involve any unreasonable or unnecessary exercise by CSIS of any of its powers. The Committee may direct the Service or Inspector General to conduct a review; or it may conduct such a review itself in the circumstances (paragraph 38(b) and section 40).

[48] Each year, SIRC submits a report of its activities to the Minister of Public Safety which is then submitted to Parliament. The Committee must consult with the Director of CSIS prior to tabling the report to ensure that information relating to national security is not disclosed. In addition, the Committee may, on request of the Minister or at any other time, furnish the Minister with a special report concerning any matter that related to the performance of its duties and functions without prior consultation with the Director of the Service (section 54). An example of such a report would be “CSIS’s Role in the Matter of Omar Khadr”, which was published on July 8, 2009, a redacted (for national security reasons) version of which is available to the public (intervener’s record, Volume I, Tab E, at pages 102 to 137 [also available online]).

[49] In conclusion, CSIS is an intelligence-gathering agency that operates within the parameters established by Parliament, including the statutory definition of what constitute “threats to the security of Canada” [s. 2 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 89) of the CSISA]. The Service is subject to a number of controls: that exercised by the Minister through the issuing of directions; that of the Inspector General through the submission of certificates; that of the Federal Court through the issuing of warrants; that of SIRC by means of its investigative, review and research duties and functions; and finally that of Parliament through the tabling of an annual report and the submission of special reports to the Minister.

[50] The overriding purpose of these controls is, to the extent that it is possible, to ensure that CSIS operates consistently within the laws of Canada and their regulations and that it does not exercise its powers in an unreasonable or unnecessary manner. CSIS has considerable powers, but in spite of the significant powers conferred upon it, Parliament wanted to ensure that fundamental rights remain protected. When assessing SIRC’s investigative role, it is therefore important to

LSCRS et que les pouvoirs exercés par le SCRS ne soient pas exercés de façon abusive ou inutile. Ces recherches, à la demande du Comité, peuvent être faites par l’inspecteur général, le Service ou le Comité lui-même selon les circonstances (alinéa 38b) et article 40).

[48] Le CSARS remet annuellement au ministre de la Sécurité publique un rapport d’activités qui est par la suite déposé au Parlement. Le directeur du SCRS doit être consulté avant cette remise pour assurer qu’aucune information liée à la sécurité nationale ne soit dévoilée. De plus, le Comité peut préparer et remettre au ministre un rapport spécial sur tout sujet qui relève de sa compétence, et ce, de sa propre initiative ou à la demande du ministre et le Comité n’a pas à consulter le directeur du Service avant de remettre le rapport (article 54). À titre d’exemple d’un tel rapport, voir « Le rôle du SCRS dans l’affaire Omar Khadr » qui a été publié le 8 juillet 2009 et dont une version caviardée (pour des raisons de sécurité nationale) est disponible au public (dossier de l’intervenant, tome I, onglet E, aux pages 102 à 137 [aussi disponible en ligne]).

[49] Pour conclure, le SCRS est un organisme de collecte d’intelligence qui opère selon les paramètres établis par le législateur, notamment la définition statutaire de ce que sont les « menaces envers la sécurité du Canada » [art. 2 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 89) de la LSCRS]. Le Service est assujéti à plusieurs contrôles : celui du ministre par l’entremise de ses instructions; celui de l’inspecteur général par la remise de certificats; celui de la Cour fédérale par l’émission de mandats; celui du CSARS par l’intermédiaire de ses fonctions de surveillance, d’enquête et de recherche; et enfin celui du Parlement par le dépôt annuel d’un rapport et par la remise de rapports spéciaux au ministre.

[50] La préoccupation constante de tous ces contrôles est, dans la mesure du possible, de s’assurer que le SCRS opère de façon continue selon les lois du Canada et leurs règlements et qu’il n’exerce pas ses pouvoirs de façon abusive ou inutile. Les pouvoirs du SCRS sont considérables, mais malgré ce large pouvoir qu’il a attribué, le législateur a voulu s’assurer que les droits fondamentaux soient protégés. Lorsqu’on a à apprécier le rôle d’enquête du CSARS, il est donc important

keep in mind Parliament's desire to ensure that the mandate of CSIS is articulated legally and that it is consistent with the laws and regulations applicable to similar matters.

B. *A brief review of the case law dealing with SIRC*

[51] The courts have, in the past, been called upon to determine issues concerning the CSISA and its provisions regarding SIRC. For example, the Supreme Court has already had to make a determination on a SIRC investigation report and on the effect of its recommendations in *Thomson*, above, in which the Court ruled on a denial of a security clearance. The judgment of the majority found that the word "recommendation" at subsection 52(2) of the CSISA should receive its plain and ordinary meaning and should not be taken to mean a final or binding decision, which is left to the Deputy Minister as the employer's representative (*Thomson*, above, at page 403). The Supreme Court also noted at page 401 that the interpretation of "recommendations" would be the same with regard to an investigation of CSIS activities under section 41, otherwise it would result in SIRC encroaching on the management powers of the Service. I note here that the Federal Court of Appeal, whose decision was appealed, had nonetheless determined the opposite, that is, that the word "recommendation" should not be taken in its literal sense and that it had a binding connotation (*Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108 (C.A.), at pages 137 and 138).

[52] One thing is certain: both judgments are in agreement regarding the importance of SIRC's role and the significant amount of authority it has to investigate complaints. Justice Stone, writing for the Federal Court of Appeal, underscored the fact that the purpose of the CSISA was far greater than the mere investigation of complaints about denials of security clearance (*Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108 (C.A.) [cited above], at page 138):

Obviously, the purpose of the Act goes well beyond that of protecting the individual interest in obtaining a security clearance, for it is primarily directed toward protecting the national

d'avoir à l'esprit ce souci du législateur de s'assurer que le mandat du SCRS est articulé de façon légale et qu'il ne va pas à l'encontre des lois et règlements applicables en matières semblables.

B. *La brève revue de la jurisprudence traitant du CSARS*

[51] Les cours ont eu dans le passé à décider de questions concernant la LSCRS et ses dispositions concernant le CSARS. La Cour suprême a par exemple déjà eu à se prononcer quant au rapport d'enquête du CSARS et de l'effet de ses recommandations dans l'arrêt *Thomson*, précité, où la Cour prenait compte d'un refus d'habilitation de sécurité. Le jugement majoritaire conclut que le mot « recommandation » au paragraphe 52(2) de la LSCRS doit avoir son sens manifeste et ordinaire et ne doit pas équivaloir à une décision finale ou obligatoire et que la décision finale à être prise appartenait au sous-ministre en tant que représentant de l'employeur (*Thomson*, précité, à la page 403). La Cour suprême a également précisé à la page 401 que le poids des recommandations serait le même aux fins d'une enquête des activités du SCRS sous l'article 41, la préoccupation dans les deux cas étant que le CSARS n'empiète pas sur les pouvoirs de gestion du Service. Je note ici que la Cour d'appel fédérale, dont la décision a été portée en appel, avait pourtant décidé dans le sens contraire, c'est-à-dire que le mot « recommandation » ne devait pas être lu dans son sens littéral et avait un effet obligatoire (*Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108 (C.A.), aux pages 137 et 138).

[52] Une chose est certaine, ces deux jugements s'accordent quant à l'importance du rôle du CSARS et de ses larges pouvoirs d'enquête de plaintes. Le juge Stone, écrivant pour la Cour d'appel fédérale, faisait remarquer que l'objectif de la LSCRS visait bien plus qu'une simple enquête d'une plainte de refus d'une habilitation de sécurité (*Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108 (C.A.) [précité], à la page 138) :

Évidemment, le but de la Loi va bien au-delà de la protection de l'intérêt individuel dans le processus d'obtention d'une habilitation de sécurité. Son but premier est, en effet, de

interest in matters of security generally. On the other hand, the “complaints” procedure under Part III appears to take that objective into account by ensuring, especially by the composition and powers of the intervenant and the requirement for secrecy, that this interest not be sacrificed. The Act evidently reflects a careful balancing of the two interests.

[53] As for SIRC’s proceedings and as was previously noted, the Supreme Court had already given its approval. Justice Sopinka, while emphasizing that it was not for him to rule on the issue, concluded that SIRC’s proceedings respected the principles of fundamental justice (*Chiarelli*, above, at pages 742 and 744–746):

The respondent submitted that his s. 7 rights were violated as a result of the procedure followed by the Review Committee.... Does the fact that Parliament has legislated beyond its constitutional requirement to provide that a hearing will be held enable the respondent to complain that the hearing does not comport with the dictates of fundamental justice? ... assuming that proceedings before the Review Committee were subject to the principles of fundamental justice, those principles were observed.

...

In the context of hearings conducted by the Review Committee pursuant to a joint report, an individual has an interest in a fair procedure since the Committee’s investigation may result in its recommending to the Governor in Council that a s. 83 certificate issue, removing an appeal on compassionate grounds. However, the state also has a considerable interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources

The *CSIS Act* and Review Committee Rules recognize the competing individual and state interests and attempt to find a reasonable balance between them. The Rules expressly direct that the Committee’s discretion be exercised with regard to this balancing of interests.

In this case the respondent was first provided with the “Statement of Circumstances giving rise to the making of a Report by the Solicitor General of Canada and the Minister of Employment and Immigration to the Security Intelligence Review Committee”. This document set out the nature of the information received by the Review Committee from the Ministers, including that the respondent had been involved in

protéger l’intérêt national sur le plan général de la sécurité. Témoinne d’ailleurs de cet objectif la procédure de « plaintes » de la Partie III, particulièrement les dispositions concernant la composition et les pouvoirs de l’intervenant, de même que l’exigence du secret, qui vise à ce que l’intérêt national ne soit pas sacrifié. En fait, le texte se veut le reflet d’un juste équilibre entre ces deux intérêts.

[53] Pour ce qui est des procédures du CSARS et tel que mentionné antérieurement, la Cour suprême y a déjà donné son aval. Le juge Sopinka, tout en précisant qu’il n’avait pas à se prononcer sur cette question, conclut que les procédures du CSARS respectaient les principes de justice fondamentale (*Chiarelli*, précité, aux pages 742 et 744 à 746) :

L’intimé soutient que la procédure suivie par le comité de surveillance porte atteinte à ses droits garantis par l’art. 7 [...] le fait que le Parlement, ne se contentant pas de satisfaire aux exigences que lui impose la Constitution, a prévu la tenue d’une audience, permet-il à l’intimé de se plaindre de ce que cette audience ne respecte pas les principes de justice fondamentale? [...] dans l’hypothèse où les procédures devant le comité de surveillance seraient assujetties aux principes de justice fondamentale, ceux-ci ont été respectés.

[...]

Dans le contexte d’audiences tenues par le comité de surveillance par suite d’un rapport conjoint, le particulier a intérêt à ce que la procédure soit équitable puisque le comité peut, au terme de son enquête, recommander au gouverneur en conseil la délivrance d’une attestation visée à l’art. 83, laquelle écarte la possibilité d’un appel fondé sur des motifs de compassion. Cependant, l’État a aussi grandement intérêt à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police [...]

La *Loi sur le SCRS* et les règles du comité de surveillance reconnaissent l’existence des intérêts opposés des particuliers et de l’État et tentent d’établir un équilibre raisonnable entre ces intérêts. Les règles exigent expressément en effet que le comité exerce son pouvoir discrétionnaire dans l’établissement de cet équilibre.

En l’espèce, l’intimé a reçu d’abord l’«Énoncé des circonstances ayant donné lieu à la présentation d’un rapport par le solliciteur général du Canada et le ministre de l’Emploi et de l’Immigration au comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité». Ce document précise la nature des renseignements que les ministres ont fournis au comité de surveillance et révèle notamment que l’intimé avait participé

drug trafficking, and was involved in the murder of a named individual. Also, prior to the Review Committee hearing, the respondent was provided with an extensive summary of surveillance of his activities (the “Chronology of Information”) and a “Summary of Interpretation of Intercepted Private Communications Relating to the Murder of Domenic Racco”. Although the first day of the hearing was conducted *in camera*, the respondent was provided with a summary of the evidence presented. In my view, these various documents gave the respondent sufficient information to know the substance of the allegations against him, and to be able to respond. It is not necessary, in order to comply with fundamental justice in this context, that the respondent also be given details of the criminal intelligence investigation techniques or police sources used to acquire that information.

The respondent was also given the opportunity to respond, by calling his own witnesses or by requesting that he be allowed to cross-examine the RCMP witnesses who testified *in camera*. The Chairman of the Review Committee clearly indicated an intention to allow such cross-examination.... The respondent chose not to exercise these options. Having regard to the information that was disclosed to the respondent, the procedural opportunities that were available to him, and the competing interests at play in this area, I conclude that the procedure followed by the Review Committee in this case did not violate principles of fundamental justice. [Emphasis added.]

[54] In its findings, it is clear that the Supreme Court assessed the procedure followed by SIRC as if the Committee were conducting a court proceeding, while taking into account its particular role with regard to national security. Nonetheless, respect for the principles of fundamental justice is essential in order to ensure that the end result of a decision is just and fair, whether in the form of reports, findings and recommendations or some other form.

[55] The Federal Court has, on a number of occasions, been called upon to review SIRC reports and/or decisions. In *Nourhaghghi v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, 2005 FC 148, 26 Admin L.R. (4th) 192 (*Nourhaghghi*), at paragraph 15, CSIS and SIRC acknowledged that the Committee has an obligation in terms of procedural fairness, including the obligation to provide the parties with an opportunity to be heard.

[56] In *Al Yamani*, above, and *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1999] 4 F.C.

au trafic de stupéfiants et au meurtre d’un individu nommé désigné. L’intimé a reçu en outre, antérieurement à l’audience devant le comité de surveillance, un long résumé portant sur la surveillance de ses activités (la «Suite de renseignements») ainsi qu’un «Sommaire de l’interprétation de l’interception de communications privées relatives au meurtre de Domenic Racco». Quoique l’audience se soit déroulée à huis clos le premier jour, un résumé des éléments de preuve produits a été fourni à l’intimé. À mon avis, ces différents documents renfermaient suffisamment de renseignements pour mettre l’intimé au courant de la substance des actes qu’on lui reprochait et pour lui permettre de répondre. La justice fondamentale n’exige nullement dans ce contexte que soient également donnés à l’intimé des détails concernant les méthodes d’enquête sur la criminalité ou les sources auxquelles la police a eu recours pour obtenir ces renseignements.

De plus, l’intimé a eu la possibilité de répondre en produisant ses propres témoins ou en demandant la permission de contre-interroger les témoins de la GRC qui avaient déposé à huis clos. Le président du comité de surveillance a clairement manifesté l’intention d’autoriser un tel contre-interrogatoire [...] L’intimé a choisi de ne pas se prévaloir de ces possibilités. Eu égard aux renseignements qui lui ont été communiqués, aux possibilités qui s’offraient à lui sur le plan de la procédure et aux intérêts qui entrent en concurrence dans ce domaine, je conclus que la procédure suivie par le comité de surveillance en l’espèce ne violait pas les principes de justice fondamentale. [Nous soulignons.]

[54] De cette conclusion, on constate que la Cour suprême a évalué la procédure suivie par le CSARS comme s’il s’agissait d’une cour ou d’un tribunal, tout en considérant son rôle particulier en matière de sécurité nationale. Peu importe, le respect des principes de justice fondamentale est essentiel pour assurer à la toute fin une décision juste et équitable que ce soit sous la forme de rapports, conclusions et recommandations ou autrement.

[55] La Cour fédérale a eu à plusieurs reprises à réviser des rapports et/ou décisions du CSARS. Dans l’arrêt *Nourhaghghi c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, 2005 CF 148 (*Nourhaghghi*), au paragraphe 15, le SCRS et le CSARS ont reconnu les obligations du Comité en matière d’équité procédurale, dont celle d’offrir aux parties la possibilité de se faire entendre.

[56] Dans la décision *Al Yamani*, précité, et [l’arrêt] *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des*

624 (C.A.) (*Moumdjian*), reports issued in application of section 19 of the *Citizenship Act* were deemed to be subject to judicial review by the Federal Court. The same determination was made in *Mikail v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 674, [2013] 1 F.C.R. 555 (*Mikail*), at paragraphs 27 and 33, in which a report had been prepared by the Committee after a complaint had been made about the Service's activities, pursuant to section 41 of the CSISA. The Court determined that since the complainant's rights, if not his interests, were at play, the report was subject to judicial review by the Federal Court.

[57] In *Omary*, above, the Committee had stayed its investigation of a complaint against the actions of CSIS pursuant to section 41, pending the result of a civil proceeding filed at the same time in the Superior Court of Québec. Justice de Montigny noted that SIRC was an administrative tribunal and that it had the power to determine its own procedure (*Omary*, above, at paragraph 24):

Even though I am willing to recognize that administrative tribunals have a certain amount of autonomy in managing their cases and proceedings, as the respondent has invited me to do, this discretion must be exercised judicially, that is, in compliance with the statutes or regulations governing them as well as the purpose for which they were created.

Justice de Montigny further noted that the Committee would be able to access more evidence than the Superior Court given that it is authorized to have access to all relevant CSIS evidence and is not subject to the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (*Canada Evidence Act*) (*Omary*, above, at paragraph 34 and see also section 39 of the CSISA). Accordingly, the application for judicial review was allowed and the decision to stay the investigation pending the Superior Court's final decision was set aside.

[58] Following the same line of reasoning as Justice Stone of the Court of Appeal in *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108 [cited above], Justice MacKay also noted SIRC's unique role in *Al Yamani*, above, when he wrote as follows at page 191:

The unique and significant role of SIRC in reviewing determinations affecting persons, on security grounds, in relation to

activités du renseignement de sécurité), [1999] 4 C.F. 624 (C.A.) (*Moumdjian*), les rapports émis en application de l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté* furent assujettis au contrôle judiciaire de la Cour fédérale. Il en est de même dans le dossier *Mikail c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 674, [2013] 1 R.C.F. 555 (*Mikail*), aux paragraphes 27 et 33, où un rapport avait été préparé par le Comité suite à une plainte déposée en vertu de l'article 41 de la LSCRS contre les activités du Service. La Cour a déterminé que puisque les droits sinon les intérêts du plaignant étaient en jeu, le rapport était assujéti au contrôle judiciaire de la Cour fédérale.

[57] Dans [la décision] *Omary*, précitée, le Comité avait suspendu son enquête d'une plainte contre les activités du SCRS en vertu de l'article 41 pour attendre les résultats d'un recours simultané déposé à la Cour supérieure du Québec. Le juge de Montigny nota que le CSARS était un tribunal administratif et qu'il avait le pouvoir de déterminer sa propre procédure (*Omary*, précité, au paragraphe 24) :

Même si je suis prêt à reconnaître une certaine autonomie aux tribunaux administratifs dans la gestion de leurs dossiers et de leurs procédures, comme m'y invite le défendeur, encore faut-il que cette discrétion soit exercée de façon judiciaire, c'est-à-dire en conformité avec les lois ou les règlements qui les régissent ainsi qu'avec l'objet pour lequel ils ont été créés.

Le juge de Montigny constata également que le Comité aurait accès à plus de preuve que la Cour supérieure puisqu'il était autorisé à accéder à toute la preuve du SCRS et n'était pas assujéti à la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (*Loi sur la preuve*) (*Omary*, précité, au paragraphe 34 et voir l'article 39 de la LSCRS). En conséquence, la demande de contrôle judiciaire fut accueillie et la décision de surseoir l'enquête jusqu'à la décision finale de la Cour supérieure fut annulée.

[58] Comme l'avait fait le juge Stone de la Cour d'appel dans l'arrêt *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108 [précité], le juge MacKay constata également le rôle unique du CSARS dans la décision *Al Yamani*, précité, lorsqu'il écrit ce qui suit à la page 191 :

Le rôle unique et important du CSARS dans l'examen des décisions touchant les particuliers pour des motifs de sécurité,

employment in the public service, and in relation to matters specified under the *Immigration Act*, the *Citizenship Act* [R.S.C., (1985), c. C-29] and the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., (1985), c. H-6], and the historic evolution of that role, is outlined for the Court in the memorandum of argument of the intervenor SIRC.

[59] In another decision in which Charter issues arose and in which an interlocutory injunction was sought to order SIRC to stay its investigation under section 19 of the *Citizenship Act*, pending a determination on those Charter issues, the same Justice pointed out the particularities of SIRC (*Brar v. Canada (Solicitor General)* (1989), 43 Admin. L. 44 (F.C.T.D.) (*Brar*), at pages 60–61):

The Security Intelligence Review Committee, constituted under the *Canadian Security Intelligence Service Act*, is unusual in its advisory role and its composition. The *Canadian Security Intelligence Service Act*, enacted following reports of two Royal Commissions and consideration in Parliament, provided for creation of a civilian security intelligence service presided over by a director operating under the direction of the Solicitor General. Among significant provisions for oversight of the agency's operations, the Act provides for creation of the Security Intelligence Review Committee, to be composed of a chairman and two to four others appointed by the Governor-in-Council from among persons who also hold appointment as members of the Queen's Privy Council for Canada, who are not members of the Senate or the House of Commons, after consultation by the Prime Minister with the leader of the opposition and the leader of any other party represented by 12 or more members in the House of Commons. Members of the committee are required to comply with all security requirements of the Service and to take a statutory oath of secrecy (*Canadian Security Intelligence Services Act*, ss. 34, 37). [Emphasis added.]

[60] After listing the functions of SIRC by quoting from section 38 of the CSISA, he commented at page 62 that this section provides the basis for the Committee's important role not only in particular investigations, but also in annual and special reviews of the activities and policies of the Service. Having noted the importance of its role, he concluded that SIRC, "as any other body with which legal and Charter issues are raised, has a responsibility under s. 52(1) of the [*Constitution Act, 1982*] to

eu égard à l'emploi dans la fonction public et aux questions relatives à la *Loi sur l'immigration*, à la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29] et à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], ce rôle et son évolution historique sont exposés pour la Cour dans le mémoire présenté par le CSARS à titre d'intervenant.

[59] Dans une autre décision où on soulevait des questions reliées à la Charte et où on demandait à ce qu'une injonction intérimaire soit accordée ordonnant le CSARS à interrompre son enquête sous l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté* jusqu'au moment où les questions de Charte seraient déterminées, ce même juge faisait remarquer les particularités du CSARS (*Brar c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] A.C.F. n° 1113 (1^{re} inst.) (QL) (*Brar*), au paragraphe 29) :

Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, qui est créé en vertu de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, est inhabituel tant dans son rôle de consultation que dans sa composition. Édictée à la suite de rapports de deux commissions royales et d'une étude parlementaire, la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité prévoyait la création d'un service du renseignement de la sécurité présidé par un directeur qui agirait sous l'autorité du Solliciteur général. La Loi renferme des dispositions importantes au sujet de la surveillance des activités de l'organisme, notamment des dispositions sur la création du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. Ce comité devait être composé d'un président et de deux à quatre autres membres que nomme le gouverneur en conseil parmi les personnes qui sont membres du Conseil privé de la Reine au Canada sans être membres du Sénat ou de la Chambre des communes, après avoir consulté le premier ministre et le Chef de l'opposition ainsi que le chef de tout autre parti représenté par au moins douze membres à la Chambre des communes. Les membres du Comité sont tenus de se conformer à toutes les exigences du Service en matière de sécurité et à prêter le serment de secret (articles 34 et 37 de la Loi sur le S.C.R.S.) [Nous soulignons.]

[60] Après avoir énuméré les fonctions du CSARS en citant l'article 38 de la LSCRS, il commentait au paragraphe 31 que cet article constituait le fondement du rôle important que joue le Comité aussi bien lors des enquêtes que lors des revues annuelles et spéciales des activités et politiques du Service. Ayant constaté l'importance de son rôle, il conclut que le CSARS, « comme tout autre organisme devant lequel des questions de droit et des questions relatives à la Charte sont soulevées, est tenu,

apply the law and to avoid application of a law that infringes the *Charter*” (*Brar*, above, at page 69).

[61] Finally, and as the Supreme Court would determine three years later in *Chiarelli*, above, Justice MacKay opined, without making a final determination on the matter, that SIRC is bound by the principles of procedural fairness in its procedures, adding that the Committee itself appears to have recognized its duties in this regard when one considers the procedures it has adopted with the very objective of ensuring fairness to individuals in a manner consistent with the Committee’s responsibilities to carefully weigh the public interest in national security and the public interests in full disclosure (*Brar*, above, at pages 73–74).

[62] In short, from this brief overview of certain decisions in the case law involving SIRC, the following observations may be made:

- SIRC is a specific statutory body with special attributes relating to national security.
- SIRC’s proceedings establish a balance between national security and the rights of individuals.
- SIRC has powers that are similar to those of a superior court of record: the right to be heard, to summon witnesses, to file evidence by witnesses or by other means, to be represented by counsel and to administer oaths.
- SIRC is called upon to investigate complaints regarding CSIS activities, denials of security clearances, ministerial reports pursuant to the *Citizenship Act* and written notices by a Minister to the Canadian Human Rights Commission.
- In all such cases, SIRC conducts an investigation, offers the parties an opportunity to be heard, provides information (provided that it complies with national security interests), drafts a report with findings and recommendations and provides the complainant with information on its contents (again, provided that this complies with national security interests).

en vertu du paragraphe 52(1) de la [*Loi constitutionnelle de 1982*], d’appliquer la loi et d’éviter d’appliquer une loi qui viole la Charte » (*Brar*, précité, au paragraphe 44).

[61] Finalement, et comme le constatera la Cour suprême trois ans plus tard dans l’arrêt *Chiarelli*, précité, le juge MacKay opine sans se prononcer d’une façon finale que le CSARS est lié par les principes de l’équité dans ses procédures et ajoute que le Comité semble déjà l’avoir reconnu, comme le démontraient ses procédures qui visaient à assurer l’équité lorsque le Comité assume ses responsabilités de protéger les intérêts privés et d’évaluer avec soin l’intérêt public lié à la sécurité nationale et les intérêts publics relatifs à la divulgation (*Brar*, précité, au paragraphe 58).

[62] Bref, de cette courte revue de certaines décisions jurisprudentielles impliquant le CSARS, on peut en retirer les constatations suivantes :

- Le CSARS est un organisme législatif particulier qui a des attributs spéciaux reliés à la sécurité nationale.
- Les procédures du CSARS établissent un équilibre entre la sécurité nationale et les droits des individus.
- Le CSARS a des pouvoirs qui s’apparentent à une cour supérieure d’archives : le droit de se faire entendre, d’assigner des témoins, de déposer de la preuve par témoins ou autrement, d’être représenté par un avocat et d’assermenter les témoins.
- Le CSARS est appelé à enquêter des plaintes contre les activités du SCRS, les refus d’une habilitation de sécurité, les rapports ministériels en application de la *Loi sur la citoyenneté* et les avis écrits d’un ministre à la Commission canadienne des droits de la personne.
- Dans tous ces cas, le CSARS enquête, offre aux parties l’opportunité de se faire entendre, les informe (pourvu que conciliable avec la sécurité nationale), rédige un rapport avec conclusions et recommandations et en informe le plaignant (toujours pourvu que conciliable avec la sécurité nationale).

- In all cases where SIRC conducts an investigation, the complainants have at least a certain interest in the SIRC report and it is conceivable that their respective rights could be significantly affected.
- It is settled law that SIRC investigation reports and its interlocutory decisions are subject to an application for judicial review by the Federal Court.
- SIRC reports determine questions of fact that allow it to make findings. Thus, SIRC may also be called upon to determine the credibility of witnesses, to prefer the testimony of one witness over that of another, etc.
- SIRC drafts its reports taking into consideration the laws, regulations and rules of evidence, as well as the applicable case law in similar cases.
- SIRC's recommendations do not have the force of a decision and are not meant to involve SIRC in the "management" of CSIS.
- SIRC is entitled to have access to information under the control of CSIS and in the certificates of the Inspector General that a court is not entitled to, as courts are subject to the *Canada Evidence Act*.
- Dans tous les cas où le CSARS enquête, les plaignants ont tout au moins un intérêt certain dans le rapport du CSARS et il est envisageable que leurs droits respectifs puissent même être touchés de façon significative.
- Il est de jurisprudence constante que les rapports d'enquête du CSARS et ses décisions interlocutoires sont assujettis à une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale.
- Les rapports du CSARS tranchent des questions de fait lui permettant d'en arriver à des conclusions. Ainsi, le CSARS peut être appelé à décider de la crédibilité des témoins, favoriser une version plutôt qu'un autre, etc.
- Le CSARS rédige ses rapports en tenant compte des lois, règlements et règles de preuve ainsi que de la jurisprudence applicable en semblable matière.
- Les recommandations du CSARS sont sans effets décisionnels et n'ont pas comme but d'impliquer le CSARS dans « la gestion » du SCRS.
- Le CSARS a un droit d'accès à l'information détenue par le SCRS et les certificats de l'inspecteur général qu'une cour de justice n'a pas, cette dernière étant assujettie à la Loi sur la preuve.

C. The approach to follow according to the case law to determine the issue in this matter

[63] The most recent precedent for determining whether an administrative tribunal may decide questions of law, including Charter issues, is *Conway*, above, written by Justice Abella. From the outset, this decision revisits the case law history of the Supreme Court on this issue by identifying three waves of cases, the last wave concluding that specialized tribunals with both the expertise and authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide constitutional questions related to their statutory mandates (*Conway*, above, at paragraph 6). This overview of the relevant case law and the reasons developed in *Conway* allowed the

C. L'approche à suivre selon la jurisprudence pour trancher la question en litige au présent dossier

[63] Le plus récent arrêt à suivre pour déterminer si un tribunal administratif peut trancher des questions de droit, y incluant celles reliées à la Charte, est [l'arrêt] *Conway*, précité, rédigé sous la plume de la juge Abella. D'entrée de jeu, cet arrêt révisé l'historique de la jurisprudence de la Cour suprême sur cette question en y identifiant trois vagues dont la dernière constate qu'un tribunal spécialisé jouissant à la fois de l'expertise et du pouvoir requis pour trancher une question de droit est le mieux placé pour trancher une question constitutionnelle reliée à son mandat légal (*Conway*, précité, au paragraphe 6). Cette revue historique et les motifs élaborés dans

Supreme Court to combine the three approaches or trends into a single, functional approach.

[64] It is also of interest to note that the Supreme Court promulgates this single, functional approach both on the basis of section 52 of the *Constitution Act, 1982* and in cases where a remedy is sought in application of subsection 24(1) of the Charter. According to the Supreme Court, if an administrative tribunal is in the best position to decide one of these remedies, there is no reason why it would not also be in the best position to decide the other (*Conway*, above, at paragraph 80).

[65] The approach recommended by the Supreme Court is to inquire whether the tribunal can grant Charter remedies generally. To make this determination, the first question is whether the tribunal has jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law. If it does, and unless it is clearly demonstrated that the legislature intended to exclude the Charter from the tribunal's jurisdiction, the tribunal is a court of competent jurisdiction and can consider and apply the Charter when resolving the matters properly before it (*Conway*, above, at paragraph 81, and see also *Martin*, above, at paragraphs 41–42).

[66] Second, the remaining question is whether the tribunal can grant the particular remedy sought, given the relevant statutory scheme. In order to answer this, one has to discern legislative intent by considering factors such as the statutory mandate, structure and functions of the particular tribunal (*Conway*, above, at paragraph 82). The Supreme Court had previously studied these factors in *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575 (*Dunedin*), in which Chief Justice McLachlin examined the “functional and structural approach” and its components, which she described as follows at paragraphs 43–46:

Framed broadly, this test asks whether the court or tribunal in question is suited to grant the remedy sought under s. 24 in light of its function and structure. The assessment is contextual. The factors relevant to the inquiry and the weight they carry will vary with the particular circumstances at hand. Nonetheless, it

[l'arrêt] *Conway* ont permis à la Cour suprême d'uniformiser les trois approches ou tendances en une approche fonctionnelle.

[64] Il est aussi intéressant de noter que la Cour suprême promeut cette unique approche fonctionnelle tant sur le fondement de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* que lorsque la demande vise une réparation en application du paragraphe 24(1) de la Charte. Selon la Cour suprême, si le tribunal administratif est le mieux placé pour décider d'une de ces réparations, il l'est aussi bien pour l'autre (*Conway*, précité, au paragraphe 80).

[65] L'approche recommandée par la Cour suprême est en premier lieu de se demander si le tribunal peut accorder des réparations en application de la Charte en général. Pour répondre à cette question, il faut identifier si oui ou non, de façon expresse ou implicite, le tribunal peut trancher une question de droit. Lorsque la réponse est affirmative et qu'il n'a pas été établi clairement que le législateur a voulu soustraire le tribunal de l'application de la Charte, le tribunal sera alors compétent pour examiner et appliquer la Charte lorsqu'il statue dans une affaire dont il est régulièrement saisi (*Conway*, précité, au paragraphe 81 et voir également *Martin*, précité, aux paragraphes 41 et 42).

[66] En deuxième lieu, le tribunal doit se demander s'il peut accorder la réparation recherchée en tenant compte du régime législatif en cause. Pour y arriver, il faut percevoir l'intention du législateur en révisant le mandat légal, la structure et les fonctions du tribunal à l'étude (*Conway*, précité, au paragraphe 82). La Cour suprême avait précédemment étudié ces facteurs dans l'arrêt *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 (*Dunedin*), où la juge en chef McLachlin examinait « l'approche fonctionnelle et structurelle » et ses composantes, qu'elle décrit comme suit aux paragraphes 43 à 46 :

Essentiellement, ce critère pose la question de savoir si, eu égard à sa fonction et à sa structure, le tribunal judiciaire ou administratif concerné est apte à accorder la réparation demandée en vertu de l'art. 24. Il s'agit d'une évaluation contextuelle. Les facteurs pertinents pour les fins de l'analyse ainsi que leur poids

is possible to catalogue some of the considerations captured under the general headings of “function” and “structure”.

The function of the court or tribunal is an expression of its purpose or mandate. As such, it must be assessed in relation to both the legislative scheme and the broader legal system. First, what is the court or tribunal’s function within the legislative scheme? Would jurisdiction to order the remedy sought under s. 24(1) frustrate or enhance this role? How essential is the power to grant the remedy sought to the effective and efficient functioning of the court or tribunal? Second, what is the function of the court or tribunal in the broader legal system? Is it more appropriate that a different forum redress the violation of *Charter* rights?

The inquiry into the structure of the court or tribunal relates to the compatibility of the institution and its processes with the remedy sought under s. 24. Depending on the particular remedy in issue, any or all of the following factors may be salient: whether the proceedings are judicial or quasi-judicial; the role of counsel; the applicability or otherwise of traditional rules of proof and evidence; whether the court or tribunal can issue subpoenas; whether evidence is offered under oath; the expertise and training of the decision-maker; and the institutional experience of the court or tribunal with the remedy in question: see *Mooring, supra*, at paras. 25–26. Other relevant considerations may include the workload of the court or tribunal, the time constraints it operates under, its ability to compile an adequate record for a reviewing court, and other such operational factors. The question, in essence, is whether the legislature or Parliament has furnished the court or tribunal with the tools necessary to fashion the remedy sought under s. 24 in a just, fair and consistent manner without impeding its ability to perform its intended function.

Two sources may provide guidance in determining the function and structure of a court or tribunal: the language of the enabling legislation and the history and accepted practice of the institution. The court or tribunal’s constituting legislation may clearly describe its function and structure. However, it often may be necessary to consider other factors to fully appreciate the court or tribunal’s function, or the strengths and limitations of its processes. Factors like the workload of the court or tribunal, the time constraints it operates under, and its experience and proficiency with a particular remedy, cannot be assessed on the face of the relevant legislation alone; rather, regard must be had to the day-to-day practice of the court or tribunal in question. [Emphasis in original.]

respectif varient en fonction des circonstances de l’espèce. Il est néanmoins possible de classer certaines des considérations visées sous les rubriques générales « fonction » et « structure ».

La fonction du tribunal judiciaire ou administratif concerné est l’expression de son objectif ou mandat. En tant que telle, elle doit être appréciée en fonction du régime établi par la loi et du système de justice en général. Premièrement, quelle est la fonction du tribunal dans le cadre du régime établi par la loi? L’existence du pouvoir d’ordonner la réparation demandée en vertu du par. 24(1) aurait-elle pour effet d’entraver ce rôle ou de le renforcer? Dans quelle mesure le pouvoir d’accorder la réparation demandée est-il essentiel au fonctionnement efficace et efficient du tribunal? Deuxièmement, quelle fonction exerce le tribunal au sein du système de justice en général? Une autre juridiction conviendrait-elle davantage pour réparer l’atteinte portée aux droits garantis par la *Charte*?

L’examen de la structure du tribunal porte sur la compatibilité de l’institution et de ses procédures avec la réparation demandée en vertu de l’art. 24. Selon la réparation particulière en cause, tous les facteurs suivants — ou l’un d’eux — peuvent être importants : la question de savoir si les procédures sont de nature judiciaire ou quasi judiciaire, le rôle des avocats, l’applicabilité ou non des règles de preuve traditionnelles, la question de savoir si le tribunal peut délivrer des assignations à comparaître, celle de savoir si les témoins déposent sous serment, l’expertise et la formation du décideur et l’expérience institutionnelle du tribunal relativement à la réparation en question : voir *Mooring*, précité, par. 25–26. Parmi les autres considérations susceptibles d’être pertinentes, mentionnons la charge de travail du tribunal, ses contraintes de temps, sa capacité de constituer un dossier suffisant pour les besoins d’une cour de révision et toute autre considération opérationnelle du genre. Essentiellement, il s’agit de déterminer si la législature ou le Parlement a doté le tribunal judiciaire ou administratif concerné des outils nécessaires pour lui permettre de façonner de manière juste, équitable et uniforme la réparation demandée en vertu de l’art. 24, sans nuire à sa capacité d’accomplir sa fonction première.

Deux sources peuvent aider à déterminer la fonction et la structure du tribunal judiciaire ou administratif concerné : le texte de sa loi habilitante ainsi que l’historique de l’institution et sa pratique reconnue. Il arrive que la loi constitutive du tribunal décrive clairement sa fonction et sa structure. Toutefois, il peut souvent s’avérer nécessaire de considérer d’autres facteurs afin de bien saisir la fonction du tribunal, ou les points forts et les limites de ses mécanismes. Il est impossible d’évaluer, au regard du seul texte de la loi pertinente, des facteurs comme la charge de travail du tribunal, les contraintes de temps auxquelles il est assujéti ainsi que son expérience et son expertise relativement à une réparation donnée; il faut plutôt tenir compte de la pratique quotidienne du tribunal en question. [Souligné dans l’original.]

[67] In her analysis of the case law of the Supreme Court in *Conway*, above, Justice Abella noted that a tribunal's factual findings and the record it compiles when considering a constitutional question are of invaluable assistance in constitutional determinations (*Conway*, above, at paragraph 67).

[68] Furthermore, in the same overview of the case law, Justice Abella emphasized the fact that where a tribunal has specialized expertise, that expertise makes it the appropriate forum for assessing Charter compliance and for determining the constitutional validity of its enabling statute. Justice Abella specifically cited Justice La Forest in *Cuddy Chicks*, above [at page 18] (cited in *Conway*, above, at paragraph 53):

It is apparent, then, that an expert tribunal of the calibre of the Board can bring its specialized expertise to bear in a very functional and productive way in the determination of *Charter* issues which make demands on such expertise. In the present case, the experience of the Board is highly relevant to the *Charter* challenge to its enabling statute, particularly at the s. 1 stage where policy considerations prevail. At the end of the day, the legal process will be better served where the Board makes an initial determination of the jurisdictional issue arising from a constitutional challenge. In such circumstances, the Board not only has the authority but a duty to ascertain the constitutional validity of s. 2(b) of the *Labour Relations Act*. [Emphasis added by Justice Abella.]

VII. Analysis

Issue:

Is SIRC a court of competent jurisdiction with the authority to investigate the respondent's allegations that his constitutional rights guaranteed by the Charter were violated, both within the meaning of subsection 24(1) of the Charter and subsection 52(1) of the Constitution Act, 1982?

[67] Lors de son analyse de la jurisprudence de la Cour suprême dans [l'arrêt] *Conway*, précité, la juge Abella nota l'importance pour un tribunal de pouvoir trancher des questions de fait et ainsi mettre de l'avant un dossier pour examiner la question constitutionnelle. Ceci ne peut qu'être extrêmement utile pour faire les déterminations appropriées en droit constitutionnel (*Conway*, précité, au paragraphe 67).

[68] De plus, lors de cette même revue jurisprudentielle, la juge Abella mit l'emphase sur le fait que l'expertise d'un tribunal jouait en faveur d'un rôle pour traiter des questions de Charte et à déterminer le caractère constitutionnel de sa loi constituante. La juge Abella cita notamment les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité [à la page 18] (cité dans *Conway*, précité, au paragraphe 53) :

Il est donc évident qu'un tribunal spécialisé du calibre de la Commission peut appliquer son expertise de façon très fonctionnelle et productive à trancher les questions relatives à la *Charte* qui requièrent cette expertise. En l'espèce, l'expérience de la Commission est très pertinente dans une contestation de sa loi habilitante fondée sur la *Charte*, particulièrement à l'étape de l'article premier, où prédominent les considérations de principe. En définitive, le processus judiciaire sera mieux servi si la Commission rend une décision initiale sur la question de la compétence soulevée par une contestation d'ordre constitutionnel. Dans ces circonstances, la Commission a non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation, de s'assurer du caractère constitutionnel de l'al. 2b) de la *Loi sur les relations de travail*. [Soulineusement ajouté par la juge Abella.]

VII. L'analyse

La question :

Est-ce que le CSARS est un tribunal compétent pour faire enquête sur les allégations du défendeur selon lesquelles ses droits constitutionnels garantis par la Charte ont été violés, et ce, aussi bien au sens du paragraphe 24(1) de la Charte que du paragraphe 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?

A. *There is no explicit jurisdiction, but is there an implied jurisdiction?*

[69] It is clear upon reading the CSISA that Parliament did not confer explicit power on SIRC when it is conducting an investigation, but before addressing the steps of the test established by the Supreme Court in detail, I would like to offer some general comments as a prelude to providing an overview of the situation with regard to implied power.

[70] As was demonstrated by the review of the CSISA, Parliament's concern was to ensure that the Service operates within a legal framework and does not exercise its exceptional powers in an unreasonable or unnecessary manner or in a manner that does not comply with Canada's statutes and regulations. I am of the view that, given the three main functions of SIRC: to review, research and investigate, Parliament's concern cannot but apply to each of these functions.

[71] The following elements serve to illustrate Parliament's concern: the definition of "threats to the security of Canada" (the framework within which CSIS must operate); directions issued by the Minister; judicial control over the issuing of warrants; departmental oversight through the Inspector General; and the reviewing role of SIRC including, among other things, its research functions to ensure that CSIS operates in accordance with the CSISA, its regulations and the directions issued by the Minister, and that it does not exercise its powers unreasonably or unnecessarily.

[72] Directions issued by the Minister, granted under subsection 6(2) of the Act, provide, among other things, the following (intervener's record, Volume I, Tab 2A, Minister's directions on the operations of the Service, at pages 8–9):

[TRANSLATION]

The government and the population of Canada expect the Service to conscientiously assume the responsibilities conferred upon it under the *Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act)*. They also expect the Service to carry out its duties and functions while respecting the principle of the rule of law and the rights and freedoms guaranteed to Canadians under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

A. *Il n'y a pas de pouvoir exprès, mais y a-t-il un pouvoir tacite?*

[69] Il est évident à la lecture même de la LSCRS que le législateur n'a pas donné de pouvoir exprès au CSARS lorsqu'il enquête, mais avant d'aborder en détail les étapes du test établi par la Cour suprême, je me permets certains commentaires généraux qui comme porte d'entrée donnent un aperçu global de la situation quant au pouvoir tacite.

[70] Comme l'a montré la revue de la LSCRS, le souci du législateur est de s'assurer que le Service opère dans un encadrement légal et n'utilise pas ses pouvoirs exceptionnels de façon abusive, inutile ou non conforme aux lois du Canada et de ses règlements. Il me semble qu'en tenant compte des trois fonctions du CSARS : la surveillance, la recherche et l'enquête, le souci du législateur ne peut que s'appliquer à chacune des fonctions.

[71] À titre indicatif, les éléments qui suivent illustrent tous ce souci du législateur : la définition de « menaces envers la sécurité du Canada » (cadre dans lequel les fonctions du SCRS doivent opérer); les instructions ministérielles; le contrôle judiciaire de l'octroi de mandat; la supervision ministérielle par l'entremise de l'inspecteur général; et le rôle de surveillance du CSARS dont entre autres sa fonction de recherche afin d'assurer que le SCRS opère conformément à la LSCRS, à ses règlements et aux instructions ministérielles et qu'il n'utilise pas ses pouvoirs de façon abusive ou inutile.

[72] Les instructions du ministre, données en vertu du paragraphe 6(2) de la Loi, prévoient entre autres ce qui suit (dossier de l'intervenant, tome I, onglet 2A, instructions du ministre sur les opérations du Service, aux pages 8 et 9) :

Le gouvernement et la population du Canada s'attendent à ce que le Service assume consciencieusement les responsabilités qui lui sont confiées en vertu de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS)*. Ils s'attendent aussi à ce que le service exerce ses fonctions en respectant le principe de la primauté du droit et les droits

The directions that follow, which I present in accordance with section 6 of the *CSIS Act*, are intended to help the Service meet these expectations.

FUNDAMENTAL PRINCIPLES

The four fundamental principles are designed to provide a framework for the Service's operations.

- The rule of law must be observed.
- The investigative means must be proportional to the gravity and imminence of the threat.
- The greater the risk associated with a particular activity, the higher the authority required for approval.
- With regard to the use of intrusive investigative techniques:
 - the need for their use must be weighed against possible damage to civil, religious, post-secondary and media establishments;
 - the least intrusive techniques must be used first, except in emergency situations or where less intrusive investigatory techniques would not be proportionate to the gravity and imminence of the threat;
 - the level of authority required for approving their use must be commensurate with their intrusiveness, and with any risks associated to using them. [Emphasis added.]

[73] It should be noted that both these directions and the certificates issued by the Inspector General must be submitted to SIRC. In addition, the Committee also has access to information under the control of CSIS and the Inspector General. Thus, SIRC is privy to the regulations and internal policies of CSIS, protected documents that are accessible to very few bodies. A court would only be granted such access in exceptional circumstances if, with due consideration of the interests at play, the process set out at section 38 [sections 38 to 38.16 inclusive (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141)] of the *Canada Evidence Act* allowed it.

et libertés garantis aux Canadiens par la Charte canadienne des droits et libertés.

Les instructions suivantes, que je présente conformément à l'article 6 de la *Loi sur le SCRS*, visent à aider le Service à répondre à ces attentes.

PRINCIPES FONDAMENTAUX

Les quatre principes fondamentaux énoncés ci-après ont pour objet d'encadrer toutes les opérations du service.

- La primauté du droit doit être respectée.
- Les méthodes d'enquête utilisées sont proportionnelles à la gravité et à l'imminence de la menace.
- Plus le risque associé à une activité donnée est grand, plus le niveau hiérarchique de la personne investie du pouvoir d'autoriser celle-ci est élevé.
- En ce qui concerne les méthodes d'enquête intrusives :
 - l'utilisation de telles méthodes est évaluée au regard du tort qu'elles peuvent causer aux libertés civiles et aux secteurs névralgiques, notamment aux institutions politiques, religieuses et universitaires et aux médias;
 - les méthodes d'enquête les moins intrusives sont utilisées avant toute autre, sauf en cas d'urgence ou lorsqu'elles ne sont pas proportionnelles à la gravité ou à l'imminence de la menace;
 - plus la méthode d'enquête est intrusive et plus les risques sont élevés, plus le niveau hiérarchique de la personne investie du pouvoir d'en autoriser l'utilisation est élevé. [Nous soulignons.]

[73] Il est convenable de noter que ces instructions et les certificats émis par l'inspecteur général doivent tous être remis au CSARS. De plus, le Comité a également accès à l'information détenue par le SCRS et l'inspecteur général. Ainsi, le CSARS a connaissance des règlements et politiques internes du SCRS, des documents protégés et accessibles par très peu d'organismes. Une cour de justice ne pourrait qu'exceptionnellement en prendre connaissance si, en tenant compte des intérêts en jeu, la procédure prévue par l'article 38 [articles 38 à 38.16 inclusivement (édictees par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)] de la Loi sur la preuve le permettait.

[74] During these investigations, whether they are conducted as a result of complaints regarding CSIS activities, the denial of a security clearance pursuant to the CSISA or complaints made pursuant to the *Citizenship Act* or the *Canadian Human Rights Act*, SIRC decides questions of fact in each case. The Committee is called upon to determine the truthfulness of the testimony heard, must determine the validity of one version over another, and in the end, must rule in favour of one of the parties, whether it is the complainant or the person concerned, or, if applicable, the Director of CSIS, the Minister of Citizenship and Immigration or a minister who submitted a written notice under subsection 45(2) of the *Canadian Human Rights Act*. In order to do this, it must use legal standards and parameters. If, for example, it is called upon to decide whether there are reasonable grounds to believe that the person concerned is a “threat to the security of Canada” as alleged by the Minister, SIRC must apply the definition of “threat” as it is defined in our statutes and developed in the case law. In addition, the same applies with regard to the legal concept of “reasonable grounds”.

[75] In cases of complaints made against CSIS and some of its activities, SIRC must consider the statutes of Canada, particularly the CSISA and its regulations, the directions issued by the Minister and the internal policies of CSIS. To carry out its duties, the Committee must not only apply the law in such cases, it must assess the evidence according to the standards established by the law and according to the interpretation that was given to them in the case law. The same applies for complaints about a denial of a security clearance or complaints filed under the *Canadian Human Rights Act*.

[76] It is therefore clear that for SIRC to be able to carry out its investigative functions, it simply cannot operate in a legal vacuum. It must interpret the law in order to make determinations on questions of fact submitted to it through the filing of complaints. To claim otherwise would be contrary to Parliament’s concern about ensuring that CSIS operates in compliance with the laws of Canada, including the CSISA, its regulations and CSIS policies.

[74] Lors de ces enquêtes, qu’elles découlent de plaintes dirigées contre les activités du SCRS, de refus d’habilitation de sécurité sous la LSCRS ou encore de plaintes provenant de la *Loi sur la citoyenneté* ou de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le CSARS tranche dans chaque cas des questions de fait. Le Comité a à décider de la véracité des témoignages entendus, doit déterminer la validité d’une version plutôt que d’une autre et doit trancher à la toute fin en faveur de l’une des parties, que ce soit le plaignant ou la personne intéressée, ou le cas échéant, le directeur du SCRS, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration ou celui qui envoie un avis en vertu du paragraphe 45(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Pour ce faire, il doit utiliser des paramètres et normes légales. S’il est appelé par exemple à décider s’il y a des motifs raisonnables de croire que la personne intéressée est une « menace envers la sécurité du Canada » comme il serait allégué par le ministre, le CSARS doit avoir recours à la définition de « menace » telle que définie par nos lois et la jurisprudence développée par les cours. De plus, il en est ainsi pour la notion légale de « motif raisonnable ».

[75] Dans le cas de plaintes déposées contre le SCRS et certaines de ses activités, le CSARS devra tenir compte des lois du Canada, en particulier de la LSCRS et ses règlements, aux instructions du ministre ainsi qu’aux politiques internes du SCRS. Pour assumer ses obligations, le Comité doit non seulement appliquer le droit en semblable matière, mais aussi évaluer la preuve selon les normes établies par la loi et l’interprétation qui leur a été donnée par la jurisprudence. Ce sera la même situation dans le cas de plaintes de refus d’habilitation de sécurité ou encore pour celles déposées en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[76] Il est donc évident que pour accomplir ses fonctions d’enquête, le CSARS ne peut tout simplement opérer dans un vacuum juridique. Il se doit d’interpréter le droit pour trancher les questions de fait qui lui sont soumises par l’entremise des dossiers de plaintes. Dire l’inverse irait à l’encontre du souci du législateur de s’assurer que le SCRS opère de façon conforme aux lois du Canada, dont la LSCRS, ses règlements et les politiques du SCRS.

[77] In short, SIRC has all of the required attributes of a court of competent jurisdiction. It has the expertise to decide questions of fact and law and is one of the few bodies that have access to protected information under the control of CSIS.

[78] In my introductory remarks to this analysis, I mentioned that the CSISA does not explicitly grant the power to determine questions of law to SIRC. Let us now examine how the CSISA implicitly assigns SIRC the power to decide questions of law. In order to do this, we shall revisit the factors developed in *Martin*, above, at paragraph 41 and apply them to the specific circumstances of this case.

(1) In order to fulfill its legislative mandate, SIRC must determine questions of law

[79] The mandate set out in the Act and conferred upon SIRC is to ensure that CSIS acts in accordance with the laws of Canada, with the CSISA and in accordance with the Minister's directions and official national security regulations and policies.

[80] The CSISA resulted from the work and the report tabled by the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (McDonald Commission). In the 1970s, intelligence activities of the RCMP raised a storm of criticism after the public was made aware of some of them (for example, the theft of a Parti Québécois membership list, a fire in a barn where a meeting was scheduled to be held, as well as surreptitious entries, opening mail and using wiretaps without a warrant, all described in the McDonald Commission's *Third Report*, published in 1981 and entitled: *Certain R.C.M.P. Activities and the Question of Governmental Knowledge*). Public confidence in this organization had been deeply shaken and Parliament had to act in order to rectify this situation. What ensued was the creation of the McDonald Commission and the start of parliamentary debates which culminated in the enactment of the CSISA. In *Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107 (C.A.) (*Atwal*), the Court of Appeal considered the constitutionality of a wiretap and search warrant as well as the provisions of

[77] En somme, le CSARS a les attributs nécessaires pour être un tribunal compétent. Il a l'expertise pour trancher des questions de faits et de droit et il est l'un des rares organismes qui a accès à l'information protégée et détenue par le SCRS.

[78] À titre de propos d'introduction de l'analyse, je mentionnais ci-dessus que la LSCRS n'octroyait pas de façon expresse un pouvoir de déterminer des questions de droit au CSARS. Voyons maintenant de quelle façon la LSCRS attribue implicitement un pouvoir de trancher des questions de droit. Pour ce faire, nous reprenons les facteurs développés dans l'arrêt *Martin*, précité, au paragraphe 41 et les appliquons aux particularités du présent dossier.

1) Pour mener à bien sa mission législative, le CSARS doit trancher des questions de droit

[79] La mission énoncée dans la Loi et confiée entre autres au CSARS est d'assurer que le SCRS agit conformément aux lois du Canada, à la LSCRS et selon les instructions du ministre et les règlements et politiques reconnus en sécurité nationale.

[80] La LSCRS est le résultat des travaux et du rapport de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald). Dans les années 1970, des activités d'intelligence de la GRC ont soulevé un tollé de critiques lorsque le public en a pris connaissance (par exemple, il y a eu le vol d'une liste de membres du Parti québécois, l'incendie d'une grange où devrait avoir lieu une réunion, ainsi que des entrées subreptices, des vérifications du courrier et des écoutes électroniques sans mandat, tels que décrits au *Troisième rapport* de la Commission McDonald, publié en 1981 et intitulé *Certaines activités de la GRC et la connaissance qu'en avait le gouvernement*). La confiance du public envers cette institution en a été grandement ébranlée et le législateur a dû agir pour rectifier cette situation. De là la création de la Commission McDonald et l'enclenchement des débats parlementaires qui se culminèrent dans la promulgation de la LSCRS. Dans l'arrêt *Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107 (C.A.) (*Atwal*), la Cour d'appel considérait la constitutionnalité d'un mandat de

the Act under which the warrant had been issued. At pages 139–140 of this decision, Justice Mahoney offers an insightful overview of the reforms that issued from the McDonald Commission:

The events that led to the McDonald Commission inquiry and report and Parliament's ultimate decision to introduce the judiciary into the intelligence gathering system are fresh enough in our minds to permit judicial notice of some generalities. The previous system had been rendered unacceptable to the government and Parliament by its loss of public credibility. A great many people simply did not believe that what had been done in the name of national security had been justified, important as most of them accepted national security to be. Popular scepticism was prompted as much, if not more, by the identities of targets of the system, as they became known, as by the *modus operandi* of those engaged in it. One measure chosen to lend the new civilian Service public credibility was the introduction of judicial control at the point where its covert activities may intrude into the private lives of Canadian citizens and residents. Judicial intervention was not required to allow the Service to conduct surveillance effectively; that could, more conveniently, have continued under executive fiat. It was required to protect potential targets against unjustified surveillance and to assure the public that such protection was being effectively afforded. The benefit of judicial intervention to the Service and, thus, to Canada, will be imperilled if it is presented to and perceived by the public as primarily a function of the intelligence gathering system rather than of the judicial system. [Emphasis added.]

[81] As expressed in this excerpt from the case law from 1988, it was necessary, given the storm of criticism over the activities of the RCMP's former intelligence arm, to introduce judicial control over the issuing of warrants. The purpose of this was to protect individuals from unjustified surveillance and to uphold individual rights, while at the same time protecting national security. It was essential to ensure that CSIS would operate within a legal framework in order to restore public confidence and it was precisely this objective that led to the creation of SIRC. Thus, Parliament acknowledged this, through the House of Commons Special Committee

perquisition et d'écoute électronique ainsi que les dispositions de la Loi en vertu desquelles le mandat avait été octroyé. Aux pages 139 et 140 de cette décision, le juge Mahoney offre un aperçu utile des réformes qui ont suivi la Commission McDonald :

Les événements qui ont conduit à la tenue de l'enquête et à la rédaction du rapport de la Commission McDonald ainsi qu'à la décision finale du Parlement de faire jouer un rôle au pouvoir judiciaire au sein du processus de collecte des renseignements sont suffisamment frais à notre esprit pour permettre au tribunal d'avoir une connaissance d'office de certaines questions générales. Le système antérieur était devenu inacceptable aux yeux du gouvernement et du Parlement parce qu'il avait perdu sa crédibilité auprès du public. Un grand nombre de personnes ne croyaient tout simplement pas que les mesures prises au nom de la sécurité nationale avaient été justifiées, bien que la plupart d'entre elles aient considéré la sécurité nationale comme très importante. Le scepticisme de la population était suscité autant, sinon plus, par l'identité des cibles de ce système, au fur et à mesure que celle-ci devenait publique, que par les méthodes des personnes engagées dans ces activités. L'une des mesures choisies pour asseoir la crédibilité du nouveau Service civil auprès du public est l'instauration d'un contrôle judiciaire là où les activités cachées du Service peuvent faire intrusion dans la vie privée de citoyens et résidents canadiens. L'intervention judiciaire ne s'imposait pas pour permettre au Service d'effectuer une surveillance efficace, il eût été plus facile de poursuivre une telle activité en vertu de l'autorisation de l'exécutif. Cette intervention était nécessaire pour protéger les cibles éventuelles contre la possibilité d'une surveillance injustifiée et pour assurer le public qu'une telle protection était effectivement accordée. Les bienfaits de l'intervention judiciaire pour le Service et, par voie de conséquence, pour le Canada, seront menacés si cette intervention est présentée au public et perçue par celui-ci principalement comme un rouage du système de collecte des renseignements plutôt que comme une fonction du système judiciaire. [Nous soulignons.]

[81] Tel qu'exprimé par cet extrait d'une jurisprudence de 1988, il fallait, étant donné les activités fortement critiquées de l'ancien organisme d'intelligence de la GRC, encadrer l'octroi de mandats sous le contrôle judiciaire. Ceci avait comme but de protéger les individus contre des surveillances injustifiées et de préserver les droits individuels, tout en protégeant la sécurité nationale. Il était primordial de s'assurer que le SCRS opère dans un encadrement légal pour que le public regagne confiance et c'est précisément cet objectif qui était visé par l'établissement du CSARS. Ainsi le reconnaissait le législateur, par l'entremise du Comité spécial de la

on the Review of the *Canadian Security Intelligence Service Act* and the *Security Offences Act*, R.S.C., 1985, c. S-7 (House of Commons Special Committee), when it declared that “the success of the new national security system would depend largely on Parliamentary and public confidence in the integrity of the system” (applicant’s record, Volume II, Tab 21, Government’s Response to the Report of the House of Commons Special Committee [*On Course: National Security for the 1990s*, Ottawa: Supply and Services Canada, 1991], at page 68). SIRC, like the Federal Court, became a key element in ensuring that a climate of trust could be built.

[82] Indeed, it was this interpretation that Justice O’Connor adopted as Chairman of the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar (O’Connor Commission), where, in his report entitled *A New Review Mechanism for the RCMP’s National Security Activities*, he wrote as follows [at page 265] ([see also] intervenor’s record, Volume I, Tab 2G, at page 212):

The Security Intelligence Review Committee (SIRC) was established in 1984 as an independent, external review body that reports on the operations of CSIS directly to the Parliament of Canada. SIRC’s role has long been understood to be that of assuring Parliament and the Canadian public that Canada’s security intelligence service is fulfilling its mandate to ensure the security of the state while respecting individual rights and liberties as guaranteed under Canadian law. To this end, SIRC examines past operations of CSIS and investigates complaints. [Emphasis added; footnote omitted.]

[83] Therefore, taking into account all of its duties and functions, SIRC’s mandate is to scrutinize CSIS activities for the purpose of ensuring that it operates in accordance with Canadian law, with the CSISA, and with its regulations and policies, while ensuring that Canada’s security is protected and that individual rights guaranteed under Canadian law are also protected. In a dissenting opinion in *Thomson*, above, at page 419, Justice L’Heureux-Dubé expressed this view with regard to SIRC’s role as set out in the Act:

Chambre des communes sur l’examen de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* et de la *Loi sur les infractions en matière de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. S-7 (Comité spécial de la Chambre des communes), lorsque ce dernier écrit que « le nouveau système de sécurité nationale serait un succès en autant que le Parlement et le public auraient confiance en son intégrité » (dossier du demandeur, volume II, onglet 21, Réponse du gouvernement au Rapport du Comité spécial de la Chambre des communes [*Maintenir le cap : la sécurité nationale dans les années 90*, Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1991], à la page 70). Le CSARS devenait à l’instar de la Cour fédérale un élément clé pour assurer la création d’un climat de confiance.

[82] C’est d’ailleurs cette compréhension qu’en retira le juge O’Connor en tant que président de la Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar (Commission O’Connor), où dans son rapport intitulé *Un nouveau mécanisme d’examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, il écrivait ce qui suit [à la page 298] ([voir aussi] dossier de l’intervenant, tome I, onglet 2G, à la page 212) :

Créé en 1984, le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) est un organisme d’examen externe indépendant qui fait rapport sur les activités du SCRS directement au Parlement. Il est depuis longtemps entendu que le rôle du CSARS consiste à assurer le Parlement et le public que le Service canadien du renseignement de sécurité remplit son mandat de veiller sur la sécurité de l’État dans le respect des droits et libertés individuels garantis par la loi canadienne. Pour ce faire, le CSARS examine les opérations du SCRS a posteriori et enquête sur les plaintes. [Nous soulignons; note en bas de page omise.]

[83] Ainsi, tenant compte de l’ensemble de ses fonctions, la mission du CSARS est de scruter les activités du SCRS dans le but de s’assurer qu’il opère conformément aux lois du Canada, à la LSCRS, à ses règlements et aux politiques, tout en s’assurant que la sécurité du Canada est protégée et que les droits garantis par nos lois le sont aussi. En dissidence, dans l’arrêt *Thomson*, précité, à la page 419, la juge L’Heureux-Dubé s’exprimait ainsi quant au rôle du CSARS tel que prévu par la Loi :

The CSIS Review Committee was established for various reasons. Its most important role is probably that of a watchdog agency over the Service, and its reports serve to alert the public of CSIS's misdoings and errors. But the Committee also functions as the only means of redress available to a candidate whose employment has been blocked by a flawed CSIS report. [Emphasis in original.]

[84] In order to be able to carry out this mandate, SIRC must review CSIS's work in light of Canadian laws. Consequently, it is called upon to apply these laws. To recap, SIRC has three main functions to perform: (1) to review generally the performance by CSIS of its duties and functions; (2) to arrange for reviews to be conducted, or to conduct reviews, for the purpose of "ensuring that the activities of the Service are carried out in accordance with this Act, the regulations and directions issued by the Minister ... and that the activities do not involve any unreasonable or unnecessary exercise by the Service of any of its powers" (section 40 of the CSISA); and (3) to conduct investigations in relation to complaints received with respect to the activities of the Service, the denial of a security clearance, or reports made to the Committee pursuant to the *Citizenship Act* and matters referred to the Committee pursuant to the *Canadian Human Rights Act*.

[85] Each of these functions, in order to be fully and properly carried out, must ensure that CSIS exercises its activities in a manner that is consistent with the law, with the CSISA, the regulations and directions issued by the Minister, and that they are not exercised in an unreasonable or unnecessary manner. Consequently, the results of SIRC's review are submitted to the Minister, to the Director of CSIS and ultimately to Parliament through the tabling of annual reports or special reports to the Minister, which are eventually made available to the public. In this regard, the file contains a number of excerpts from annual reports, as well as a special report on "CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr" (intervener's record, Volume 1, Tab E, at pages 102 to 137). A simple reading of these reports reveals precisely this kind of constant reference to the laws of Canada, to the CSISA, and its regulations and policies.

[86] As for SIRC's investigative role, whether it is with regard to CSIS activities, to the denial of a security clearance involving CSIS or reports and matters referred to it

Le comité a été mis sur pied pour divers motifs. Son principal rôle est probablement celui de chien de garde du SCRS, et ses rapports visent à rendre publiques les bavures et les erreurs du SCRS. Or, c'est auprès de ce comité que les personnes auxquelles on a refusé un emploi sur le fondement d'un rapport inexact du SCRS peuvent exercer le seul recours dont elles disposent. [Souligné dans l'original.]

[84] Pour pouvoir actualiser cette mission, le CSARS doit examiner le travail du SCRS à la lumière des lois du Canada. En conséquence, il est appelé à appliquer ces lois. À titre de rappel, le CSARS doit accomplir trois grandes fonctions : 1) la surveillance et l'examen de la façon que le SCRS exerce ses fonctions; 2) faire ou faire effectuer des recherches dans le but de « veiller à ce que les activités du Service soient conduites conformément à la présente loi, à ses règlements et aux instructions du ministre [...] et qu'elles ne donnent pas lieu à l'exercice par le Service de ses pouvoirs d'une façon abusive ou inutile » (article 40 de la LSCRS); et 3) enquêter les plaintes reçues concernant les activités du Service, les refus d'habilitation de sécurité ou encore les rapports transmis en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* et les affaires acheminées conformément à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[85] Chacune de ces fonctions, pour être accomplie pleinement, se doit d'assurer que les activités du SCRS sont actualisées de telle façon qu'elles sont adaptées aux lois, à la LSCRS, à ses règlements et aux instructions du ministre et qu'elles ne sont pas articulées de façon abusive ou encore qu'elles ne sont pas inutiles. En conséquence, le résultat des recherches du CSARS est communiqué au ministre, au directeur du SCRS et ultimement au Parlement par l'entremise de rapports annuels ou encore de rapports spéciaux au ministre et éventuellement au public. À ce sujet, le dossier contient plusieurs extraits de rapports annuels, ainsi qu'un rapport spécial concernant « Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr » (dossier de l'intervenant, tome I, onglet E, aux pages 102 à 137). Une simple lecture de ces rapports dévoile justement un recours constant aux lois du Canada, à la LSCRS, à ses règlements et aux politiques.

[86] Quand au rôle d'enquête du CSARS, qu'il s'attarde aux activités du SCRS, au refus d'habilitation impliquant ce dernier ou encore aux rapports et affaires

pursuant to the *Citizenship Act* or the *Canadian Human Rights Act*, the Attorney General contends that SIRC does not need to decide questions of law in order to carry out this function. In short, it was suggested that SIRC's [TRANSLATION] "sole objective" is to make findings and recommendations and that, as a consequence, it does not have jurisdiction to decide questions of law. Thus, SIRC was depicted as being similar to a commission of inquiry, nothing more, nothing less. The Attorney General does not believe that the legislation grants an implied power authorizing SIRC to decide questions of law and therefore does not recognize the mandate described above.

[87] A review of the complaints dealt with by SIRC over the years provides an answer. From the time of its establishment until March 31, 2005, SIRC (excluding complaints filed pursuant to the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31) received 883 complaints, which can be broken down into the following categories (intervener's record, Volume I, Tab 2G, at page 222):

- 771 complaints filed pursuant to section 41 of the CSISA (activities of the Service);
- 131 complaints filed pursuant to section 42 (denial of a security clearance);
- 17 complaints with regard to citizenship issues;
- 11 complaints with regard to immigration issues;
- 13 complaints referred by the Canadian Human Rights Commission.

[88] In addition, we learn from the annual reports that SIRC receives over 30 new complaints per year that require investigating (intervener's record, Volume I, Tabs 2C and D, at pages 51 and 64). No breakdown of the types of complaints was given, but in light of the annual reports submitted, it can be safely assumed that the vast majority of these relate to CSIS activities under section 41 of the Act. The O'Connor report reveals that SIRC devotes 20 percent of its resources to investigations, of which 5 percent are devoted to work conducted at hearings (intervener's record, Volume I, Tab 2G, at page 222).

référés en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le procureur général affirme que le CSARS n'a pas à trancher des questions de droit pour accomplir cette fonction. Bref, il est suggéré que le CSARS a comme « simple but » de formuler des conclusions et des recommandations et qu'en conséquence il n'a pas à décider de questions de droit. On veut ainsi l'apparenter à une commission d'enquête ni plus ni moins. Le procureur général ne perçoit pas dans la législation un pouvoir implicite autorisant le CSARS à trancher des questions de droit et il ne reconnaît donc pas la mission décrite ci-dessus.

[87] Une revue des plaintes traitées par le CSARS au cours des années offre une réponse. Depuis sa création et jusqu'au 31 mars 2005, le CSARS (à l'exclusion des plaintes déposées en vertu de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31) a reçu 883 plaintes, qui se catégorisent ainsi (dossier de l'intervenant, tome I, onglet 2G, à la page 222) :

- 771 plaintes déposées sous le régime de l'article 41 de la LSCRS (les activités du Service);
- 131 plaintes déposées sous le régime de l'article 42 (refus d'une habilitation de sécurité);
- 17 plaintes concernant des questions de citoyenneté;
- 11 plaintes concernant des questions d'immigration;
- 13 dossiers référés par la Commission canadienne des droits de la personne.

[88] De plus, on apprend dans les rapports annuels que le CSARS reçoit plus de 30 nouvelles plaintes par année aux fins d'enquête (dossier de l'intervenant, tome I, onglets 2C et D, aux pages 51 et 64). Aucune ventilation de la répartition des plaintes n'est faite, mais à la lumière des rapports annuels déposés, il est permis de penser que la grande majorité de celles-ci concernent les activités du SCRS en vertu de l'article 41 de la Loi. Le rapport O'Connor révèle que le CSARS consacre 20 p. 100 de ses ressources aux enquêtes et 5 p. 100 de celles-ci sont consacrés au travail découlant d'audience (dossier de l'intervenant, tome I, onglet 2G, à la page 222).

[89] Turning now to a specific review of the investigative process set out in section 41 of the CSISA, the intervenor's record provides a glimpse of the kinds of complaints made with regard to CSIS activities that the Committee has had to deal with in the past: alleged intimidation, claims of human rights violations and mistreatment, allegations that CSIS used evidence obtained through torture, allegations of discriminatory practices, harassment and interference by CSIS in the employment selection process, among others. A review of the summaries of these complaints reveals that SIRC, in order to carry out its functions, made use of, among other things and in a non-limitative way, the Charter, the *Canadian Human Rights Act*, the CSISA, its regulations and internal policies, including directions from the Minister, the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21], the *Criminal Code* and certain conventions on the use of torture (intervenor's record, Volume I, Tabs 2B, 2C and 2D). Given this review, it is more than likely that the Attorney General had already been provided with a number of opportunities to raise the issue in this matter, namely, whether the Committee can decide questions of law, including Charter issues, but that he simply chose not to do so until very recently.

[90] Investigations pursuant to section 41 of the CSISA may be conducted on behalf of "[a]ny person" with respect to complaints about "any act or thing done by the Service". Prior to fully exercising its jurisdiction to investigate complaints, SIRC must first determine whether the Director of CSIS responded to the complaint within a reasonable period of time or whether the complainant was satisfied with the response given (paragraph 41(1)(a)).

[91] The Committee must then determine whether the complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith. This stage is crucial for the complainant, as it directly affects his or her interest in seeing that the complaint is ultimately dealt with (*Mikail*, above, at paragraphs 32, 37 and 47). To that end, SIRC must be able to rely on the law applicable to such matters. It cannot go against the interest of the complainant without doing so on the basis of legal considerations. A simple finding of fact would not suffice, unless it included a

[89] Passant maintenant à un examen particulier du régime d'enquête de l'article 41 de la LSCRS, le dossier de l'intervenant offre un aperçu des plaintes dirigées contre les activités du SCRS que le Comité a eu à traiter dans le passé : présomption d'intimidation, présomption d'atteintes aux droits de la personne et de traitements injustes, allégations concernant l'utilisation par le SCRS de preuves obtenues sous la torture, pratiques discriminatoires présumées, présumés harcèlements et ingérences de la part du SCRS dans l'obtention d'un emploi et d'autres. Une revue des sommaires concernant le traitement de ces plaintes informe que le CSARS, pour accomplir sa fonction, a eu recours entre autres et de façon non limitative à la Charte, à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à la LSCRS, à ses règlements et politiques internes, y incluant les instructions du ministre, à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21], au *Code criminel* et à certains traités adressant la torture (dossier de l'intervenant, tome I, onglets 2B, 2C et 2D). À la lumière de cette revue, il est plus que probable que le procureur général avait déjà eu d'autres occasions pour soulever la question en litige au présent dossier, à savoir si le Comité peut trancher des questions de droit, dont notamment la Charte, mais qu'il avait simplement choisi de ne pas le faire jusqu'à tout récemment.

[90] Les enquêtes en vertu de l'article 41 de la LSCRS sont disponibles à « toute personne » et sont dirigées « contre des activités du Service » (en anglais, les plaintes sont dirigées « *with respect to any act or thing done by the Service* »). Pour assumer pleinement sa juridiction d'enquête de ces plaintes, le CSARS doit préalablement déterminer si le directeur du SCRS a répondu dans un délai normal à la plainte ou encore s'il a fourni une réponse qui satisfait le plaignant (alinéa 41(1)a)).

[91] Le Comité doit statuer si la plainte est frivole, vexatoire, sans objet ou entachée de mauvaise foi. Cette étape est primordiale pour le plaignant, car elle touche directement à son intérêt de voir à ce que sa plainte soit ultimement traitée (*Mikail*, précité, aux paragraphes 32, 37 et 47). Pour ce faire, le CSARS doit avoir recours au droit applicable en semblable matière. Il ne peut aller à l'encontre de l'intérêt du plaignant sans le faire sur la base de considérations juridiques. Une simple conclusion de fait ne suffirait pas à moins qu'elle inclue une

solid legal basis (paragraph 41(1)(b)). Furthermore, the Committee must satisfy itself that the complaint does not raise factual issues relating to a labour relations problem (subsection 41(2)). To this end, SIRC must take into consideration not only its enabling statute, but also the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2.

[92] In light of the foregoing, it seems to me that the investigative function of section 41 of the CSISA includes not only a duty to decide questions of fact (in English, SIRC is called upon to submit a report containing “the findings of the investigation” (“*ses conclusions*” in French) (paragraph 52(1)(a))), but also to do so by taking into account the applicable law according to the particular circumstances of the complaint under review. Frankly, it is difficult to see how SIRC would be able to fulfil its mandate without taking existing laws into account. Failing to apply the country’s legal values would be tantamount to abdicating its legislative mandate.

[93] The same is true when particular attention is given to SIRC’s investigative role. The interests of the persons concerned, their rights, and the legislative framework of the complaints process all require the applicable law to be taken into account. Failure to recognize that the legislative mandate carries with it an implied power to decide questions of law would effectively consign SIRC’s investigative role to obsolescence. After all, if no questions of law can be decided, what purpose would the complaints process serve? It would make no sense if SIRC was reduced to making findings of fact without being able to measure those findings against a legal backdrop.

[94] When Parliament enacted the CSISA, it sought to establish a system of controls that would ensure that CSIS, in exercising its exceptional powers, would do so legally and within the limits of what our laws allow. If we were to make the finding the Attorney General would like us to make, that SIRC cannot decide questions of law when it is conducting an investigation and making findings and recommendations, this would go against Parliament’s intention. SIRC’s legislative mandate requires that it be able to decide questions of fact and law when conducting investigations.

assise juridique (alinéa 41(1)b)). De plus, le Comité doit se satisfaire que la plainte ne soulève pas une base factuelle reliée à une problématique de relations de travail (paragraphe 41(2)). À cette fin, le CSARS a à prendre en considération la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, une autre loi que sa loi habilitante.

[92] Tenant compte de ce qui précède, il me semble que la fonction d’enquête de l’article 41 de la LSCRS inclut non seulement une obligation de décider de question de fait (en anglais, le CSARS est appelé à émettre un rapport contenant « *the findings of the investigation* » et en français « *ses conclusions* » (alinéa 52(1) a)), mais aussi de le faire en tenant compte du droit applicable selon les particularités de la plainte à l’étude. Franchement, il est difficile de voir comment le CSARS pourrait assumer sa mission sans le faire en tenant compte des lois en vigueur. Ce serait abdiquer à la mission législative que de ne pas avoir recours aux valeurs juridiques du pays.

[93] Il en va de même lorsqu’on porte une attention particulière à la fonction d’enquêteur du CSARS. L’intérêt des personnes concernées, leurs droits et l’encadrement législatif de la procédure de plainte l’exigent tous. Ne pas reconnaître à travers la mission législative un pouvoir implicite de trancher des questions de droit serait rendre désuète la fonction d’enquête du CSARS. Après tout si aucune question de droit ne peut être tranchée, quel serait le but du système de plaintes? Celui de conclure sur les faits, sans toile de fond de loi pour le faire, serait un non-sens.

[94] Le législateur, en promulguant la LSCRS, voulait mettre sur pied un système de contrôle ayant pour but de s’assurer que le SCRS, en actualisant ses pouvoirs exceptionnels, le ferait de façon légale et dans le cadre de ce que nos lois permettent. Si l’on conclut comme le procureur général le voudrait, que le CSARS ne peut trancher des questions de droit lorsqu’il enquête, conclut et recommande, ce serait allé à l’encontre de ce que le législateur voulait. La mission législative exige que le CSARS puisse trancher des questions de fait et de droit lorsqu’il enquête.

[95] The Attorney General compares SIRC's investigative role to that of a Royal Commission of Inquiry. As an example, he cites the report of the Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almaki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin (Iacobucci Commission) in which Justice Iacobucci opined that for the purposes of his inquiry, he could not make determinations on Charter issues (applicant's record, Volume II, Appendix B, Tab 13, Iacobucci Commission *Final Report*, at paragraph 29 [of Chapter 10, pages 340–341]):

First, I must repeat that the mandate of this Inquiry is limited by its nature. It does not lie within my mandate to draw conclusions about civil, criminal or constitutional responsibility. The standards that I intend to apply are not legal standards; despite the very able submissions concerning these standards offered by many Inquiry participants, I do not intend to make findings about whether torts, or crimes, or breaches of the *Canadian Charter of Rights* or other constitutional and international norms might have occurred. Nonetheless, the basic principles that emerge from legal sources including Canadian law, the *Charter* and various international instruments are helpful in informing my determinations as to whether Canadian officials acted properly in the circumstances. [Emphasis added.]

[96] In a manner that could not be clearer, Justice Iacobucci stated that the mandate of his inquiry was limited and that the mandate given by the Governor General in Council did not allow him to make determinations with regard to civil, criminal or constitutional responsibility. Commissions of inquiry receive their mandates from Cabinet, and their roles and functions vary accordingly. Although it is limited in this regard, the case appears to reveal a much broader mandate for the O'Connor Commission (intervener's record, Volume I, Tab 2G). To associate SIRC with the Iacobucci Commission, as the Attorney General seeks to do, strikes me as inappropriate. As required by the factors raised in *Conway*, if no explicit power to decide questions of law is assigned to a tribunal, one must examine whether the legislation contains an implied power. Thus, the importance of identifying the tribunal's statutory mandate.

[97] The Attorney General further argues that SIRC's role, when conducting investigations, is akin to that of an investigator during the first stage of the review of a

[95] Le procureur général compare le rôle d'enquêteur du CSARS à une commission royale d'enquête. À titre d'exemple, il a recours au rapport de l'Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almaki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin (Commission Iacobucci) où le juge Iacobucci opinait qu'aux fins de son enquête, il ne pouvait tirer des conclusions reliées à la Charte (dossier du demandeur, volume II, annexe B, onglet 13, *Rapport final* de la Commission Iacobucci, au paragraphe 29 [du chapitre 10, pages 361 et 362]) :

Premièrement, je dois répéter que le mandat de l'Enquête est limité par sa nature même. Il ne relève pas de mon mandat de tirer des conclusions sur la responsabilité civile, criminelle ou constitutionnelle. Les normes que j'entends appliquer ne sont pas des normes juridiques. Malgré les représentations habiles sur ces normes présentées par de nombreux participants à l'Enquête, je n'ai pas l'intention de tirer des conclusions sur d'éventuels délits, crimes ou violations de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou d'autres normes constitutionnelles ou internationales. Néanmoins, les principes de base ressortant de sources légales dont le droit canadien, la Charte et divers instruments internationaux sont utiles pour fonder mes conclusions à savoir si les responsables canadiens ont agi convenablement dans les circonstances. [Nous soulignons.]

[96] De façon plus que claire, le juge Iacobucci mentionne que le mandat de l'enquête qu'il présidait était limité et que le mandat donné par le Gouverneur général en conseil ne lui permettait pas de conclure quant à la responsabilité civile, criminelle ou constitutionnelle. Les commissions d'enquête reçoivent leur mandat du Cabinet. Leur rôle et fonction varie selon ce dernier. Bien que limité à cet égard, le dossier semble dévoiler un mandat beaucoup plus vaste pour la Commission O'Connor (dossier de l'intervenant, tome I, onglet 2G). Associer le CSARS à la Commission Iacobucci, comme le veut le procureur général, m'apparaît inapproprié. Tel que l'exigent les facteurs mis de l'avant dans l'arrêt *Conway*, si aucun pouvoir exprès de trancher des questions de droit n'est attribué au tribunal, on doit voir si la législation contient un pouvoir implicite. De là, l'importance d'identifier la mission du tribunal dans la législation.

[97] Le procureur général plaide aussi que le rôle du CSARS, lorsqu'il enquête, est semblable à l'enquêteur en première étape lors d'études de plaintes déposées en

complaint filed under the *Canadian Human Rights Act*. In support of his argument, the Attorney General relies on *Cooper*, above, in which the majority ruled that the CHRC could not decide questions of law, including Charter issues.

[98] Here again we find an attempt to associate SIRC with the CHRC, but in reality they are two distinct organizations which do not fulfill the same functions. The role of an investigator at the first stage, under the *Canadian Human Rights Act*, is to investigate the complaint and to submit a report to the CHRC. After reviewing the report, the CHRC determines what measures will be undertaken to follow up on the complaint, which includes the possibility of referring the complaint to the Chairperson of the Canadian Human Rights Tribunal. The investigator's work is therefore at the first stage. In addition, the investigator's powers are limited and are not comparable to those granted to SIRC under the CSISA (*Canadian Human Rights Act*, at sections 43 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63], 44 [as am, *idem*, s. 64; S.C. 1988, c. 9, s. 24], 47 and sections 48-50 and 52 of the CSISA).

[99] When SIRC is dealing with a complaint that has been referred to it by the CHRC on national security grounds, it investigates the complaint in the same manner as it would a complaint regarding CSIS activities. Upon completing its investigation, SIRC then submits its report and findings to the CHRC, which will then determine what action will be taken to follow up on the complaint and what information will be provided (sections 45 and 46 of the *Canadian Human Rights Act* and sections 49 and 55 of the CSISA). However, although the investigation stage is not final in and of itself, in SIRC's case, its investigation, report and findings are final. The CHRC accepts the report as such and does not second-guess its findings. It then decides what steps should be taken in light of the report and after considering the particular facts in the matter. Unlike the CHRC investigator, questions of law are to be decided by SIRC. In the case of the CHRC, either it or the Canadian Human Rights Tribunal can ultimately decide questions of law. These are therefore two distinct roles and one cannot associate the role of the CHRC investigator with SIRC's investigative role or conclude that SIRC cannot decide questions on the sole basis that the Supreme

vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le procureur général s'appuie en conséquence sur l'arrêt *Cooper*, précité, où la majorité conclut que la CCDP ne pouvait trancher des questions de droit, y incluant la Charte.

[98] Encore là, on tente d'associer le CSARS à la CCDP, mais la réalité dévoile que ce sont deux organismes distincts qui n'assument pas dans leur totalité les mêmes fonctions. Le rôle de l'enquêteur en première étape, sous la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, est d'enquêter la plainte et de faire rapport à la CCDP. Après étude du rapport, la CCDP détermine le suivi de la plainte, y incluant la possibilité de confier ladite plainte au président du Tribunal canadien des droits de la personne. Le travail de l'enquêteur est donc une étape initiale. De plus, les pouvoirs de l'enquêteur sont limités et ils ne se comparent pas à ceux attribués au CSARS par la LSCRS (*Loi canadienne sur les droits de la personne*, aux articles 43 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} Suppl.), ch. 31, art. 63], 44 [mod., *idem*, art. 64; L.C. 1998, ch. 9, art. 24], 47 et les articles 48 à 50 et 52 de la LSCRS).

[99] Lorsque le CSARS est saisi, pour des raisons de sécurité nationale, d'un référé de la CCDP, il enquête comme il le fait pour les plaintes dirigées contre les activités du SCRS. Lorsqu'il conclut son enquête, il remet alors son rapport et ses conclusions à la CCDP, qui décidera du suivi de la plainte et de l'information qu'elle communiquera (articles 45 et 46 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et les articles 49 et 55 de la LSCRS). Pourtant, tandis que l'étape de l'enquêteur n'est pas finale en soi, dans le cas du CSARS, son travail d'enquête, son rapport et ses conclusions le sont. La CCDP prend comme tels le rapport et ses conclusions, ne le remet pas en question et décide des étapes à suivre à la lumière de ce rapport tout en tenant compte de l'information du dossier. Contrairement à l'enquêteur du CCDP, les questions de droit sont à être traitées par le CSARS. Dans le cas du CCDP, celle-ci ou encore le Tribunal canadien des droits de la personne pourrait ultimement traiter de questions de droit. Ce sont donc deux rôles distincts qui ne permettent pas d'associer l'enquêteur du CCDP au rôle d'enquêteur du CSARS ni de conclure que le CSARS ne peut traiter des questions du seul fait que la Cour suprême a décidé

Court ruled as it did with regard to the investigator in *Cooper*, above.

[100] The Attorney General also contends that Parliament could have, on a number of occasions, specifically stated that SIRC was able to decide questions of law but did not do so, in spite of it being asked expressly to do just that. I acknowledge in fact that during a parliamentary review of the CSISA pursuant to section 56 of the statute, the House of Commons Special Committee expressed a desire to modify SIRC's reviewing function at section 40 so as to include the examination of whether CSIS was complying with the Charter and the laws of Canada, including provincial laws (applicant's record, Volume 2, Tab 20, at page 156).

[101] First, I note that the primary concern of the House of Commons Special Committee was about SIRC's reviewing function (paragraph 38(b) and section 40 of the CSISA) and not its investigative function (section 41 of the CSISA). Second, the same committee was not seeking to amend the Act to enable SIRC to decide questions of law, including Charter issues and provincial laws, rather, it sought to have SIRC, as a part of its reviewing role, examine whether CSIS was complying with the Charter and provincial laws.

[102] Moreover, in the government's response to the House of Commons Special Committee, it took care to note that SIRC's reviewing function was one of the key components of the Act. The following is an excerpt from that response (applicant's record, Volume II, Tab 21, Government's Response to the Report of the House of Commons Special Committee, at page 69):

SIRC's review role is a cornerstone of the accountability framework established by the CSIS Act.

CSIS has a statutory mandate and a framework of Ministerial direction which recognize that its activities are sanctioned by law and are to be conducted in accordance with the rule of law, including the Charter. For its part, SIRC has a mandate to review the propriety of CSIS activities, with emphasis on the delicate balance between national security and individual freedoms.

comme elle l'a fait au sujet de l'enquêteur dans l'arrêt *Cooper*, précité.

[100] Le procureur général avance aussi qu'à plusieurs occasions, le législateur aurait pu préciser que le CSARS pouvait traiter de questions de droit et qu'il ne l'a pas fait, et ce, malgré le fait qu'une demande expresse avait été faite à ce sujet. Je reconnais en effet que lors de la révision parlementaire de la LSCRS prévue par la législation à l'article 56, le Comité spécial de la Chambre des communes exprima le désir que l'on modifie la fonction de recherche du CSARS à l'article 40 pour y inclure les examens de la façon dont le SCRS respecte la Charte et les lois du Canada, y compris les lois provinciales (dossier du demandeur, volume II, onglet 20, à la page 156).

[101] Premièrement, je souligne que la préoccupation du Comité spécial de la Chambre des communes concernait la fonction de recherche (alinéa 38b) et article 40 de la LSCRS) et non la fonction d'enquête (article 41 de la LSCRS). En deuxième lieu, ce même comité ne demandait pas de modifier la Loi pour que le CSARS puisse traiter de questions de droit y incluant la Charte et les lois provinciales, mais demandait plutôt que la fonction recherche puisse examiner la façon dont le SCRS respecte la Charte et les lois provinciales.

[102] De plus dans la réponse du gouvernement au Comité spécial de la Chambre des communes, on a pris la peine de noter que la fonction de surveillance et de recherche du CSARS constitue un des éléments importants de la Loi. Voici ce qu'on y écrivait (dossier du demandeur, volume II, onglet 21, Réponse du gouvernement au Rapport du Comité spécial de la Chambre des communes, à la page 71) :

Le rôle de surveillance du CSARS constitue l'un des éléments fondamentaux du cadre d'imputabilité établi par la Loi sur le SCRS.

Le fait que le mandat du SCRS ait un caractère législatif et que le ministre soit investi du pouvoir d'établir des instructions montre bien que les activités du Service sont sanctionnées par la loi et doivent être menées conformément à la règle de droit, ce qui comprend la Charte. Pour sa part, le CSARS est chargé de vérifier s'il y a des irrégularités dans les activités du SCRS, tout en faisant bien attention de mettre en balance la sécurité nationale et les libertés individuelles.

Section 38 of the CSIS Act directs SIRC to review generally the performance by the Service of its duties and functions. This includes reviewing:

- CSIS Annual Reports and certificates of the Inspector General;
- Ministerial direction;
- CSIS's arrangements with domestic and foreign governments and agencies;
- section 20 reports on unlawful conduct; and
- regulations.

Section 40 of the legislation makes SIRC responsible for reviewing the Service's compliance with the CSIS Act, its regulations and Ministerial direction, as well as reviewing CSIS activities to ensure they do not involve an unreasonable or unnecessary exercise of powers. [Emphasis added.]

[103] I once again note how important it is for the government and the CSISA to render CSIS accountable and to maintain trust between CSIS, Parliament and the public. I also note the role that the government has set out for SIRC and the mandate it is called upon to carry out. Moreover, in its Response, the Government recognized that CSIS activities are governed by a legislative framework and are to be carried out in accordance with the rule of law, including the Charter.

[104] The Government emphasized in its Response that the Service's activities must be conducted in accordance with the rule of law, including the Charter. This does not appear to me to mean that SIRC must not, in the performance of its duties and functions, apply the Charter and the laws of Canada, quite the opposite. Furthermore, when discussing SIRC's investigative role in its Response, the Government refers to SIRC as acting in the same manner as a court would (applicant's record, Volume II, Tab 21, Government's Response to the Report of the House of Commons Special Committee, at page 73).

[105] To conclude this section, I note that CSIS's activities are the subject of both section 40 and section 41

En vertu de l'article 38 de la Loi sur le SCRS, le CSARS doit surveiller la façon dont le Service exerce ses fonctions. Cela veut dire, entre autres, examiner :

- les rapports annuels du SCRS et les certificats de l'inspecteur général;
- les instructions du ministre;
- les ententes conclues par le SCRS avec des gouvernements et des organismes du Canada ou de l'étranger;
- les rapports prévus à l'article 20 sur les agissements illicites;
- les règlements.

L'article 40 de la Loi attribue au CSARS la tâche d'examiner si le Service se conforme à la Loi sur le SCRS, aux règlements d'application et aux instructions du ministre, ainsi que de surveiller les activités du SCRS pour s'assurer qu'il n'exerce pas ces pouvoirs de façon abusive ou inutile. [Nous soulignons.]

[103] Je note à nouveau l'importance pour le gouvernement et la LSCRS de rendre le SCRS imputable et de préserver la confiance de celui-ci envers le Parlement et le public. Je constate également le rôle que décrit le gouvernement pour le CSARS et la mission qu'il est appelé à accomplir. En plus, dans sa réponse, le gouvernement reconnaît l'encadrement législatif des activités du SCRS et que celles-ci doivent être conformes à la règle de droit, ce qui comprend la Charte.

[104] Le gouvernement souligne dans sa réponse que les activités du Service doivent être conformes à la règle de droit, y incluant la Charte. Ceci ne m'apparaît pas comme étant une expression que le CSARS ne doit pas, lors de l'actualisation de ses fonctions, appliquer la Charte et les lois du Canada, bien au contraire. D'ailleurs, lorsqu'il traite dans sa réponse du rôle d'enquête du CSARS, le gouvernement se réfère à ce dernier comme agissant comme tribunal (dossier du demandeur, volume II, onglet 21, Réponse du gouvernement au Rapport du Comité spécial de la Chambre des communes, à la page 75).

[105] En terminant cette section, je remarque que les activités du SCRS sont le sujet d'étude aussi bien à

of the CSISA, in which the complaint made must be directed at the activities of the Service. Having defined SIRC's statutory mandate (namely, to ensure that CSIS conducts its activities in accordance with the law, including the Charter, the CSISA and its regulations, all of which is intended to achieve uniformity and consistency in the interpretation of the Act), I believe the legislative requirements with respect to the reviewing functions described at paragraphs 38(1)(a) and 38(1)(b) and section 40 are the same for the investigative functions described at sections 38, 41, 42 *et seq.* To fulfill its mandate, SIRC must ensure that the activities that are being reviewed or investigated comply with the law. If they do not, it is SIRC's duty to report this, otherwise, it would not be fulfilling its statutory mandate. Given the nature of SIRC's mandate, it therefore has an implied power to decide questions of law, including Charter issues.

- (2) SIRC's interaction with other elements of the administrative system is another indication of its implied jurisdiction to determine questions of law

[106] Having identified SIRC's statutory mandate, *Martin*, above, then proposes that we examine SIRC's interaction with other elements of the administrative system. We will begin with a general overview before paying special attention to SIRC's investigative function and its interaction with other statutory elements.

[107] A close reading of the CSISA provides an illustration of SIRC's position with respect to national security and its elements. SIRC is a crucial element of the legislative framework. It is, through its reviewing and investigative functions, the external review body that ensures that CSIS operates in accordance with the law, and with the CSISA and its regulations. Consequently, it renders CSIS accountable, and thus ensures parliamentary and public confidence in CSIS. Upon completing a review, SIRC submits a report to the Minister, the Director of CSIS, to the persons concerned (in investigation report cases), and in certain cases to the CHRC and

l'article 40 qu'à l'article 41 de la LSCRS, où la plainte déposée doit être dirigée contre les activités du Service. Ayant défini la mission législative du CSARS (soit celle de s'assurer que les activités du SCRS se conforment aux lois y incluant la Charte, la LSCRS et ses règlements, et le tout dans un objectif d'uniformité et de constance dans l'interprétation de la Loi), je crois que ce qui est exigé législativement pour les fonctions de recherche et de surveillance aux alinéas 38(1)a) et 38(1)b) et à l'article 40 l'est aussi pour la fonction d'enquête que l'on retrouve aux articles 38, 41, 42 et suivants. Pour assumer son mandat, le CSARS doit s'assurer que les activités examinées ou qui font l'objet d'une enquête sont conformes aux lois. Si elles ne le sont pas, il est du devoir du CSARS de le signaler. Autrement, il n'agit pas conformément à sa mission et à son mandat législatif. Tenant compte de la mission du CSARS, il aurait donc un pouvoir tacite de trancher des questions de droit, y incluant celles basées sur la Charte.

- 2) L'interaction du CSARS avec les autres composantes du système administratif est un autre indice permettant de percevoir un pouvoir tacite de trancher des questions de droit

[106] Ayant cerné et identifié la mission législative du CSARS, l'arrêt *Martin*, précité, nous demande à ce stade-ci d'examiner l'interaction du CSARS avec les autres composantes du régime administratif. Nous le ferons en présentant d'abord un aperçu général pour ensuite porter une attention spéciale à la fonction d'enquêteur du CSARS et à son interaction avec les autres composantes prévues par la Loi.

[107] Une étude de la LSCRS nous permet de bien situer le CSARS en fonction de la sécurité nationale et de ses composantes. Le CSARS est un élément essentiel dans l'encadrement législatif. Il est, par l'entremise de ses fonctions de recherche, de surveillance et d'enquête, l'organisme externe qui assure que le SCRS opère conformément aux lois, à la LSCRS et à ses règlements. En conséquence, il rend le SCRS imputable, assurant ainsi la confiance du Parlement et du public à son égard. Le CSARS, lorsqu'il rend compte de ses fonctions, fait rapport au ministre, au directeur du SCRS, aux personnes concernées (dans le cas de rapport d'enquête) et

the Minister of Citizenship. SIRC also submits an annual report to Parliament via the Minister and publishes reports on specific topics from time to time.

[108] To carry out its duties and functions, SIRC has access to all documentation under the control of CSIS that it considers necessary for its work, except for confidences of the Queen's Privy Council. It therefore has privileged access to confidential CSIS information that would normally be protected under the *Canada Evidence Act*. No other external review body has such full access to secret CSIS files.

[109] SIRC reviews not only CSIS activities, but also ministerial directions, reports of the Director of CSIS, certificates of the Inspector General, CSIS arrangements with domestic and foreign agencies and warrants issued by the Federal Court. It is an oversight role, providing SIRC with access to everything that involves CSIS activities and operations.

[110] This general role shifts when SIRC performs its investigative functions. It becomes the body that holds all of the information, including that under the control of CSIS as well as that which is disclosed to it by the complainant. SIRC has in its possession ministerial directions, instructions to employees and internal policies. It interviews persons who can provide helpful information to the investigation. There are also hearings before it where each of the parties involved can be heard, even to the exclusion of the other party.

[111] When SIRC investigates a complaint related to CSIS activities, it submits a report to the Minister, the Director of CSIS and the person concerned. The latter will receive, after consultation with the Director of CSIS, all of the information that is not protected for national security reasons. The report contains findings of fact and recommendations.

[112] This process is important for the parties involved. The person concerned has a definite interest in having his or her complaint validated. For CSIS,

dans certains cas à la CCDP et au ministre de la Citoyenneté. Il fait aussi rapport annuellement au Parlement par l'entremise du ministre et produit périodiquement des rapports touchant des sujets particuliers.

[108] Aux fins de ses fonctions, le CSARS a accès à toute la documentation sous le contrôle du SCRS qu'il considère nécessaire à ses besoins, à l'exception de celle de nature confidentielle provenant du Conseil privé de la Reine. Donc, de façon exceptionnelle, il a accès à l'information confidentielle du SCRS qui serait normalement protégée par la Loi sur la preuve. Aucun autre organisme externe n'a un accès aussi complet au secret du SCRS.

[109] Le CSARS examine non seulement les activités du SCRS, mais aussi les instructions du ministre, les rapports du directeur du SCRS, les certificats de l'inspecteur général, les ententes du SCRS avec des organismes canadiens et internationaux et les mandats émis par la Cour fédérale. C'est un rôle de droit de regard et d'accès à tout ce qui implique le SCRS dans ses fonctions et activités.

[110] Ce rôle général se transpose lorsque le CSARS assume ses fonctions d'enquête. Il est l'organisme qui détient toute l'information y incluant celle détenue par le SCRS et celle que le plaignant veut bien lui communiquer. Le CSARS a en sa possession les instructions du ministre, les instructions aux employés et les politiques internes. Ils passent en entrevue les personnes pouvant être utiles à l'enquête. Il a aussi un volet d'audition où chacune des parties impliquées peut se faire entendre, même à l'exclusion de l'autre partie.

[111] Aux fins d'une enquête dirigée contre les activités du SCRS, il fait rapport au ministre, au directeur du SCRS et à la personne intéressée. Cette dernière recevra, après consultation avec le directeur du SCRS, toute l'information qui n'est pas reliée à ce qui doit être protégé pour des raisons de sécurité nationale. Le rapport contient les conclusions de faits et des recommandations.

[112] Cette procédure est importante aux parties impliquées. Pour la personne concernée, elle a un intérêt certain à voir à ce que sa plainte soit validée. Pour le

it reflects on the credibility of its operations. For the Minister, the result of this type of process provides an external perspective on CSIS activities and access to a full report. It also allows the Minister to ensure that the activities of the Service are carried out in accordance with the law, the CSISA and his or her directions. Armed with these findings of fact and recommendations, the Minister can then, by issuing directions or by other means, make an informed decision on how to correct the situation and ensure that it does not happen again.

[113] In an attempt to minimize SIRC's interaction with other elements, the Attorney General argues that the recommendations are [TRANSLATION] "simply of an advisory nature". Thus, in the Attorney General's view, it is not appropriate for SIRC to be able to decide questions of law or apply the Charter. He adds that the Committee's report is not subject to appeal, which to him is an indication that the CSISA does not grant SIRC an implied jurisdiction to decide questions of law.

[114] It is true that SIRC's reports only make recommendations and that these are not binding. The Supreme Court made this determination in *Thomson*, above, when it found that the final decision on whether to grant security clearance rested with the deputy head. In that judgment, at page 401, the Supreme Court stated that by making recommendations that were non-binding, the Committee avoided encroaching on the management powers of the Service. However, this does not mean that the fact of being limited to issuing recommendations diminishes the impact of these recommendations. Nor does it minimize SIRC's interaction with other elements, such as the Minister, the Director of CSIS or the person concerned.

[115] A recommendation made by SIRC includes findings of fact that favour either the complainant's version of events or that of CSIS and follows determinations made on the basis of the facts in the record. The recommendations, while non-binding, have a definite impact on CSIS, as it must later justify its actions to the Minister and ultimately to Parliament. If the report is conclusive and the recommendations are relevant, this

SCRS, il en va de la crédibilité associée à ses activités. Pour le ministre, le résultat d'une telle procédure lui donne un regard externe sur les activités du SCRS et accès à un rapport complet. Ceci lui permet de s'assurer que les activités du Service sont conformes aux lois, à la LSCRS et à ses instructions. À la lumière des conclusions de fait et de droit et des recommandations, par l'entremise de nouvelles instructions ou autrement, le ministre peut agir de façon éclairée pour corriger une situation et assurer qu'elle ne se répète pas.

[113] Pour tenter de minimiser l'interaction du CSARS avec les composantes, le procureur général plaide que les recommandations ont « simplement une valeur consultative ». En conséquence, il est selon lui inapproprié que le CSARS puisse trancher des questions de droit ou encore appliquer la Charte. Il ajoute que le rapport du Comité n'est pas susceptible d'appel, une indication selon lui que la LSCRS ne donne pas au CSARS de pouvoirs implicites pour trancher des questions de droit.

[114] Il est vrai que les rapports du CSARS ne font que des recommandations et que celles-ci ne sont pas exécutoires. La Cour suprême en a décidé ainsi dans [l'arrêt] *Thomson*, précité, lorsqu'elle concluait que la décision ultime d'octroyer ou non une habilitation de sécurité demeure la responsabilité de l'administrateur général. Dans ce même jugement, à la page 401, la Cour suprême mentionnait qu'en ayant des recommandations sans portée obligatoire, ceci évitait un empiètement sur les pouvoirs de gestion du Service. Ceci ne veut pas dire pour autant que le fait de ne pouvoir émettre que des recommandations diminue en soi l'impact qu'elles peuvent avoir. Cela n'a pas non plus comme conséquence de minimiser en soi l'interaction du CSARS avec les autres composantes, tels le ministre, le directeur du SCRS et la personne concernée.

[115] Une recommandation du CSARS inclut des conclusions de faits favorisant soit la version du plaignant ou encore celle du SCRS et suit les déterminations faites à l'égard des faits du dossier. Les recommandations, bien que non contraignantes, ont un impact certain sur le SCRS. Ce dernier doit par la suite justifier ses actions au ministre et ultimement au Parlement. Si le rapport est concluant et que les recommandations sont

will have an impact on CSIS and it will not be able to simply ignore the recommendations. A recent Federal Court decision determined that while the recommendations were not binding, they can be characterized as being of a determinative nature (*Mikail*, above, at paragraph 47). Moreover, the complainants are conscious of the fact that the final outcome of their complaint will be non-binding recommendations. Nonetheless, the number of complaints with respect to CSIS activities over a 10-year period (during which 711 complaints were made regarding the activities of the Service) attests to a growing interest in this process, despite the fact that the results are non-binding.

[116] The other argument put forth by the Attorney General in this regard is that there is no appeals process for SIRC investigation reports. It is true that the Act does not provide for an appeals process. However, SIRC investigation reports are subject to judicial review by the Federal Court (section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [section 1 (as am. *idem*, s. 14)]). Therefore, it is factually inaccurate to assert that SIRC investigation reports that determine questions of law and Charter cannot be reviewed if necessary. Moreover, where pure questions of law or natural justice arise in a judicial review, a correctness standard will be applied (*Dunsmuir*, above, at paragraph 50). Consequently, the judicial system provides for judicial review of reports resulting from SIRC investigations which raise or determine questions of law, including Charter issues.

[117] A number of concerned parties have in the past applied for judicial review in an effort to have corrections made to SIRC investigation reports or decisions (*Mikail*, above, at paragraphs 46–49; *Al Yamani*, above, at pages 198–199; *Omary*, above, at paragraph 28; *Moumdjian*, above, at paragraphs 21 and 23; *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108 (C.A.) [cited above]; *Nourhaghighi*, above; *Brar*, above; *Zündel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 233 (C.A.)). The lack of an appeals process for SIRC investigation reports is thus offset by the possibility of obtaining judicial review of these reports. Questions of

pertinentes, elles auront un effet sur le SCRS et il ne pourra tout simplement les ignorer. Dans une récente décision de la Cour fédérale, il fut décidé que bien que les recommandations n'étaient pas exécutoires, elles avaient un air de détermination (*Mikail*, précité, au paragraphe 47). D'ailleurs, les plaignants sont conscients que le sort ultime de leur plainte prendra la forme de recommandations non contraignantes. Néanmoins, le nombre de plaintes dirigées contre les activités du SCRS sur une période d'environ 10 ans (où 711 plaintes furent déposées contre les activités du Service) démontre un intérêt constant pour ce type de procédure, et ce, malgré le résultat non contraignant.

[116] L'autre argument avancé par le procureur général à ce sujet est qu'aucun appel n'est prévu pour les rapports d'enquête du CSARS. En effet, il est vrai que la Loi ne prévoit pas d'appel. Toutefois, les rapports d'enquête du CSARS sont assujettis à une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale (article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [article 1 (mod., *idem*, art. 14)]). Il n'est donc pas factuel de dire que les rapports d'enquête du CSARS qui tranchent des questions de droit et de Charte ne pourraient être réexaminés lorsque c'est nécessaire. De plus, lorsque ce contrôle judiciaire soulève des questions purement de droit ou de justice naturelle, il est alors assujetti à la norme de la décision correcte (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 50). En conséquence, le système judiciaire prévoit une demande de contrôle judiciaire des rapports résultant d'enquêtes du CSARS qui soulèverait ou trancherait des questions de droit, y incluant celles basées sur la Charte.

[117] Des parties concernées ont à plusieurs reprises eu recours à une demande de contrôle judiciaire pour tenter de faire corriger des décisions ou rapports d'enquête du CSARS (*Mikail*, précité, aux paragraphes 46 à 49; *Al Yamani*, précité, aux pages 198 et 199; *Omary*, précité, au paragraphe 28; *Moumdjian*, précité, aux paragraphes 21 et 23; *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108 (C.A.) [précité]; *Nourhaghighi*, précité; *Brar*, précité; *Zündel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 233 (C.A.)). L'impossibilité d'appel des rapports d'enquête du CSARS est donc compensée par la procédure de contrôle judiciaire de ces

law determined by SIRC are therefore reviewable and the Federal Court can intervene in the event that SIRC errs in law.

[118] The Attorney General’s two arguments to minimize SIRC’s interaction with other elements of the administrative system are insufficient to neutralize or minimize the above conclusions. The fact that these are recommendations are of a [TRANSLATION] “mere” administrative value and that there is no appeals process provided to correct errors in law does not diminish the importance of SIRC’s interaction with the persons concerned, the Director of CSIS and the Minister. Investigation reports, including the findings of fact and recommendations contained therein, are of undeniable importance to all of these parties.

[119] Therefore, I find that SIRC’s interaction with other elements of the administrative system supports the theory that Parliament granted SIRC an implied jurisdiction to determine questions of law, including those based on Charter issues.

(3) SIRC is adjudicative in nature

[120] In *Martin*, above, the Court considered the adjudicative nature of the Nova Scotia Workers’ Compensation Appeals Tribunal and made the following findings (*Martin*, above, at paragraph 53):

... the Appeals Tribunal is fully adjudicative in nature. It is independent of the Board and is placed under the supervision of the Minister of Justice, whereas the Board is supervised by the Minister of Labour. The Appeal Tribunal establishes its own rules of procedure (s. 240(1)), can consider all relevant evidence (s. 246(1)) and records any oral evidence, for future reference (s. 253(1)). Its members have the powers, privileges and immunities of a commissioner appointed under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372 (s. 178(1)), including the power to summon witnesses, compel testimony, require production of documents, and punish persons guilty of contempt; they also have certain powers of entry (s. 180). Although the Appeals Tribunal is normally required to render its decision within 60 days of the hearing, or if there is no hearing, on the day on which all summonses have been received (s. 246(3)), it may “at any time, extend any time limit

derniers. Ainsi, les questions de droit déterminées par le CSARS sont révisables et la Cour fédérale pourra intervenir si le CSARS commet une erreur de droit.

[118] Les deux arguments du procureur général pour minimiser l’interaction du CSARS avec les composantes du régime administratif sont insuffisants pour neutraliser ou minimiser les conclusions ci-dessus. Le fait que ce soit des recommandations ayant « simplement » une valeur administrative et qu’aucun appel n’est prévu pour corriger les erreurs en droit n’annule pas pour autant l’importance de l’interaction du CSARS avec les personnes concernées, le directeur du SCRS et le ministre. Les rapports d’enquête, y incluant les conclusions de faits et les recommandations, sont d’une importance évidente à toutes ces parties.

[119] Donc, je conclus que l’interaction du CSARS avec ses composantes appuie la thèse que le législateur a donné au CSARS un pouvoir implicite pour trancher des questions de droit y incluant celles sur la base d’atteinte aux droits protégés par la Charte.

3) Le CSARS est une instance juridictionnelle

[120] Dans l’arrêt *Martin*, précité, la Cour s’est penchée sur la nature juridictionnelle du Workers’ Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse et a identifiés les éléments suivants (*Martin*, précité, au paragraphe 53) :

[...] le tribunal d’appel est une instance entièrement juridictionnelle. Il est indépendant de la commission et relève du ministre de la Justice, alors que la commission relève du ministre du Travail. Il établit ses propres règles de procédure (par. 240(1)), il peut examiner tous les éléments de preuve pertinents (par. 246(1)) et il enregistre tous les témoignages, pour consultation future (par. 253(1)). Ses membres ont les mêmes pouvoirs, privilèges et immunités qu’un commissaire nommé en vertu de la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372 (par. 178(1)), y compris le pouvoir d’assigner des témoins, de contraindre des personnes à témoigner, d’exiger la production de documents et de punir les personnes coupables d’outrage; ils possèdent également certains pouvoirs d’entrer dans des lieux (art. 180). Bien que le tribunal d’appel doive normalement rendre sa décision dans les 60 jours de l’audition ou, en l’absence d’audition, de la date à laquelle toute

prescribed by this Part or the regulations where, in the opinion of the Appeals Tribunal, an injustice would otherwise result” (s. 240(2)). This extension power allows it to give proper consideration to the more intricate issues raised by a *Charter* appeal, as was done in this case. While only the Chief Appeal Commissioner is required to be a practising lawyer (s. 238(5)), in reality all appeal commissioners have been admitted to the bar. Moreover, this Court has recognized that non-lawyers sitting on specialized tribunals can make important contributions to *Charter* adjudication: *Cuddy Chicks*, supra, at pp. 16-17. In my view, there is no reason to doubt that the Appeals Tribunal is an adjudicative body fully capable of deciding *Charter* issues, as demonstrated by its competent reasons on the s. 15(1) issue in the case at bar. [Emphasis added.]

[121] The Federal Court of Appeal also considered the same factor from *Martin* in *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 365, [2007] 3 F.C.R. 169 (*Covarrubias*). It had to determine whether a pre-removal risk assessment (PRRA) officer had an implied jurisdiction to decide questions of law, including, in particular, an implied jurisdiction to declare inoperative provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) when their application would result in a person’s *Charter* rights being violated. In reviewing the third factor, namely, whether the tribunal is adjudicative in nature, the Court noted that a PRRA decision is largely administrative and not adjudicative because most PRRA applications were decided on the basis of written submissions rather than oral hearings (*Covarrubias*, above, at paragraph 54).

[122] As was noted at paragraph 54 in *Martin*, above, while the presence of an adjudicative process is an important factor in finding an implied jurisdiction to decide questions of law, its absence would not by itself be determinative.

[123] SIRC, in carrying out its investigative duties and functions with respect to a complaint about CSIS activities, has many of the normal attributes of a court of law:

- For SIRC to begin an investigation, the complainant has to be dissatisfied with the response given by the

l’argumentation a été reçue (par. 246(3)), il peut [TRADUCTION] « en tout temps, proroger tout délai prévu par la présente partie ou par le règlement, s’il est d’avis qu’il y aura une injustice s’il ne le fait pas » (par. 240(2)). Ce pouvoir de prorogation lui permet de bien examiner les questions plus complexes que soulève un appel fondé sur la *Charte*, comme cela a été fait en l’espèce. Bien que seul le commissaire d’appel en chef soit tenu d’être un avocat en exercice (par. 238(5)), en réalité, tous les commissaires du tribunal d’appel sont membres du barreau. De plus, notre Cour a reconnu que les membres d’un tribunal spécialisé qui ne sont pas des avocats peuvent contribuer de façon importante au règlement de questions relatives à la *Charte* : *Cuddy Chicks*, précité, p. 16-17. Rien ne permet de douter, selon moi, que le tribunal d’appel est une instance juridictionnelle parfaitement capable de trancher des questions relatives à la *Charte*, comme en témoignent, en l’espèce, ses motifs judiciaires concernant la question du par. 15(1). [Nous soulignons.]

[121] La Cour d’appel fédérale s’est également penchée sur ce même facteur de l’arrêt *Martin* dans [l’arrêt] *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 365, [2007] 3 R.C.F. 169 (*Covarrubias*). Elle devait déterminer si un agent d’examen des risques avant renvoi (ERAR) avait la compétence implicite pour examiner des questions de droit, dont notamment la compétence implicite pour déclarer inopérants des paragraphes de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) lorsque leur application entraînerait une violation de la *Charte*. En examinant le troisième facteur, à savoir si le tribunal est une instance juridictionnelle, la Cour a noté qu’une décision ERAR est principalement administrative et non juridictionnelle puisque la plupart des demandes ERAR étaient jugées sur dossier et non par audience (*Covarrubias*, précité, au paragraphe 54).

[122] Tel que précisé au paragraphe 54 de l’arrêt *Martin*, précité, le facteur de l’instance juridictionnelle n’est pas déterminant pour conclure à l’existence d’un pouvoir implicite de trancher des questions de droit, mais il demeure toutefois important à l’évaluation.

[123] Le CSARS, dans le cadre de sa fonction d’enquête de plaintes dirigées contre les activités du SCRS, a beaucoup des attributs normalement confiés à une cour de justice :

- Pour amorcer une enquête, il faut soit qu’il y ait eu une décision insatisfaisante du directeur du SCRS en réponse

Director of CSIS or has not received a response within a reasonable period of time (paragraph 41(1)(a) [of the CSISA]).

- SIRC must be satisfied that the complaint is not trivial or frivolous and that it is not related to a labour relations matter (subsections 41(1) and 41(2)).
- SIRC must inform the parties of their right to be heard personally, to present evidence and make representations, but no one is entitled, as of right, to be present, to have access to or comment on representations made to the Committee (subsection 48(2)).
- SIRC may disclose the facts of the case to the parties in the interest of fairness, provided that the disclosure complies with the need to protect the security of Canada (Rule 46 of SIRC's Rules of Procedure).
- The parties have the right to be represented by counsel and SIRC may summon witnesses, administer oaths, compel witnesses to give oral or written evidence and to produce documents in the same manner as a superior court of record (paragraphs 50(a) and 50(b)).
- SIRC has jurisdiction to receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as it sees fit, whether or not that evidence or information would be admissible in a court of law (paragraph 50(c)).
- SIRC has the authority to determine the procedure to be followed in the performance of any of its duties or functions. This process has been endorsed by the Supreme Court in *Chiarelli*, above, at pages 742 and 745.
- SIRC has been granted wide access to information under the control of CSIS or of the Inspector General and no information may be withheld from it "on any ground", notwithstanding any Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada (section 39, at subsection 39(1), paragraphs 39(2)(a) and 39(2)(b) and subsection 39(3)).

à la plainte ou encore un retard anormal à répondre (alinéa 41(1)a) [de la LSCRS]).

- Le CSARS doit se satisfaire du sérieux de la plainte et qu'elle n'est pas reliée à une problématique de relations de travail (paragraphes 41(1) et 41(2)).
- Le CSARS doit informer les parties de leurs droits à une audience et de présenter des témoins ou des observations écrites, bien que nul n'a le droit absolu d'entendre ou de recevoir les observations d'une autre personne si le Comité en décide ainsi (paragraphe 48(2)).
- Le CSARS a la possibilité d'informer les parties des faits de l'affaire pour assurer un traitement équitable pourvu que ce soit conforme aux exigences associées à la sécurité du Canada (règle 46 des Règles de procédure du CSARS).
- Les parties ont le droit d'être représenté par un avocat et le CSARS peut assigner des témoins, faire prêter serment, contraindre à témoigner et exiger la production de documents de la même façon qu'une cour supérieure d'archives (alinéas 50a) et 50b)).
- Le CSARS a juridiction pour recevoir une preuve sous forme verbale ou écrite ou par tout autre moyen requis, indépendamment de son admissibilité devant les tribunaux (alinéa 50c)).
- Le CSARS a le droit de déterminer sa procédure pour assurer ses fonctions, lesdites procédures ayant reçu l'aval de la Cour suprême dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, aux pages 742 et 745.
- Le CSARS s'est vu accorder un droit d'accès très large aux informations du SCRS et de l'inspecteur général ainsi que l'interdiction de lui refuser accès aux informations « pour quelque motif que ce soit », par dérogation à toute autre loi fédérale ou encore immunité reconnue par le droit de la preuve, avec comme seule exception l'information confidentielle du Conseil privé du Canada (article 39, au paragraphe 39(1), alinéas 39(2)a) et 39(2)b) et paragraphe 39(3)).

▪ SIRC has a duty to provide the Minister and the Director of CSIS with a report containing the findings of the investigation and any recommendations it considers appropriate. The complainant is to be provided with those findings that are not protected for national security reasons, after consultation with the Director of CSIS (paragraphs 52(1)(a), 52(1)(b) and 55(b) of the Act and Rule 13 of SIRC's Rules of Procedure).

[124] The Attorney General emphasizes that SIRC members are not required to have received legal training or to have experience to decide questions of law, including Charter issues and that this means SIRC cannot decide questions of law or Charter issues. In response to this, it should be noted that there are a number of criteria to be met before SIRC members are selected and appointed, and there is a fixed term of office. The maximum number of members is four, with the exception of the Chairman, and they must be members of the Queen's Privy Council for Canada who are not members of the Senate or House of Commons. They may only be appointed after consultation by the Prime Minister with the Leader of the Opposition in the House of Commons and the leader of each party having at least twelve members in that House. Members are appointed part-time during good behaviour for a term not exceeding five years, with the possibility of being re-appointed for another five years (subsections 34(1), 34(2) and 34(3)). Members are required to take the oath of secrecy set out in the schedule of the CSISA (section 37).

[125] In this regard, the Government's Response to the Report of the House of Commons Special Committee, above, explained at pages 68 and 69 the importance of SIRC and its members for Parliament (applicant's record, Volume II, Tab 21, Government's Response to the Report of the House of Commons Special Committee, at page 68):

THE ORIGINS OF SIRC

When the CSIS Act was being drafted, it was recognized that the success of the new national security system would depend largely on Parliamentary and public confidence in the integrity of the system. Several options for providing independent external review of the Service's performance of its mandate were considered.

▪ Le CSARS a l'obligation de trancher par l'entremise d'un rapport contenant ses conclusions et les recommandations qu'il juge indiquées dans les circonstances et d'acheminer le tout au ministre et au directeur du SCRS. Quant au plaignant, il reçoit ce qui peut être divulgué, n'étant pas protégé pour des raisons de sécurité nationale, après consultation avec le directeur du SCRS (alinéas 52(1)a), 52(1)b) et 55b) de la Loi ainsi que la règle 13 des Règles de procédure du CSARS).

[124] Le procureur général souligne qu'il n'est pas requis que les membres du CSARS détiennent une formation juridique ou encore de l'expérience pour statuer sur des questions de droit, incluant celle basée sur la Charte et que ceci est indicatif que le CSARS ne peut trancher des questions de droit et de Charte. En réponse, il est indicatif de relever les critères de sélection et de nomination des membres du CSARS ainsi que la durée de leur mandat. Le nombre maximal de membres est de quatre, à l'exclusion du président. Ces individus doivent être membres du Conseil privé de la Reine du Canada ne faisant pas parti du Sénat ou de la Chambre des communes. Ils ne peuvent être nommés qu'après consultations du premier ministre avec le chef de l'opposition à la Chambre des communes et le chef de chacune des parties ayant au moins douze députés. Ils sont nommés à temps partiel et à titre inamovible pour cinq ans avec possibilité de renouvellement pour une durée maximale semblable (paragraphes 34(1), 34(2) et 34(3)). Les membres ont l'obligation de prêter le serment du secret prévu à l'annexe de la LSCRS (article 37).

[125] À ce titre, la réponse du gouvernement au rapport du Comité spécial de la Chambre des communes, précité, expliquait aux pages 70 et 71 l'importance du CSARS et de ses membres pour le Parlement (dossier du demandeur, volume II, onglet 21, Réponse du gouvernement au Rapport du Comité spécial de la Chambre des communes, à la page 70) :

LES ORIGINES DU CSARS

Quand on a rédigé la Loi sur le SCRS, on reconnaissait que, dans une large mesure, le nouveau système de sécurité nationale serait un succès en autant que le Parlement et le public auraient confiance en son intégrité. On a alors examiné différentes façons d'exercer une surveillance externe indépendante sur la manière dont le Service remplirait son mandat.

One option was to assign the independent external review function to a committee of Parliament. There would be practical difficulties, however, in providing legislators with direct access to information about CSIS operations, much of which simply could not be disclosed publicly, including third-party information and information about:

- CSIS capabilities, techniques and investigative methods;
- ongoing operations;
- technical sources;
- the identity of targets; and
- the identity of human sources.

Moreover, within the Canadian parliamentary system, legislators have traditionally been free to publicly use information, from whatever source, in discharging their duties to their constituents, their parties and the House. Providing parliamentarians with classified documents, or creating a permanent parliamentary structure with national security responsibilities, it was believed, could inhibit the independence of legislators.

Another option, therefore, was selected -- the SIRC option. SIRC was established as a surrogate for Parliament. It consists of Privy Councillors who are not sitting members of either the House of Commons or the Senate. SIRC has full access to CSIS information, except Cabinet confidences, and it is free to investigate all aspects of CSIS operations. Though required to maintain confidentiality, SIRC submits public annual reports.

Specific tasks spelled out for SIRC in the CSIS Act fall into two broad categories -- review and complaints. [Emphasis added.]

[126] This special status gives SIRC an exceptionally important role to fulfill with respect to national security. SIRC, through its close affinity with parliamentarians, is trusted by the Parliament of Canada. Although its members are only part-time and there is no statutory requirement for them to have received legal training, they have, through their mandate and their duties, a privileged position that provides them with an uncommon knowledge of national security matters. This specialized knowledge gives them an expertise in national security

L'une des solutions envisagées était d'assigner cette fonction de surveillance externe à un comité parlementaire. Toutefois, le fait de permettre à des législateurs d'avoir directement accès aux informations sur les opérations du SCRS allait donner lieu à des difficultés d'ordre pratique. En effet, beaucoup de ces informations ne pourraient tout simplement pas être communiquées au public. C'est le cas des informations ayant trait à des tierces personnes ou aux aspects suivants :

- les moyens, les techniques et les méthodes d'enquête du SCRS,
- les opérations courantes,
- les sources techniques,
- l'identité des cibles,
- l'identité des sources humaines.

En outre, traditionnellement dans le système parlementaire canadien, les législateurs ont la liberté d'utiliser ouvertement l'information, de quelque source que ce soit, pour s'acquitter de leurs responsabilités à l'égard de leurs électeurs, de leur parti et de la Chambre. Le fait de leur fournir des documents classifiés ou de créer une structure parlementaire permanente ayant des responsabilités en matière de sécurité nationale pouvait, croyait-on, entraver leur liberté.

On a donc plutôt opté pour la création du CSARS. Le CSARS se veut un substitut au Parlement. Il est formé de conseillers privés qui ne font partie ni de la Chambre des communes ni du Sénat. Il a plein accès aux informations du SCRS, excepté les renseignements confidentiels du Cabinet, et il est libre d'enquêter sur tous les aspects des opérations du Service. Bien que tenu à la confidentialité, il soumet chaque année un rapport qui est rendu public.

Les tâches que la Loi sur le SCRS assigne au CSARS se divisent en deux grandes catégories : la surveillance et les plaintes. [Nous soulignons.]

[126] Ce statut particulier donne au CSARS une envergure exceptionnelle dans le domaine de la sécurité nationale. Le CSARS, par ses affinités parlementaires, a la confiance du Parlement du Canada. Bien que ses membres soient à temps partiel et n'ont pas l'obligation statutaire d'avoir une formation juridique, ils ont par l'entremise de leurs missions et fonctions une position privilégiée leur permettant d'avoir une connaissance hors du commun en sécurité nationale. Cette spécialité leur donne des atouts que très peu de cours de justice ont

that other courts do not possess. Such expertise is of great benefit to them when they are dealing with complaints about CSIS activities. In this regard, *Cuddy Chicks*, above, at pages 16–17, stated the following (see also *Martin*, above, at paragraph 53):

The overarching consideration is that labour boards are administrative bodies of a high calibre. The tripartite model which has been adopted almost uniformly across the country combines the values of expertise and broad experience with acceptability and credibility. In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at pp. 235–236, Dickson J. (as he then was) characterized the particular competence of labour boards as follows:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

It must be emphasized that the process of *Charter* decision making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context, the ability of the decision maker to analyze competing policy concerns is critical. Therefore, while Board members need not have formal legal training, it remains that they have a very meaningful role to play in the resolution of constitutional issues. The informed view of the Board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance. This is evidenced clearly by the weight which the judiciary has given the factual record provided by labour boards in division of powers cases; see, for example, *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733.

That having been said, the jurisdiction of the Board is limited in one crucial respect: it can expect no curial deference with respect to constitutional decisions. Furthermore, a formal declaration of invalidity is not a remedy which is available to the Board. Instead, the Board simply treats any impugned provision as invalid for the purposes of the matter before it. Given that this is not tantamount to a formal declaration of invalidity, a remedy exercisable only by the superior courts,

en sécurité nationale. Cette expertise est bénéfique lorsqu'ils ont à traiter de plaintes dirigées contre les activités du SCRS. À ce sujet, l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, aux pages 16 et 17, affirmait ce qui suit (voir également l'arrêt *Martin*, précité, au paragraphe 53) :

La considération primordiale est que les commissions des relations du travail sont des organismes administratifs de haut calibre. Le modèle tripartite qui a été adopté presque uniformément dans tout le pays allie l'expertise et la vaste expérience avec l'acceptabilité et la crédibilité. Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, aux pp. 235 et 236, le juge en chef Dickson (alors juge puîné) a qualifié comme suit la compétence particulière des commission des relations du travail:

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Il faut souligner que le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la *Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d'analyser des considérations de principe opposées est fondamentale. Par conséquent, bien que les membres de la Commission n'aient pas à avoir une formation juridique professionnelle, il n'en reste pas moins qu'ils ont à jouer un rôle très significatif dans la détermination de questions constitutionnelles. Le point de vue éclairé de la Commission, qui se traduit par l'attention qu'elle accorde aux faits pertinents et sa capacité de compiler un dossier convaincant, est aussi d'une aide inestimable. On le constate clairement au poids que les juges ont accordé au dossier des faits fournis par les commissions des relations du travail en matière de partage des pouvoirs; voir par exemple l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733.

Cela étant dit, la compétence de la Commission est restreinte au moins sur un point essentiel: elle ne peut s'attendre à aucune retenue judiciaire à l'égard de ses décisions en matière constitutionnelle. En outre, une déclaration formelle d'invalidité n'est pas une réparation qui s'offre à la Commission. Celle-ci considère plutôt simplement comme invalide la disposition contestée, aux fins de l'affaire dont elle est saisie. Comme cela n'équivaut pas à une déclaration formelle

the ruling of the Board on a *Charter* issue does not constitute a binding legal precedent, but is limited in its applicability to the matter in which it arises. [Emphasis added.]

[127] The Attorney General does not consider the above-mentioned special characteristics attributed to SIRC as being indicative of an implied power conferred upon the Committee by Parliament. Instead, he claims that SIRC does not have the authority to render justice, and that its role is limited to that of conducting investigations and acting as an advisory body. As he has often repeated, the Attorney General claims that SIRC only makes recommendations. He adds that the CSISA grants no absolute right to be present during, or to have access to or to comment on representations made to the Committee by any other person and that the complainant is not entitled to see the entire report, whereas no other court of law would be limited in such a manner. The Attorney General characterizes the Committee's jurisdiction as being procedural, rather than adjudicative, and suggests that such procedural jurisdiction is comparable to that of other investigative bodies, although he is unable to provide any examples in that regard.

[128] I have already commented on the importance of SIRC's role and its power to make recommendations to the parties. I would add that if one were to make an analogy between a recommendation and a declaratory power of a court of law, SIRC has a power to make recommendations which recalls that of a declaratory judgment of a court of law. In *Khadr*, above, at paragraphs 46 and 47, the Supreme Court concluded, following its determination that Mr. Khadr's rights had been violated, that a declaration was a remedy under the Charter:

In this case, the evidentiary uncertainties, the limitations of the Court's institutional competence, and the need to respect the prerogative powers of the executive, lead us to conclude that the proper remedy is declaratory relief. A declaration of unconstitutionality is a discretionary remedy: *Operation Dismantle*, at p. 481, citing *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821. It has been recognized by this Court as "an effective and flexible remedy for the settlement of real disputes": *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 649. A court can properly issue a declaratory remedy so long as it has jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real

d'invalidité, réparation que seules les cours supérieures peuvent accorder, l'affirmation de la Commission à l'égard d'une question relative à la *Charte* ne constitue pas un précédent judiciaire impératif, mais elle se limite dans son application à l'affaire dont elle procède. [Nous soulignons.]

[127] Le procureur général ne considère pas les particularités associées au CSARS mentionnées précédemment comme étant des indicatifs d'un pouvoir implicite confié au Comité par le législateur. Il affirme plutôt que le CSARS n'a pas le pouvoir de rendre justice, son rôle se limitant à mener des enquêtes et à être un organisme de consultation. Comme il a souvent été répété, le procureur général souligne que le CSARS n'émet que des recommandations. Il ajoute que la LSCRS n'accorde pas de droit absolu à être présent lors d'auditions pour l'une ou l'autre des parties et que le plaignant n'a pas le droit à tout le rapport, tandis qu'aucune cour de justice ne peut agir ainsi. Le procureur général qualifie ces particularités comme étant des pouvoirs procéduraux et non des pouvoirs juridictionnels, suggérant que ces pouvoirs procéduraux se comparent à d'autres organismes d'enquête, mais aucun exemple ne fut fourni à ce sujet.

[128] J'ai déjà commenté au sujet du rôle important du CSARS et de son pouvoir de recommandation pour les parties. J'ajouterai que dans l'hypothèse où une recommandation pouvait par analogie être associée à un pouvoir déclaratoire d'une cour de justice, le CSARS détient un pouvoir de recommandation qui rappelle un jugement déclaratoire d'une cour de justice. Dans l'arrêt *Khadr*, précité, aux paragraphes 46 et 47, la Cour suprême concluait, suite à sa détermination que les droits de M. Khadr avaient été brimés, qu'une déclaration fût une réparation selon la Charte :

En l'espèce, les incertitudes au chapitre de la preuve, les limites de la compétence institutionnelle de la Cour et la nécessité de respecter les prerogatives de l'exécutif nous amènent à conclure que la réparation appropriée est de nature déclaratoire. Le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité est un redressement discrétionnaire : *Operation Dismantle*, p. 481, citant *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821. Notre Cour a reconnu qu'il s'agit d'une « forme efficace et souple de règlement des véritables litiges » : *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 649. Un tribunal peut, à juste titre, prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où il a compétence sur l'objet du litige, où

and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it. Such is the case here.

The prudent course at this point, respectful of the responsibilities of the executive and the courts, is for the Court to allow Mr. Khadr's application for judicial review in part and to grant him a declaration advising the government of its opinion on the records before it which, in turn, will provide the legal framework for the executive to exercise its functions and to consider what actions to take in respect of Mr. Khadr, in conformity with the Charter. [Emphasis added.]

[129] I do not claim that SIRC had a declaratory power similar to that of the judiciary. What I am merely noting by referring to that decision is that a recommendation is similar to a declaratory judgment and that the Supreme Court recognized that a declaration was a discretionary remedy for a violation of rights protected under the Charter. I further note that SIRC, for the purposes of investigating a complaint with regard to CSIS activities, has jurisdiction over the matter at issue, that a complaint investigated by SIRC is a real question, not a theoretical one, and that a complainant in such a situation has an interest in raising it (see *Mikail*, above, generally, and particularly at paragraphs 10, 27, 32, 33, 37, 46 to 49 and 55).

[130] I would also note that the Supreme Court, at page 17 in *Cuddy Chicks*, above, appears to support the theory that the fact that recommendations made by SIRC are not binding is not determinative. After all, the Supreme Court stated that a labour relations board treating an impugned statutory provision as invalid is not tantamount to a formal declaration of invalidity, does not constitute a binding legal precedent and is limited in its applicability to the matter in which it arises. Nonetheless, it has jurisdiction to decide questions of law that involve the Charter.

[131] I now turn to the Attorney General's argument that the fact that SIRC can exclude either party from a hearing or that it can disclose only part of a report to the

la question dont il est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever. C'est le cas en l'espèce.

La solution à la fois prudente pour l'instant et respectueuse des responsabilités de l'exécutif et des tribunaux consiste à ce que la Cour fasse droit en partie à la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Khadr et prononce un jugement déclaratoire en sa faveur informant le gouvernement de son opinion sur le dossier dont elle est saisie, opinion qui fournira, pour sa part, à l'exécutif, le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu'il conviendra de prendre à l'égard de M. Khadr, en conformité avec la *Charte*. [Nous soulignons.]

[129] Je ne prétends pas que le CSARS a un pouvoir de déclaration semblable au judiciaire. Tout ce que je note en me référant à cet arrêt, c'est qu'une recommandation s'apparente à ce que peut être un jugement déclaratoire et que la Cour suprême a reconnu qu'une déclaration était une réparation discrétionnaire pour remédier à un bris aux droits protégés par la Charte. Je remarque également que le CSARS, aux fins d'une enquête concernant une plainte dirigée contre les activités du SCRS, a compétence sur l'objet du litige, qu'une plainte en soi saisit le CSARS d'une question réelle et non théorique et qu'un plaignant dans une telle situation a l'intérêt pour la soulever (voir *Mikail*, précité, en général et en particulier aux paragraphes 10, 27, 32, 33, 37, 46 à 49 et 55).

[130] Je soulignerais également que les propos de la Cour suprême à la page 17 de l'arrêt *Cuddy Chicks*, vu ci-dessus, semblent appuyer la thèse que le fait que les recommandations du CSARS ne sont pas contraignantes n'est pas un facteur déterminant. Après tout, la Cour suprême a précisé que l'affirmation d'une commission des relations de travail quant à l'invalidité d'une disposition législative n'est pas une déclaration formelle d'invalidité, ne constitue pas un précédent judiciaire impératif et se limite à l'affaire dont elle procède. Pourtant, cela n'empêche pas qu'elle demeure compétente pour trancher des questions de droit qui concernent la Charte.

[131] Je voudrais maintenant commenter l'argument du procureur général voulant que le fonctionnement du CSARS de pouvoir exclure l'une des parties lors de

complainant on national security grounds is incompatible with the basic rules of a judicial process. Whether under the *Canada Evidence Act* at subsection 38.11(2) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43], the *Immigration and Refugee Protection Act* at paragraph 83(1)(c) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] or the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 at subsection 47(1), it is possible, on national security grounds, to hold hearings in which only one of the parties is present. Moreover, the person concerned is not automatically entitled to be provided with the reasons of a judgment in their entirety, again on national security grounds.

[132] Parliament allows the Court to act in this way in order to protect national security. It is therefore inaccurate to claim that the way SIRC operates is incompatible with the basic rules of a judicial process. For both SIRC and a court of law, the process to be followed when national security is at stake is to ensure that principles of fundamental justice are respected according to the circumstances of the case, while ensuring that confidential information is not disclosed. Consequently, one of the parties may be excluded from a hearing and the party concerned may receive a report of judgment from which confidential information has been redacted.

[133] In conclusion, my review of SIRC's investigative attributes has led me to find that they are considerable and are not dissimilar to those of a court of law. I see in them significant features that point to similarities between SIRC and an adjudicative body. Accordingly, the factor used in *Martin*, above, weighs in favour of recognizing that SIRC has an implied jurisdiction to decide questions of law in exercising its duty of investigating complaints about CSIS activities. As the Supreme Court teaches us in *Martin*, this factor, while not in itself determinative, is important to keep in mind when considering implied jurisdiction.

l'audition ou encore de remettre au plaignant qu'une partie du rapport, pour des raisons de sécurité nationale, n'est pas compatible avec les règles de base d'un processus judiciaire. Que ce soit la Loi sur la preuve au paragraphe 38.11(2) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43], la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à l'alinéa 83(1)c) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] ou la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 au paragraphe 47(1), il est possible pour des raisons de sécurité nationale d'avoir une audience sans la présence de l'une des parties. De plus, encore pour des raisons de sécurité nationale, la partie concernée n'a pas le droit de recevoir tous les motifs d'un jugement.

[132] Le législateur permet à la Cour d'agir ainsi pour des raisons de sécurité nationale. Il n'est donc pas factuel de dire que le CSARS a un fonctionnement non compatible avec les règles de base d'un processus judiciaire. Tant pour le CSARS que pour une cour de justice, le processus à suivre lorsque la sécurité nationale est en jeu est de s'assurer que les principes de justice fondamentale sont respectés selon les circonstances particulières du dossier, et ce, sans que le processus suivi ne dévoile indument de l'information confidentielle. En conséquence, il se peut que l'audience ne soit pas ouverte à l'une des parties ou encore que le rapport ou le jugement émis et communiqué à la partie intéressée soit caviardé d'information confidentielle.

[133] En conclusion, ma revue des attributs d'enquête du CSARS me permet de constater qu'ils sont importants et s'approchent considérablement de ceux d'une cour de justice. J'y perçois des particularités significatives qui associent le CSARS à une instance juridictionnelle. En conséquence, ce facteur de l'arrêt *Martin*, précité, joue en faveur d'une reconnaissance d'un pouvoir implicite accordé au CSARS de pouvoir trancher des questions de droit pour assumer sa fonction d'enquête de plaintes dirigées contre les activités du SCRS. Comme la Cour suprême l'enseigne dans l'arrêt *Martin*, ce facteur, bien que non déterminant, est important à prendre en considération lors de l'analyse d'un pouvoir implicite.

(4) Some practical considerations to discuss

[134] The Supreme Court stated that this factor is also not determinative and that it can never supplant the intention of the legislature (see *Martin*, above, at paragraph 56).

[135] As has been demonstrated in this analysis, SIRC's mandate requires that it be able to decide questions of law in order to carry out its mandate in a satisfactory manner. Second, SIRC's interaction with other elements of the national security system in general and its investigative function are also indicative of the need for it to have the authority to decide questions of law in order to fully accomplish its statutory duties. Third, the particular features of SIRC's investigative function make it an adjudicative body having the power to make recommendations. The ensuing conclusion from this analysis is that Parliament, by enacting the CSISA, sought to give SIRC an implied jurisdiction to decide questions of law. While they are not determinative, in order to provide a more complete analysis and with a view to responding to all of the arguments, let us now examine some of the practical considerations raised by the parties.

[136] The Attorney General suggests that providing SIRC with the power to decide questions of law, including those involving alleged Charter violation, would pose a hindrance to the expeditious nature of the complaints process set out in the CSISA while at the same time unduly [TRANSLATION] "complicating" the process. According to the Attorney General, this would result in increased costs and delays to the process. Moreover, given the Committee's simple power to make recommendations, it would result in a multitude of procedures, as the other Charter remedies cannot be granted by SIRC. The complainant would then need to go before a court of law in order to obtain a full remedy.

[137] The CSISA sets out specific rules of investigation such as the rule allowing written or oral evidence to be received and accepted, whether or not such evidence would be admissible in a court of law (paragraph 50(c))

4) Certaines considérations pratiques à commenter

[134] La Cour suprême précise que ce facteur n'est également pas déterminant et qu'il ne doit pas supplanter l'intention du législateur (voir l'arrêt *Martin*, précité, au paragraphe 56).

[135] Comme il l'a été démontré au cours de cette analyse, la mission du CSARS requiert que celui-ci tranche des questions de droit pour accomplir cette mission à satisfaction. Deuxièmement, l'interaction du CSARS avec les composantes du système de sécurité nationale en général et sa fonction d'enquêteur avec ses propres composantes sont aussi indicatifs de l'exigence d'un pouvoir de trancher des questions de droit pour pleinement assumer ses obligations législatives. Troisièmement, les particularités associées à la fonction d'enquête du CSARS en font une instance juridictionnelle ayant un pouvoir de faire des recommandations. Le résultat de l'ensemble de cette analyse permet de constater que le législateur, en promulguant la LSCRS, voulait donner un pouvoir implicite de trancher des questions de droit au CSARS. Bien que non déterminant, mais par souci d'être le plus complet dans l'analyse et répondre à tous les arguments, examinons maintenant les considérations pratiques abordées par les parties.

[136] Le procureur général suggère que d'habiliter le CSARS à trancher des questions de droit, y incluant celles traitant de présumées violations de la Charte, nuirait au caractère expéditif de la procédure d'enquête de plaintes prévues à la LSCRS tout en la « complexifiant » de façon injustifiée. Selon le procureur général, cela aurait comme effet d'accroître les frais et les délais associés à celles-ci. De plus, étant donné son simple pouvoir de recommandations, il y aurait une multiplicité de procédures, car les autres réparations prévues par la Charte ne peuvent être accordées par le CSARS. Le plaignant devra ainsi s'adresser à une cour de justice pour recevoir pleine réparation s'il y a lieu.

[137] La LSCRS prévoit des règles particulières d'enquête telle l'admission en preuve sous forme orale ou écrite, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux (alinéa 50c)) et qu'une partie à la plainte

and the rule that no one is entitled as of right to be present during, or to have access to, representations made to the Committee by any other person (subsection 48(2)). Without explaining the effect or impact these specific rules have on SIRC's investigative regime, the Attorney General asserts [TRANSLATION] "that the courts are in a much better position than SIRC to determine alleged Charter violations" (applicant's memorandum, at paragraph 68). This argument has already been dealt with in part in the previous two sections of this analysis.

[138] I would add that the investigative process is chiefly concerned with protecting national security while ensuring that the complainants and CSIS have access to a forum which provides them with procedural fairness and respect of their rights in accordance with the circumstances of the matter. That explains the reason for these particular rules. As we shall see in the following paragraphs, SIRC's investigative process has certain attributes that distinguish it from those of a court of law when it is deciding questions of law and dealing with matters of national security. I would like to point out that these observations are made in the context of comparison with the particular process followed by SIRC and are not intended to be a criticism of the process set out at section 38; they are only made in an effort to assess some of the assets offered by SIRC that may compensate for the limited remedies it can grant.

[139] The following five factors illustrate important differences between proceedings before SIRC and those before a court of law with respect to deciding questions of law including those related to the Charter, during an investigation of CSIS activities:

- SIRC has unrestricted access to information held by CSIS. A court of law would have access to it only if the procedure followed under section 38 of the *Canada Evidence Act* allowed it and the designated judge of the Federal Court authorized it in accordance with that Act.
- The expertise of the members of SIRC and its staff is a particular asset when it comes to examining the facts underlying a complaint raising questions of law including those related to the Charter. Except for designated

n'a pas le droit absolu d'être présente lorsque l'autre partie présente des observations ni d'en recevoir communications (paragraphe 48(2)). Sans développer l'effet et l'impact de ses règles propres au régime d'enquête du CSARS, le procureur général affirme « qu'il n'y a aucun doute que les tribunaux sont mieux placés que le CSARS pour se prononcer sur [les] présumées violations de la Charte » (mémoire du demandeur, au paragraphe 68). Ce dernier argument a déjà été traité en partie aux deux sections précédentes de cette analyse.

[138] J'ajoute aussi que la procédure d'enquête a comme préoccupation et particularité de protéger la sécurité nationale tout en s'assurant que les plaignants et le SCRS bénéficient d'un forum qui leur accorde l'équité procédurale et le respect de leurs droits selon les circonstances du dossier. Ceci explique la raison d'être de ces règles particulières. Comme on le verra dans les paragraphes suivants, cette procédure d'enquête du CSARS possède certains atouts qui la distinguent de la procédure d'une cour de justice lorsque celle-ci a à traiter de sécurité nationale et de questions de droit. Je désire noter que ces observations se font dans le contexte d'une comparaison avec la procédure particulière offerte par le CSARS et ne se veulent pas une critique de la procédure prévue par l'article 38, mais bien une appréciation de certains des atouts offerts par le CSARS qu'on peut soulever à la réparation limitée qu'elle peut accorder.

[139] Les cinq éléments qui suivent illustrent d'importantes différences entre une procédure devant le CSARS et celle devant une cour de justice lorsqu'il vient temps de traiter de questions de droit, y incluant celles liées à la Charte, lors d'une enquête des activités du SCRS :

- Le CSARS a accès sans réserve à l'information détenue par le SCRS. Pour sa part, une cour de justice y aurait accès seulement si la procédure suivie selon l'article 38 de la Loi sur la preuve le permet et qu'un juge désigné de la Cour fédérale l'autorise conformément à ladite loi.
- L'expertise des membres du SCRS et de son personnel est un atout particulier lorsqu'il vient temps de traiter des faits à la base d'une plainte soulevant des questions de droit, y incluant celles traitant de la Charte. À

judges of the Federal Court, courts of law are not in a comparable situation.

- Since it has tools for deciding complaints on the merits, SIRC's investigation procedure is more expeditious than that of a court of law.

- SIRC's investigation procedure provides for hearings in which parties can be heard while national security is protected and the principles of natural justice recognized in similar situations are respected. Evidence summaries will be given out at hearings in accordance with the CSISA and the SIRC Rules. *A contrario*, a court of law would have some difficulties in a similar situation; for example, the admission of evidence, testimony and submissions would all have to protect national security while providing fair and equitable proceedings to the parties and the complainant, in particular. Before the Committee, all of these stages proceed with rules that are already known and accepted by the parties.

- SIRC's procedure provides for the provision of investigation reports, which include findings of fact and recommendations. The complainant will receive everything except for information that must be protected in order to preserve national security. Unless there is an explicit provision regarding national security, a court of law may have some obstacles to overcome before it is able to release its judgment.

[140] It is true that, since it can only result in findings of fact and recommendations, SIRC's investigation procedure could never fully satisfy a complainant's needs. However, before a court of law, that complainant could not be fully satisfied that the court would have had access to all the information needed to administer justice, given national security concerns. SIRC will necessarily have more complete knowledge of the case than a court of law.

[141] In addition, at the end of the investigation of the complaint against CSIS's activities, the complainant,

l'exception des juges désignés de la Cour fédérale, les cours de justice ne sont pas dans une situation comparable.

- Ayant les outils pour traiter à fond les plaintes, la procédure d'enquête du CSARS est plus expéditive que celle d'une cour de justice.

- La procédure d'enquête du CSARS prévoit des auditions où les parties peuvent être entendues tout en préservant la sécurité nationale et en respectant les principes de justice naturelle reconnue en semblable circonstance. Des résumés de la preuve seront remis lors des auditions conformément à la LSCRS et aux Règles du CSARS. *A contrario*, une cour de justice éprouvera certaines difficultés dans une situation semblable, par exemple : l'admission de la preuve, les témoignages et les soumissions devront tous assurer la protection de la sécurité nationale tout en accordant aux parties et au plaignant en particulier une procédure juste et équitable. Toutes ces mêmes étapes, lorsque devant le Comité, procèdent avec des règles déjà connues et acceptées par les parties.

- La procédure du CSARS prévoit la remise des rapports résultants de l'enquête, qui incluent les conclusions de fait et les recommandations. Le plaignant recevra tout à l'exception de ce qui doit être protégé pour préserver la sécurité nationale. À moins de disposition expresse concernant la sécurité nationale, une cour de justice pourrait quant à elle avoir certains obstacles à surmonter avant de pouvoir dévoiler son jugement.

[140] Il est vrai qu'une procédure d'enquête du CSARS, ne pouvant qu'émettre des conclusions de faits et des recommandations, ne pourra jamais satisfaire totalement les besoins d'un plaignant. Toutefois, ce même plaignant lorsque devant une cour de justice ne pourra être pleinement satisfait que celle-ci, étant donné les préoccupations de sécurité nationale, aura eu accès à toute l'information pertinente pour rendre justice. La connaissance du dossier qu'aura le CSARS comparativement à celle d'une cour de justice sera nécessairement beaucoup plus complète.

[141] De plus, à la fin de l'enquête de la plainte dirigée contre les activités du SCRS, le plaignant, le directeur du

the Director of CSIS and the Minister receive a report containing findings on the merits of the complaint and recommendations, if any (the version of the report sent to the complainant is redacted for reasons of national security). The effect of such a report on the parties is not to be minimized. It is possible that, depending on the result, the parties may then agree on a resolution. The option of applying for judicial review also remains at the parties' disposal. They may apply for a court remedy as well. At that stage, depending on its admissibility, the report, its findings of fact and recommendations may prove useful.

[142] This last scenario would imply a second proceeding, but, given the many advantages of SIRC's investigation procedure, it is possible that, on the whole, the complainant and the director of SIRC would both benefit significantly from it. When we are dealing with national security, it necessarily implies complications, which SIRC's investigation procedure would reduce. It is not a perfect system, but it certainly appears to be the best one in the circumstances.

[143] I end by noting that there may be complementarity in national security between SIRC's investigation procedure and proceedings before a court. This is also suggested in *Omary*, above. To review, after noting the admissibility of the complaint and its jurisdiction to investigate it, SIRC decided to stay its investigation pending the final decision of the Superior Court in the civil proceeding instituted by the applicant. The complainant then applied for judicial review of that decision. Justice de Montigny found that SIRC should have continued its investigation and set aside the stay decision. In doing so, he explained that the two proceedings had different objectives and that there was no reason they both could not have continued at the same time (*Omary*, above, at paragraphs 33–34):

The same logic must apply, *a fortiori*, when the body responsible for investigating does not make a decision, as in the case of a disciplinary committee, but can only make recommendations, as in SIRC's case. The latter must avoid making findings akin to legal liability on the part of CSIS, since that is not its mandate. This is a common characteristic of

SCRS et le ministre reçoivent un rapport qui conclut sur le fond de la plainte et émet des recommandations, s'il y a lieu (la version du rapport envoyée au plaignant est caviardée d'information pour des raisons de sécurité nationale). L'effet d'un tel rapport sur les parties n'est pas à minimiser. Il se peut que, dépendant du résultat, les parties puissent par la suite s'entendre sur une résolution. L'option de demande de contrôle judiciaire demeure aussi à la disposition des parties et il se peut aussi qu'un recours judiciaire soit entrepris. À cette étape, selon son admissibilité, le rapport, ses conclusions de faits et ses recommandations pourraient être d'une certaine utilité.

[142] Ce dernier scénario impliquerait une deuxième procédure, mais tenant compte des nombreux avantages associés à la procédure d'enquête du CSARS, il se peut que dans son ensemble le plaignant et le directeur du CSARS y retirent des bienfaits significatifs. Lorsqu'on a à traiter de sécurité nationale, ceci implique nécessairement des complications qu'une procédure d'enquête du CSARS vient amoindrir. Ce n'est pas le système parfait, mais il paraît certainement être le meilleur dans les circonstances.

[143] Je termine en constatant qu'il peut également y avoir complémentarité en sécurité nationale entre la procédure d'enquête du CSARS et d'une instance devant une cour. C'est d'ailleurs ce que la décision *Omary*, précitée, suggère. À titre de rappel, le CSARS, après avoir constaté la recevabilité de la plainte et sa compétence pour enquêter, décida de surseoir son enquête jusqu'à ce qu'une décision finale soit rendue par la Cour supérieure dans le cadre d'un recours civil intenté par le demandeur. Le plaignant déposa alors une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Le juge de Montigny conclut que le CSARS devait continuer son enquête et annula la décision de surseoir. Pour ce faire, il expliqua que les deux procédures visaient des objectifs différents et que rien n'empêchait l'une ou l'autre de procéder en même temps (*Omary*, précité, aux paragraphes 33 et 34) :

La même logique doit s'appliquer, *a fortiori*, lorsque l'organisme chargé de faire enquête ne rend pas une décision, comme c'est le cas d'un comité de discipline, mais ne peut que formuler des recommandations comme c'est le cas pour le CSARS. Ce dernier doit en effet éviter de tirer des conclusions qui pourraient s'apparenter à une responsabilité juridique de

all commissions of inquiry. However, the Superior Court is required to decide the respondent's legal liability, and must determine whether fault, damage and a causal link have been proved.

What is more, the evidence to be submitted to SIRC and the Superior Court will undoubtedly be different. Section 39 of the Act authorizes the Committee to have access to all relevant evidence; however, the evidence that the applicant may submit to the Superior Court will be limited by the provisions of the Canada Evidence Act (R.S., 1985, c. C-5) and national security prerogatives. [Emphasis added.]

[144] As mere *obiter*, Justice de Montigny compared SIRC, during its investigations, with a commission of inquiry. I have already explained that SIRC could not be compared with a commission of inquiry because its mission and its functions, its interaction with the other components and its adjudicative nature distinguish it so much so that it must be noted that it has an implied jurisdiction to decide questions of law. I note again that Justice de Montigny did not need to elaborate on this point in his analysis and that it was merely in passing that he had compared SIRC with a commission of inquiry.

[145] However, I agree with his statement that the evidence accessible to SIRC, compared to that accessible to a court of law, would be different because of the framework put in place by the *Canada Evidence Act* and national security prerogatives. Hence the possibility of complementarity between the two types of recourse. There is no doubt that SIRC, having all of the evidence before it, would be in a better position to decide questions of law. Is it then possible that a court of law, having in evidence SIRC's report, if admissible, could better determine the remedies to be granted following a determination that there was an infringement of Charter rights? It seems to me that, taking into account the entire issue created by protecting national security, for the complainant as well as CSIS, it would be a more appropriate solution and that the parties' interests would be better served.

[146] These practical considerations are not determinative in and of themselves, but they help to better

la part du SCRS, puisque tel n'est pas son mandat. Il s'agit d'ailleurs là d'une caractéristique commune à toutes les commissions d'enquête. Au contraire, la Cour supérieure est appelée à se prononcer sur la responsabilité juridique du défendeur, et devra déterminer si l'on a fait la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Qui plus est, la preuve qui sera soumise au CSARS et à la Cour supérieure sera sans aucun doute différente. L'article 39 de la Loi autorise le Comité à avoir accès à toute la preuve pertinente; en revanche, la preuve que le demandeur pourra soumettre à la Cour supérieure sera limitée par les dispositions de la Loi sur la preuve au Canada, (L.R., 1985, ch. C-5) et les prérogatives à la sécurité nationale. [Nous soulignons.]

[144] En simple *obiter*, le juge de Montigny compare le CSARS, lorsqu'il enquête, à une commission d'enquête. J'ai déjà expliqué que le CSARS ne pouvait être associé à une commission d'enquête, car sa mission et ses fonctions, son interaction avec les autres composantes et ses attributs d'instance juridictionnelle le distinguent au point tel de constater qu'un pouvoir implicite de traiter des questions de droit y existe. Je note à nouveau que le juge de Montigny n'avait pas à approfondir ce point dans son analyse et que c'est à titre de simple commentaire qu'il avait associé le CSARS à une commission d'enquête.

[145] Je suis toutefois d'accord avec lui lorsqu'il constate que la preuve accessible au CSARS, comparativement à celle d'une cour de justice, sera différente à cause des balises mises de l'avant par la Loi sur la preuve et les prérogatives de sécurité nationale. De là d'ailleurs la possibilité de complémentarité entre les deux recours. Il n'y a aucun doute que le CSARS, ayant toute la preuve devant lui, sera en meilleure position pour trancher des questions de droit. Se pourrait-il qu'une cour de justice, ayant en preuve le rapport du CSARS si admissible, puisse mieux déterminer les réparations appropriées suite à une constatation qu'il y a eu en violation des droits protégés par la Charte? Il me semble que, tenant compte de l'ensemble de la problématique créée par la protection de la sécurité nationale, pour le plaignant ainsi que pour le SCRS, ce serait une solution plus appropriée et que l'intérêt des parties y serait mieux servi.

[146] Ces considérations pratiques ne sont pas déterminantes en soi, mais elles aident à mieux comprendre

understand the situation. However, as mentioned in *Conway*, above, at paragraph 79, duplicity of proceedings is to be avoided as much as possible. In this case, duplicity is inevitable given the constraints imposed by national security, but a single proceeding instituted in a court of law would not give the complainant ample opportunity to submit all of the evidence needed for a judgment. In addition, the proceeding would also include, for reasons of national security, recourse to a procedure under section 38 of the *Canada Evidence Act*. In contrast, SIRC holds, protects and controls in a certain manner national security-related information. Only SIRC, in the course of its investigations, can have all the evidence necessary to decide questions of fact and of law including those related to the Charter. Having taken into account all of these practical considerations and although there is no miracle solution, I conclude that the advantages of SIRC's investigation procedure favour such a system and, consequently, favour an implied jurisdiction to decide questions of law.

[147] Having reviewed all of the factors in *Martin*, above, I find that SIRC, in the course of its investigations, has the implied jurisdiction to decide questions of law including those related to the Charter.

B. *Parliament did not exclude the Charter from SIRC's jurisdiction*

[148] The Charter has been in force since April 17, 1982, while the CSISA came into effect just over two years later, namely, on July 16, 1984. It does not appear anywhere in the legislation that Parliament intended to exclude the application of the Charter from the functions of SIRC, including that of investigation. If such was its intention, Parliament could have certainly done so while the adoption of the Charter was still fresh in its memory.

[149] Let us recall the Government's Response to the Report of the House of Commons Special Committee, above, at page 69, where the government stated categorically that "[CSIS's] activities are sanctioned by law and are to be conducted in accordance with the rule of law, including the Charter." Having to investigate CSIS's

la situation. Toutefois, comme l'arrêt *Conway*, précité, le mentionne au paragraphe 79, le dédoublement de procédure est à éviter dans la mesure du possible. Dans notre cas, le dédoublement est inévitable étant donné les contraintes imposées par la sécurité nationale, mais un seul recours institué en cour de justice ne donnerait pas au plaignant la pleine opportunité de présenter toute la preuve pertinente pour se prononcer. En plus, la procédure inclurait aussi pour des raisons de sécurité nationale le recours à une procédure de l'article 38 de la Loi sur la preuve. En contrepartie, le CSARS détient, protège et contrôle d'une certaine façon l'information qualifiée de sécurité nationale. Seul le CSARS, dans le cours de ses enquêtes, peut avoir toute la preuve nécessaire pour trancher des questions de fait et de droit y incluant la Charte. Ayant considéré l'ensemble de ces considérations pratiques et bien qu'il n'y ait aucune solution miracle, les avantages de la procédure d'enquête du CSARS jouent en faveur d'un tel système et en conséquence, en faveur d'un pouvoir implicite de trancher des questions de droit.

[147] Ayant revu tous les facteurs de l'arrêt *Martin*, précité, je conclus que le CSARS, au cours de ses enquêtes, a le pouvoir implicite de trancher les questions de droit, y incluant la Charte.

B. *Le législateur n'a pas soustrait l'application de la Charte à la compétence du CSARS*

[148] La Charte est en force depuis le 17 avril 1982 tandis que la LSCRS est entrée en vigueur un peu plus de deux ans plus tard, soit le 16 juillet 1984. En aucun endroit dans la législation ne voit-on une intention de la part du législateur de soustraire l'application de la Charte des fonctions du CSARS, dont celle d'enquête. Ayant frais à la mémoire la promulgation de la Charte, si tel avait été son intention, le législateur avait certainement l'occasion de le faire.

[149] À titre de rappel, je note la réponse du gouvernement au Rapport du Comité spécial de la Chambre des communes, précité, à la page 71, où le gouvernement de façon catégorique écrit que « les activités du Service sont sanctionnées par la loi et doivent être menées conformément à la règle de droit, ce qui comprend la

activities through its functions of review, examination and investigation, SIRC must ensure uniformity in the application of the law including the Charter.

[150] Let us pass to the next step, as suggested in *Conway*, above, at paragraph 82, and examine whether SIRC may grant the particular remedy sought by the complainant.

C. SIRC has jurisdiction to grant the particular remedy sought under the CSISA

[151] In *Conway*, above, Justice Abella explains, at paragraph 82, that when a court finds that a tribunal has an explicit or implied jurisdiction to decide questions of law and that Parliament did not exclude the Charter from its jurisdiction, it must then be examined whether the “particular” remedy sought may be granted. To answer this question, Parliament’s intention must be discerned and it must be determined whether the remedy sought is one of those that Parliament intended the tribunal to be able to grant. The factors that will enable us to make that determination are the tribunal’s statutory mandate, structure and function, which the Supreme Court described in more detail in *Dunedin*, above, at paragraph 75:

The functional and structural approach strikes this balance between meaningful access to *Charter* relief and deference to the role of the legislatures. It rests on the theory that where a legislature confers on a court or tribunal a function that involves the determination of matters where *Charter* rights may be affected, and furnishes it with processes and powers capable of fairly and justly resolving those incidental *Charter* issues, then it must be inferred, in the absence of a contrary intention, that the legislature intended to empower the tribunal to apply the *Charter*. This approach promotes direct and early access to *Charter* remedies in forums competent to issue such relief. At the same time, the jurisdiction of courts and tribunals ultimately remains a matter of legislative intention. Parliament and the legislatures remain master over the powers the tribunals they create possess. Subject to constitutional constraints, they may withhold the power to grant any or all *Charter* remedies. They may indicate such exclusion either expressly, or by implication, such as where they do not properly equip the tribunal to hear and decide *Charter* rights and remedies. Whether Parliament or the legislature intended to exclude a particular remedial power is determined by reference

Charte ». Le CSARS, ayant à enquêter les activités du SCRS par ses fonctions de surveillance, d’examen et d’enquête, doit assurer une application uniforme du droit, dont la Charte.

[150] Passons donc à la prochaine étape telle que suggérée dans l’arrêt *Conway*, précité, au paragraphe 82, et demandons-nous si le CSARS peut accorder la réparation précise demandée par le plaignant.

C. La réparation précise recherchée peut être accordée par le CSARS selon la LSCRS

[151] Dans l’arrêt *Conway*, précité, la juge Abella explique, au paragraphe 82, que lorsqu’une cour aura constaté qu’un tribunal a un pouvoir exprès ou implicite de trancher des questions de droit, et que le législateur n’a pas soustrait l’application de la Charte de sa compétence, on doit par la suite se demander si la réparation « précise » recherchée peut être accordée. Pour le savoir, il faut rechercher l’intention du législateur et de déterminer si la réparation demandée est de celles que le législateur a voulu que le tribunal puisse accorder. Les éléments qui nous permettent de faire cette détermination sont le mandat légal, la structure et la fonction du tribunal en question, que la Cour suprême a décrits de façon plus détaillée dans l’arrêt *Dunedin*, précité, au paragraphe 75 :

L’approche fonctionnelle et structurelle permet de réaliser cet équilibre entre l’accès concret aux réparations prévues par la *Charte* et la déférence envers le rôle des législatures. Elle repose sur la théorie selon laquelle, lorsqu’un législateur confie à un tribunal judiciaire ou administratif une fonction l’amenant à trancher des questions susceptibles de toucher des droits garantis par la *Charte* et le dote de mécanismes et procédures lui permettant de décider de façon juste et équitable ces questions accessoires liées à la *Charte*, il faut alors en déduire, en l’absence d’intention contraire, que le législateur entendait habiliter ce tribunal à appliquer la *Charte*. Cette approche favorise l’accès direct et rapide aux réparations fondées sur la *Charte* devant des juridictions compétentes pour les accorder. Par ailleurs, la question de la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs dépend en dernière analyse de l’intention du législateur. Le Parlement et les législatures demeurent maîtres des pouvoirs que possèdent les tribunaux qu’ils créent. Sous réserve des limites d’ordre constitutionnel, ils peuvent priver un tribunal du pouvoir d’accorder soit toute réparation fondée sur la *Charte* soit l’une ou l’autre de ces réparations. Ils peuvent indiquer une telle exclusion

to the function the legislature has asked the tribunal to perform and the powers and processes with which it has furnished it. [Emphasis added.]

[152] We have already identified the mandate, structure and functions of the SIRC in order to establish whether the Act contains an implied jurisdiction to decide questions of law, including the Charter. With this analysis in mind, section 52 of the CSISA grants SIRC the power to report and make findings based on the facts presented (“the findings of the investigation”) and make appropriate recommendations (paragraph 52(1)(a)).

[153] In this case, the applicant requested the following remedy (applicant’s record, Volume I, Tab 3, letter of complaint to SIRC dated July 11, 2008):

[TRANSLATION] Therefore, we request that this Committee conduct an investigation in relation to the actions of the CSIS officers to determine and acknowledge the responsibility of the Canadian Security Intelligence Service in the unlawful, intimidating and unfair treatment of our client.

Also at issue are the threat of reprisal and the presumed reprisals taken by writing a damaging report about him and sending it to the Minister of Transport, Infrastructure and Communities, in order to have his name added to a Specified Persons List (“no-fly list”).

Our client also requests that this Committee identify and recommend that CSIS take the necessary steps to rectify this serious injustice by remedying the violations against our client, including:

- By setting aside any damaging reports that may have been written about him;
- By taking the necessary steps to remove his name from the Specified Persons List (“no-fly list”) and to allow him to travel and return to Canada;
- By ensuring that he does not experience any harm from either national or foreign security agencies;

de façon explicite ou implicite, par exemple dans ce dernier cas en ne dotant pas le tribunal des attributs requis pour statuer sur les droits et réparations prévus par la Charte. Pour décider si le Parlement ou la législature concernée entendait exclure un pouvoir de réparation donné, on examine la fonction qu’il a demandé au tribunal d’accomplir, ainsi que les pouvoirs et procédures dont celui-ci a été doté. [Nous soulignons.]

[152] Nous avons déjà identifié la mission, la structure et les fonctions du CSARS afin d’établir si un pouvoir implicite de trancher des questions de droit, y incluant la Charte, se retrouve dans la Loi. Ayant à l’esprit cette même analyse, l’article 52 de la LSCRS accorde au CSARS le pouvoir de faire rapport et de conclure sur la base des faits présentés (en anglais, « *the findings of the investigation* »), ainsi que de faire les recommandations appropriées (alinéa 52(1)a)).

[153] En l’espèce, le défendeur demande comme réparation ce qui suit (dossier du demandeur, volume 1, onglet 3, lettre de plainte au CSARS en date du 11 juillet 2008) :

Nous demandons donc au présent Comité de tenir une enquête sur les agissements des agents du SCRS afin d’établir et de reconnaître la responsabilité du Service canadien du renseignement de sécurité dans le traitement illégal, intimidant et inéquitable de notre client.

De même, le fait de l’avoir menacé de représailles et d’avoir vraisemblablement exercé des représailles en rédigeant un rapport préjudiciable à son endroit et en le communiquant au Ministre des transports, de l’infrastructure et des collectivités, dans le but de faire inscrire son nom sur une liste de personnes précisées (« no-fly list ») est en cause.

Notre client demande également à ce que le présent Comité identifie et recommande au SCRS de prendre les moyens nécessaires afin de corriger cette injustice grave en réparant les violations commises à l’encontre de notre client notamment :

- En annulant tout rapport préjudiciable ayant pu être rédigé à son endroit;
- En prenant les moyens nécessaires pour que son nom soit enlevé de la liste des personnes précisées (« no-fly list ») et qu’il puisse voyager et revenir au Canada;
- En veillant à ce qu’il ne subisse aucun préjudice auprès des agences de sécurité nationale et étrangère, le cas échéant;

- By taking steps and ensuring his life, freedom and safety;
- By sending an offer of compensation for the moral and material damages (threats, intimidation, arrest without a warrant, loss of the airline ticket, psychological distress, loss of his resident status in Saudi Arabia) that he endured because of this unacceptable conduct by CSIS officers.
- En prenant les moyens et en assurant en tout état de cause sa vie, sa liberté et sa sécurité;
- En communiquant une offre d'indemnisation pour les préjudices moraux et matériels (menaces, intimidations, arrestation sans mandat, perte du billet d'avion, détresse psychologique, perte de son statut de résidence en Arabie Saoudite) qu'il a subi à cause de ce comportement inacceptable de la part des agents du SCRS.

Based on the foregoing, we request that an investigation into CSIS's wrongful acts be conducted in accordance with section 41 of the *CSIS Act*.

En conséquence de ce qui précède, nous demandons la tenue d'une enquête relativement aux agissements fautifs du SCRS et ce, conformément à l'article 41 de la *Loi sur le SCRS*.

We also request to have an oral hearing to make the necessary representations in our client's interests. [Emphasis added.]

Nous demandons également d'être entendus de vive voix afin de faire les représentations nécessaires dans l'intérêt de notre client. [Nous soulignons.]

[154] In short, the remedy sought is that SIRC investigate the activities of CSIS, that it clarify the role of CSIS in regard to the allegations raised and that it report its findings of fact and include in that report the recommendations listed. The purpose of these recommendations would be to remedy the violations against Mr. Telbani, specifically by recommending the setting aside of any damaging reports that may have led to the inclusion of his name on the Specified Persons List (the "no-fly list"), that the necessary steps be taken to remove his name from the list and that an offer of compensation be issued for the moral and material damages he endured.

[154] Bref, la réparation recherchée consiste à ce que le CSARS enquête sur les activités du SCRS, qu'il élucide le rôle du SCRS en ce qui concerne les allégations soulevées et qu'il fasse rapport de ses conclusions de fait et y inclus les recommandations énumérées. Ces dernières auraient comme objectif de réparer les violations commises à l'encontre de M. Telbani, notamment en recommandant d'annuler tout rapport qui aurait pu mener à l'inscription de son nom sur la liste de personnes interdites de vol (la « *no-fly list* »), en recommandant de prendre les moyens nécessaires pour enlever son nom de la liste, et en recommandant de communiquer une offre d'indemnisation pour ses préjudices moraux et matériels.

[155] Having already thoroughly assessed in detail the statutory mandate of SIRC, its structure and functions, there is no basis to find that Parliament would not have intended in these circumstances that SIRC investigate or issue these non-binding recommendations. On the contrary, the Committee's mandate to ensure that the Service acts in accordance with the laws of Canada, including the CSISA, its regulations and the Minister's directions, leaves no doubt that the Committee should investigate these allegations with respect to the Service's activities. The Committee's structure gives it an ideal mechanism to conduct investigations into these allegations without putting national security at risk and the investigative functions of the Committee allows it to determine the validity of allegations and to produce a report that includes the non-binding recommendations

[155] Ayant déjà examiné attentivement et de façon détaillée le mandat légal du CSARS, sa structure et ses fonctions, rien ne permet de conclure que le législateur n'aurait pas voulu dans ces circonstances que le CSARS fasse enquête ou émette ces recommandations non contraignantes. Au contraire, la mission du Comité de veiller à ce que le Service agisse en conformité avec les lois du Canada, dont la LSCRS, ses règlements et les instructions du ministre, ne laisse pas de doute que le Comité se doit d'enquêter ces allégations soulevées au sujet des activités du Service. La structure du Comité le dote d'un mécanisme idéal pour faire enquêtes sur ces allégations sans qu'il ne mette à risque la sécurité nationale et la fonction d'enquête du Comité lui permet de déterminer la validité des allégations et de produire un rapport qui inclut les recommandations

“that [it] considers appropriate” and without limitations indicated in the Act (paragraph 52(1)(a)). SIRC may therefore grant the particular remedy sought, given the relevant statutory scheme.

VIII. Conclusion

[156] When considering the issue raised in this matter, i.e. whether SIRC is a court of competent jurisdiction to investigate the respondent’s allegations that his constitutional rights were violated, it is important to remember the context in which the Committee was established. The CSISA was a result of the work and report tabled by the McDonald Commission, established by Parliament after intelligence activities of the RCMP—including surreptitious entries without warrants—raised a storm of criticism after the public was made aware of some of them. As the Court of Appeal already explained, “The previous system had been rendered unacceptable to the government and Parliament by its loss of public credibility. A great many people simply did not believe that what had been done in the name of national security had been justified” (*Atwal*, above, at page 139). Thus, the creation of SIRC was one of the controls put in place by Parliament to prevent such measures and to restore public confidence: “SIRC’s role has long been understood to be that of assuring Parliament and the Canadian public that Canada’s security intelligence service is fulfilling its mandate to ensure the security of the state while respecting individual rights and liberties as guaranteed under Canadian law” (O’Connor Commission, *A New Review Mechanism for the RCMP’s National Security Activities* [at page 265], [see also] interveners’ record, Volume I, Tab 2G, at page 212).

[157] It is also important to remember the allegations that initiated this matter. Mr. Telbani’s complaint accuses CSIS of [TRANSLATION] “unlawful, intimidating and unfair treatment” because of the actions of two officers who went to his home, entered his residence without a warrant or permission and acted in a threatening and intimidating manner toward him, in violation of his fundamental rights guaranteed by the Charter. It is also alleged that the name of Mr. Telbani was added to

non contraignantes « qu’il juge indiquées », et ce, sans restrictions indiquées dans la Loi (alinéa 52(1)a)). Le CSARS peut donc accorder la réparation précise demandée eu égard au régime législatif applicable.

VIII. La conclusion

[156] Lorsqu’on considère la question soulevée par ce dossier, c’est-à-dire si le CSARS est un tribunal compétent pour faire enquête sur des allégations selon lesquelles les droits constitutionnels d’un plaignant ont été violés, il est important de rappeler le contexte dans lequel le Comité a été constitué. La LSCRS est le résultat des travaux et du rapport de la Commission McDonald, établie par le législateur après que des activités d’intelligence de la GRC — dont des entrées subreptices sans mandats — ont soulevé un tollé de critiques lorsque le public en a pris connaissance. Comme l’a déjà expliqué la Cour d’appel, « Le système antérieur était devenu inacceptable aux yeux du gouvernement et du Parlement parce qu’il avait perdu sa crédibilité auprès du public. Un grand nombre de personnes ne croyaient tout simplement pas que les mesures prises au nom de la sécurité nationale avaient été justifiées » (*Atwal*, précité, à la page 139). L’établissement du CSARS a donc été un des contrôles mis en place par le législateur afin de prévenir de telles mesures et pour rétablir la confiance du public : « Il est depuis longtemps entendu que le rôle du CSARS consiste à assurer le Parlement et le public que le [SCRS] remplit son mandat de veiller sur la sécurité de l’État dans le respect des droits et libertés individuels garantis par la loi canadienne » (Commission O’Connor, *Un nouveau mécanisme d’examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* [à la page 298], [voir aussi] dossier de l’intervenant, tome I, onglet 2G, à la page 212).

[157] Il est également important de rappeler les allégations qui ont enclenché le présent dossier. La plainte soulevée par M. Telbani accuse le SCRS de « traitement illégal, intimidant et inéquitable » en raison du comportement de deux agents qui l’auraient visité à son domicile, seraient entrés dans sa résidence sans mandat ni permission et se seraient conduits de manière intimidante et menaçante envers lui, et ce, en violation de ses droits fondamentaux garantis par la Charte. Il est aussi

a Specified Persons List because of a report issued by CSIS. Without commenting on their truthfulness, these allegations recall other complaints filed against the Service and that the Committee has had to deal with in the past: alleged intimidation, claims of human rights violations and mistreatment, allegations of discriminatory practices, harassment and interference in the employment selection process and many others (intervener's record, Volume I, Tabs 2B, 2C and 2D).

[158] In the cases where these allegations are shown to be true, they must definitely be addressed and it is highly probable that remedies deserve to be granted. However, these remedies do not necessarily have to take the form of monetary relief. In many cases, it may be that findings of fact accompanied by an apology are sufficient, or that a practice or policy at the source of the criticized act be modified, or further that the Service rectify an error for which it is responsible (e.g. by taking action to remove a name on the Specified Persons List). It is not always necessary for a person to commence proceedings in court to be heard and to obtain a remedy.

[159] Parliament created SIRC to be an accessible mechanism: "Any person may make a complaint ... with respect to any act or thing done by the Service" (CSISA at subsection 41(1)). Having full access to all information relevant to the complaint and clear regulations and procedures already in place that allow it to proceed without delay, SIRC was also created to be an effective and rapid investigation mechanism and, therefore, inherently less costly for the individual and CSIS. As well, SIRC has the power to produce a report with findings and recommendations that make the non-monetary relief identified above possible. However, Parliament has also provided some balance since the Committee may not intrude into the management of the Service or unduly interfere in the protection of national security. Notwithstanding that limitation to the possible remedies, the 711 complaints filed against the activities of the Service over approximately 10 years show how this mechanism has been useful to these complainants, not to mention the need of a mechanism to address the

allégué que le nom de M. Telbani a été ajouté à une liste de personnes interdites de vol à cause d'un rapport émis par le SCRS. Sans commenter sur leur véracité, ces allégations rappellent d'autres plaintes déposées auparavant contre le Service et que le Comité a eu à traiter : présomption d'intimidation, présomption d'atteintes aux droits de la personne et de traitements injustes, pratiques discriminatoires présumées, présumés harcèlements et ingérences dans l'obtention d'un emploi et bien d'autres (dossier de l'intervenant, tome I, onglets 2B, 2C et 2D).

[158] Dans les cas où ces allégations se révèlent véridiques, elles se doivent certainement d'être adressées et il est fort probable que des réparations méritent d'être accordées. Toutefois, ces réparations ne doivent pas nécessairement prendre la forme d'une réparation pécuniaire. Dans bien des cas, il se peut qu'une constatation des faits accompagnée d'une excuse suffise, ou qu'une pratique ou politique à la source du comportement reproché soit modifiée, ou bien encore que le Service rectifie une erreur dont il est responsable (par exemple, en agissant pour qu'un nom soit enlevé d'une liste de personnes interdites de vol). Il n'est donc pas toujours nécessaire qu'une personne doive introduire une instance en cour de justice pour se faire entendre et obtenir réparation.

[159] Le législateur a conçu le CSARS pour être un mécanisme accessible : « Toute personne peut porter plainte contre des activités du Service » (LSCRS au paragraphe 41(1)). Ayant plein accès à toute l'information pertinente à la plainte et ayant déjà en place des règles de procédure claires qui lui permettent de procéder sans délai, le CSARS a également été conçu pour être un mécanisme d'enquête efficace et rapide, et donc nécessairement moins coûteux aussi bien pour le particulier que pour le SCRS. En chemin, le CSARS est doté du pouvoir de produire un rapport avec des conclusions et recommandations qui rendent possibles les réparations non pécuniaires que nous avons énumérées ci-dessus. Toutefois, le législateur a également assuré un certain équilibre puisque le Comité ne peut s'ingérer dans la gestion du Service ni interférer indûment la protection de la sécurité nationale. Malgré cette limite aux réparations possibles, les 711 plaintes déposées contre les activités du Service au cours d'environ 10 ans démontrent l'utilité de ce mécanisme aux yeux de ces

allegations in these complaints. However, to now find that SIRC is not a court of competent jurisdiction to investigate allegations that the constitutional rights of a complainant were violated would significantly limit this mechanism, despite all the above-noted observations and benefits, and would require complainants to proceed to court where the resolution of the complaint is uncertain.

[160] CSIS asked the question: is SIRC a court of competent jurisdiction to investigate allegations that the constitutional rights of a complainant were violated? As confirmed by this Court's analysis in accordance with the analytical approach established by the Supreme Court, the answer to this question is the following:

- The CSISA does not grant SIRC explicit jurisdiction to decide questions of law;
- In determining whether legislation grants implied jurisdiction to decide questions of law, the analysis shows the following:
 - that the statutory mandate given to SIRC supports the argument of implied jurisdiction;
 - that SIRC's interaction with all the components of the national security system adds to the argument of implied jurisdiction;
 - that SIRC is an adjudicative body that has the attributes to decide questions of law;
 - that practical considerations as a whole weigh in favour of SIRC when it conducts investigations.
- Consequently, to carry out its mandate in fulfilling its investigative function, SIRC must decide questions of law;
- Having noted this implied jurisdiction to decide questions of law, the CSISA does not exclude Charter questions from this jurisdiction;

plaignants, sans compter le besoin d'un mécanisme pour adresser les allégations que ces plaintes soulèvent. Pourtant, conclure maintenant que le CSARS n'est pas un tribunal compétent pour faire enquête sur des allégations selon lesquelles les droits constitutionnels d'un plaignant ont été violés viendrait restreindre de manière significative ce mécanisme, malgré tous les constatations et avantages énumérés ci-haut, et obligerait les plaignants à poursuivre en cour de justice où une résolution de la plainte est incertaine.

[160] Le SCRS a posé la question : est-ce que le CSARS est un tribunal compétent pour faire enquête sur des allégations selon lesquelles les droits constitutionnels d'un plaignant ont été violés? Comme le confirme l'analyse effectuée par cette Cour selon le cadre analytique établi par la Cour suprême, la réponse à cette question est la suivante :

- La LSCRS ne reconnaît pas au CSARS un pouvoir exprès de trancher des questions de droit;
- Pour déterminer si la législation reconnaît un pouvoir implicite de trancher des questions de droit, l'analyse démontre ceci :
 - que la mission législative accordée au CSARS appuie la thèse d'un pouvoir implicite;
 - que l'interaction du CSARS avec toutes les composantes du système de sécurité nationale ajoute à la thèse d'un pouvoir implicite;
 - que le CSARS est une instance juridictionnelle qui a les attributs pour trancher des questions de droit;
 - que les considérations pratiques dans leur ensemble jouent en faveur du CSARS lorsqu'il enquête.
- En conséquence, pour accomplir sa mission lorsqu'il assume sa fonction d'enquête, le CSARS doit trancher des questions de droit;
- Ayant constaté ce pouvoir implicite de trancher des questions de droit, la LSCRS ne soustrait pas à cette compétence le pouvoir de trancher des questions de droit ayant comme fondement la Charte;

▪ Bearing in mind the Act and the specific remedy sought, SIRC may grant them under the CSISA.

▪ Tenant compte de la Loi et de la réparation précise recherchée, le CSARS peut les accorder en vertu de la LSCRS.

A. Costs

[161] In accordance with the order of Prothonotary Aronovitch dated February 8, 2011, the respondent may not claim costs. This will be done.

A. Les frais

[161] Selon l'ordonnance de la protonotaire Aronovitch en date du 8 février 2011, l'intervenant ne peut pas réclamer les dépens. Il en sera ainsi.

ORDER

The application for judicial review of the decision of the Security Intelligence Review Committee dated September 8, 2010, is dismissed without costs.

ORDONNANCE

La demande de contrôle judiciaire de la décision du Comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité en date du 8 septembre 2010 est rejetée sans frais.

IMM-4760-11
2012 FC 569

IMM-4760-11
2012 CF 569

B010 (*Applicant*)

B010 (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: B010 v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : B010 c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Noël J.—Vancouver, February 28;
Ottawa, May 15, 2012.

Cour fédérale, juge Noël—Vancouver, 28 février;
Ottawa, 15 mai 2012.

Editor's Note: This decision has been affirmed on appeal (A-195-12, A-194-12, 2013 FCA 87). The reasons for judgment, handed down March 22, 2013, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Note de l'arrêtiste : Cette décision a été confirmée en appel (A-195-12, A-194-12, 2013 CAF 87). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 22 mars 2013, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision issuing deportation order after determining applicant inadmissible to Canada for engaging in people smuggling in context of transnational crime as set out in Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(b) — Applicant, Sri Lankan Tamil refugee claimant, arriving in Canada on unregistered ship from Thailand with 492 migrants aboard seeking refuge — Ship part of elaborate for-profit scheme to bring migrants to Canada; applicant serving as ship's crew during voyage — ID concluding that six elements drawn from Act, ss. 37(1), 117(1) required to prove existence of "people smuggling" — Concluding that profit or material gain not necessary element of people smuggling — Determining that reasonable grounds to believe applicant boarding ship knowing would be acting as crew member but that applicant not receiving material benefit for working thereon — Whether ID erring in interpreting term "people smuggling" found in Act, s. 37(1)(b), in understanding or applying concept of wilful blindness — While word "smuggling" may include profit or material benefit component, not strictly necessary — ID correctly concluding that s. 37 only recognizing criminality of smuggling while s. 117 constituting provision to actually implement Protocol against Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime by criminalizing such activity — ID's interpretation of ss. 37, 117 compliant with Canada's obligations under international instruments at issue — Given wording of Act, s. 37(1)(b), reasonable for ID to conclude that applicant

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d'expulsion après avoir conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada au motif qu'il s'était livré, dans le cadre de la criminalité transnationale, au passage de clandestins au sens de l'art. 37(1)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur, un tamoul du Sri Lanka demandeur d'asile, est arrivé au Canada à bord d'un navire non immatriculé provenant de la Thaïlande et transportant 492 migrants demandeurs d'asile — Le navire faisait partie d'un stratagème lucratif complexe visant à amener des migrants au Canada, et le demandeur faisait partie de l'équipage du navire au cours du voyage — La SI a conclu qu'il fallait établir l'existence de six éléments pour démontrer qu'il y avait eu « passage de clandestins » au sens des art. 37(1) et 117(1) de la Loi — Elle a conclu que l'existence d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel ne constituait pas un élément requis pour démontrer un passage de clandestins — La SI a estimé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était monté à bord du navire tout en sachant qu'il ferait partie de l'équipage, mais qu'il n'avait pas retiré d'avantage matériel en échange du travail qu'il avait effectué — Il s'agissait de déterminer si la SI avait commis une erreur dans son interprétation de l'expression « passage de clandestins » que l'on trouve à l'art. 37(1)(b) de la Loi et dans son interprétation ou son application du concept d'ignorance volontaire — Bien que l'expression « passage de clandestins » puisse supposer

be permanent resident or foreign national; that crime be transnational — Also reasonable for ID not to include criteria not already found in ss. 37(1), 117(1) — However, ID's conclusion that applicant not receiving any material benefit unreasonable given facts herein — Applicant receiving better lodging, food compared to hundreds of passengers on board — These important advantages constituting material benefit — Act, s. 117 not requiring that person know committing illegal act; simply requiring that person have knowledge engaging in act — Knowledge of passenger's lack of required documents properly imputed to applicant in present case — ID's understanding of test for wilful blindness not deficient — ID's conclusion applicant engaging in people smuggling since applicant knowingly aiding coming into Canada of persons not in possession of documents required by Act as defined in s. 117(1) therefore reasonable — Accordingly, ID reasonably concluding applicant inadmissible to Canada for having engaged in context of transnational crime in "people smuggling" as set out in Act, s. 37(1)(b) — Question pertaining to definition of term "people smuggling" for purposes of Act, s. 37(1)(b) certified — Application dismissed.

Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Act, ss. 37(1)(b), 117 — Meaning of terms "people smuggling"; "human smuggling" examined — Judicial review of deportation order issued by Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) for people smuggling in context of transnational crime — Term "people smuggling" in Act, s. 37(1)(b) undefined; words could support more than one reasonable meaning — For sake of coherence, consistency, Act, 37(1)(b) should be interpreted in conformity with s. 117 so that meaning harmonious with Act as whole may be given — ID cognizant of fact Act, s. 3(3)(f) calling for Act to be construed, applied in manner complying with international rights instruments to which Canada signatory — Nothing in Protocol against Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air or in United Nations Convention Relating to the

l'existence d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel, cet aspect n'est pas strictement nécessaire — La SI a conclu avec raison que l'art. 37 reconnaît seulement le caractère criminel du passage de clandestins, tandis que l'art. 117 est celui qui met effectivement en œuvre le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer; additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée en érigeant cet acte en infraction — L'interprétation que la SI a faite des art. 37 et 117 respecte les obligations auxquelles le Canada était assujéti aux termes des instruments internationaux en question — Compte tenu du libellé de l'art. 37(1)(b), il était raisonnable pour la SI de conclure que le demandeur était un résident permanent ou un étranger, et que le crime était transnational — Il était également raisonnable de la part de la SI de n'ajouter aucun autre critère à ceux que l'on trouve déjà aux art. 37(1) et 117(1) — Cependant, la conclusion tirée par la SI suivant laquelle le demandeur n'a pas retiré d'avantage matériel était déraisonnable compte tenu des faits en l'espèce — Le demandeur a bénéficié de meilleures conditions d'hébergement et a été mieux nourri que les centaines d'autres passagers à bord — Ces avantages importants constituaient un avantage matériel — L'art. 117 de la Loi n'exige pas que l'intéressé soit conscient du fait qu'il commet un acte illégal; il exige simplement qu'il sache qu'il se livre à l'acte en question — En l'espèce, la SI a eu raison de considérer que le demandeur était au courant que les passagers n'étaient pas munis des documents requis — La SI n'a pas mal interprété le critère de l'ignorance volontaire — La conclusion de la SI selon laquelle le demandeur s'est livré au passage de clandestins parce qu'il a sciemment aidé des personnes qui n'étaient pas munies des documents exigés par la Loi à entrer au Canada au sens de l'art. 117(1) était donc raisonnable — Par conséquent, la SI a raisonnablement conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada au motif qu'il s'était livré, dans le cadre de la criminalité transnationale, au « passage de clandestins » au sens de l'art. 37(1)(b) — La question relative à la définition de l'expression « passage de clandestins » aux fins de l'art. 37(1)(b) a été certifiée — Demande rejetée.

Interprétation des lois — Art. 37(1)(b) et 117 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Examen du sens de l'expression « passage de clandestins » — Contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion prise par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour une infraction de passage de clandestins dans le cadre de la criminalité transnationale — Il n'existe aucune définition de l'expression « passage de clandestins » que l'on trouve à l'art 37(1); les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable — Par souci de cohérence et d'uniformité, on devrait interpréter l'art. 37(1)(b) de la Loi conformément à l'art. 117 de manière à en dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble — La SI était consciente du fait que l'art. 3(3)(f) prévoit que la Loi doit être interprétée et mise en œuvre conformément aux instruments

Status of Refugees explicitly preventing criminalizing those who engage in migrant smuggling without deriving material gain or profit therefrom — ID's interpretation of Act, ss. 37, 117 remaining compliant with Canada's obligations under international instruments at issue herein — Act, 37(1)(b) must be given meaning that is harmonious with Act as whole; in present case, ensuring that "people smuggling", "human smuggling" given same definition upholding obligation — Entirely proper, justifiable to define term "people smuggling" in Act, s. 37(1)(b) by relying on s. 117 of same statute — Ss. 37(1), 117(1) not requiring "secret or clandestine" component.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board issuing a deportation order after determining that the applicant was inadmissible to Canada for engaging in people smuggling in the context of transnational crime as set out in paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicant, a Sri Lankan Tamil refugee claimant, arrived in Canada on an unregistered ship from Thailand with 492 migrants aboard seeking refuge. An investigation revealed that the ship had been part of an elaborate for-profit scheme to bring migrants to Canada and that the applicant was one of 12 migrants serving as the ship's crew during the voyage. Thus, the applicant was reported as being inadmissible for people smuggling and an admissibility hearing before the ID was held thereafter. Regarding any material benefit he may have gained from his work, the applicant claimed that he did not receive better accommodation or extra food. He also denied knowing any of the other crew members before the voyage, but evidence to the contrary was presented.

Relying on the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, the ID found that there was a "transnational" component to the ship's operation since people had been transported from Thailand to Canada. As for the meaning of the term "people smuggling", it concluded that six elements were required to prove that this had occurred for the purposes of subsection 37(1) of the Act: the first two elements were found in subsection 37(1) itself and the remaining four elements were drawn from subsection 117(1) of the Act. The ID concluded that profit or material gain was not a necessary element of people smuggling. In determining whether the applicant engaged in people smuggling, the ID determined

internationaux dont le Canada est signataire — Rien dans le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air ni dans la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés n'empêche explicitement d'incriminer ceux qui se livrent au passage de clandestins sans en tirer un avantage financier ou autre avantage matériel — En l'espèce, l'interprétation que la SI a faite des art. 37 et 117 de la Loi respecte les obligations auxquelles le Canada était assujéti aux termes des instruments internationaux en question — L'interprétation de l'art. 37(1)(b) doit s'harmoniser avec la Loi dans son ensemble; en l'espèce, le fait de s'assurer que les expressions anglaises « people smuggling » et « human smuggling » sont définies de la même façon respecte cette obligation — Il était entièrement approprié et justifié de définir l'expression anglaise « people smuggling » (« passage de clandestins ») à l'art. 37(1)(b) de la Loi en se fondant sur l'art. 117 de la même loi — Les art. 37(1) et 117(1) n'exigent aucun élément de « secret ou de clandestinité ».

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d'expulsion après avoir conclu que le demandeur était interdit de territoire au motif qu'il s'était livré, dans le cadre de la criminalité transnationale, au passage de clandestins au sens de l'art. 37(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le demandeur, un tamoul du Sri Lanka demandeur d'asile, est arrivé au Canada à bord d'un navire non immatriculé provenant de la Thaïlande et transportant 492 migrants demandeurs d'asile. Une enquête a révélé que le navire faisait partie d'un stratagème lucratif complexe visant à amener des migrants au Canada et que le demandeur était au nombre de 12 migrants qui faisaient partie de l'équipage du navire au cours du voyage. Par conséquent, le demandeur a été déclaré interdit de territoire pour s'être livré au passage de clandestins, puis l'affaire a été déferée à la SI pour enquête. Pour ce qui est des avantages matériels que ce travail a pu lui procurer, le demandeur a expliqué qu'il n'avait pas été mieux logé ou obtenu des rations plus généreuses que les autres passagers. Il a également nié qu'il connaissait d'autres membres de l'équipage avant le voyage, mais des éléments de preuve démontrant le contraire ont été présentés.

Se fondant sur la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, la SI a conclu que l'exploitation du navire avait une composante transnationale puisque des gens avaient été transportés de la Thaïlande au Canada. Quant au sens de l'expression « passage de clandestins », elle a conclu qu'il fallait établir l'existence de six éléments pour démontrer qu'il y avait eu passage de clandestins au sens du paragraphe 37(1) de la Loi : les deux premiers éléments se trouvent au paragraphe 37(1) lui-même et les quatre autres éléments sont tirés du paragraphe 117(1) de la Loi. La SI a jugé que l'existence d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel ne constituait pas un élément

that there was reasonable ground to believe that the applicant boarded the ship knowing that he would be a crew member but that he had not received a material benefit for working as a member of the ship.

The applicant argued that the ID performed an incomplete statutory analysis of paragraph 37(1)(b) of the Act, failed to properly distinguish the essential elements required to constitute “people smuggling” and erroneously concluded that it was equivalent to the criminal offence of “organizing entry into Canada” found in section 117 of the Act; thus, that the term “people smuggling” had been incorrectly defined. The applicant also argued that the ID misapplied the concept of wilful blindness when it imputed that he had knowledge the other passengers lacked the necessary documents to enter Canada.

The issues were whether the ID erred in its interpretation of the term “people smuggling” found in paragraph 37(1)(b) of the Act and in its understanding or application of the concept of wilful blindness.

Held, the application should be dismissed.

The term “people smuggling” found in paragraph 37(1)(b) of the Act is undefined. These words could support more than one reasonable meaning. While the word “smuggling” may include a profit or material benefit component (article 3 of the *Protocol against Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*), it is not strictly necessary. For the sake of coherence and consistency, paragraph 37(1)(b) of the Act should be interpreted in conformity with section 117 so that it may be given a meaning that is harmonious with the Act as a whole. In this case, the ID’s conclusion that section 37 only recognizes the criminality of smuggling while section 117 is the provision to actually implement the Protocol by criminalizing such activity was correct; and section 117 is in fact the provision that, for Canadian domestic purposes, criminalizes the smuggling of human beings into Canada. While it is broader in scope than the definition set out in the Protocol and does not have the more restricted scope sought by the applicant, it remains the legislative answer to Canada’s obligations undertaken by its adherence to the Protocol since it clearly condemns the act of human smuggling and remains a legitimate response to valid human rights concerns. The ID was cognizant of the fact that paragraph 3(3)(f) called for the Act to be construed and applied in a manner that complies with international rights instruments

requis pour conclure à un passage de clandestins. Pour ce qui est de savoir si le demandeur s’était livré au passage de clandestins, la SI a estimé qu’il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était monté à bord du navire tout en sachant qu’il ferait partie de l’équipage, mais qu’il n’avait pas retiré d’avantage matériel en échange du travail qu’il avait effectué comme membre de l’équipage.

Le demandeur a affirmé que l’analyse législative que la SI a effectuée lorsqu’elle a examiné l’alinéa 37(1)(b) de la Loi était incomplète, ajoutant qu’elle n’avait pas bien discerné les éléments essentiels requis pour pouvoir conclure à l’existence d’un « passage de clandestins », qu’elle avait conclu à tort que cet acte équivalait à l’infraction criminelle d’« organisation d’entrée illégale au Canada » prévue à l’article 117 de la Loi, et que par conséquent, l’expression « passage de clandestins » avait été définie de façon inexacte. Le demandeur a également affirmé que la SI avait mal appliqué le concept d’ignorance volontaire en présumant qu’il était au courant que les autres passagers n’étaient pas munis des documents nécessaires pour être admis au Canada.

Il s’agissait de déterminer si la SI a commis une erreur dans son interprétation de l’expression « passage de clandestins » que l’on trouve à l’alinéa 37(1)(b) de la Loi et dans son interprétation ou son application du concept d’ignorance volontaire.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Il n’existe aucune définition de l’expression « passage de clandestins » que l’on trouve à l’alinéa 37(1)(b) de la Loi. Les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable. Bien que l’expression « passage de clandestins » puisse supposer l’existence d’un avantage financier ou d’un autre avantage matériel (comme le prévoit l’article 3 du *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*), cet aspect n’est pas strictement nécessaire. Par souci de cohérence et d’uniformité, on doit interpréter l’alinéa 37(1)(b) de la Loi conformément à l’article 117 de manière à en dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. En l’espèce, la conclusion de la SI selon laquelle l’article 37 reconnaît seulement le caractère criminel du passage de clandestins, tandis que l’article 117 est celui qui met effectivement en œuvre le Protocole en érigeant cet acte en infraction était correcte, et l’article 117 est effectivement la disposition qui, sur le plan intérieur canadien, érige en infraction le passage de clandestins au Canada. Bien que son champ d’application soit plus étendu que celui de la définition énoncée au Protocole et bien qu’il n’ait pas la portée plus restreinte préconisée par le demandeur, l’article 117 n’en demeure pas moins la réponse du législateur aux obligations que le Canada a contractées en adhérant au Protocole, étant donné qu’il condamne dans les termes les plus nets le passage

to which Canada is a signatory. While it recognized that the definition in section 117 differed from that found in the Protocol, it reasonably concluded that the fact section 117's definition was broader than that of the Protocol did not hinder its compliance with the latter. Nothing in the Protocol or in the Convention explicitly prevents criminalizing those who engage in migrant smuggling without deriving material gain or profit from it. The ID's interpretation of sections 37 and 117 remained compliant with Canada's obligations under the international instruments at issue herein.

The term "people smuggling" should not be given a more restricted interpretation than the one the ID adopted by relying on subsections 37(1) and 117(1) of the Act. A reading of paragraph 37(1)(b) and section 117 in both French and English makes it clear that the concern addressed by the Act, both for inadmissibility and enforcement purposes, was the condemnation of people/human smuggling into Canada. Paragraph 37(1)(b) must be given a meaning that is harmonious with the Act as a whole. In this case, ensuring that "people smuggling" and "human smuggling" are given the same definition upholds this obligation and it was entirely proper and justifiable to define the term "people smuggling" in paragraph 37(1)(b) by relying on section 117 of the same statute when both provisions use comparable terms, address comparable acts, and are framed by the same objectives. Given the wording of paragraph 37(1)(b), it was reasonable for the ID to conclude that it was a necessary requirement that the applicant be a permanent resident or foreign national and that the crime be transnational. It was also reasonable for the ID not to include any criteria not already found in subsections 37(1) and 117(1). While the applicant sought to include a "secret or clandestine" element, the ID correctly pointed out that where a person smuggled appeared at the port of entry to make a refugee claim, an individual that had aided that person to enter Canada could still be found guilty of an offence under section 117. Subsections 37(1) and 117(1) do not require a "secret or clandestine" component but are instead concerned only with the "organizing of entry into Canada" whether the person entering declares themselves at a port of entry or not, when such a person is "not in possession of a visa, passport or other document required by this Act" (subsection 117(1)). Evidence submitted to the ID showed that the majority of the passengers on board the vessel were in fact not in possession of the visas and passports required by the Act.

de clandestins et qu'il demeure une réponse légitime à des préoccupations valides en matière de respect des droits de la personne. La SI était consciente du fait que l'alinéa 3(3)f) prévoit que l'interprétation et la mise en œuvre de la Loi doivent avoir pour effet de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire. Bien qu'elle ait reconnu que la définition que l'on trouve à l'article 117 est différente de celle que l'on trouve au Protocole, elle a toutefois conclu à juste titre que le fait que la définition prévue à l'article 117 est plus large que celle que l'on trouve au Protocole ne l'empêchait pas pour autant d'être conforme à ce dernier. Rien dans le Protocole ou dans la Convention n'empêche explicitement d'incriminer ceux qui se livrent au passage de clandestins sans en tirer un avantage financier ou autre avantage matériel. En l'espèce, l'interprétation que la SI a faite des articles 37 et 117 respecte les obligations auxquelles le Canada était assujéti aux termes des instruments internationaux en question.

L'expression « passage de clandestins » ne devrait pas se voir accorder une interprétation plus restrictive que celle que la SI a adoptée en se fondant sur les paragraphes 37(1) et 117(1) de la Loi. Il ressort à l'évidence tant de la version française que de la version anglaise de l'alinéa 37(1)(b) et de l'article 117 que l'objectif visé par la Loi, tant à des fins d'interdiction de territoire qu'à des fins d'exécution, est de condamner le passage de clandestins au Canada. L'interprétation de l'alinéa 37(1)(b) doit s'harmoniser avec la Loi dans son ensemble. En l'espèce, le fait de s'assurer que les expressions anglaises « *people smuggling* » et « *human smuggling* » sont définies de la même façon respecte cette obligation, et il était entièrement approprié et justifié de définir l'expression anglaise « *people smuggling* » (« passage de clandestins ») à l'alinéa 37(1)(b) en se fondant sur l'article 117 de la même loi, dès lors que ces deux dispositions emploient des termes comparables, visent des actes comparables et sont circonscrites par les mêmes objectifs. Compte tenu du libellé de l'alinéa 37(1)(b), il était donc raisonnable pour la SI de conclure qu'il était nécessaire que le demandeur soit un résident permanent ou un étranger et que le crime soit transnational. Il était par ailleurs raisonnable de la part de la SI de n'ajouter aucun autre critère à ceux que l'on trouve déjà aux paragraphes 37(1) et 117(1). Bien que le demandeur ait cherché à ajouter un élément de « secret ou de clandestinité », la SI a souligné à juste titre que, lorsqu'un migrant clandestin se présentait à un point d'entrée pour demander l'asile, la personne qui l'avait aidé à entrer au Canada pouvait quand même être reconnue coupable de l'infraction prévue à l'article 117. Les paragraphes 37(1) et 117(1) n'exigent aucun élément de « secret ou de clandestinité »; ils visent uniquement l'« organisation d'entrée illégale au Canada », et ce, que la personne qui entre au Canada se présente ou non à un point d'entrée, dès lors que cette personne n'est pas munie « des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi » (paragraphe 117(1)). La preuve soumise à la SI démontrait que la

As for the issue of profit or material benefit, section 121 of the Act makes clear that deriving profit from an offence under section 117 is not a necessity and profit will only be factored into the penalty handed out for engaging in such an activity. The ID observed that the respondent had not established that the applicant received free passage in exchange for working during the voyage or that he was paid for working. It also recognized that the applicant had received better lodging than the regular passengers but did not consider this to be a material benefit. The panel had evidence before it that, because of his work as a crew member in the engine room, the applicant received better lodging and food compared to the hundreds of passengers on board. These tangible benefits did constitute important advantages gained from his work as a crew member and were therefore a material benefit. There were reasonable grounds to believe that because of his work as a crew member, the applicant did not have to experience the poor and horrible conditions many of the migrants had complained of. As a result, the ID's conclusion that the applicant did not receive any material benefit was unreasonable given the facts in the record in this case.

The applicant also attacked the ID's application of wilful blindness, submitting that the ID erred in its understanding of the test for wilful blindness and failed to consider one of its elements, i.e. *mens rea*. Wilful blindness requires a consideration of whether the applicant knew of a need to make the inquiry. As for the element of *mens rea*, the ID did not explicitly enunciate this component of the concept of wilful blindness but it has been established that a decision maker is not required to make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion. In addition, the ID did make a finding that the applicant knew of a reason for inquiry. It specifically determined that the applicant knew that as a Sri Lankan he needed a visa to enter Canada. This was sufficient for it to determine he had knowledge of a need for inquiry under section 117 of the Act and showed that the panel's understanding of the test for wilful blindness was not deficient.

The applicant also argued that the ID erred in its assessment of the evidence when applying the test of wilful

majorité des passagers se trouvant à bord du navire n'étaient effectivement pas munis des passeports et des visas requis par la Loi.

Quant à la question d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel, l'article 121 de la Loi précise clairement que le fait de tirer un profit de la perpétration de l'infraction prévue à l'article 117 n'est pas nécessaire et que l'on ne tient compte du profit que pour déterminer la peine infligée pour s'être livrée à cette activité. La SI a fait observer que le défendeur n'avait pas démontré que le demandeur avait bénéficié d'un passage gratuit en échange du travail qu'il avait effectué au cours de la traversée ou encore qu'il avait été rémunéré pour son travail. Elle a également reconnu que le demandeur avait eu droit à de meilleures conditions d'hébergement que les passagers ordinaires, mais a estimé que cela ne constituait pas un avantage matériel. Le tribunal disposait d'éléments de preuve suivant lesquels, en raison du travail qu'il effectuait comme membre de l'équipage à la salle des machines, le demandeur avait bénéficié de meilleures conditions d'hébergement et qu'il avait été mieux nourri que les centaines d'autres passagers à bord. Ces avantages concrets constituaient effectivement des avantages importants que le demandeur retirait de son travail en tant que membre de l'équipage et constituaient donc des avantages matériels. Il existait des motifs raisonnables de croire qu'en raison de son travail comme membre de l'équipage, le demandeur n'a pas eu à subir les conditions horribles dont bon nombre des migrants se sont plaints. Par conséquent, la conclusion tirée par la SI suivant laquelle le demandeur n'a pas retiré d'avantage matériel était déraisonnable compte tenu des faits relatés au dossier.

Le demandeur a également contesté l'application que la SI a faite du concept d'ignorance volontaire, soutenant que celle-ci avait commis une erreur dans son interprétation du critère de l'ignorance volontaire et qu'elle avait omis de tenir compte d'un de ses éléments, soit la *mens rea*. Le concept d'ignorance volontaire exige que l'on vérifie si le demandeur savait qu'il devait se renseigner. En ce qui concerne la question de la *mens rea*, la SI n'a pas explicitement énoncé cet élément du concept d'ignorance volontaire, mais il a été établi que le décideur n'est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à sa conclusion finale. De plus, la SI a effectivement conclu que le demandeur avait une raison de se renseigner. Plus précisément, elle a conclu que le demandeur savait qu'en tant que Sri Lankais, il avait besoin d'un visa pour entrer au Canada. Cela suffisait pour déterminer que le demandeur savait qu'il devait se renseigner pour satisfaire aux exigences de l'article 117 et démontrait que le tribunal n'avait pas mal interprété le critère de l'ignorance volontaire.

Par ailleurs, le demandeur a soutenu que la SI avait commis une erreur dans son appréciation de la preuve lorsqu'elle

blindness. He claimed that he did not have a subjective reason to inquire about the documentation of other passengers because he believed and was told that they could lawfully claim refugee status despite lacking the passports and visas necessary to enter Canada and that the ID erred in concluding he had a reason to make the inquiry. Section 117 of the Act does not require that a person know they are committing an illegal act; it simply requires that they know they are engaging in that act. Ignorance of the law is no defence. Thus, the applicant suspected other passengers did not have the necessary documentation but chose not to inquire. The knowledge they did not have the necessary documentation could therefore reasonably be imputed to him whether or not he knew it was illegal to enter Canada without these documents.

Since knowledge of the passengers' lack of required documents was properly imputed to the applicant, the ID's conclusion that he engaged in people smuggling was reasonable. The applicant knowingly aided the coming into Canada of persons who were not in possession of documents required by the Act as defined by subsection 117(1). Accordingly, it was also reasonable to conclude the applicant was inadmissible to Canada for having engaged in the context of transnational crime in "people smuggling" as set out in paragraph 37(1)(b). The ID's reasons satisfied the requirement of justification, transparency and intelligibility and its decision fell within a range of possible, acceptable outcomes which were defensible in respect of the facts and law.

Finally, the question of whether, for the purposes of paragraph 37(1)(b) of the Act, it is appropriate to define the term "people smuggling" by relying on section 117 of the same statute rather than a definition contained in an international instrument to which Canada is signatory was certified.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 159.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 33, 34, 35, 36 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 3), 37, 44(1),(2), 74(d), 117, 118(1), 121.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

a appliqué le critère de l'ignorance volontaire. Il a soutenu qu'il n'avait aucune raison subjective de se renseigner au sujet des documents dont les autres passagers étaient munis ou non parce qu'il croyait – et qu'on lui avait dit – qu'ils pouvaient légalement demander l'asile malgré le fait qu'ils n'étaient pas munis des passeports et des visas nécessaires pour entrer au Canada, et que la SI avait par conséquent commis une erreur en concluant qu'il avait une raison de se renseigner. L'article 117 de la Loi n'exige pas que l'intéressé soit conscient du fait qu'il commet un acte illégal; il exige simplement qu'il sache qu'il se livre à l'acte en question. L'ignorance de la loi ne constitue pas un moyen de défense. En conséquence, le demandeur soupçonnait que d'autres passagers n'étaient pas munis des documents nécessaires, mais il a choisi de ne pas se renseigner. On pouvait donc raisonnablement considérer qu'il savait que les autres passagers n'étaient pas munis des documents requis, et ce, qu'il ait su ou non qu'il était illégal d'entrer au Canada sans être muni des documents en question.

Comme la SI a eu raison de considérer que le demandeur était au courant que les passagers n'étaient pas munis des documents requis, la conclusion de la SI suivant laquelle le demandeur s'était livré au passage de clandestins était raisonnable. Le demandeur a sciemment aidé des personnes qui n'étaient pas munies des documents exigés par la Loi à entrer au Canada au sens du paragraphe 117(1). Par conséquent, il était donc également raisonnable de conclure que le demandeur était interdit de territoire au Canada au motif qu'il s'est livré, dans le cadre de la criminalité transnationale, au « passage de clandestins » au sens de l'alinéa 37(1)(b). Les motifs exposés par la SI satisfaisaient à l'exigence de justification, de transparence et d'intelligibilité, et sa décision appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

Enfin, la question de savoir s'il était approprié, pour l'application de l'alinéa 37(1)(b) de la Loi, de définir l'expression « passage de clandestins » sur le fondement de l'article 117 de ladite loi plutôt que sur la base de la définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire a été certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 159.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3, 33, 34, 35, 36 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3), 37, 44(1),(2), 74(d), 117, 118(1), 121.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

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

CASES CITED

APPLIED:

- Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, 317 Nfld. & P.E.I.R. 340, 340 D.L.R. (4th) 17.

CONSIDERED:

- R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471, 75 Imm. L.R. (3d) 304 (Ont. Sup. Ct.); *Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198, 272 D.L.R. (4th) 1, 56 Imm. L.R. (3d) 161; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1; *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, 258 D.L.R. (4th) 193, 135 C.R.R. (2d) 1; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487, 29 Admin. L.R. (4th) 21, 129 C.R.R. (2d) 18; *Woolner v. Canada (Attorney General)*, 1999 CanLII 8939, [2000] 1 C.T.C. 35, 99 DTC 5722, 249 N.R. 129 (F.C.A.); *R. v. Pereira*, 2008 BCSC 184; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, (1985), 35 Man. R. (2d) 1, 17 D.L.R. (4th) 577; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, 477 A.R. 86, 316 D.L.R. (4th) 577; *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55, (1995), 129 D.L.R. (4th) 510, 102 C.C.C. (3d) 97.

REFERRED TO:

- X (Re)*, 2004 CanLII 56761 (I.R.B.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Khan*, 2004 CanLII 56758 (I.R.B.); *Chung v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 CanLII 49713 (I.R.B.); *X v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*,

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, novembre 2000, 225 R.T.N.U. 209, art. 2a), 3(2)a).
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 31.
- Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2241 R.T.N.U. 519, art. 2, 3, 5, 6.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

- R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471, 75 Imm. L.R. (3d) 304 (C.S. Ont.); *Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *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; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487; *Woolner c. Canada (Procureur général)*, 1999 CanLII 8939 (C.A.F.); *R. v. Pereira*, 2008 BCSC 184; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

DÉCISIONS CITÉES :

- X (Re)*, 2004 CanLII 56761 (C.I.S.R.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Khan*, 2004 CanLII 56758 (C.I.S.R.); *Chung c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CanLII 49713 (C.I.S.R.); *X c. Canada (Sécurité publique et Protection*

2009 CanLII 49232 (I.R.B.); *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, 254 D.L.R. (4th) 200, 208 Admin. L.R. (4th) 161; *R. v. Godoy* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 66 (Ont. Ct. J.); *R. v. Mossavat*, 1995 CanLII 223, 30 Imm. L.R. (2d) 201, 85 O.A.C. 1 (Ont. C.A.); *Ezemba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1023; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Belalcazar v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 1013, 395 F.T.R. 291; *Onyenwe v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 604; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, 519 A.R. 1, 339 D.L.R. (4th) 428; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, 328 D.L.R. (4th) 1, 16 Admin. L.R. (5th) 157; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167, (1992), 109 N.S.R. (2d) 145, 69 C.C.C. (3d) 289; *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563, 292 N.B.R. (2d) 1, 261 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Frank*, [1978] 1 S.C.R. 95, (1977), 4 A.R. 271, 75 D.L.R. (3d) 481; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh*, 1998 CanLII 8281, 151 F.T.R. 101, 44 Imm. L.R. (2d) 309 (F.C.T.D.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin L.R. (3d) 159; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251, 380 F.T.R. 61; *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, [2005] 3 F.C.R. 389, 252 D.L.R. (4th) 601, 261 F.T.R. 11.

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Mackinnon, Mark. "The 'impossible' voyage of a Tamil ghost ship", *The Globe and Mail* (August 20, 2010).
 Manning, Morris and Peter Sankoff. *Manning Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
 Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board issuing a deportation order to the applicant after determining that he was inadmissible to Canada for engaging in people smuggling in the context of transnational crime as set out in paragraph 37(1)(b) of

civile), 2009 CanLII 49232 (C.I.S.R.); *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *R. v. Godoy* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 66 (C.J. Ont.); *R. v. Mossavat*, 1995 CanLII 223, 30 Imm. L.R. (2d) 201, 85 O.A.C. 1 (C.A. Ont.); *Ezemba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1023; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Belalcazar c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2011 CF 1013; *Onyenwe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 604; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563, 292 R.N.-B. (2^e) 1; *R. c. Frank*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Singh*, 1998 CanLII 8281 (C.F. 1^{re} inst.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251; *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, [2005] 3 R.C.F. 389.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1983.
 Mackinnon, Mark. « The "impossible" voyage of a Tamil ghost ship », *The Globe and Mail* (20 août 2010).
 Manning, Morris and Peter Sankoff. *Manning Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4^e éd. Markham (Ont.): LexisNexis, 2009.
 Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2^e éd. Toronto: Irwin Law, 2007.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d'expulsion contre le demandeur après avoir conclu que celui-ci était interdit de territoire au motif qu'il s'était livré, dans le cadre de la criminalité transnationale, au

the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

passage de clandestins au sens de l'art. 37(1)*b* de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

APPEARANCES

Samuel Loeb and *Rod Holloway* for applicant.
Banafsheh Sokhansanj for respondent.

ONT COMPARU

Samuel Loeb et *Rod Holloway* pour le demandeur.
Banafsheh Sokhansanj pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Samuel Loeb and *Rod Holloway*, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Samuel Loeb et *Rod Holloway*, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

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

[1] NOËL J.: B010 (the applicant) seeks judicial review of a decision of the Immigration Division (ID or panel) of the Immigration and Refugee Board of Canada (I.R.B.) dated July 6, 2011. The ID issued a deportation order after determining that the applicant was inadmissible for engaging in people smuggling in the context of transnational crime as set out in paragraph 37(1)(*b*) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[1] LE JUGE NOËL : B010 (le demandeur) sollicite le contrôle judiciaire d'une décision en date du 6 juillet 2011 par laquelle la Section de l'immigration (la SI ou le tribunal) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la C.I.S.R.) a pris une mesure d'expulsion contre lui après avoir conclu qu'il était interdit de territoire au motif qu'il s'était livré, dans le cadre de la criminalité transnationale, au passage de clandestins au sens de l'alinéa 37(1)*b* de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

I. Alleged Facts

[2] The applicant, a Tamil refugee claimant from Sri Lanka, arrived in Canada on August 13, 2010, on the MV *Sun Sea*, an unregistered ship with 492 migrants on board seeking refuge. Their journey from Thailand had lasted approximately three months.

[3] A *Globe and Mail* article published on August 20, 2010 ["The 'impossible' voyage of a Tamil ghost ship"] describes "the saga of the Sun Sea and its 492 bedraggled passengers" as "the stuff of spy thrillers." The article goes on to outline the very serious danger and difficult conditions faced by the migrants (trial record (TR), at pages 268 and 273):

I. Faits allégués

[2] Le demandeur, un tamoul du Sri Lanka demandeur d'asile, est arrivé au Canada le 13 août 2010 à bord du MV *Sun Sea*, un navire non immatriculé ayant à son bord 492 migrants demandeurs d'asile. Leur traversée depuis la Thaïlande avait duré environ trois mois.

[3] Un article du *Globe and Mail* publié le 20 août 2010 « The "impossible" voyage of a Tamil ghost ship » relate [TRADUCTION] « la saga du *Sun Sea* et de ses 492 passagers en haill'ons », la qualifiant de [TRADUCTION] « digne des meilleurs romans d'espionnage ». L'article poursuit en parlant des terribles périls et des conditions très difficiles auxquels les migrants ont été exposés (dossier d'instruction, aux pages 268 et 273) :

The ship's former owners are shocked the journey was attempted at all. Bhumindr Harinsuit, managing director of Harin Panich, said the 30-year-old Japanese-built ship was barely able to make the trek between Bangkok and Songkhla. The idea of taking the rickety boat as far as Canada was too crazy to contemplate.

“Even in the Gulf of Thailand, if there were rough seas she wouldn't travel ...”. Making the trip even more astonishing was its cargo of 492 human beings. When sold, the ship only had sleeping space for 15 crew, one small toilet, a galley kitchen and life rafts for a maximum of 30 people. With space for only 12 tonnes of water, supplies would have had to have been harshly rationed to keep from running out mid-journey.

“The captain was taking an amazing risk. We wouldn't even send it to Malaysia,” Mr. Harinsuit said. “The surprise isn't that someone died [on the way to Canada], the surprise is that it was only one person who died.”

[4] A Canada Border Services Agency (CBSA) investigation revealed that the ship had been part of an elaborate for-profit scheme to bring migrants to Canada. It also emerged from the investigation that the applicant was one of 12 migrants serving as the ship's crew during the voyage. As a result, an immigration officer reported the applicant under subsection 44(1) of the IRPA as being inadmissible to Canada for people smuggling. A subsection 44(2) report was then referred to the ID and an admissibility hearing was held on April 15, 2011.

[5] The applicant testified at the hearing that until 2009, he had lived in the area of Sri Lanka controlled by the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE). When the Sri Lankan army reasserted control of the area that year, he was held in a detention camp for suspected ties to the LTTE, interrogated, and beaten over a period of five months. As his ties to the LTTE were unsubstantiated, the applicant was eventually released, but remained the target of repeated harassment and interrogation by government forces.

[TRADUCTION]

Les anciens propriétaires du navire ont été renversés d'apprendre que l'on ait même tenté de faire ce voyage. Bhumindr Harinsuit, directeur général d'Harin Panich, a déclaré que ce navire de construction japonaise datant d'une trentaine d'années pouvait à peine faire le trajet entre Bangkok et Songkhla. L'idée de faire naviguer ce rafirot jusque'au Canada était totalement insensée.

« Même dans le golfe de Thaïlande, lorsque la mer était agitée, ce navire ne sortait pas [...] ». Ce qui rendait ce voyage encore plus hasardeux était la présence à bord de 492 êtres humains. Lorsqu'il a été vendu, le navire ne pouvait accommoder qu'un équipage de 15 personnes, et il ne comptait qu'une petite toilette, une cuisinette et des radeaux de sauvetage pour un maximum de 30 personnes. Comme il n'avait de l'espace que pour 12 tonnes d'eau, il fallait rationner sévèrement les vivres pour éviter d'être à court en plein océan ».

« Le capitaine a pris un risque insensé. Nous n'aurions même pas envoyé ce bateau en Malaisie », a poursuivi M. Harinsuit. « Il est étonnant non pas qu'une personne soit décédée pendant le trajet vers le Canada, mais qu'on ne déplore qu'un seul décès. »

[4] L'enquête menée par l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a révélé que le navire faisait partie d'un stratagème lucratif complexe visant à amener des migrants au Canada. L'enquête a également révélé que le demandeur était au nombre des 12 migrants qui faisaient partie de l'équipage du navire au cours du voyage. Par conséquent, un agent d'immigration a, en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR, établi un rapport circonstancié dans lequel il s'est dit d'avis que le demandeur devait être interdit de territoire au Canada pour s'être livré au passage de clandestins. L'affaire a ensuite été déférée à la SI pour enquête conformément au paragraphe 44(2) et l'enquête a eu lieu le 15 avril 2011.

[5] Le demandeur a expliqué à l'audience que, jusqu'en 2009, il avait vécu dans la région du Sri Lanka contrôlée par les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (les LTTE). Lorsque l'armée sri lankaise a repris le contrôle de la région cette année-là, il a été détenu dans un camp en raison de ses présumés liens avec les LTTE, et il a été interrogé et battu pendant cinq mois. Comme la preuve de ses liens avec les LTTE n'a pas été établie, le demandeur a finalement été relâché, mais il a continué à faire l'objet de harcèlement et d'interrogatoires répétés de la part des forces gouvernementales.

[6] When he later refused to report to a detention camp and was nearly taken away by paramilitaries, the applicant fled to Thailand, leaving behind his wife and child. The applicant then waited in Bangkok while an agent arranged for him to travel to a country where he could claim refugee status. Unable to acquire a visa after a two-month wait, the agent offered him an opportunity to travel to Canada on the MV *Sun Sea*. The cost of the trip would be \$30 000 and the applicant paid \$5 000 up front.

[7] Ten days later, the applicant made his way to the ship in a van with about ten other men. They all boarded the vessel, which at that time had only a Thai crew and no other passengers on board. At the hearing before the ID, the applicant testified that he placed his belongings in one of the cabins of the vessel and slept. After two or three days, the Thai crew purportedly abandoned the vessel, leaving its passengers behind. The applicant claims that there was then a discussion as to what to do, that one of the men asked him if he could work on the ship, and that because he had already paid a portion of the fee for the voyage and feared returning to Sri Lanka, he agreed to help. For the rest of the voyage, the applicant worked twice a day in three-hour shifts in the engine room, monitoring the temperature, water, and oil level of the equipment. With regard to any material benefit he may have gained from his work, the applicant testified before the ID that he did not receive better accommodation or extra food, that he slept in a room because he was one of the first on the ship, and that he shared the room with eight others. Questioned again about receiving any extra food, the applicant stated that he received extra food on one occasion when the engine had broken down while he was on duty and one of the other men worked to repair it (TR, at pages 57–63; transcript of proceedings, at pages 11–17).

[8] There were notable differences between the above account provided to the ID and some of the answers

[6] Après avoir par la suite refusé de se présenter à un camp de détention et avoir failli être enlevé par des paramilitaires, le demandeur s’est enfui en Thaïlande, laissant derrière lui sa femme et son enfant. Il a ensuite attendu à Bangkok qu’un agent fasse le nécessaire pour lui permettre de se rendre dans un pays où il pourrait demander l’asile. Incapable d’obtenir un visa après deux mois d’attente, l’agent a offert au demandeur la possibilité de se rendre au Canada à bord du MV *Sun Sea*. Le voyage devait coûter 30 000 \$; le demandeur a versé un acompte de 5 000 \$.

[7] Dix jours plus tard, le demandeur s’est rendu au navire à bord d’une camionnette en compagnie d’une dizaine d’autres hommes. Ils sont tous montés à bord du navire, qui ne comptait alors qu’un équipage thaïlandais et aucun autre passager. À l’audience de la SI, le demandeur a expliqué qu’il avait déposé ses effets personnels dans une des cabines du navire et qu’il avait dormi. Au bout de deux ou trois jours, l’équipage thaïlandais aurait abandonné le navire avec les passagers à bord. Le demandeur affirme qu’il y a alors eu une discussion sur les mesures à prendre. Il raconte qu’un des hommes lui aurait demandé s’il pouvait travailler sur le navire et que, comme il avait déjà payé une partie de ses frais de voyage et qu’il craignait de retourner au Sri Lanka, il a accepté d’offrir son aide. Pour le reste du voyage, le demandeur a travaillé deux fois par jour pendant des quarts de travail de trois heures dans la salle des machines, où il surveillait la température, l’eau et le niveau d’huile du matériel. Pour ce qui est des avantages matériels que ce travail a pu lui procurer, le demandeur a expliqué à l’audience de la SI qu’il n’avait pas été mieux logé ou obtenu des rations plus généreuses que les autres passagers, précisant qu’il dormait dans une cabine parce qu’il était un des premiers à être monté à bord du navire et qu’il partageait cette cabine avec huit autres personnes. Interrogé de nouveau au sujet de rations plus généreuses qu’il aurait reçues, le demandeur a affirmé qu’il en avait reçues une fois lorsque le moteur était tombé en panne alors qu’il était de service et qu’un autre des hommes s’affairait à réparer le moteur (dossier d’instruction, aux pages 57 à 63; procès-verbal de l’audience, aux pages 11 à 17).

[8] Il existe des différences notables entre cette version des faits, qui a été donnée devant la SI, et certaines

given by the applicant in solemn declarations made to CBSA enforcement officers over the course of several interviews. During questioning, when asked what he received in exchange for working in the engine room, the applicant answered that he was able to sleep in a room in a level above (TR, at pages 192 and 196). Questioned as to why others would have identified him as a member of the LTTE, the applicant eventually stated the following: “See I was taken first on the ship, because of that I had a place to sleep and then I had the desire to learn more about the engine room so I had the opportunity and I worked there and then by working there we had kind of like extras, like noodles and stuff like that so maybe looking at all these things they have thought this way” (TR, at page 221). And later, questioned about what kind of food he received in comparison to the limited rations of noodles and water received by the passengers, the following exchange took place (TR, at page 237):

Q: Tell me about what kind of meals you ate.

A: Whatever is cooked that we eat but sometimes when I work in the engine room we are given some noodles.

Q: Tell me about the chicken and the pork and the beef.

A: They give us that. After a few days they said that’s all, we ran out of stock.

Q: Tell me about the soda pop, Coca Cola, Pepsi.

A: Yeah they gave soda.

Q: Not just everybody though.

A: That I don’t know.

Q: That was just to you guys. You guys got all kinds of good stuff. There was liquor, cigarettes if you wanted them, pop, soda, traditional foods.

A: Most of the people I see they were smoking but I’m not into smoking.

des réponses que le demandeur a données dans les déclarations solennelles qu’il a faites aux agents de l’ASFC chargés de l’exécution de la loi au cours des diverses entrevues qu’il a subies. Lorsqu’on lui a demandé ce qu’il avait reçu en échange du travail qu’il avait effectué à la salle des machines, le demandeur a répondu qu’il avait pu dormir dans une cabine située à un niveau supérieur (dossier d’instruction, aux pages 192 et 196). Interrogé quant à savoir pourquoi d’autres personnes croyaient qu’il faisait partie des LTTE, le demandeur a fini par déclarer ce qui suit : [TRADUCTION] « Eh bien, comme j’étais un des premiers à être monté à bord du navire et que j’avais un endroit où dormir et que je voulais en apprendre d’avantage au sujet de la salle des machines, j’ai eu l’occasion d’y travailler, ce qui m’a permis d’obtenir des petits extras, comme des nouilles et des choses semblables, ce qui dans l’ensemble, a pu les amener à penser de cette façon » (dossier d’instruction, à la page 221). Plus tard, interrogé sur le genre de nourriture qu’il recevait en comparaison des rations limitées de nouilles et d’eau qui étaient distribuées aux passagers, l’échange suivant a eu lieu (dossier d’instruction, à la page 237) :

[TRADUCTION]

Q : Parlez-moi des repas que vous preniez.

R : Nous mangions ce qui était préparé, mais lorsque je travaillais à la salle des machines, on nous donnait des nouilles.

Q : Parlez-moi du poulet, du porc et du bœuf.

R : On nous en donnait. Au bout de quelques jours, ils nous ont dit qu’il n’y en avait plus et qu’il ne restait plus de provisions.

Q : Parlez-moi des sodas, du Coca-Cola, du Pepsi.

R : Oui, on nous en donnait.

Q : Pas à tout le monde, non ?

R : Je l’ignore.

Q : Vous étiez les seuls. Vous aviez droit à toutes sortes de petites gâteries. De l’alcool, des cigarettes si vous en vouliez, des sodas, des aliments traditionnels.

R : La plupart des gens fumaient, mais pas moi.

Q: But you still got traditional foods just like everyone else in the crew. See the thing is the passengers could smell it. The people in the hatch could smell it. They can smell the cooking 3 times a day for you guys while they're stuck with noodles and small amounts of water.

A: What can I do? Those people give that what can I do? Whatever is given to me I'll eat.

[9] In his solemn declarations, the applicant also confirmed that after the Thai crew left the ship, and before any other passengers had yet to board, he and 7 of the men he had first boarded the ship with, formed a crew that proved capable of picking up nearly 500 migrants and feeding them while navigating across the Pacific Ocean to Canada (TR, at pages 195 and 229). The applicant explained that he volunteered to work in the engine room because of his previous experience as a mechanic, but denied already knowing he would take on this role before boarding the ship.

[10] At the hearing, the applicant also denied knowing any of the other crew members prior to the voyage, but was presented with evidence to the contrary. Three photographs show him posing with three members of the crew (including the captain) while still in Bangkok. The men can even be seen eating a meal together in one of the photos. Invited to respond, the applicant could not remember when these photographs were taken and could only explain that he would sometimes interact with other members of the Tamil Diaspora he encountered in Bangkok during the approximately two and a half months he spent there. Despite the photos, the applicant insisted that he did not remember seeing the crew members in Bangkok (TR, at pages 232–233).

II. Impugned Decision

Q : Mais vous pouviez quand même manger des mets traditionnels comme tous les autres membres de l'équipage. Le problème, c'est que les passagers pouvaient sentir l'odeur. Les personnes dans la cale pouvaient sentir l'odeur des aliments. Ils pouvaient sentir l'odeur des aliments que vous mangiez trois fois par jour alors qu'eux devaient se contenter de nouilles et de petites quantités d'eau.

R : Qu'est-ce que je pouvais faire ? C'est ce qu'on me donnait, alors qu'est-ce que je pouvais faire ? Je mangeais ce qu'on me donnait.

[9] Dans ses déclarations solennelles, le demandeur a également confirmé que, après que l'équipage thaïlandais eut quitté le navire, mais avant l'arrivée des autres passagers, lui et 7 des hommes avec qui il était monté à bord au départ avaient formé un équipage qui a su accueillir près de 500 migrants et les nourrir au cours de la traversée du Pacifique jusqu'au Canada (dossier d'instruction, aux pages 195 et 229). Le demandeur a expliqué qu'il s'était porté volontaire pour travailler à la salle des machines à cause de l'expérience qu'il possédait comme mécanicien; il a toutefois nié qu'il savait à l'avance qu'il assumerait ces fonctions avant de monter à bord du navire.

[10] À l'audience, le demandeur a également nié qu'il connaissait d'autres membres de l'équipage avant le voyage, mais a été confronté à des éléments de preuve tendant à démontrer le contraire. On lui a produit trois photographies sur lesquelles on le voyait en compagnie de trois membres d'équipage (y compris le capitaine) alors qu'ils étaient toujours à Bangkok. On peut même voir les hommes en train de partager un repas sur l'une des photos. Invité à réagir, le demandeur a déclaré qu'il ne se souvenait pas quand ces photographies avaient été prises, se contentant d'expliquer qu'il lui arrivait parfois d'interagir avec d'autres membres de la diaspora tamoule qu'il avait rencontrés à Bangkok au cours des deux mois et demi qu'il avait passés dans cette ville. Malgré les photos, le demandeur a insisté pour dire qu'il ne se souvenait pas avoir vu les membres d'équipage en question à Bangkok (dossier d'instruction, aux pages 232 et 233).

II. La décision contestée

A. *Interpreting the Relevant Provisions of the IRPA and Identifying the Requirements to Establish People Smuggling*

[11] The applicant was reported inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(b) of the IRPA, which reads as follows:

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

Organized criminality **37.** (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

...

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering. [Emphasis added.]

[12] In its reasons, the ID first examined the term “transnational”. Finding no interpretation of it anywhere in the IRPA, the panel relied on the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 November 2000, 2225 U.N.T.S. 209 (the Convention), which sets out in paragraph 2(a) of article 3 of the Convention that an offence is transnational in nature when it is committed in more than one State. The ID was thus satisfied there was a transnational component to the MV *Sun Sea* operation since people had been transported from Thailand to Canada.

[13] Turning then to the meaning of “people smuggling”, the ID first noted that Annex III of the Convention, the *Protocol against Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime* [15 November 2000, 2241 U.N.T.S. 480] (the Protocol), offered the definition of a similar term: “Smuggling of migrants”. Article 3 of the Protocol defines this as “the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident” and “Illegal entry” is defined as “crossing borders without complying with the

A. *Interprétation des dispositions applicables de la LIPR et critères pour établir qu’il y a eu passage de clandestins.*

[11] Le demandeur a été déclaré interdit de territoire par application de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR, qui dispose :

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

Activités de criminalité organisée **37.** (1) Empoignent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

[...]

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité. [Non souligné dans l’original.]

[12] Dans ses motifs, la SI s’est d’abord penchée sur le terme « transnationale ». N’ayant trouvé aucune interprétation de ce terme dans la LIPR, le tribunal s’est fondé sur la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209 (la Convention), qui dispose, à l’alinéa 2a) de l’article 3 qu’une infraction est de nature transnationale si elle est commise dans plus d’un État. La SI s’est par conséquent dite convaincue que l’exploitation du MV *Sun Sea* avait une composante transnationale puisque des gens avaient été transportés de la Thaïlande au Canada.

[13] Se penchant sur le sens de l’expression « passage de clandestins », la SI a tout d’abord fait observer que l’annexe III de la Convention intitulée *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* [15 novembre 2000, 2241 R.T.N.U. 480] (le Protocole) contenait la définition d’une expression semblable, en l’occurrence, « trafic illicite de migrants ». L’article 3 du Protocole définit comme suit l’expression « trafic illicite d’immigrants » : « le fait d’assurer, enfin d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l’entrée illégale dans un État Partie d’une

necessary requirements for legal entry into the receiving State.” The applicant argued that this provision of the Protocol should be applied to define “people smuggling” and that in fact, previous decisions of the I.R.B. had done just that: *X (Re)*, 2004 CanLII 56761, at page 3; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Khan*, 2004 CanLII 56758, at pages 15 and 26; *Chung v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 CanLII 49713, at paragraphs 9, 14 and 19; *X v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 CanLII 49232, at paragraphs 6, 13 and 17.

[14] The ID was not convinced by this argument, concluding instead that past I.R.B. decision makers had wrongly viewed section 37 of the IRPA as Canada’s response to the Protocol, thus incorrectly adopting all of its notions. According to the ID, it was in fact section 117 of the IRPA that criminalized the smuggling of migrants, as called for by article 6 of the Protocol. Section 37’s role then is to recognize the criminality of this Act and makes it a ground for deportation. As a result, the panel preferred the argument submitted by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister) that there was no need to consult the Convention and Protocol for a definition of “people smuggling” when such a definition could already be found in subsection 117(1) of the IRPA:

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

HUMAN SMUGGLING AND TRAFFICKING

Organizing
entry into
Canada

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

personne qui n’est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État ». L’article 3 définit comme suit l’expression « entrée illégale » : « franchissement de frontières alors que les conditions nécessaires à l’entrée légale dans l’État d’accueil ne sont pas satisfaites ». Le demandeur soutient que ces dispositions du Protocole devraient être appliquées pour définir l’expression « passage de clandestins » et qu’en réalité, c’est précisément ce que la C.I.S.R. a fait dans les décisions *X (Re)*, 2004 CanLII 56761, à la page 3; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Khan*, 2004 CanLII 56758, aux pages 15 et 26; *Chung c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CanLII 49713, aux paragraphes 9, 14 et 19; *X c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CanLII 49232, aux paragraphes 6, 13 et 17.

[14] Cet argument n’a pas convaincu la SI, qui a plutôt conclu que, dans le passé, les commissaires de la C.I.S.R. avaient à tort considéré que l’article 37 de la LIPR constituait la réponse du Canada au Protocole et que les commissaires en avaient par conséquent adopté à tort toutes les dispositions. Suivant la SI, c’était en fait l’article 117 de la LIPR qui érigeait en infraction le passage de clandestins, ainsi que l’article 6 du Protocole l’invitait à le faire. L’article 37 vise donc à reconnaître le caractère d’infraction pénale de cet acte et à en faire un motif d’expulsion. Par conséquent, le tribunal a préféré l’argument formulé par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) suivant lequel il n’était pas nécessaire de consulter la Convention ou le Protocole pour définir l’expression « passage de clandestins » alors que l’on trouvait déjà une définition de cette expression au paragraphe 117(1) de la LIPR, qui dispose :

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

ORGANISATION D’ENTRÉE ILLÉGALE AU CANADA

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

Entrée
illégal

[15] In order to prove that “people smuggling” had occurred for the purposes of subsection 37(1), the ID concluded that six elements were required. The first two elements are found in subsection 37(1) itself, specifically, that the smuggler is either a permanent resident or foreign national and that the crime is transnational. The panel confirmed that the Minister had already established these two elements given that the applicant was a foreign national and that there was a transnational component since the migrants were brought from Thailand to Canada.

[16] The ID drew the remaining four elements from subsection 117(1), relying on the Ontario Superior Court’s decision in *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471 (*Alzehrani*), in which the defendants were accused of engaging in a conspiracy to smuggle people across the border between Canada and the United States in contravention of section 117 of the IRPA. At paragraph 10 of *Alzehrani*, based on a reading of subsection 117(1), Justice Molloy determined that in order to establish the offence, the Crown had to prove that: (i) the persons being smuggled did not have the required documents to enter Canada; (ii) the persons were coming into Canada; (iii) the smuggler was organizing, inducing, aiding or abetting the person to enter Canada; and (iv) the accused had knowledge of the lack of required documents.

[17] Before proceeding with its analysis of these four remaining elements, the ID addressed the applicant’s concern that this interpretation contained no requirement that the smuggler engage in the act of smuggling for financial benefit, as set out in the Protocol definition of “Smuggling of migrants”. The panel acknowledged that paragraph 3(3)(f) of the IRPA required that its provisions be construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is signatory. The ID further recognized that the definition under section 117 was not the same as that of the Convention and Protocol because it did not require that the smuggler commit the offence for financial or other material benefit. That said, the panel interpreted the Convention “as setting a minimum with which signatories must comply. The fact that section 117 is broader than the Protocol definition does not mean it is not in

[15] La SI a conclu que, pour démontrer qu’il y avait eu « passage de clandestins » au sens du paragraphe 37(1), il fallait établir l’existence de six éléments. Les deux premiers éléments se trouvent à l’article 37 lui-même, qui exige que le passeur soit un résident permanent ou un étranger et que le crime soit transnational. Le tribunal a confirmé que le ministre avait déjà établi l’existence des deux éléments en question, compte tenu du fait que le demandeur était un étranger et qu’il y avait un aspect transnational étant donné que les migrants étaient transportés de la Thaïlande au Canada.

[16] La SI a tiré les quatre autres éléments du paragraphe 117(1), se fondant sur la décision rendue par la Cour supérieure de l’Ontario dans *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471 (*Alzehrani*). Dans cette affaire, les défendeurs étaient accusés d’avoir comploté pour faire passer des clandestins entre le Canada et les États-Unis, en violation de l’article 117 de la LIPR. Au paragraphe 10 du jugement *Alzehrani*, se fondant sur son interprétation du paragraphe 117(1), le juge Molloy a estimé que, pour établir l’infraction, le ministère public devait prouver que : i) le migrant clandestin n’avait pas les documents requis pour entrer au Canada; ii) le migrant s’en venait au Canada; iii) le passeur avait organisé l’entrée du migrant au Canada ou l’avait incité, aidé ou encouragé à entrer au Canada; iv) le passeur savait que les migrants n’étaient pas munis des documents requis.

[17] Avant d’entamer son analyse des quatre derniers éléments, la SI a répondu à l’argument du demandeur suivant lequel cette interprétation n’exigeait pas que le passeur se livre à l’acte consistant à assurer à une personne l’entrée illégale dans un État afin d’en tirer un avantage financier ainsi que le prévoit la définition de l’expression « trafic illicite de migrants » contenue au Protocole. Le tribunal a reconnu que l’alinéa 3(3)f) de la LIPR exige que l’interprétation et la mise en œuvre de la loi aient pour effet de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire. La SI a également reconnu que la définition prévue à l’article 117 était différente de celle que l’on trouve dans la Convention et dans le Protocole parce qu’elle n’exige pas que le passeur commette l’infraction en vue d’en tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel. Cela étant dit, le tribunal a

compliance with that instrument” (TR, at page 8; ID reasons, at paragraph 24).

[18] The panel also acknowledged that not requiring that the offence be committed for financial or material gain could pose difficulties in certain situations: “For example, a relative could assist a genuine refugee claimant in coming to Canada without documents and if the relative was a foreign national or permanent resident of Canada, they would be liable to deportation, and certainly if they were reported and referred to the Immigration Division, the Immigration Division would be required to hear the case” (TR, at page 8; ID reasons, at paragraph 25). The ID concluded however that if necessary, this was a problem for Parliament to resolve by amending the legislation.

B. *Analysing the Evidence to Determine Whether the Applicant Engaged in People Smuggling*

[19] The ID confirmed that the appropriate standard of proof in this matter was that of “reasonable grounds to believe” as set out in section 33 of the IRPA. This standard requires something more than mere suspicion, but less than the standard of “balance of probabilities,” and it will be met where there is an objective basis for the belief the applicant engaged in people smuggling, based on compelling and credible information (*Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100 (*Mugesera*), at paragraph 114).

[20] While the applicant essentially claimed to have become a member of the crew by accident, the panel noted that the Minister had submitted three photographs that cast doubt on this account. As mentioned, the photographs are of the applicant with some of the other crew members and the captain, taken while they were still

interprété la Convention « comme établissant une exigence minimale à laquelle les signataires doivent se conformer. Le fait que la définition énoncée à l’article 117 est plus large que celle du Protocole ne signifie pas qu’elle n’est pas conforme à cet instrument » (dossier d’instruction, à la page 8; motifs de la SI, au paragraphe 24).

[18] Le tribunal a également reconnu que le fait de ne pas exiger que l’infraction ait été commise en vue d’en tirer un avantage financier ou matériel pouvait créer des difficultés dans certains cas : « Par exemple, un membre de la famille pourrait aider un véritable réfugié à venir au Canada sans document et, si le membre de la famille était un ressortissant étranger ou un résident permanent du Canada, il serait passible d’expulsion; de plus, s’il faisait l’objet d’un rapport et qu’il était renvoyé à la Section de l’immigration, celle-ci serait certes tenue d’instruire l’affaire » (dossier d’instruction, à la page 8; motifs de la SI, au paragraphe 25). La SI a conclu qu’il appartenait au législateur de résoudre le problème en modifiant au besoin la loi.

B. *Analyse de la preuve pour déterminer si le demandeur s’est livré au passage de clandestins*

[19] La SI a confirmé que la norme de preuve applicable en l’espèce était celle des « motifs raisonnables de croire » énoncée à l’article 33 de la LIPR. Cette norme exige d’avantage qu’un simple soupçon, mais elle est moins stricte que celle de la « prépondérance des probabilités » et il est satisfait à cette norme lorsqu’il existe un fondement objectif de croire que le demandeur s’est livré au passage de clandestins, lequel repose sur des renseignements concluants et dignes de foi (*Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100 (*Mugesera*), au paragraphe 114).

[20] Bien que le demandeur affirme essentiellement être devenu membre de l’équipage par accident, le tribunal a rappelé que le ministre avait soumis trois photographies permettant de douter de cette affirmation. Comme nous l’avons déjà mentionné, les photographies en question montrent le demandeur en compagnie

onshore in Thailand. The applicant claimed that he did not know the men in the photographs prior to boarding the ship, but that there were many Sri Lankan Tamils in Thailand and he would often mix with them if he encountered them while out somewhere. He believed that the photographs must have been taken on such an occasion.

[21] The ID rejected the applicant's explanation and determined that there was reasonable ground to believe he had boarded the ship knowing that he would be a crew member. The panel noted that the applicant had mechanical experience and that the photographs submitted by the Minister showed that the applicant had spent time in Thailand with the captain of the ship and two other members of the crew. The ID further noted that the applicant was among the first to board the ship and was deliberately evasive when asked about the functions performed by other members of the crew not in the engine room. Taking all of the above into consideration, the panel was satisfied that there were reasonable grounds to believe the applicant knew before boarding the ship that he would be a crew member and it did not believe his explanations to the contrary. The ID remarked that even if it were wrong on this point, the applicant had still chosen to work once on the ship (TR, at page 11; ID reasons, at paragraphs 34–35).

[22] Examining the elements set out in *Alzehrani*, above, the ID asserted that the Minister had established that: (i) the passengers of the MV *Sun Sea* did not have the documents required to enter Canada; (ii) they were coming to Canada; and (iii) the applicant aided in their coming into Canada by serving as an engine room assistant. As for the fourth element, the panel admitted that it was not entirely clear from the evidence whether the applicant knew the passengers did not have the required documents or whether he merely suspected that they did not have them. Regardless, the ID applied the concept

d'autres membres de l'équipage et du capitaine et elles ont été prises alors qu'ils étaient encore à terre en Thaïlande. Le demandeur affirme qu'il ne connaissait pas les hommes se trouvant sur ces photographies avant de monter à bord du navire, ajoutant qu'on trouve beaucoup de tamouls sri-lankais en Thaïlande et qu'il se mêlait à eux lorsqu'il en rencontrait au hasard de ses sorties. Le demandeur croyait que les photographies devaient avoir été prises à l'une de ces occasions.

[21] La SI a écarté les explications du demandeur et estimé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était monté à bord du navire tout en sachant qu'il ferait partie de l'équipage. Le tribunal a fait observer que le demandeur possédait de l'expérience comme mécanicien et que les photographies soumises par le ministre montraient que le demandeur avait passé du temps en Thaïlande avec le capitaine du navire et deux autres membres de l'équipage. La SI a également fait observer que le demandeur était parmi les premières personnes qui étaient montées à bord du navire et qu'il s'était montré délibérément évasif lorsqu'on l'avait interrogé au sujet des fonctions accomplies par les autres membres de l'équipage qui ne se trouvaient pas dans la salle des machines. Tenant compte de tous ces éléments, le tribunal s'est dit convaincu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était monté à bord du navire en sachant qu'il serait membre de l'équipage. Le tribunal a déclaré qu'il ne croyait pas les explications contraires données par le demandeur et a fait observer que, même s'il avait tort sur ce point, il n'en demeurerait pas moins que le demandeur avait choisi de travailler une fois qu'il s'était trouvé à bord du navire (dossier d'instruction, à la page 11; motifs de la SI, aux paragraphes 34 et 35).

[22] Tenant compte des éléments énumérés dans la décision *Alzehrani*, précitée, la SI a affirmé que le ministre avait démontré que : i) les passagers se trouvant à bord du MV *Sun Sea* n'étaient pas munis des documents requis pour entrer au Canada; ii) les passagers s'en venaient au Canada; iii) le demandeur avait facilité leur arrivée au Canada en travaillant comme assistant à la salle des machines. Pour ce qui est du quatrième élément, le tribunal a admis que la preuve ne permettait pas de savoir avec certitude si le demandeur savait que les passagers n'étaient pas munis des documents requis ou

of wilful blindness also invoked in *Alzehrani*. The panel was satisfied that if the applicant did not know whether the passengers had the required documents, it was because he deliberately chose not to obtain that knowledge.

[23] Turning then briefly to the question of material benefit, the ID concluded that if it had erred and profit or material gain was indeed a necessary element of people smuggling, it did not believe the applicant had received a material benefit for working as a member of the MV *Sun Sea*. The panel ruled that the Minister had failed to establish that the applicant received free passage or was paid for his work. While he may have received better accommodations than the regular passengers, the panel did not consider this to be a material benefit.

[24] Finally, before concluding, the ID addressed the applicant's argument that people smuggling had not occurred because the intent of the passengers was never to enter Canada clandestinely, but rather to report to a port of entry to make refugee claims. The applicant submitted that the IRPA allows refugee claimants without the required documents to enter Canada, attend at a port of entry, present themselves for examination, and make a refugee claim. Accordingly, they had complied with the requirements and there was no "illegal entry" as required by article 3 of the Protocol.

[25] The ID rejected this argument, satisfied that there was no requirement in the IRPA that people smuggling involve a plan to bring people into Canada without presenting them for examination at a port of entry. It further noted that in the two cases considered where migrants had appeared at a port of entry, the courts still found this constituted "coming into Canada" as required by section 117 of the IRPA (*R. v. Godoy* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 66 (Ont. Ct. J.) (*Godoy*), at paragraph 35; and

s'il soupçonnait simplement qu'ils ne les avaient pas. Indépendamment de la réponse à cette question, la SI a appliqué le concept de l'ignorance volontaire qui avait également été invoqué dans l'affaire *Alzehrani*. Le tribunal s'est dit convaincu que le demandeur ne savait pas que les passagers étaient munis des documents requis parce qu'il avait délibérément choisi de ne pas se renseigner à ce sujet.

[23] Abordant ensuite brièvement la question de l'avantage matériel, la SI a conclu que, si elle avait tort et que l'existence d'un avantage financier ou autre avantage matériel constituait effectivement un élément nécessaire pour pouvoir conclure qu'il y avait eu passage de clandestins, elle ne croyait pas que le demandeur avait retiré un avantage matériel en échange du travail qu'il avait effectué comme membre de l'équipage du MV *Sun Sea*. Le tribunal a estimé que le ministre n'avait pas démontré que le demandeur avait bénéficié d'un passage gratuit ou qu'il avait été rémunéré pour son travail. Même s'il avait bénéficié de meilleures conditions d'hébergement que les passagers ordinaires, la SI a estimé que cela ne constituait pas un avantage matériel.

[24] Enfin, avant de conclure, la SI a abordé l'argument du demandeur suivant lequel il n'y avait pas eu passage de clandestins parce que les passagers n'avaient jamais eu l'intention d'entrer au Canada clandestinement, mais qu'ils voulaient plutôt se présenter à un point d'entrée pour y demander l'asile. Le demandeur a fait valoir que la LIPR permet aux demandeurs d'asile qui ne sont pas munis des documents requis d'entrer au Canada, de se présenter à un point d'entrée, de se présenter pour examen et ensuite de demander l'asile. Par conséquent, ils avaient satisfait aux conditions prévues et il n'y avait pas d'« entrée illégale » au sens de l'article 3 du Protocole.

[25] La SI a rejeté cet argument au motif qu'elle était convaincue que la LIPR n'exigeait pas que le passage de clandestins implique l'existence d'un plan prévoyant le transport de personnes au Canada sans les présenter pour examen à un point d'entrée. La SI a également fait observer que, dans les deux affaires qu'elle avait examinées et dans lesquelles des migrants s'étaient présentés à un point d'entrée, les tribunaux avaient quand même conclu qu'il y avait eu « entrée au Canada » au sens de

R. v. Mossavat, 1995 CanLII 223, 30 Imm. L.R. (2d) 201 (Ont. C.A.) (*Mossavat*), at paragraph 1).

l'article 117 de la LIPR (*R. v. Godoy* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 66 (C.J. Ont.) (*Godoy*), au paragraphe 35; et *R. v. Mossavat*, 1995 CanLII 223, 30 Imm. L.R. (2d) 201 (C.A. Ont.) (*Mossavat*), au paragraphe 1).

III. Parties' Positions

[26] The applicant asserts that the ID performed an incomplete statutory analysis of paragraph 37(1)(b), failed to properly distinguish the essential elements required to constitute “people smuggling”, and erroneously concluded that it was equivalent to the criminal offence of “Organizing entry into Canada” found in section 117 of the IRPA. As a result, he contends the panel incorrectly defined the term “people smuggling” and that its definition would lead to absurd results. When applying the ordinary principles of statutory interpretation and considering the plain meaning of the words read in their entire context, the objectives of the IRPA, and Canada’s international law obligations, the applicant submits that “people smuggling” should properly be defined “as the secret or clandestine movement of persons across borders for material benefit” (applicant’s further memorandum of argument (AFMA), at paragraph 4). Because he did not receive profit or material benefit and the MV *Sun Sea* and its passengers did not enter Canada secretly or clandestinely, the ID erred in finding the applicant inadmissible.

[27] Not surprisingly, the Minister asserts the ID correctly relied on section 117 of the IRPA and contests the applicant’s definition of “people smuggling”, arguing his narrow definition would also lead to absurd results. The Minister specifically opposes the notion that people smuggling requires the migrants to have entered Canada clandestinely, maintaining that entering Canadian territory without the required documents is in itself sufficient to invoke the provision. In addition, it puts forward that material benefit is not necessary to engage in people smuggling and that regardless, the applicant received a

III. Thèse des parties

[26] Le demandeur affirme que l’analyse législative que la SI a effectuée lorsqu’elle a examiné l’alinéa 37(1)b) était incomplète, ajoutant que la SI n’avait pas bien discerné les éléments essentiels requis pour pouvoir conclure à l’existence d’un « passage de clandestins » et qu’elle avait conclu à tort que cet acte équivalait à l’infraction criminelle d’« Organisation d’entrée illégale au Canada » prévue à l’article 117 de la LIPR. Le demandeur affirme par conséquent que le tribunal a défini de façon inexacte l’expression « passage de clandestins » et que cette définition conduirait à des résultats absurdes. Lorsqu’on applique les principes habituels d’interprétation des lois et que l’on tient compte du sens ordinaire des mots en fonction de tout le contexte, des objectifs visés par la LIPR et des obligations contractées par le Canada en droit international, on devrait définir correctement l’expression « passage de clandestins » comme [TRADUCTION] « le franchissement secret ou clandestin de frontières par des personnes en contrepartie d’un avantage matériel » (mémoire des arguments supplémentaires du demandeur (MASD), au paragraphe 4). Le demandeur affirme que, comme il n’a pas retiré d’avantage financier ou un avantage matériel et que, comme le MV *Sun Sea* et les passagers de ce dernier ne sont pas entrés au Canada de façon secrète ou clandestine, la SI a commis une erreur en interdisant le demandeur de territoire.

[27] Comme on pouvait s’y attendre, le ministre affirme que la SI s’est à bon droit fondée sur l’article 117 de la LIPR. Il conteste la définition de l’expression « passage de clandestins » proposée par le demandeur, faisant valoir qu’une définition aussi étroite aboutirait aussi à des résultats absurdes. Le ministre s’insurge plus particulièrement contre l’idée que, pour pouvoir conclure à l’existence d’un passage de clandestins, il faut que des migrants soient entrés au Canada de façon clandestine. Il maintient que le fait de pénétrer sur le territoire canadien sans être muni des documents requis

material benefit in the form of superior accommodations and food in return for his work as a crew member.

[28] The applicant's secondary argument is that the ID misapplied the concept of wilful blindness when it imputed that he had knowledge the other passengers lacked the necessary documents to enter Canada. He says he believed that he and the other passengers could legally file a refugee claim without the documents and so he had no reason to enquire as to whether the other passengers possessed the necessary documentation. He could therefore not be wilfully blind to that fact. For its part, the Minister disputes this assertion and argues that even if the ID had erred in its finding on this point, it would not be determinative of the case because there is no *mens rea* requirement under paragraph 37(1)(b).

[29] As the Minister has pointed out, in essence, the applicant is not challenging the ID's finding that he aided the migrants aboard the ship to enter Canada without the required documents or that he was not truthful when he claimed to have become a crew member "by happenstance". Instead, the applicant is only arguing that the ID should have applied a more restrictive definition of "people smuggling" for the purposes of inadmissibility under paragraph 37(1)(b) that included both a profit or material benefit component and a clandestine component. Such an interpretation of the provision would arguably spare him from its application. Likewise, the applicant's criticism of the ID's application of wilful blindness is also an attempt to dodge section 117.

suffit en soi pour pouvoir invoquer la disposition en question. Il ajoute qu'il n'est pas nécessaire de retirer un avantage matériel pour se livrer au passage de clandestins et que, de toute façon, le demandeur a retiré un avantage matériel en raison des conditions d'hébergement et de la meilleure nourriture dont il a bénéficié en contrepartie de son travail comme membre de l'équipage.

[28] À titre subsidiaire, le demandeur affirme que la SI a mal appliqué le concept d'ignorance volontaire en présumant qu'il était au courant que les autres passagers n'étaient pas munis des documents nécessaires pour pouvoir être admis au Canada. Il affirme qu'il croyait que lui et les autres passagers pouvaient légalement demander l'asile sans être munis des documents en question et qu'il n'avait donc aucune raison de chercher à savoir si les autres passagers avaient effectivement en mains les documents requis. On ne peut donc pas l'accuser d'avoir ignoré volontairement ce fait. Pour sa part, le ministre conteste cet argument et soutient que, même si la SI a commis une erreur en tirant sa conclusion sur ce point, cette conclusion ne pourrait avoir d'effet déterminant en l'espèce parce que l'alinéa 37(1)b) n'exige pas de *mens rea*.

[29] Ainsi que le ministre le souligne, en réalité, le demandeur ne conteste pas la conclusion de la SI suivant laquelle il a aidé les migrants qui se trouvaient à bord du navire à entrer au Canada sans être munis des documents requis ou qu'il n'a pas dit la vérité lorsqu'il a affirmé qu'il était devenu membre de l'équipage [TRADUCTION] « par hasard ». Le demandeur affirme plutôt seulement que la SI aurait dû appliquer une définition plus restrictive de l'expression « passage de clandestins » avant de le déclarer interdit de territoire par application de l'alinéa 37(1)b), lequel exige qu'il ait à la fois retiré un avantage financier et un avantage matériel et qu'il existe une composante de clandestinité. On pourrait soutenir qu'une telle interprétation de cette disposition permettrait au demandeur d'échapper à son application. Dans le même ordre d'idées, les critiques que le demandeur formule en ce qui concerne l'application que la SI a faite du concept d'ignorance volontaire constituent également une tentative de sa part de se soustraire à l'article 117.

IV. Issues

[30] The applicant asks this Court to consider two issues:

1. Did the ID err in its interpretation of the term “people smuggling” found in paragraph 37(1)(b) of the IRPA?
2. Did the ID err in its understanding or application of the concept of wilful blindness?

The applicant submits that if the ID erred on either point, this would render the finding that he engaged in people smuggling unreasonable as well.

V. Standard of Review

[31] The applicant submits that the interpretation of a statute (the interpretation of “people smuggling”) and the application of a legal test (wilful blindness) are both questions of law to which the applicable standard of review is correctness (*Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198 (*Sittampalam*), at paragraphs 15 and 31; *Ezemba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1023, at paragraph 14). Accordingly, the Court would owe no deference to the ID’s determination of these issues. The Minister disagrees, stating that since the issues at play here are the tribunal’s findings of facts and weighing of the evidence, this Court should show deference and the applicable standard of review would therefore be reasonableness.

[32] I agree that the issue the applicant has raised with respect to the ID’s understanding of the concept of wilful blindness and whether it failed to correctly address elements of the legal test is a question of law that should be decided on the standard of correctness (*Canada*

IV. Questions en litige

[30] Le demandeur demande à notre Cour d’examiner les deux questions suivantes :

1. La SI a-t-elle commis une erreur dans son interprétation de l’expression « passage de clandestins » que l’on trouve à l’alinéa 37(1)b) de la LIPR?
2. La SI a-t-elle commis une erreur dans son interprétation ou son application du concept d’ignorance volontaire?

Le demandeur affirme que si la SI a commis une erreur sur un point ou sur l’autre, il s’ensuit nécessairement que sa conclusion suivant laquelle le demandeur s’est livré au passage de clandestins est également déraisonnable.

V. Norme de contrôle

[31] Le demandeur affirme que l’interprétation d’une loi — l’interprétation de l’expression « passage de clandestins » — et l’application d’un critère juridique — celui de l’ignorance volontaire — sont toutes les deux des questions de droit auxquelles s’applique la norme de contrôle de la décision correcte (*Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198 (*Sittampalam*), aux paragraphes 15 et 31; *Ezemba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1023, au paragraphe 14). Par conséquent, la Cour n’a pas à faire preuve de retenue en ce qui a trait aux conclusions tirées par la SI sur ces questions. Le ministre n’est pas de cet avis. Il affirme que, comme les questions en litige en l’espèce concernent les conclusions de fait tirées par le tribunal administratif ainsi que l’appréciation de la preuve à laquelle il a procédé, notre Cour devrait faire preuve de déférence et que la norme de contrôle applicable serait par conséquent celle de la décision raisonnable.

[32] Je suis d’accord pour dire que la question que le demandeur soulève en ce qui concerne l’interprétation que la SI a faite du concept d’ignorance volontaire et la question de savoir si elle a abordé correctement les éléments du critère juridique sont des questions de droit

(*Citizenship and Immigration*) v. *Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 44; *Mugesera*, above, at paragraph 37; *Belalcazar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 1013, 395 F.T.R. 291, at paragraph 14). However, the ID's application of wilful blindness to the facts remains subject to the reasonableness standard of review (*Onyenwe v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 604, at paragraphs 9–10).

[33] With regard to the ID's interpretation of the IRPA, the Supreme Court has consistently spoken of the need for deference when a tribunal is interpreting its own statute (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers'*), at paragraph 30; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Alliance Pipeline*), at paragraphs 37–39; *Khosa*, above, at paragraph 44; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 54). Accordingly, this Court will apply the standard of reasonableness to the ID's interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, ensuring that there was justification, transparency, and intelligibility within the decision-making process and that the ID's interpretation fell within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47).

VI. Analysis

A. *Did the ID err in its interpretation of the term “people smuggling” found in paragraph 37(1)(b) of the IRPA?*

[34] The term “people smuggling” found in paragraph 37(1)(b) is left undefined. By basing itself almost entirely on section 117, the applicant is of the view the ID failed to conduct any significant analysis of statutory interpretation, ignoring several important aspects including meaning, purpose, and context. The applicant relies

qui doivent être tranchées en fonction de la norme de la décision correcte (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), au paragraphe 44; *Mugesera*, précité, au paragraphe 37; *Belalcazar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 1013, au paragraphe 14). Toutefois l'application que la SI a faite du concept de l'ignorance volontaire aux faits de l'espèce demeure assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable (*Onyenwe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 604, aux paragraphes 9 et 10).

[33] En ce qui concerne l'interprétation que la SI a faite de la LIPR, la Cour suprême a constamment rappelé qu'il était nécessaire de faire preuve de déférence lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers'*), au paragraphe 30; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Alliance Pipeline*), aux paragraphes 37 à 39; *Khosa*, précité, au paragraphe 44; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 54). Par conséquent, notre Cour appliquera la norme de contrôle de la décision raisonnable à l'interprétation que la SI a faite de l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR en s'assurant que le processus décisionnel qui a été suivi était justifié, transparent et intelligible, et que l'interprétation retenue par la SI appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

VI. Analyse

A. *La SI a-t-elle commis une erreur dans son interprétation de l'expression « passage de clandestins » que l'on trouve à l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR?*

[34] Il n'existe aucune définition de l'expression « passage de clandestins » que l'on trouve à l'alinéa 37(1)(b). En se fondant presque exclusivement sur l'article 117, le demandeur affirme que la SI n'a pas procédé à une analyse approfondie lorsqu'elle a interprété la loi et qu'elle a ignoré plusieurs aspects

here on *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 (*Bell*), where the Supreme Court noted that Driedger’s modern approach to statutory interpretation has been the preferred approach across a wide range of interpretive settings. Driedger’s modern approach notably calls for the words of an Act “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” (Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87, cited in *Bell*, above, at paragraph 26).

[35] The applicant argues that when applying these principles, “people smuggling” is properly defined as “the secret or clandestine movement of persons across borders for material benefit or profit” (AFMA, at paragraph 4). Naturally, the applicant relies on this definition in order to avoid the consequences of paragraph 37(1)(b). As mentioned, if “people smuggling” requires a secret or clandestine component, it is argued this would not encompass him because the ID believed that he and others on board the MV *Sun Sea* planned to report directly to a port of entry to make a refugee claim (TR, at page 12; ID reasons, at paragraph 41). Likewise, if the definition requires an element of material benefit or profit, this would not apply to him because the ID found that he paid for passage aboard the ship and gained no material benefit from his work as a crew member (TR, at pages 14–15; ID reasons, at paragraph 50).

[36] However, and at the risk of repeating myself, I must stress that in applying the reasonableness standard of review, this Court’s task is not to assess the applicant’s proposed definition, but only to determine whether the ID’s chosen interpretation falls within a range of possible, acceptable outcomes which are

importants, notamment le sens, l’objet et le contexte. Le demandeur se fonde sur l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 (*Bell*), dans lequel la Cour suprême a rappelé que la méthode moderne d’interprétation législative proposée par Driedger avait été à maintes reprises privilégiée, et ce dans divers contextes. La méthode proposée par Driedger prévoit notamment qu’« il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983), à la page 87, cité dans l’arrêt *Bell*, précité, au paragraphe 26).

[35] Le demandeur affirme que, lorsqu’on applique ces principes, on devrait définir correctement l’expression « passage de clandestins » comme suit : [TRADUCTION] « franchissement secret ou clandestin de frontières par des personnes en contrepartie d’un avantage matériel » (MASD, au paragraphe 4). Bien entendu, le demandeur invoque cette définition pour se soustraire aux conséquences de l’alinéa 37(1)b). Comme nous l’avons déjà mentionné, si l’expression « passage de clandestins » exige une composante de secret ou de clandestinité, le demandeur ne serait pas visé, parce que la SI a estimé que le demandeur et les autres personnes se trouvant à bord du MV *Sun Sea* avaient prévu se présenter directement à un point d’entrée pour demander l’asile (dossier d’instruction, à la page 12; motifs de la SI, au paragraphe 41). De même, si la définition en question exige que l’intéressé ait tiré un avantage financier ou un autre avantage matériel, le demandeur ne serait pas visé parce que la SI a conclu qu’il avait payé pour pouvoir voyager à bord du navire et qu’il n’avait retiré aucun avantage matériel en contrepartie de son travail comme membre de l’équipage (dossier d’instruction, aux pages 14 et 15; motifs de la SI, au paragraphe 50).

[36] Toutefois — et au risque de me répéter —, je tiens à souligner que, pour appliquer la norme de contrôle de la décision raisonnable, notre Cour n’est pas tenue d’apprécier la définition proposée par le demandeur, mais uniquement de déterminer si l’interprétation retenue par la SI appartient aux issues possibles acceptables

defensible in respect of the facts and law (*Dunsmuir*, above, at paragraphs 47 and 54).

[37] For the sake of clarity and comparison, here are paragraph 37(1)(b) and the possible definitions at play in subsection 117(1) of the IRPA and article 3 of the Protocol:

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

Organized criminality **37.** (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

...

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

...

HUMAN SMUGGLING AND TRAFFICKING

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

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

Article 3 Use of terms

For the purposes of this Protocol:

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

(b) “Illegal entry” shall mean crossing borders without complying with the necessary requirements for legal entry into the receiving State. [Emphasis added.]

pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 47 et 54).

[37] Par souci de clarté et pour faciliter la comparaison, je reproduis ici l’alinéa 37(1)(b) ainsi que les définitions du paragraphe 117(1) de la LIPR et de l’article 3 du Protocole qui sont susceptibles de s’appliquer :

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

37. (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants : Activités de criminalité organisée

[...]

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

[...]

ORGANISATION D’ENTRÉE ILLÉGALE AU CANADA

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

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

Article 3. Terminologie

Au fins du présent Protocole:

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

b) L’expression « entrée illégale » désigne le franchissement de frontières alors que les conditions nécessaires à l’entrée légale dans l’État d’accueil ne sont pas satisfaites. [Non souligné dans l’original.]

[38] I would begin with a few preliminary remarks. First, I would observe that to apply Driedger’s modern approach and read paragraph 37(1)(b) in its entire context, as the applicant suggests, one must first tackle the IRPA in its entirety to get a sense of its overall structure “and also turn up other provisions that may have some significant relation to the provision to be interpreted. By reading related provisions together, the court uncovers aspects of what the legislature intended” (emphasis added) (Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2007) (*Statutory Interpretation*), at page 132). Indeed, by examining the IRPA as a whole, the ID identified the important relationship between subsections 37(1) and 117(1) and came to the conclusion that section 117, found under the heading “Human Smuggling and Trafficking”, serves to criminalize the act that then renders anyone who has engaged in it inadmissible for “people smuggling” under paragraph 37(1)(b).

[39] Second, given the significant emphasis that has been placed on the term “human smuggling” located in the heading above section 117, I note that it is well accepted that headings may be treated as an integral part of the context and relied on as “intrinsic aides” to interpret a statute or to examine its structure (*R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167, at page 179; *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563; *Statutory Interpretation*, above, at pages 142–144). Accordingly, I find it reasonable to utilize the heading above section 117 in order to give added credence to the existence of a link between it and subsection 37(1).

[40] Third, I do not ignore there is a difference between the terms “people smuggling” and “human smuggling” found respectively in paragraph 37(1)(b) and the heading above section 117. However, when considering the textual analysis technique by which different words appearing in the same statute should be given different meanings, as exemplified by Justice Dickson [as he then was] in *R. v. Frank*, [1978] 1 S.C.R.

[38] Je commence par quelques observations préliminaires. Je tiens tout d’abord à faire observer que, pour appliquer la méthode moderne d’interprétation proposée par Driedger de manière à interpréter l’alinéa 37(1)(b) dans son contexte global, comme le demandeur le suggère, il faut d’abord analyser la LIPR dans son ensemble pour avoir une idée de son économie générale [TRADUCTION] « et pour repérer d’autres dispositions qui peuvent se rapporter étroitement à la disposition à interpréter. En interprétant conjointement les dispositions connexes, le tribunal en apprend un peu plus sur la volonté du législateur » (non souligné dans l’original) (Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2007) (*Statutory Interpretation*), à la page 132). D’ailleurs, en examinant la LIPR dans son ensemble, la SI a constaté qu’il existait des rapports étroits entre les paragraphes 37(1) et 117(1), et elle a conclu que l’article 117, que l’on trouve sous la rubrique « organisation d’entrée illégale au Canada » avait pour effet d’ériger en infraction l’acte qui emporte interdiction de territoire pour toute personne se livrant au « passage de clandestins » au sens de l’alinéa 37(1)(b).

[39] Deuxièmement, compte tenu de l’importance particulière que le législateur a accordée à l’expression « organisation d’entrée illégale » (« *human smuggling* » dans la version anglaise) en la plaçant dans l’intitulé qui coiffe l’article 117, je rappelle qu’il est bien établi que les intitulés et les rubriques peuvent être considérés comme faisant partie intégrante du contexte et qu’ils peuvent « servir intrinsèquement » à interpréter la loi ou en analyser l’économie (*R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167, à la page 179; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563; *Statutory Interpretation*, précité, aux pages 142 à 144). J’estime donc qu’il est raisonnable d’utiliser le titre qui coiffe l’article 117 pour confirmer l’existence d’un lien entre cet article et le paragraphe 37(1).

[40] Troisièmement, je suis conscient du fait qu’il existe une différence entre les expressions « *people smuggling* » et « *human smuggling* » que l’on trouve respectivement dans la version anglaise de l’alinéa 37(1)(b) et dans le titre qui coiffe l’article 117. Toutefois, lorsqu’on tient compte de la méthode d’analyse textuelle suivant laquelle les mots différents que l’on trouve dans la même loi doivent se voir attribuer un sens différent,

95, I see no meaningful or plausible reason in this case to distinguish between the act of “people smuggling” and that of “human smuggling”. Both provisions are clearly meant to address the same criminal activity: the smuggling of human beings.

[41] Should this difference in terms remain a concern, I would point out that the definition relied on by the applicant found in article 3 of the Protocol also refers not to “people smuggling”, but instead to the “smuggling of migrants”. Nevertheless, it is this Court’s view that all three terms clearly seek to address the same act and so the only question that remains is whether “people smuggling” had to be interpreted on its own, or whether it was reasonable for the ID to also rely on section 117, but not to adopt all components found in article 3 of the Protocol.

[42] Considering then the interpretation of subsection 37(1) and 117(1) of the IRPA, I am mindful of the words of the Chief Justice of the Supreme Court and her colleague Justice Major expressed in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 (*Canada Trustco*), at paragraph 10:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole. [Emphasis added.]

comme le juge Dickson [tel était alors son titre] l’a bien illustré dans l’arrêt *R. c. Frank*, [1978] 1 R.C.S. 95, je ne vois aucune raison sérieuse ou valable d’établir, dans le cas qui nous occupe, une distinction entre les expressions « *people smuggling* » et « *human smuggling* » que l’on trouve dans la version anglaise de la loi. Les deux dispositions en question visent de toute évidence la même activité criminelle : le passage de clandestins.

[41] Pour le cas où cet emploi de termes différents poserait encore problème, je tiens à souligner que la définition sur laquelle le demandeur se fonde et que l’on trouve à l’article 3 du Protocole parle de « trafic illégitime de migrants » et non de « passage de clandestins » (« *smuggling of migrants* », plutôt que « *people smuggling* »). La Cour estime toutefois que ces expressions visent de toute évidence le même acte, de sorte que la seule question qu’il nous reste à trancher est celle de savoir si l’expression « *people smuggling* » (« passage de clandestins ») devait être interprétée isolément ou s’il était raisonnable de la part de la SI de se fonder également sur l’article 117 sans toutefois adopter tous les éléments énumérés à l’article 3 du Protocole.

[42] Pour ce qui est donc de l’interprétation des paragraphes 37(1) et 117(1) de la LIPR, je garde à l’esprit les propos tenus par la Juge en chef de la Cour suprême et par son collègue, le juge Major, dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 (*Trustco Canada*), au paragraphe 10 :

Il est depuis l’ongtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’« il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux. [Non souligné dans l’original.]

[43] There is little doubt we find ourselves in the situation described above “where the words can support more than one reasonable meaning”. As demonstrated by the arguments of both parties and the different provisions they rely on, while the word “smuggling” may include a profit or material benefit component (as seen in article 3 of the Protocol), it is not strictly necessary (see section 117 of the IRPA). In this situation, the Supreme Court instructs us that the ordinary meaning of the word plays a lesser role and that we should seek to conduct a textual, contextual, and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the IRPA as a whole. The Supreme Court put great emphasis on this latter point by repeating that in all cases, regardless of which analysis proves most helpful, courts should seek to read the provisions of the IRPA as a harmonious whole.

[44] This then raises a second important point. If the provisions of the IRPA are to be read in such a manner, how can we adopt an interpretation of the IRPA in which two sections hold different meanings when they employ such strikingly similar terms and appear to address the same conduct? One would be hard pressed to explain why an individual convicted of “organizing entry into Canada” pursuant to section 117 could remain admissible to Canada despite paragraph 37(1)(b). Indeed, when the offence set out in section 117 is located under the heading “Human Smuggling and Trafficking” and may result in both a fine of up to \$1 000 000 and life imprisonment for any individual that smuggles a group of 10 or more persons, how can an individual convicted of this offence not be found to have engaged in “people smuggling” under paragraph 37(1)(b)? It strikes me as improbable that differing interpretations given to the terms “people smuggling” and “human smuggling” could justify such a contradiction. Hence, for the sake of coherence and consistency, unless the contrary is clearly indicated by the context, this is another indication that paragraph 37(1)(b) should be interpreted in conformity with section 117 so that it may be given “a meaning that is harmonious with the Act as a whole” (*Canada Trustco*, above, at paragraph 10).

[43] Il fait peu de doute que nous nous trouvons dans la situation qui vient d’être évoquée, en ce sens que « les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable ». Ainsi que le démontrent les arguments formulés par les deux parties et les diverses dispositions législatives sur lesquelles elles se fondent, bien que l’expression « passage de clandestins » puisse supposer l’existence d’un avantage financier ou d’un autre avantage matériel (comme le prévoit l’article 3 du Protocole), cet aspect n’est pas strictement nécessaire (voir l’article 117 de la LIPR). En pareil cas, la Cour suprême nous rappelle que le sens ordinaire du mot en cause joue un rôle moins important et qu’il nous faut plutôt tenter de procéder à une analyse textuelle, contextuelle et téléologique pour trouver un sens qui s’harmonise avec la LIPR dans son ensemble. La Cour suprême insiste beaucoup sur ce dernier point en répétant que, dans tous les cas, les tribunaux judiciaires devraient, indépendamment de la question de savoir qu’elle analyse s’avère la plus utile, tenter d’interpréter les dispositions de la LIPR comme un tout harmonieux.

[44] Ces réflexions nous amènent à aborder un deuxième aspect important. Si les dispositions de la LIPR doivent être interprétées de cette façon, comment alors peut-on retenir une interprétation de la LIPR qui confère un sens différent aux deux dispositions en question de cette loi alors que ces mêmes dispositions emploient des mots qui offrent une ressemblance aussi frappante et semblent viser le même acte? On serait bien embarrassé d’expliquer pourquoi un individu reconnu coupable d’« organisation d’entrée illégale au Canada » au sens de l’article 117 pourrait malgré tout être admis au Canada en dépit de l’alinéa 37(1)b). D’ailleurs, lorsqu’on considère que l’infraction prévue à l’article 117 se trouve sous la rubrique « Organisation d’entrée illégale au Canada » et que cette infraction rend son auteur passible d’une amende maximale d’un million de dollars et de l’emprisonnement à perpétuité (dans le cas où l’infraction vise un groupe de 10 personnes et plus) ou de l’une de ces peines, comment l’individu reconnu coupable d’une telle infraction peut-il ne pas être déclaré s’être livré au « passage de clandestins » au sens de l’alinéa 37(1)b)? Il me semble tout à fait improbable qu’une interprétation différente donnée aux expressions anglaises « *people smuggling* » et « *human smuggling* » puisse justifier une telle contradiction. Ainsi, par souci

[45] This conclusion is further supported by a purposive analysis of the provisions, where section 3 of the IRPA comes into play. Section 3 provides meaningful guidance as to the objectives and proper application of the IRPA. While it does not impose directions, it certainly provides the decision maker and this Court with greater guidance on how to interpret the statute. Its importance will also become readily apparent as we examine related jurisprudence of this Court and the Court of Appeal:

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

OBJECTIVES AND APPLICATION

Objectives — immigration **3.** (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

...

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by

denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks;

...

Objectives — refugees (2) The objectives of this Act with respect to refugees are

...

(h) to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.

Application (3) This Act is to be construed and applied in a manner that

de cohérence et d'uniformité, à moins que le contraire ne ressorte à l'évidence du contexte, il s'agit là d'une autre indication qu'on doit interpréter l'alinéa 37(1)b conformément à l'article 117 de manière à en dégager « un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble » (*Trustco Canada*, précité, au paragraphe 10).

[45] Une analyse téléologique des dispositions qui fait intervenir l'article 3 de la LIPR vient étayer encore plus cette conclusion. L'article 3 fournit des lignes directrices utiles quant aux objectifs et à l'application qu'il convient de donner à la LIPR. Bien qu'il n'impose pas de directives, l'article 3 donne aux décideurs et à notre Cour plus de précisions quant à la façon d'interpréter la loi. Son importance devient également évidente lorsqu'on examine la jurisprudence de notre cour et de la Cour d'appel :

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

OBJET DE LA LOI

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet : Objet en matière d'immigration

[...]

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de

la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

[...]

(2) S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet : Objet relatif aux réfugiés

[...]

h) de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet : Interprétation et mise en œuvre

(a) furthers the domestic and international interests of Canada;

...

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

[...]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

The IRPA thus seeks to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals. Furthermore, it is clear that the IRPA is to be interpreted and applied in a manner that furthers the domestic and international interests of Canada while also complying with the international human rights instruments to which Canada is a signatory. This is also corroborated by section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which states that every enactment “shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.”

[46] With regard to the need to comply with international instruments, it is important to point out that paragraph 3(3)(f) does not require that a definition found in an international instrument (in this case the Protocol) be imported in its entirety into the IRPA. For example, I note that in *Sittampalam*, above, at paragraph 40, when asked to consider international instruments, Justice Linden of the Federal Court of Appeal had the following to say:

With respect to the appellant’s argument that criminal jurisprudence and international instruments should inform the meaning of a criminal “organization”, I disagree. Although these materials can be helpful as interpretive aides, they are not directly applicable in the immigration context. Parliament deliberately chose not to adopt the definition of “criminal organization” as it appears in section 467.1(1) ... of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Nor did it adopt the definition of “organized criminal group” in the [Convention]. The wording in paragraph 37(1)(a) is different, because its purpose is different. [Emphasis added.]

[47] In the case at bar, the ID concluded that section 37 only recognizes the criminality of smuggling while

La LIPR cherche donc à promouvoir, à l’échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l’interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels. De plus, il est évident que l’interprétation et la mise en œuvre de la Loi doivent avoir pour effet de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international et de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire. Cette conclusion est corroborée par l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui dispose que tout texte « s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

[46] En ce qui concerne la nécessité de se conformer aux instruments internationaux, il est important de souligner que l’alinéa 3(3)f) n’exige pas que la définition que l’on trouve dans l’instrument international (dans le cas qui nous occupe, le Protocole) soit incorporée intégralement à la LIPR. Par exemple, je relève que, dans l’arrêt *Sittampalam*, précité, au paragraphe 40, le juge Linden, de la Cour d’appel fédérale, a tenu les propos suivants alors qu’il était appelé à examiner des instruments internationaux :

En ce qui concerne l’argument de l’appelant sel’on lequel il faut se servir de la jurisprudence en matière pénale et des instruments internationaux pour savoir ce qu’est une « organisation » criminelle, je n’y souscris pas. Ces documents peuvent servir d’outils d’interprétation, mais ils ne sont pas directement applicables en matière d’immigration. Le législateur a délibérément choisi de ne pas adopter la définition d’« organisation criminelle » qui figure au paragraphe 467.1(1) [...] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il n’a pas non plus adopté la définition de « groupe criminel organisé » de la [Convention]. Le libellé de l’alinéa 37(1)a) est différent parce que son objet est différent. [Non souligné dans l’original.]

[47] Dans le cas qui nous occupe, la SI a conclu que l’article 37 reconnaît seulement le caractère criminel du

section 117 is the one to actually implement the Protocol by criminalizing such activity. The question remains, does such an interpretation conform to the objectives of the IRPA? In other words, do section 117 and its definition of human smuggling meet Canada's domestic and international obligations by complying with the international Convention and Protocol to which Canada is a signatory?

[48] After examining the relevant provisions, I conclude the ID's interpretation is correct and section 117 is in fact the provision that, for Canadian domestic purposes, criminalizes the smuggling of human beings into Canada. While it is broader in scope than the definition set out in the Protocol and does not have the more restricted scope sought by the applicant, it remains the legislative answer to Canada's obligations undertaken by its adherence to the Protocol since it clearly condemns the act of human smuggling (albeit to a broader extent) and remains a legitimate response to valid human rights concerns. Furthermore, in the unlikely event section 117's broader definition should somehow conflict with the Convention or Protocol, it is worth remembering that a validly enacted legislation will prevail over international law (*Statutory Interpretation*, above, at page 33).

[49] The ID was cognizant of the fact paragraph 3(3)(f) called for the IRPA to be construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is a signatory. The panel recognized that the definition in section 117 differed from that found in the Protocol. However, it reasonably concluded that the fact section 117's definition was broader than that of the Protocol did not hinder its compliance with the latter. Nothing in the Protocol or in the Convention explicitly prevents criminalizing those who engage in migrant smuggling without deriving material gain or profit from it. Likewise, nothing in these instruments prevents a contracting State from making inadmissible those who engage in such conduct.

passage de clandestins, tandis que l'article 117 est celui qui met effectivement en œuvre le Protocole en érigeant cet acte en infraction. Reste à savoir si cette interprétation est conforme aux objectifs de la LIPR. En d'autres termes, l'article 117 et la définition qu'on y trouve satisfont-ils aux obligations du Canada sur le plan intérieur et international en se conformant à la Convention et au Protocole, qui sont les instruments internationaux dont le Canada est signataire?

[48] Après avoir examiné les dispositions pertinentes, je conclus que l'interprétation de la SI est correcte et que l'article 117 est effectivement la disposition qui, sur le plan intérieur canadien, érige en infraction le passage de clandestins au Canada. Bien que son champ d'application soit plus étendu que celui de la définition énoncée au Protocole et bien qu'il n'ait pas la portée plus restreinte préconisée par le demandeur, l'article 117 n'en demeure pas moins la réponse du législateur aux obligations que le Canada a contractées en adhérant au Protocole étant donné qu'il condamne dans les termes les plus nets le passage de clandestins — quoique de façon plus large — et qu'il demeure une réponse légitime à des préoccupations valides en matière de respect des droits de la personne. Qui plus est, dans le cas peu probable où la définition plus large que l'on trouve à l'article 117 entrerait d'une façon ou d'une autre en conflit avec la Convention ou le Protocole, il vaut la peine de se rappeler qu'un texte de loi valablement édicté a toujours préséance sur le droit international (*Statutory Interpretation*, précité, à la page 33).

[49] La SI était consciente du fait que l'alinéa 3(3)f prévoit que l'interprétation et la mise en œuvre de la LIPR doivent avoir pour effet de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire. Le tribunal a reconnu que la définition que l'on trouve à l'article 117 était différente de celle que l'on trouve au Protocole. Elle a toutefois conclu à juste titre que le fait que la définition prévue à l'article 117 est plus large que celle que l'on trouve au Protocole ne l'empêchait pas pour autant d'être conforme à ce dernier. Rien dans le Protocole ou dans la Convention n'empêche explicitement d'incriminer ceux qui se livrent au passage de clandestins sans en tirer un avantage financier ou autre avantage matériel.

[50] The applicant referred this Court to articles 2 and 5 of the Protocol, but these only make clear that the Protocol's purpose is to protect the rights of smuggled migrants and that they are not to face criminal prosecution under the Protocol for having been the object of smuggling. Similarly, Article 31 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, which the applicant also referred to, states the following:

ARTICLE 31

Refugees Unlawfully in the Country of Refuge

1. The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of Article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence. [Emphasis added.]

I need only emphasize here that the inadmissibility ruling under paragraph 37(1)(b) is not a result of the applicant's illegal entry into Canada, but rather of his role in facilitating the entry into Canada of other refugees. Thus, the ID's interpretation of sections 37 and 117 remains compliant with Canada's obligations under the international instruments above.

[51] Continuing with the purposive analysis, I turn to another compelling point on which the Minister placed great emphasis, specifically, the Federal Court of Appeal's ruling that section 37 of the IRPA should be given an "unrestricted and broad" interpretation (*Sittampalam*, above, at paragraph 36). While I note that the [Federal] Court of Appeal in that case considered the specific interpretation of the term "organization" in paragraph 37(1)(a) and not the whole section, it is also apparent that the Court was driven in great part by the IRPA's objective of prioritizing the security of Canadians.

De même, rien dans ces instruments n'empêche un État partie d'interdire de territoire ceux qui se livrent à de tels actes.

[50] Le demandeur a renvoyé notre Cour aux articles 2 et 5 du Protocole. Toutefois, ces articles précisent seulement que le Protocole a pour objet de protéger les droits des migrants faisant l'objet d'un trafic illicite et précisent que ceux-ci ne doivent pas faire l'objet de poursuites au criminel sous le régime du Protocole du fait qu'ils ont fait l'objet d'un trafic illicite. De même, l'article 31 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, que le demandeur cite également, dispose :

ARTICLE 31

Réfugiés en Situation Irrégulière dans le Pays d'Accueil

1. Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières. [Non souligné dans l'original.]

Qu'il me suffise de souligner ici que l'interdiction de territoire prononcée en application de l'alinéa 37(1)(b) n'est pas le résultat de l'entrée illégale du demandeur au Canada, mais bien du rôle qu'il a joué pour faciliter l'entrée au Canada d'autres réfugiés. Ainsi, l'interprétation que la SI a faite des articles 37 et 117 respecte les obligations auxquelles le Canada était assujéti aux termes des instruments internationaux en question.

[51] Poursuivant avec l'analyse téléologique, je passe à un autre point très important sur lequel le ministre a beaucoup insisté, en l'occurrence, la conclusion de la Cour d'appel fédérale suivant laquelle l'article 37 de la LIPR doit recevoir une interprétation « libérale, sans restriction aucune » (*Sittampalam*, précité, au paragraphe 36). Bien que je constate que la Cour d'appel [fédérale] était, dans cette affaire, appelée à interpréter spécifiquement le terme « organisation » à l'alinéa 37(1) a) et non l'ensemble de cet article, il est également évident que la Cour a axé en grande partie son analyse

With respect to immigration, the [Federal] Court of Appeal relied on a provision now found in paragraph 3(1)(i), expressed as the objective “to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks”. I note that the same objective is found to apply with respect to refugees, as set out in paragraph 3(2)(h), expressed again as an objective “to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals” (emphasis added).

[52] It was in fact this same objective of promoting international justice and security which formed the basis in several cases for applying a broader interpretation to sections 33 to 37 [section 36 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 3)] of the IRPA under previous legislation (see *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 (*Medovarski*); *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Sittampalam*, above, at paragraph 21; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh*, 1998 CanLII 8281, 151 F.T.R. 101 (F.C.T.D.)).

[53] As mentioned in *Medovarski*, above, at paragraph 10, the objective of the IRPA set out in section 3 is to prioritize security. With this objective in mind, when applying some of the inadmissibility provisions in Division 4 of the IRPA, our courts have given a broad and unrestricted approach to such terms as “danger to the security of Canada” and “member of an organization” found in section 34 (for example, see *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 90; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487, at paragraph 29; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251, at paragraphs 85–88; *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, [2005] 3 F.C.R. 389, at paragraphs 35 and 36).

sur l’objectif de la LIPR d’accorder la priorité à la sécurité des Canadiens. En ce qui concerne l’immigration, la Cour d’appel [fédérale] s’est fondée sur une disposition que l’on trouve maintenant à l’alinéa 3(1)i), lequel, rappel’ons-le, vise à « promouvoir, à l’échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l’interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité ». Je constate que l’on retrouve le même objectif dans le cas des réfugiés à l’alinéa 3(2)h), qui vise à « promouvoir, à l’échelle internationale, la sécurité et la justice par l’interdiction de territoire aux personnes et demandeurs d’asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité » (non souligné dans l’original).

[52] C’est effectivement ce même objectif consistant à promouvoir, à l’échelle internationale, la sécurité et la justice qui constituait le fondement de plusieurs affaires dans lesquelles les tribunaux ont, sous le régime de l’ancienne loi, retenu une interprétation plus large des dispositions correspondant aux articles 33 à 37 [article 36 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3)] de la LIPR (*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 (*Medovarski*); *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Sittampalam*, précité, au paragraphe 21; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Singh*, 1998 CanLII 8281 (C.F. 1^{re} inst.)).

[53] Comme la Cour suprême l’a mentionné dans l’arrêt *Medovarski*, précité, au paragraphe 10, l’objectif de la LIPR énoncé à l’article 3 est de donner priorité à la sécurité. Tenant compte de cet objectif, nos tribunaux ont, pour appliquer certaines des dispositions de la section 4 de la LIPR concernant l’interdiction de territoire, donné une interprétation large et sans restriction à des expressions comme « danger pour la sécurité du Canada » et « membre d’une organisation » que l’on trouve à l’article 34 (voir, par exemple, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 90; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487, au paragraphe 29; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251, aux

[54] I would add that in *Poshteh*, above, at paragraph 29, the Federal Court of Appeal ruled that the availability of a ministerial exemption justified a continued broad interpretation of the term “member”. I note that the same ministerial exemption to which the Court of Appeal referred to in section 34 and which justified a broad interpretation of the provision can also be found in section 37. This exception clause thus permits the Minister to declare that an inadmissible person can remain in Canada if their presence here would not be detrimental to the national interests (subsection 34(2) and paragraph 37(2)(a) of the IRPA). Such discretionary ministerial powers may be employed in cases where an individual found inadmissible for having engaged in “people smuggling” can demonstrate to the Minister personal circumstances which would justify such an exception. Therefore, even if “people smuggling” is defined more broadly, another remedy remains available to the applicant.

[55] Clearly, given the presence of a ministerial exemption, the above jurisprudence, and most notably the “unrestricted and broad” approach applied by the Federal Court of Appeal in *Sittampalam*, the ID’s interpretation appears well founded. It begs the question: why should the term “people smuggling” be given a more restricted interpretation than the one the ID adopted by relying on subsections 37(1) and 117(1) of the IRPA? The applicant contends that the basic rules of interpretation call for such, but as we have seen up to this point, these rules appear to support the ID’s conclusion.

[56] The applicant submitted that sections 37 and 117 were not comparable for the following reasons:

paragraphe 85 à 88; *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, [2005] 3 R.C.F. 389, aux paragraphes 35 et 36).

[54] Je tiens à ajouter que, dans l’arrêt *Poshteh*, précité, au paragraphe 29, la Cour d’appel fédérale a jugé que l’existence d’une dispense ministérielle justifiait de continuer à interpréter de manière libérale le mot « membre ». Je constate qu’on retrouve à l’article 37 la même dispense ministérielle prévue à l’article 34 à laquelle la Cour d’appel a fait allusion et qui justifie une interprétation libérale de cet article. Cette disposition d’exception permet donc au ministre de déclarer qu’une personne frappée d’interdiction de territoire peut demeurer au Canada si sa présence n’est nullement préjudiciable à l’intérêt national (paragraphe 34(2) et alinéa 37(2)a) de la LIPR). Le ministre peut exercer ce pouvoir discrétionnaire dans des situations où la personne qui a été déclarée interdite de territoire au motif qu’elle s’est livrée au « passage de clandestins » peut démontrer au ministre que sa situation personnelle justifie pareille exception. Par conséquent, même si l’on donne une portée plus large à la définition de l’expression « passage de clandestins », le demandeur dispose quand même d’un autre recours.

[55] De toute évidence, compte tenu de l’existence de la dispense ministérielle en question, de la jurisprudence précitée et, plus particulièrement, de l’interprétation « libérale, sans restriction aucune » que la Cour d’appel fédérale a appliquée dans l’arrêt *Sittampalam*, l’interprétation retenue par la SI semble bien fondée. Ce qui nous amène à nous demander pourquoi l’expression « passage de clandestins » devrait se voir accorder une interprétation plus restrictive que celle que la SI a adoptée en se fondant sur les paragraphes 37(1) et 117(1) de la LIPR. Le demandeur affirme que les principes fondamentaux d’interprétation exigent une telle interprétation, mais comme nous l’avons vu jusqu’à maintenant, ces principes semblent appuyer la conclusion à laquelle la SI en est venue.

[56] Le demandeur affirme que les articles 37 et 117 ne sont pas comparables, et ce, pour les raisons suivantes :

(1) both sections have different roles within the IRPA: an enforcement and an inadmissibility purpose;

(2) section 37 leads to a deportation order while section 117 leads to a criminal conviction, each applying a different approach and resulting in different consequences;

(3) while section 117 includes the English heading “Human Smuggling and Trafficking”, the French heading reads “*Organisation d’entrée illégale au Canada*” and makes no reference to smuggling. The applicant argues there is therefore no link between this and section 37’s “*passage de clandestins*”.

[57] I have already commented on the different purposes sought by sections 37 (inadmissibility) and 117 (enforcement). The fact there are different purposes does not forbid the use of a definition in one section for the purposes of another section. As seen before, I do not see this as an obstacle to a harmonious interpretation of the statute, quite the opposite.

[58] As for the different perceptions drawn by the applicant from the French and English text references, I find these to be unclear. It is true that different head notes are employed to explain the sections, but it does not change the fact that smuggling of human beings is the crime addressed in both provisions. A reading of paragraph 37(1)(b) and section 117 in both French and English makes it clear that the concern addressed by the IRPA, both for inadmissibility and enforcement purposes, was the condemnation of people/human smuggling (*passage de clandestins*) into Canada. Subsection 118(1) also makes it clear that the enforcement purpose targets the “trafficking in persons” (“*trafic de personnes*”). Having reviewed the contextual situation of both sections, I can only conclude that, regardless of the different terms employed, both provisions have the same concern in mind: the condemnation of trafficking/smuggling of people/humans (*passage de clandestins*) into Canada for both admissibility and enforcement purposes.

1) les deux articles jouent un rôle différent au sein de la LIPR : l’un vise l’exécution de la loi tandis que l’autre porte sur l’interdiction de territoire;

2) l’article 37 aboutit à la prise d’une mesure d’expulsion, tandis que l’article 117 conduit à une déclaration de culpabilité; chacun de ces articles suit donc une démarche différente et se solde par des conséquences différentes;

3) bien que, dans sa version anglaise, l’article 117 soit intitulé « *Human Smuggling and Trafficking* », la version française porte : « *Organisation d’entrée illégale au Canada* » et ne mentionne donc pas le passage de clandestins. Le demandeur soutient qu’il n’y a donc aucun lien entre ce titre et l’expression « *passage de clandestins* » à l’article 37.

[57] J’ai déjà formulé quelques observations au sujet des objectifs différents visés par les articles 37 (interdiction de territoire) et 117 (exécution). Le fait qu’il existe des objectifs différents n’empêche pas d’utiliser la définition prévue par un article pour l’application d’un autre article. Comme nous l’avons vu, cette différence ne constitue pas à mon avis un obstacle à l’interprétation harmonieuse de la loi, bien au contraire.

[58] Quant à la perception différente que le demandeur affirme avoir à la lecture de la version française et de la version anglaise, j’estime que cette différence n’est pas évidente. Il est vrai que le législateur recourt à des intitulés différents pour expliquer les articles en question, mais cela ne change rien au fait que le passage de clandestins est le crime visé par les deux dispositions en question. Il ressort à l’évidence tant de la version française que de la version anglaise de l’alinéa 37(1)(b) et de l’article 117 que l’objectif visé par la LIPR, tant à des fins d’interdiction de territoire qu’à des fins d’exécution, est de condamner le passage de clandestins au Canada (« *people/human smuggling* »). Il ressort également à l’évidence du paragraphe 118(1) que l’objectif visé pour ce qui est de l’exécution de la loi est expressément le trafic de personnes (« *trafficking in persons* »). Après avoir examiné le contexte de ces deux articles, force m’est de conclure qu’indépendamment des termes différents employés, les deux dispositions ont le même objet : condamner le passage de clandestins au Canada

[59] We have seen from *Canada Trustco*, above, at paragraph 10, that paragraph 37(1)(b) must be interpreted in accordance with the words given, keeping in mind the context in which it was enacted and the objectives sought. Most importantly, the provision must be given a meaning that is harmonious with the IRPA as a whole. In this case, ensuring that “people smuggling” and “human smuggling” are given the same definition upholds this obligation and I find it entirely proper and justifiable to define the term “people smuggling” in paragraph 37(1)(b) by relying on section 117 of the same statute when both provisions use comparable terms, address comparable acts, and are framed by the same objectives.

[60] The ID correctly pointed out that Canada’s obligation under the Convention and its Protocol was to criminalize the smuggling of migrants and that it was section 117 that fulfilled this obligation, not section 37. The latter section sets out that those who engage in smuggling will be inadmissible. It also reasonably follows then that in order to engage in “people smuggling”, there would have to be reasonable grounds to believe that the person engaged in “human smuggling” as set out in section 117. Given the wording of paragraph 37(1)(b), it was reasonable for the ID to conclude that it was a necessary requirement that the applicant be a permanent resident or foreign national and that the crime be transnational. It was also reasonable for the same criteria set out in *Alzehrani*, above, identified as necessary elements of the offence set out in section 117 in the context of “human smuggling”, to be the criteria required in the context of “people smuggling” under section 37.

(« *trafficking/smuggling of people/humans* ») tant aux fins d’interdiction de territoire qu’aux fins d’exécution de la loi.

[59] Nous avons vu, en examinant l’arrêt *Trustco Canada*, précité, au paragraphe 10, que l’alinéa 37(1)b) doit être interprété conformément aux mots employés, en tenant compte du contexte dans lequel cet alinéa a été adopté et des objectifs visés. Mais surtout, l’interprétation de la disposition en question doit s’harmoniser avec la LIPR dans son ensemble. Dans le cas qui nous occupe, le fait de s’assurer que les expressions anglaises « *people smuggling* » et « *human smuggling* » soient définies de la même façon respecte cette obligation, et j’estime qu’il est entièrement approprié et justifié de définir l’expression anglaise « *people smuggling* » (« passage de clandestins ») à l’alinéa 37(1)b) en se fondant sur l’article 117 de la même loi, dès lors que ces deux dispositions emploient des termes comparables, visent des actes comparables et sont circonscrites par les mêmes objectifs.

[60] La SI a souligné à juste titre que l’obligation à laquelle le Canada est assujéti aux termes de la Convention et de son Protocole est d’ériger en infraction le passage de clandestins et que c’était l’article 117 qui remplissait cette obligation et non l’article 37. Ce dernier article précise que le fait de se livrer au passage de clandestins emporte interdiction de territoire. Il s’ensuit donc raisonnablement que, pour pouvoir conclure qu’un individu s’est livré au « passage de clandestins » (« *people smuggling* » dans la version anglaise), il faut qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’il a organisé l’entrée illégale de personnes au Canada (« *human smuggling* » dans la version anglaise) au sens de l’article 117. Compte tenu du libellé de l’alinéa 37(1) b), il était donc raisonnable pour la SI de conclure qu’il était nécessaire que le demandeur soit un résident permanent ou un étranger et que le crime soit transnational. Il était également raisonnable que les critères de la décision *Alzehrani*, précitée, considérés comme étant les éléments constitutifs nécessaires de l’infraction prévue à l’article 117 dans le contexte de l’« organisation d’entrée illégale au Canada » (« *human smuggling* » dans la version anglaise), soient les mêmes que ceux qui sont exigés dans le cas du « passage de clandestins »

[61] Likewise, it was reasonable for the ID not to include any criteria not already found in subsections 37(1) and 117(1). While the applicant sought to include a “secret or clandestine” element, the panel correctly pointed out that where a person smuggled appeared at the port of entry to make a refugee claim, an individual that had aided that person to enter Canada could still be found guilty of an offence under section 117 (*Godoy*, above, at paragraph 35 and *Mossavat*, above, at paragraphs 1–2). The Minister also rightfully submitted to this Court that no such component can be derived from a reading of paragraph 37(1)(b), of section 117, or even of the Protocol, and this in either French or English. The Minister also referred this Court to section 159 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, which defines smuggling as follows: “Every person commits an offence who smuggles or attempts to smuggle into Canada, whether clandestinely or not, any goods subject to duties, or any goods the importation of which is prohibited, controlled or regulated by or pursuant to this or any other Act of Parliament” (emphasis added). I agree with the Minister that subsections 37(1) and 117(1) do not require a “secret or clandestine” component, but are instead concerned only with the “organizing of entry into Canada”, whether the person entering declares themselves at a port of entry or not, when such a person is “not in possession of a visa, passport or other document required by this Act” (subsection 117(1) of the IRPA) [emphasis added]. Evidence submitted to the ID showed that the majority of the passengers on board the *MV Sun Sea* were in fact not in possession of the visas and passports required by the IRPA.

[62] As to the argument calling for a “material benefit or profit” component, section 121 of the IRPA makes clear that deriving profit from an offence under section 117 is not a necessity and profit will only be factored into the penalty handed out for engaging in such an activity. The ID therefore refused to read into the provision

(« *people smuggling* » dans la version anglaise) à l’article 37.

[61] Il était par ailleurs également raisonnable de la part de la SI de n’ajouter aucun autre critère à ceux que l’on trouve déjà aux paragraphes 37(1) et 117(1). Bien que le demandeur ait cherché à ajouter un élément de secret ou de clandestinité, le tribunal a souligné à juste titre que, lorsqu’un migrant clandestin se présentait à un point d’entrée pour demander l’asile, la personne qui l’avait aidé à entrer au Canada pouvait quand même être reconnue coupable de l’infraction prévue à l’article 117 (*Godoy*, précité, au paragraphe 35, et *Mossavat*, précité aux paragraphes 1 et 2). Le ministre a également signalé à juste titre devant notre Cour que l’on ne pouvait conclure à l’existence d’un tel critère à la lecture de l’alinéa 37(1)b), de l’article 117 ou même du Protocole et ce, peu importe que l’on considère la version anglaise ou la version française. Le ministre a également renvoyé notre Cour à l’article 159 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, qui définit comme suit la contrebande (« *smuggling* » dans la version anglaise) : « constitue une infraction le fait d’introduire ou de tenter d’introduire en fraude au Canada, par contrebande ou non clandestinement, des marchandises passibles de droits ou dont l’importation est prohibée, contrôlée ou réglementée en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale » (non souligné dans l’original). Je suis d’accord avec le ministre pour dire que les paragraphes 37(1) et 117(1) n’exigent aucun élément de « secret ou de clandestinité », mais qu’ils ne visent que l’« organisation d’entrée illégale au Canada », et ce, que la personne qui entre au Canada se présente ou non à un point d’entrée, dès lors que cette personne n’est pas munie « des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi » (paragraphe 117(1) de la LIPR) [non souligné dans l’original]. La preuve soumise à la SI démontrait que la majorité des passagers se trouvant à bord du *MV Sun Sea* n’étaient effectivement pas munis des passeports et des visas requis par la LIPR.

[62] Quant à l’argument qui exige l’existence d’un « avantage financier ou autre avantage matériel », l’article 121 précise dans les termes les plus nets que le fait de tirer un profit de la perpétration de l’infraction prévue à l’article 117 n’est pas nécessaire et que l’on ne tient compte du profit que pour déterminer la peine infligée

a “material benefit or profit” component. Still, should this conclusion prove incorrect, it is appropriate to mention that a material benefit is something that provides a person a concrete benefit over others. For example, the Federal Court of Appeal determined that receiving special schooling for children without having to pay constituted a material benefit (*Woolner v. Canada (Attorney General)*, 1999 CanLII 8939, [2000] 1 C.T.C. 35 (F.C.A.), at paragraph 13). More recently in *R. v. Pereira*, 2008 BCSC 184, at paragraph 162, while interpreting the definition of “Organized criminal group” set out in article 2(a) of the Convention, which explicitly contains “a financial or other material benefit” component, the British Columbia Supreme Court defined the term as follows: “The *New Oxford Dictionary* defines ‘benefit’ as ‘an advantage or profit gained from something’ and ‘material’ as ‘important; essential; relevant’. The benefit has to be material in the sense that it must be ‘important’ or ‘essential’ and can include, but is not limited to, a financial benefit” (emphasis added).

[63] Examining the issue of profit or material benefit, the ID observed that the Minister had not established that the applicant received free passage in exchange for working during the voyage or that he was paid for working. As for any possible material benefit, while recognizing that the applicant had received better lodging than the regular passengers, the ID did not consider this to be a material benefit. The panel did not address the evidence regarding access to better food on board the ship.

[64] As outlined in paragraphs 7 and 8 of these reasons, the panel had evidence before it that because of his work as a crew member in the engine room, the applicant received better lodging and food as compared to the hundreds of passengers on board (see TR, at pages 192,

pour s’être livrée à cette activité. La SI a par conséquent refusé d’introduire dans la disposition une condition exigeant l’existence d’un « avantage financier ou autre avantage matériel ». Toutefois, advenant que la présente conclusion se révèle incorrecte, il convient de mentionner que, par « avantage matériel », il faut entendre tout ce qui apporte à quelqu’un un avantage concret par rapport à d’autres. Par exemple, la Cour d’appel fédérale a estimé que le fait pour des enfants de pouvoir recevoir une éducation spéciale sans avoir à payer constituait un avantage matériel pour eux (*Woolner c. Canada (Procureur général)*, 1999 CanLII 8939 (C.A.F.), au paragraphe 13). Plus récemment, dans l’arrêt *R. v. Pereira*, 2008 BCSC 184, au paragraphe 162, la Cour supérieure de la Colombie-Britannique, qui était appelée à interpréter la définition de l’expression « groupe criminel organisé » énoncée à l’alinéa 2a) de la Convention, qui prévoit explicitement l’existence d’un « avantage financier ou autre avantage matériel », a défini comme suit cette expression [TRADUCTION] : « Le *New Oxford Dictionary* définit comme suit le terme “benefit” [TRADUCTION] : “avantage ou profit tiré de quelque chose” et le mot “material” (matériel) [TRADUCTION] : “important, substantiel, concret”. L’avantage doit être matériel en ce sens qu’il doit être “important” ou “substantiel” et peut notamment prendre la forme d’un avantage financier » (non souligné dans l’original).

[63] En examinant la question de l’avantage financier ou autre avantage matériel, la SI a fait observer que le ministre n’avait pas démontré que le demandeur avait bénéficié d’un passage gratuit en échange du travail qu’il avait effectué au cours de la traversée ou encore qu’il avait été rémunéré pour son travail. Quant à tout avantage matériel possible, tout en reconnaissant que le demandeur avait eu droit à de meilleures conditions d’hébergement que les passagers ordinaires, la SI a estimé que cela ne constituait pas un avantage matériel. Le tribunal n’a pas abordé les éléments de preuve concernant le fait que le demandeur avait eu droit à une meilleure nourriture à bord du navire.

[64] Comme il est souligné aux paragraphes 7 et 8 des présents motifs, le tribunal disposait d’éléments de preuve suivant lesquels, en raison du travail qu’il effectuait comme membre de l’équipage à la salle des machines, le demandeur avait bénéficié de meilleures

196, 221 and 237). I find these tangible benefits did constitute important advantages gained from his work as a crew member and were therefore a material benefit. Should there be any doubt regarding this conclusion, I need only point to the markedly different conditions of the passengers in comparison to the crew, as described in a CBSA Report (TR, at page 253; Canada, CBSA, “*Sun Sea* Human Smuggling Operation” (January 27, 2011), at page 12):

Many of the migrants comment on the poor – some use words like ‘terrible’, ‘horrible’ – conditions of their accommodations on the *Sun Sea*. Some migrants say the children on board suffered even more than the adults. There is general agreement among the migrants that people were very angry about the conditions on board and that the conditions they experienced were much worse than what they were promised by agents ... Complaints about the *Sun Sea* include:

- food shortages
- water shortages (being limited to ½ litre per day per person)
- abuse of power by crew members via food and water (punishing certain people by refusing them food and/or water, allowing some people more water than others, refusing water to people who requested more water because they couldn’t pass urine)
- having to bathe in salt water
- inadequate toilet facilities
- cramped space
- five or more people crowded into a single, small cabin
- difficulty finding somewhere to sleep comfortably
- some people having to sleep on the deck
- some people getting sick

conditions de logement et qu’il avait été mieux nourri que les centaines d’autres passagers à bord (voir dossier d’instruction, aux pages 192, 196, 221 et 237). Je conclus que ces avantages concrets constituaient effectivement des avantages importants que le demandeur retirait de son travail en tant que membre de l’équipage et qu’ils constituaient donc des avantages matériels. Si des doutes persistent en ce qui a trait à cette conclusion, qu’il me suffise de rappeler les conditions sensiblement différentes de celles de l’équipage avec lesquelles les passagers ont dû composer, ainsi qu’il est expliqué dans le rapport de l’ASFC (dossier d’instruction, à la page 253; Canada, ASFC, « *Sun Sea* Human Smuggling Operation » (27 janvier 2011), à la page 12) :

[TRADUCTION]

Bon nombre des migrants ont témoigné des mauvaises conditions de vie — certains ont employé des mots comme « terribles » ou « horribles » à bord du *Sun Sea*. Suivant certains des migrants, les enfants se trouvant à bord ont souffert encore plus que les adultes. Les migrants s’entendent en général pour dire que les passagers étaient très en colère au sujet des conditions de vie à bord, ajoutant qu’elles étaient pires que ce que leur avaient promis les agents [...] Parmi les plaintes formulées au sujet du *Sun Sea*, mentionnons les suivantes :

- manque de nourriture
- pénurie d’eau (limite d’un demi-litre par jour par personne)
- abus de pouvoir de la part des membres de l’équipage en ce qui concerne le rationnement en aliments et en eau (on a puni certains passagers en leur refusant de la nourriture et/ou de l’eau, en permettant à certaines personnes d’avoir plus d’eau que d’autres, en refusant de l’eau à des personnes qui en réclamaient d’avantage parce qu’elles étaient incapables d’uriner)
- les passagers étaient obligés de prendre leur bain dans de l’eau salée
- les installations sanitaires étaient inadéquates
- l’espace était exigü
- on entassait cinq personnes ou plus dans une petite cabine aménagée pour une seule personne
- difficulté à trouver un endroit où dormir confortablement
- certaines personnes devaient dormir sur les ponts
- certaines personnes sont tombées malades

- the fact there was a fatality during the voyage
- the fact that several of the people onboard had to be taken to the hospital when the ship arrived in Canada. [Emphasis added.]

There were reasonable grounds to believe that because of his work as a crew member, the applicant did not have to experience the conditions described above. As a result, I find the ID's conclusion that the applicant did not receive any material benefit to be unreasonable in light of the facts found in the record.

B. *Did the ID err in its understanding or application of the concept of wilful blindness?*

[65] Relying on *Alzehrani*, above, the ID sets out that to have engaged in people smuggling, the applicant must have had knowledge that the migrants being smuggled did not have the required documents. Considering the issue, the ID undertook the following analysis which I will provide in full for greater certainty (TR, at page 14; ID reasons, at paragraphs 48–49):

It is not entirely clear from the evidence whether [the applicant] actually knew that the passengers did not have the required documents or merely suspected that they did not have the documents. However in [*Alzehrani*], a case involving a prosecution for people smuggling contrary to section 117 of the IRPA, at paragraph 34, the court held that:

Wilful blindness is the equivalent of knowledge; it is knowledge that is imputed to an accused who suspected the truth, knew its probability, but deliberately refrained from making the inquiry that would have confirmed his suspicion, because he wished to avoid actual knowledge: *R. v. Sansregret*, [1985] 1 S.C.R. 570 at 585-586

[The applicant] is from Sri Lanka, he knew that as a Sri Lankan he needed a visa to enter Canada and he travelled on the MV Sun Sea to try to circumvent the visa requirement. He spent more than three months on a ship with hundreds of other people from Sri Lanka. He has testified that he thought that the other people on board who were travelling on the MV Sun Sea were in similar circumstances to him. He had ample opportunity to find out if the passengers had [the] documents required for

- une personne est décédée au cours du voyage
- plusieurs des personnes se trouvant à bord ont dû être hospitalisées à leur arrivée au Canada. [Non souligné dans l'original.]

Il existait des motifs raisonnables de croire qu'en raison de son travail comme membre de l'équipage, le demandeur n'a pas eu à vivre la situation ci-dessus décrite. Par conséquent, j'estime que la conclusion tirée par la SI suivant laquelle le demandeur n'a pas retiré d'avantage matériel est déraisonnable compte tenu des faits relatés au dossier.

B. *La SI a-t-elle commis une erreur dans son interprétation ou son application du concept d'ignorance volontaire?*

[65] Se fondant sur la décision *Alzehrani*, précitée, la SI a précisé que, pour qu'on puisse conclure que le demandeur s'est livré au passage de clandestins, il faut qu'il ait été au courant que les migrants clandestins n'étaient pas munis des documents requis. Pour examiner cette question, la SI a entrepris l'analyse suivante que je reproduis intégralement pour plus de certitude (dossier d'instruction, à la page 14; motifs de la SI, aux paragraphes 48 et 49) :

La preuve n'établit pas clairement si M. Sinnappallai savait réellement que les passagers ne disposaient pas des documents requis ou s'il soupçonnait simplement qu'ils n'en étaient pas munis. Toutefois, dans [*Alzehrani*], une affaire ayant trait au passage de clandestins, infraction visée à l'article 117 de la LIPR, la Cour a statué ainsi, au paragraphe 34 :

[TRADUCTION]

L'ignorance volontaire équivaut à la connaissance; il s'agit d'une connaissance attribuée à un accusé qui soupçonnait la vérité, en connaissait la probabilité, mais qui s'est délibérément abstenu de mener une enquête qui aurait confirmé ses soupçons parce qu'il désirait éviter la connaissance réelle : *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570, à 585-586.

[Le demandeur] est originaire du Sri Lanka. Il savait que, en tant que ressortissant du Sri Lanka, il avait besoin d'un visa pour entrer au Canada et il a voyagé à bord du *MS Sun Sea* afin de tenter de contourner l'exigence d'un visa. Il a passé plus de trois mois sur un navire avec des centaines d'autres personnes du Sri Lanka. M. Sinnappallai a allégué qu'il croyait que les autres passagers du *MS Sun Sea* étaient dans des circonstances semblables aux siennes. Il a eu amplement l'occasion de

entry. I am satisfied that if he did not actually know that they did not have the required documents, it was because he deliberately chose not to obtain that knowledge. I am satisfied that at the very least he was wilfully blind as to whether the passengers had the required documents. Since wilful blindness is the equivalent of knowledge, the final element of the definition of people smuggling, that the person concerned knew that the people being smuggled did not have the required documents, is met.

[66] The applicant attacks the ID's application of wilful blindness in two ways. First, he argues the ID erred in its understanding of the test for wilful blindness and failed to consider one of its elements. Second, he argues the ID erred in its assessment of the evidence when applying that test. Beginning with the first point, the applicant argues that the panel applied the incorrect legal test for wilful blindness because it omitted an essential *mens rea* element not discussed in paragraph 34 of *Alzehrani*. Specifically, it relies on the following statement made by the Supreme Court in *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at page 584:

Wilful blindness is distinct from recklessness because ... [it] arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant. The culpability ... in wilful blindness ... is justified by the accused's fault in deliberately failing to inquire when he knows there is reason for inquiry. [Emphasis added.]

The Supreme Court's more recent decision of *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411 (*Briscoe*), relied on by the Minister, also cites the very same passage at paragraph 22. Having consulted Morris Manning and Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2009) (*Criminal Law*), at page 180, a source relied on by the Supreme Court on several occasions, it confirms that "[w]here the case for the Crown depends upon wilful blindness, it must show that the accused had knowledge of the need for enquiry and deliberately refrained from ascertaining the true facts" (emphasis

s'informer sur la question de savoir si les passagers disposaient des documents requis pour entrer au Canada. Je suis convaincu que, si M. Sinnappallai ne savait réellement pas si les passagers étaient munis des documents requis, c'est parce qu'il a délibérément choisi de ne pas s'en informer. Je suis convaincu que, à tout le moins, il ignorait délibérément si les passagers avaient les documents requis. Comme l'ignorance volontaire est l'équivalent de la connaissance, il est satisfait au dernier élément de la définition du passage de clandestins, à savoir que l'intéressé savait que les migrants clandestins n'étaient pas munis des documents requis.

[66] Le demandeur invoque deux arguments pour contester l'application que la SI a faite du concept d'ignorance volontaire. En premier lieu, il soutient que la SI a commis une erreur dans son interprétation du critère de l'ignorance volontaire et qu'elle a omis de tenir compte d'un de ses éléments. En second lieu, il soutient que la SI a commis une erreur dans son appréciation de la preuve lorsqu'elle a appliqué ce critère. Pour ce qui est du premier point, le demandeur soutient que le tribunal n'a pas appliqué le bon critère juridique en ce qui concerne l'ignorance volontaire parce qu'elle a omis un élément essentiel de la *mens rea* dont il était question au paragraphe 34 du jugement *Alzehrani*. Il invoque plus particulièrement les propos suivants tenus par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, aux pages 584 et 585 :

L'ignorance volontaire diffère de l'insouciance parce qu'[elle] [...] se produit lorsqu'une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le faire parce qu'elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l'ignorance. La culpabilité dans le cas [...] de l'ignorance volontaire [...] se justifie par la faute que commet l'accusé en omettant délibérément de se renseigner lorsqu'il sait qu'il y a des motifs de le faire. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt plus récent *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411 (*Briscoe*), sur lequel le ministre se fonde, la Cour suprême cite également le même passage au paragraphe 22. Après avoir consulté l'ouvrage des auteurs Morris Manning et Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2009) (*Criminal Law*), à la page 180, un ouvrage que la Cour suprême a cité à plusieurs occasions, le demandeur confirme que [TRADUCTION] « lorsque sa thèse est fondée sur l'ignorance volontaire, la Couronne doit démontrer que l'accusé savait qu'il devait se renseigner et qu'il s'est délibérément abstenu de

added). Based on the above, I agree that wilful blindness requires a consideration of whether the applicant knew of a need to make the enquiry.

[67] Regarding this first matter of *mens rea*, I agree that the ID did not explicitly enunciate this component of the concept of wilful blindness. However, the Supreme Court recently confirmed that “[a] decision-maker is not required to make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion” (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 16). In addition, I note the ID did make a finding that the applicant knew of a reason for inquiry. Specifically, the ID determined at paragraph 48 of its reasons that the applicant knew that as a Sri Lankan, he needed a visa to enter Canada. This was sufficient for it to determine he had knowledge of a need for inquiry under section 117 and shows that the panel’s understanding of the test for wilful blindness was not deficient.

[68] Turning to the second point, the applicant argues that factually, he did not have a subjective reason to enquire about the documentation of other passengers because he believed and was told that they could lawfully claim refugee status despite lacking the passports and visas necessary to enter Canada (TR, at page 64). He argues that as a result, the ID would have erred in concluding he had a reason to make the enquiry. The applicant views this as an incorrect application of both the concept of wilful blindness and of the law.

[69] I highlight that section 117 does not require that a person know they are committing an illegal act; it simply requires that they know they are engaging in that act. After all, “it is well established that ignorance of the law is no defence” (*R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55, at paragraph 97). By analogy, for a person to be charged with knowingly importing narcotics, he or she must know they are committing that act, but they need not

vérifier les faits » (non souligné dans l’original). Compte tenu de ce qui précède, je suis d’accord pour dire que le concept d’ignorance volontaire exige que l’on vérifie si le demandeur savait qu’il devait se renseigner.

[67] En ce qui concerne tout d’abord la question de la *mens rea*, je suis d’accord pour dire que la SI n’a pas explicitement énoncé cet élément du concept d’ignorance volontaire. La Cour suprême a toutefoix récemment confirmé que « [l]e décideur n’est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à sa conclusion finale » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, au paragraphe 16). Je relève par ailleurs que la SI a effectivement conclu que le demandeur avait une raison de se renseigner. Plus précisément, la SI a conclu, au paragraphe 48 de ses motifs, que le demandeur savait qu’en tant que Sri-Lankais, il avait besoin d’un visa pour entrer au Canada, ce qui suffisait pour savoir qu’il devait se renseigner pour satisfaire aux exigences de l’article 117 et démontre que le tribunal n’a pas mal interprété le critère de l’ignorance volontaire.

[68] Pour ce qui est de la seconde question, le demandeur soutient qu’en fait, il n’avait aucune raison subjective de se renseigner au sujet des documents dont les autres passagers étaient munis ou non parce qu’il croyait — et qu’on lui avait dit — qu’ils pouvaient légalement demander l’asile malgré le fait qu’ils n’étaient pas munis des passeports et des visas nécessaires pour entrer au Canada (dossier d’instruction, à la page 64). Le demandeur affirme que la SI aurait par conséquent commis une erreur en concluant qu’il avait une raison de se renseigner. Le demandeur estime qu’il s’agit là d’une application incorrecte de la loi et du concept d’ignorance volontaire.

[69] Je tiens à signaler que l’article 117 n’exige pas que l’intéressé soit conscient du fait qu’il commet un acte illégal; l’article 117 exige simplement qu’il sache qu’il se livre à l’acte en question. Après tout, « il est bien établi que l’ignorance de la loi ne constitue pas un moyen de défense » (*R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, au paragraphe 97). Par analogie, pour qu’une personne soit accusée d’avoir importé sciemment des stupéfiants,

know it is illegal. Further, where they did not know but suspected narcotics were in a package they were carrying, but decided not to ask, the concept of wilful blindness will apply to impute them with that knowledge. Their lack of knowledge was deliberate and they were wilfully refraining from making inquiries so as not to discover the truth (*Criminal Law*, above, at page 178). Likewise, the applicant suspected other passengers did not have the necessary documentation, but chose not to enquire. The knowledge they did not have the necessary documentation can therefore reasonably be imputed to him, whether or not he knew it was illegal to enter Canada without these documents.

[70] I would address one final argument raised by the Minister before concluding on this issue. Attempting to refute the applicant's argument, the Minister argued there is no *mens rea* requirement under paragraph 37(1)(b), as it is not a criminal provision, and that even if the ID had erred in applying the concept of wilful blindness, the error would therefore not be determinative. I reject this argument. The Minister has taken position that paragraph 37(1)(b) does not criminalize "people smuggling", but rather establishes that those engaged in "people smuggling" are inadmissible to Canada. The Minister argued that it was in fact section 117 that set out what "people smuggling" is and criminalized such conduct. Following the Minister's logic then, to find an individual has engaged in "people smuggling" requires that his conduct meet the requirements set out in section 117. One such requirement is that the individual know the migrants he is smuggling do not have the necessary documents. If the ID erred in attributing that knowledge to the applicant through the concept of wilful blindness, then the requirement would not have been met and the applicant could not have engaged in "people smuggling". Hence, an error in the application of the concept would be determinative in the case at bar. While the standard of proof is clearly different and paragraph 37(1)(b) requires that there have been reasonable grounds to believe a person engaged in "people smuggling", for this to occur, there must also be

il faut qu'elle sache qu'elle commet l'acte en question sans toutefois qu'il soit nécessaire qu'elle sache que cet acte est illégal. De plus, lorsqu'elle ignore que les stupéfiants se trouvaient dans le colis qu'elle transportait, mais qu'elle en soupçonnait la présence sans avoir posé de questions à ce sujet, le concept d'ignorance volontaire s'applique, de telle sorte que cette personne est présumée avoir été au courant de ce fait. Son ignorance était délibérée et elle s'est volontairement abstenue de se renseigner pour éviter de découvrir la vérité (*Criminal Law*, précité, à la page 178). Dans le même ordre d'idées, le demandeur soupçonnait que d'autres passagers n'étaient pas munis des documents nécessaires, mais il a choisi de ne pas se renseigner. On peut donc raisonnablement considérer qu'il savait que les autres passagers n'étaient pas munis des documents requis, et ce, qu'il ait su ou non qu'il était illégal d'entrer au Canada sans être muni des documents en question.

[70] Je tiens à aborder un dernier argument soulevé par le ministre avant de conclure sur cette question. Pour tenter de réfuter la thèse du demandeur, le ministre a fait valoir que l'alinéa 37(1)b) ne comportait aucune obligation de *mens rea*, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une disposition criminelle, et que, même si la SI avait commis une erreur en appliquant le concept d'ignorance volontaire, cette erreur ne serait pas déterminante. Je rejette cet argument. Le ministre a adopté le point de vue suivant lequel l'alinéa 37(1)b) n'érige pas le « passage de clandestins » en infraction, mais établit plutôt que ceux qui se livrent au « passage de clandestins » sont interdits de territoire au Canada. Le ministre soutenait que c'est en fait l'article 117 qui précise en quoi consiste le « passage de clandestins » et qui érige cet acte en infraction. Si l'on suit la logique du ministre, pour conclure que l'individu s'est livré au « passage de clandestins », il faut que sa conduite satisfasse aux exigences énoncées à l'article 117. Une des conditions prévues à cet article prévoit que l'individu doit être au courant du fait que les migrants clandestins qu'ils transportent ne sont pas munis des documents requis. Si la SI a commis une erreur en imputant cette connaissance au demandeur lorsqu'elle a appliqué le concept de l'ignorance volontaire, cette condition n'aurait donc pas été respectée et le demandeur ne pourrait être considéré comme s'étant livré au « passage de clandestins ». Par conséquent, toute erreur dans l'application du concept

reasonable grounds to believe that all the requirements set out in section 117 were met.

[71] In light of my above finding that knowledge of the passengers' lack of required documents was properly imputed to the applicant, the ID's conclusion that he engaged in people smuggling was reasonable. The applicant knowingly aided the coming into Canada of persons who were not in possession of documents required by the IRPA, as defined by subsection 117(1). Accordingly, it was also reasonable to conclude the applicant was inadmissible to Canada for having engaged, in the context of transnational crime, in "people smuggling" as set out in paragraph 37(1)(b). The ID's reasons satisfy the requirement of justification, transparency, and intelligibility, and its decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47).

[72] The applicant suggested the following certified question:

1. "Does 'people smuggling' in section 37(1)(b) of IRPA include requirements of either or both (1) a financial or material benefit and (2) crossing of a border without complying with the necessary requirements for legal entry into the necessary state?"

[73] The applicant argues that the act of "people smuggling" referred to in paragraph 37(1)(b) of the IRPA has never previously been interpreted by this Court and that different interpretations have been given to it by the I.R.B. It is argued that this is a question of general importance that merits certification and review by the Federal Court of Appeal as called for by paragraph 74(d) of the IRPA. The applicant considers that "people smuggling" should be interpreted in the context

aurait un effet déterminant en l'espèce. Bien que la norme de preuve soit de toute évidence différente et que l'alinéa 37(1)b exige qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une personne s'est livrée au « passage de clandestins » pour que cette situation se produise, il faut également qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il a été satisfait à toutes les exigences énoncées à l'article 117.

[71] Compte tenu de ma conclusion suivant laquelle c'est à tort que la SI a considéré que le demandeur était au courant que les passagers n'étaient pas munis des documents requis, la conclusion de la SI suivant laquelle le demandeur s'est livré au passage de clandestins était donc raisonnable. Le demandeur a sciemment aidé des personnes qui n'étaient pas munies des documents exigés par la LIPR à entrer au Canada au sens du paragraphe 117(1). Par conséquent, il était donc également raisonnable de conclure que le demandeur était interdit de territoire au Canada au motif qu'il s'était livré, dans le contexte d'un crime transnational, au « passage de clandestins » au sens de l'alinéa 37(1)b). Les motifs exposés par la SI satisfont à l'exigence de justification, de transparence et d'intelligibilité et sa décision appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

[72] Le demandeur a proposé la certification de la question suivante :

1. « L'expression "passage de clandestins" à l'alinéa 37(1)b) de la LIPR exige-t-elle : 1) l'existence d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel et/ou 2) le franchissement d'une frontière alors qu'il n'a pas été satisfait aux conditions nécessaires à l'entrée légale dans l'état d'accueil? »

[73] Le demandeur affirme que l'acte consistant à faire passer des clandestins au sens de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR n'a jamais été interprété par notre Cour et que la C.I.S.R. l'a interprété de diverses façons. Il affirme qu'il s'agit d'une question grave de portée générale qui mérite d'être certifiée et examinée par la Cour d'appel fédérale comme le prévoit l'alinéa 74d) de la LIPR. Le demandeur considère que l'expression « passage de clandestins » devrait être interprétée dans

of paragraph 37(1)(b) of the IRPA and that relying on section 117 did not adhere to the rules of statutory interpretation. As seen above, the applicant argues that contrary to section 117 of the IRPA, “people smuggling” properly defined in paragraph 37(1)(b) requires that the smuggler engage in the activity for a financial benefit with the intention of clandestinely bringing people into Canada. The applicant also implied in his last submissions that if the standard of review applicable for the interpretation of “people smuggling” was reasonableness, then a certified question should be certified, relying on *Khosa*, above, at paragraph 30. However, no specific question was submitted.

[74] The Minister objects to the proposed question, arguing that it is not dispositive of the application due to the findings of fact made by the I.R.B.. It is also not consistent with the jurisprudential dicta that section 37 must be given an “unrestricted and broad” interpretation and that in essence, what the applicant is claiming for is a restrictive interpretation of the term “people smuggling”. The Minister did not comment on the standard of review question sought by the applicant.

[75] I have decided to certify an amended question. One of the main issues at play in this procedure is the interpretation to be given to “people smuggling” as referred to in paragraph 37(1)(b) of the IRPA. This interpretation is determinative of the scope to be given to it. The parties did not submit any guiding jurisprudence on the topic and our research has shown none. Furthermore, depending on the definition or interpretation given, it may be dispositive of the case at hand. Therefore, I do consider that the following amended question is one that is serious, of general importance, and that should be certified:

(1) For the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, is it appropriate to define the term “people smuggling”

le contexte de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR et que le fait de se fonder sur l’article 117 fait entorse aux principes d’interprétation des lois. Comme nous l’avons déjà vu, le demandeur affirme que, contrairement à ce que prévoit l’article 117 de la LIPR, l’expression « passage de clandestins » que l’on trouve à l’alinéa 37(1)b) exige, lorsqu’on la définit correctement, que le passeur se livre à cette activité en vue d’en tirer un avantage financier, et qu’il ait l’intention de faire entrer clandestinement des personnes au Canada. Le demandeur laisse également entendre, dans ses derniers arguments, que, si la norme de contrôle applicable à l’interprétation de l’expression « passage de clandestins » est celle de la décision raisonnable, il convient de certifier la question, comme le précise l’arrêt *Khosa*, précité, au paragraphe 30. Or, aucune question précise n’a été énoncée.

[74] Le ministre s’oppose à la question proposée, faisant valoir qu’elle ne permet pas de trancher la demande en raison des conclusions de fait tirées par la C.I.S.R.. Il ajoute que la question proposée n’est pas conforme à la consigne donnée par la jurisprudence suivant laquelle l’article 37 doit recevoir une interprétation « libérale, sans restriction aucune », ajoutant que le demandeur réclame essentiellement une interprétation restrictive de l’expression « passage de clandestins ». Le ministre n’a pas formulé d’observations au sujet de la question de la norme de contrôle soulevée par le demandeur.

[75] J’ai décidé de certifier une question modifiée. Une des principales questions en litige dans la présente instance est celle de l’interprétation qu’il convient de donner de l’expression « passage de clandestins » que l’on trouve à l’alinéa 37(1)b) de la LIPR. Cette interprétation aura un effet déterminant sur la portée à donner à cette expression. Les parties n’ont cité aucune décision éclairante sur la question et nos recherches n’ont produit aucun résultat non plus. De plus, selon la définition ou l’interprétation retenue, la réponse est susceptible de trancher le litige. J’estime donc que la question modifiée suivante est une question grave de portée générale qu’il convient de certifier :

1) Pour l’application de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR, est-il approprié de définir l’expression « passage

by relying on section 117 of the same statute rather than a definition contained in an international instrument to which Canada is a signatory?

[76] In reference to the request by the applicant for a certified question regarding the appropriate standard of review applicable to a tribunal's interpretation of its own statute (for which no question was submitted for consideration), I relied for this point on clear jurisprudence from the Supreme Court of Canada to conclude that the issue called for reasonableness (*Alberta Teachers'*, above, at paragraph 30; *Alliance Pipeline*, above, at paragraphs 37–39; *Khosa*, above, at paragraph 44; *Dunsmuir*, above, at paragraph 54). In such circumstances, I do not see why it is necessary for this Court to certify a question on this point.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application for judicial review is dismissed and the following question is certified:

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

de clandestins » sur le fondement de l'article 117 de ladite loi plutôt que sur la base de la définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire?

[76] En ce qui concerne l'invitation que nous fait le demandeur de certifier une question concernant la norme de contrôle applicable à l'interprétation qu'un tribunal administratif fait de sa propre loi constitutive (pour laquelle aucune question n'a été soumise à notre examen), je me fonde à cet égard sur la jurisprudence constante de la Cour suprême du Canada pour conclure que cette question commande l'application de la norme de la décision raisonnable (*Alberta Teachers'*, précité, au paragraphe 30; *Alliance Pipeline*, précité, aux paragraphes 37 à 39; *Khosa*, précité, au paragraphe 44; *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 54). Dans ces conditions, je ne vois pas pourquoi il serait nécessaire que notre Cour certifie une question à ce sujet.

JUGEMENT

LA COUR REJETTE la demande de contrôle judiciaire et CERTIFIE la question suivante :

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

T-1288-10
2012 FC 650

T-1288-10
2012 CF 650

**Commissioner of Official Languages of Canada and
Dr. Karim Amellal** (*Applicants*)

**Commissaire aux langues officielles du Canada et
Dr Karim Amellal** (*demandeurs*)

v.

c.

CBC/Radio-Canada (*Respondent*)

CBC/Radio-Canada (*défenderesse*)

**INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF OFFICIAL
LANGUAGES) v. CBC/RADIO-CANADA**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE AUX LANGUES
OFFICIELLES) c. CBC/RADIO-CANADA**

Federal Court, Martineau J.—Ottawa, January 9,
April 11, 12 and May 29, 2012.

Cour fédérale, juge Martineau—Ottawa, 9 janvier,
11 et 12 avril et 29 mai 2012.

Official Languages — In application for remedy, brought by Commissioner of Official Languages (applicant), under Official Languages Act, s. 77 (Part X), respondent moving to summarily dismiss proceeding on ground programming services at issue subject to Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) having exclusive jurisdiction in those matters — Applicant seeking declaration that respondent subject to Official Languages Act, failing to comply with s. 41 thereof — After conducting investigation, applicant concluding that respondent failing to comply with Official Languages Act, s. 41(2) since not holding prior consultations with official language minority community (OLMC) of southwestern Ontario regarding decision to make significant budget cuts on radio programming thereof — Whether Federal Court having concurrent jurisdiction with CRTC herein; if so, which concurrent legal scheme governing dispute — No conflict existing between Official Languages Act, Broadcasting Act; Federal Court, to which Official Languages Act, Part X applying, having prima facie jurisdiction to determine scope of Official Languages Act, s. 41(2), to decide whether failure to comply with duty to take positive measures occurring herein — In both statutes, Parliament's general will to foster development, enhance vitality of OLMCs — However, general jurisdiction of Federal Court identified under Official Languages Act, Part X to grant "remedy" in cases of noncompliance with Official Languages Act necessarily only concurrent with CRTC's specialized jurisdiction in broadcasting matters under Broadcasting Act, Part II — Complaints made to Commissioner could appropriately be decided on merits by CRTC — Fact that CRTC considering other factors in addition to language issue not sufficient for Federal Court to entertain application for remedy at that stage — CRTC in better position than Federal Court to assess impact of budget cuts on respondent's programming, to grant applicants appropriate relief if applicable — Not possible to predict final outcome or respondent's arguments in response to applicants' intervention — Given

Langues officielles — Demande présentée par le commissaire aux langues officielles (demandeur) visant à former un recours en vertu de l'art. 77 (partie X) de la Loi sur les langues officielles; la défenderesse demande que le recours soit rejeté sommairement au motif que les services de programmation en cause sont assujettis à la Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, et que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a compétence exclusive en la matière — Le demandeur voulait obtenir une déclaration selon laquelle la défenderesse est assujettie à la Loi sur les langues officielles et a contrevenu à l'art. 41 de cette loi — Après avoir mené une enquête, le demandeur a conclu que la défenderesse avait contrevenu à l'art. 41(2) de la Loi sur les langues officielles parce qu'elle n'a pas préalablement tenu de consultations avec la communauté de langue officielle en situation minoritaire (CLOSM) du Sud-Ouest de l'Ontario concernant sa décision de faire d'importantes compressions budgétaires visant la programmation radio de cette communauté — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence concurrente avec le CRTC dans cette affaire et, le cas échéant, lequel des régimes légaux concurrents devait régir le litige — Il n'y a pas de conflit entre la Loi sur les langues officielles et la Loi sur la radiodiffusion; la Cour fédérale, à qui la partie X de la Loi sur les langues officielles s'applique, a compétence à première vue pour déterminer la portée de l'art. 41(2) de la Loi sur les langues officielles et décider s'il y a eu manquement à l'obligation de prendre des mesures positives en l'espèce — Dans les deux lois, la volonté générale du Parlement est de favoriser le développement et l'épanouissement des CLOSM — Cependant, la compétence générale que possède la Cour fédérale, en vertu de la partie X de la Loi sur les langues officielles, pour accorder une « réparation » en cas de manquement à la Loi sur les langues officielles ne peut être que concurrente à la compétence spécialisée en matière de radiodiffusion que possède le CRTC en vertu de la partie II de la Loi sur la radiodiffusion — Le CRTC pourrait statuer de façon appropriée sur le fond des plaintes

climate of uncertainty, Federal Court exercising judicial discretion, ordering stay of proceedings in present case while safeguarding rights of parties.

Federal Court Jurisdiction — Applicant (Commissioner of Official Languages) instituting proceedings under Official Languages Act, Part X, on ground respondent subject to Official Languages Act, failing to comply with s. 41 thereof since not taking “positive measures” as required — Whether Federal Court having concurrent jurisdiction with Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) to resolve dispute herein — Federal Court, to which Official Languages Act, Part X applying, having prima facie jurisdiction to determine scope of Official Languages Act, s. 41(2), to decide whether failure to comply with duty to take positive measures occurring herein — Thus, Federal Court having jurisdiction under Official Languages Act, s. 77 according to concurrent jurisdiction model— However, that jurisdiction necessarily only concurrent with CRTC’s specialized jurisdiction in broadcasting matters under Broadcasting Act, Part II— CRTC in better position than Federal Court to assess impact of budget cuts on respondent’s programming, to grant applicants appropriate relief if applicable.

Broadcasting — Applicant (Commissioner of Official Languages) conducting investigation, concluding that respondent failing to comply with Official Languages Act, s. 41(2) since not holding prior consultations with official language minority community (OLMC) of southwestern Ontario regarding decision to make significant budget cuts on radio programming thereof — Applying for remedy under Official Languages Act, s. 77 (Part X) for declaration that respondent failing to comply with s. 41 thereof — Respondent moving to summarily dismiss proceeding on ground programming services at issue subject to Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) having exclusive jurisdiction in those matters — General jurisdiction of Federal Court identified under Official Languages Act, Part X to grant “remedy” in cases of noncompliance with Official Languages Act

portées devant le commissaire — Le fait que le CRTC considère d’autres facteurs, en plus de la question linguistique, n’était pas suffisant pour que la Cour fédérale accepte, à ce stade, d’entendre le recours judiciaire — Le CRTC est mieux placé que la Cour fédérale pour évaluer l’impact des compressions budgétaires sur la programmation de la défenderesse et pour accorder aux demandeurs une réparation appropriée, le cas échéant — On ne pouvait prédire le résultat final, ni quels arguments seraient apportés par la défenderesse en réponse aux interventions du demandeur — Compte tenu du climat d’incertitude, la Cour fédérale a exercé son pouvoir judiciaire discrétionnaire et a ordonné la suspension des procédures dans ce dossier, tout en préservant les droits des parties.

Compétence de la Cour fédérale — Le demandeur (le commissaire aux langues officielles) a intenté un recours en vertu de la partie X de la Loi sur les langues officielles, au motif que la défenderesse est assujettie à la Loi sur les langues officielles et qu’elle a contrevenu à l’art. 41 de ladite loi parce qu’elle n’a pas pris de « mesures positives » comme elle l’aurait dû — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a une compétence concurrente avec le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) pour régler le présent litige — La Cour fédérale, à qui s’applique la partie X de la Loi sur les langues officielles, a compétence à première vue pour déterminer la portée de l’art. 41(2) de la Loi sur les langues officielles et pour décider s’il y a eu manquement à l’obligation de prendre des mesures positives en l’espèce — Par conséquent, la Cour fédérale a compétence en vertu de l’art. 77 de la Loi sur les langues officielles, selon le modèle de la compétence concurrente — Toutefois, cette compétence ne peut être que concurrente à la compétence spécialisée en matière de radiodiffusion que possède le CRTC en vertu de la partie II de la Loi sur la radiodiffusion — Le CRTC est mieux placé que la Cour fédérale pour évaluer l’impact des compressions budgétaires sur la programmation de la défenderesse et pour accorder aux demandeurs une réparation appropriée, le cas échéant.

Radiodiffusion — Le demandeur (le commissaire aux langues officielles) a mené une enquête et a conclu que la défenderesse avait contrevenu à l’art. 41(2) de la Loi sur les langues officielles parce qu’elle n’a pas préalablement tenu de consultations avec la communauté de langue officielle en situation minoritaire (CLOSM) du Sud-Ouest de l’Ontario concernant sa décision de faire d’importantes compressions budgétaires touchant la programmation radio de cette communauté — Le demandeur a intenté un recours en vertu de l’art. 77 (partie X) de la Loi sur les langues officielles en vue d’obtenir une déclaration selon laquelle la défenderesse a contrevenu à l’art. 41 de ladite loi — La défenderesse demandait que le recours judiciaire soit rejeté sommairement au motif que les services de programmation en cause sont assujettis à la Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, et que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications

necessarily only concurrent with CRTC's specialized jurisdiction in broadcasting matters under Broadcasting Act, Part II — Complaints made to Commissioner could appropriately be decided on merits by CRTC — CRTC in better position than Federal Court to assess impact of budget cuts on respondent's programming, to grant applicants appropriate relief if applicable.

This was an application by the Commissioner of Official Languages (applicant) for a remedy under section 77 (Part X) of the *Official Languages Act* and for a declaration that the respondent is subject to the *Official Languages Act* and that it failed to comply with section 41 thereof. The proceeding follows an investigation by the applicant, concluding that the respondent failed to comply with subsection 41(2) of the *Official Languages Act*, which requires that federal institutions take “positive measures”, because it had not held prior consultations with the official language minority community (OLMC) of southwestern Ontario or conducted an analysis of the impact of its decision to make significant budget cuts on CBEF Windsor’s radio programming. The respondent raised a preliminary issue, asking the Federal Court to summarily dismiss the proceeding on the ground that its programming services are subject to the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11 and that the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) has exclusive jurisdiction in those matters. The respondent submitted that its programming activities are governed by the broadcasting policy for Canada, the conditions of licence and the expectations set out in the CRTC’s decisions made under the *Broadcasting Act*. Alternatively, the respondent argued that the CRTC was in a better position to make informed decisions on the negative impact of the budget cuts at issue. The applicants argued, *inter alia*, that there is no conflict between the *Broadcasting Act* and the *Official Languages Act* and that the Federal Court has concurrent jurisdiction with the CRTC and is in a better position to decide whether the respondent breached its duty to take “positive measures” pursuant to subsection 41(2) of the *Official Languages Act* to enhance the vitality of Canada’s English and French linguistic minority communities.

CBEF Windsor is the only French-language radio station in southwestern Ontario. Given its significant financial shortfall, the respondent implemented general budget cuts

canadiennes (CRTC) a compétence exclusive en la matière — La compétence générale que possède la Cour fédérale, en vertu de la partie X de la Loi sur les langues officielles, pour accorder une « réparation » en cas de manquement à la Loi sur les langues officielles ne peut être que concurrente à la compétence spécialisée en matière de radiodiffusion que possède le CRTC en vertu de la partie II de la Loi sur la radiodiffusion — Le CRTC pourrait statuer de façon appropriée sur le fond des plaintes portées devant le commissaire — Le CRTC est mieux placé que la Cour fédérale pour évaluer l’impact des compressions budgétaires sur la programmation de la défenderesse, et pour accorder aux demandeurs une réparation appropriée, le cas échéant.

Il s’agissait d’une demande du commissaire aux langues officielles (demandeur) visant à former un recours en vertu de l’article 77 (partie X) de la *Loi sur les langues officielles* et à obtenir une déclaration selon laquelle la défenderesse est assujettie à la *Loi sur les langues officielles* et qu’elle a contrevenu à l’article 41 de ladite loi. Cette poursuite fait suite à une enquête menée par le demandeur, qui a conclu que la défenderesse avait contrevenu au paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles*, qui oblige les institutions fédérales à prendre des « mesures positives », parce qu’elle n’a pas préalablement tenu de consultations avec la communauté de langue officielle en situation minoritaire (CLOSM) du Sud-Ouest de l’Ontario et n’a procédé à aucune analyse de l’impact de sa décision de faire d’importantes compressions budgétaires visant la programmation radio de CBEF Windsor. La défenderesse a soulevé une question préliminaire et a demandé à la Cour fédérale de rejeter sommairement le présent recours au motif que ses services de programmation sont assujettis à la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, et que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a compétence exclusive en la matière. La défenderesse a fait valoir que ses activités de programmation étaient régies par la politique canadienne de radiodiffusion, les conditions de licence et les attentes énoncées dans les décisions que le CRTC a rendues en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Subsidiairement, la défenderesse a soutenu que le CRTC était mieux placé pour prendre des décisions éclairées au sujet de l’impact négatif des compressions budgétaires en cause. Les demandeurs ont fait valoir, entre autres, qu’il n’y avait pas de conflit entre la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur les langues officielles*, et que la Cour fédérale avait compétence concurrente avec le CRTC et était mieux placée pour décider si la défenderesse avait manqué à l’obligation énoncée au paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles* de prendre des « mesures positives » pour favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada.

CBEF Windsor est la seule station radio de langue française dans le Sud-Ouest de l’Ontario. Faisant face à un important manque à gagner, la défenderesse a dû procéder à des

throughout the country in 2009. As a result, the three programs that were produced in Windsor were consequently cancelled, angering many of the region's Francophone residents. Many complaints were made to the applicant regarding CBEF Windsor's programming. Further to its investigation, the applicant recommended in particular that the respondent review its decision concerning CBEF Windsor in light of the duty of federal institutions under section 41 of the *Official Languages Act* to take "positive measures" and to assess the impact of its decisions on OLMCs. However, the respondent from the outset refused to cooperate and did not follow up on the applicant's recommendations. The applicant sought an order requiring the respondent to review its decision concerning CBEF Windsor and to make the necessary arrangements to compensate for the negative impact of this decision on the OLMC of southwestern Ontario. In the meantime, the CRTC began the public process of renewing all of the respondent's licences and intended to hold a public hearing to examine, *inter alia*, the respondent's budget plans and the renewal of its licences.

The main issue was whether the Federal Court has concurrent jurisdiction with the CRTC in this case, and if it does, which concurrent legal scheme should govern the dispute.

Held, the proceedings should be stayed to allow the CRTC to make its decision on the applications for renewal of the respondent's licences and on any complaint or intervention by the applicants in respect of the decrease in local and/or regional programming hours broadcast by CBEF Windsor.

Based on the evidence in this case, there is no conflict between the *Official Languages Act* and the *Broadcasting Act*; the court to which Part X applies, that is, the Federal Court (section 76 of the *Official Languages Act*), has *prima facie* jurisdiction to determine the scope of subsection 41(2) of the *Official Languages Act* and to decide whether there was a failure to comply with the duty to take positive measures. The *Official Languages Act* reflects a social and political compromise; it gives the applicant the powers of a true linguistic ombudsman and creates a judicial process that provides for relief in the cases set out at subsection 77(1) of the *Official Languages Act*. Thus, the Federal Court has jurisdiction, strictly speaking, under section 77 of the *Official Languages Act* according to the concurrent jurisdiction model.

To decide which of the concurrent legal schemes should govern the dispute herein, two elements had to be analyzed: the nature of the dispute to determine its essential character

compressions budgétaires générales dans tout le pays en 2009. En conséquence, les trois émissions qui étaient produites à Windsor ont été annulées, ce qui a suscité l'ire de nombreux résidents francophones de la région. De nombreuses plaintes ont été présentées au demandeur relativement à la programmation de CBEF Windsor. À la suite de son enquête, le demandeur a recommandé plus particulièrement que la défenderesse revoie sa décision visant CBEF Windsor à la lumière de l'obligation qui incombe aux institutions fédérales, en vertu de l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*, de prendre des « mesures positives » et d'évaluer l'impact de ses décisions sur les CLOSM. Or, la défenderesse a refusé dès le départ de collaborer et n'a pas donné suite aux recommandations du demandeur. Le demandeur a donc tenté d'obtenir une ordonnance obligeant la défenderesse à revoir sa décision concernant CBEF Windsor et à prendre les moyens nécessaires pour atténuer l'impact négatif qu'a eu cette décision sur la CLOSM du Sud-Ouest de l'Ontario. Dans l'intervalle, le CRTC a amorcé le processus public de renouvellement de l'ensemble des licences de la défenderesse et entendait tenir une audience publique afin d'examiner notamment les plans budgétaires de la défenderesse et le renouvellement de ses licences.

La question principale était de savoir si la Cour fédérale avait compétence concurrente avec le CRTC dans cette affaire et, le cas échéant, lequel des régimes légaux concurrents devait régir le litige.

Jugement : Les procédures doivent être suspendues afin de permettre au CRTC de se prononcer à l'égard des demandes de renouvellement de licences de la défenderesse et de toute plainte ou intervention des demandeurs relativement à la réduction des heures de programmation locale ou régionale diffusée à l'antenne de CBEF Windsor.

À la lumière des éléments de preuve au dossier, il n'y a pas de conflit entre la *Loi sur les langues officielles* et la *Loi sur la radiodiffusion*, et le tribunal visé à la partie X, soit la Cour fédérale (article 76 de la *Loi sur les langues officielles*), a compétence à première vue pour déterminer la portée du paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles* et pour décider s'il y a eu manquement à l'obligation de prendre des mesures positives. La *Loi sur les langues officielles* reflète un compromis social et politique; elle attribue au demandeur les pouvoirs d'un véritable ombudsman linguistique et elle crée un processus judiciaire qui permet d'obtenir réparation dans les cas prévus au paragraphe 77(1) de la *Loi sur les langues officielles*. Par conséquent, la Cour fédérale a compétence, au sens strict, en vertu de l'article 77 de la *Loi sur les langues officielles*, selon le modèle de la compétence concurrente.

Pour décider lequel des régimes légaux concurrents devrait régir le litige en l'espèce, on devait analyser deux éléments : la nature du litige afin de déterminer son essence, et la

and whether Parliament intended for the dispute to be governed by the *Broadcasting Act* or by the *Official Languages Act*, depending on what the relevant legal provisions indicated. Whereas the *Official Languages Act* constitutes a comprehensive code on linguistic rights, the *Broadcasting Act* also constitutes a comprehensive code on broadcasting. The *Broadcasting Act* applies to broadcasting undertakings, which include distribution undertakings and programming undertakings, including networks (*Broadcasting Act*, subsections 2(1), 4(3)). The word “programming” extends to the total process of gathering, assembling and putting out the programs generally. Full effect must be given to Parliament’s intent that the specific procedure in accordance with which the national public broadcaster provides its program offering, over the full network and in the regions, be substantively established by the CRTC as part of the public process to issue and renew the respondent’s licences.

There is no conflict between the purposes of the *Official Languages Act* and those of the *Broadcasting Act*. In both statutes, the general will of Parliament is to foster the development and enhance the vitality of OLMCs while leaving the choice of means in the hands of the federal institutions concerned and the broadcasters, including the national public broadcaster. The same may be said of the legal principles for the application of both statutes.

The government cannot interfere with the respondent’s programming choices (*Official Languages Act*, subsections 4(1), 35(2), 46(5), 52(2)). However, freedom of expression and journalistic independence do not constitute a general licence allowing the respondent to avoid implementing the linguistic aspects of the broadcasting policy for Canada, to ignore the regions and the OLMCs and to decrease the contribution of artists and other local talents in its national and regional programming. As well, the respondent’s programming for the people of Canada must include a certain proportion of regionally produced programs, with which listeners and television viewers will be able to identify. This is especially true in the case of OLMCs, which are threatened by assimilation and count on public radio and public television to preserve their language and cultural identity. The federal government must comply with the broadcasting policy in full, not only in letter but also in spirit. In particular, the will of Parliament is for a range of broadcasting services in French and English to be extended to all Canadians as resources become available (paragraph 3(1)(k) of the *Broadcasting Act*). As regards the respondent’s programming, the public broadcaster’s mandate expressly includes promoting both official languages, preserving the identity of French-speaking and English-speaking minorities within the

question de savoir si le législateur voulait que le litige soit régi par la *Loi sur la radiodiffusion* ou par la *Loi sur les langues officielles*, selon ce qu’indiquaient les dispositions légales pertinentes. Bien que la *Loi sur les langues officielles* constitue un code complet en matière de droits linguistiques, la *Loi sur la radiodiffusion* constitue également un code complet en matière de radiodiffusion. La *Loi sur la radiodiffusion* s’applique aux entreprises de radiodiffusion, ce qui inclut les entreprises de distribution et de programmation, y compris les réseaux (paragraphe 2(1) et 4(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*). Le mot « programmation » vise toutes les étapes de la collecte d’information, du montage et de la diffusion des émissions en général. Il faut donner plein effet à la volonté du Parlement que les modalités particulières de fourniture de l’offre de programmation du radiodiffuseur public national, sur l’ensemble du réseau et en région, soient d’abord et avant tout fixées par le CRTC dans le cadre du processus public d’attribution et de renouvellement des licences de la défenderesse.

Il n’y a pas de conflit entre les objectifs de la *Loi sur les langues officielles* et ceux de la *Loi sur la radiodiffusion*. Dans les deux lois, la volonté générale du Parlement est de favoriser le développement et l’épanouissement des CLOSM, tout en laissant le choix des moyens aux institutions fédérales concernées, d’une part, et aux radiodiffuseurs, notamment le radiodiffuseur public national, d’autre part. On peut en dire tout autant des principes juridiques relatifs à l’application des deux lois.

Le gouvernement ne peut s’ingérer dans les choix de programmation de la défenderesse (paragraphe 4(1), 35(2), 46(5) et 52(2) de la *Loi sur les langues officielles*). D’un autre côté, la liberté d’expression et l’indépendance journalistique de la défenderesse ne constituent pas une licence générale lui permettant d’éviter de mettre en œuvre les aspects linguistiques de la politique canadienne de radiodiffusion, d’ignorer les régions et les CLOSM, et de diminuer la contribution des artistes et autres talents locaux à sa programmation nationale et régionale. De plus, dans la programmation que la défenderesse offre à la population canadienne, il doit y avoir une certaine part d’émissions produites en région, dans lesquelles les auditeurs et les téléspectateurs peuvent se reconnaître. Ceci est encore plus vrai dans le cas des CLOSM, qui sont menacées d’assimilation et qui comptent sur la radio et la télévision publiques pour maintenir leur langue et leur identité culturelle. La politique canadienne de radiodiffusion doit être intégralement respectée par le gouvernement fédéral, non seulement dans sa lettre, mais aussi dans son esprit. C’est particulièrement le désir du Parlement qu’une gamme de services de radiodiffusion en français et en anglais soit progressivement offerte à tous les Canadiens, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens (alinéa 3(1)k) de la *Loi sur la radiodiffusion*). En ce qui concerne la programmation

Canadian federation and contributing to shared national consciousness and identity (subparagraphs 3(1)(m)(iv), (v) and (vi) of the *Broadcasting Act*). That is the law, and everyone must obey it, including Her Majesty in right of Canada or a province (subsection 4(1) of the *Broadcasting Act*).

The duty to take “positive measures” set out at subsection 41(2) of the *Official Languages Act* must be interpreted and applied in light of the programming undertakings already assumed by the respondent under the *Broadcasting Act* or which the CRTC may require in the form of expectations and conditions of licence. Therefore, the general jurisdiction of the Federal Court identified under Part X of the *Official Languages Act* to grant a “remedy” in the event of noncompliance with the *Official Languages Act* is necessarily only concurrent with the CRTC’s specialized jurisdiction in broadcasting matters under Part II of the *Broadcasting Act*.

The complaints made to the Commissioner could appropriately be decided on the merits by another authority: the CRTC. The process of renewing the respondent’s licences is the forum favoured by Parliament for discussions to be held on the decrease in local or regional French-language programming. Ten years having passed since the respondent’s licences were last renewed, it was therefore high time that the respondent provide Canadians with an explanation of its programming choices and of its vision for the future in a setting where the interested parties will have the opportunity to be heard. In this case, the best forum would be the CRTC, which acts as a regulator and lawmaker in the area of broadcasting. Since the 2009 cutbacks were made over three years ago, it would be difficult to see how today the Federal Court could legally force the resumed broadcasting of cancelled programs or set a minimum threshold for local or regional production. This power belongs instead to the CRTC, which has an overall picture of the respondent’s activities and its future plans for programming produced in the major centres and in the regions. There was nothing in this case showing that it would not be possible for the complaints made to the Commissioner in 2009 to be decided appropriately on the merits. The fact that the CRTC considers other factors in addition to the language issue was not, in itself, sufficient for the Federal Court to agree to entertain the application for a remedy at that stage.

While subsection 77(4) of the *Official Languages Act* allows the Federal Court to grant such remedy as it considers appropriate, the exercise of that power cannot directly conflict with the CRTC’s powers. Parliament has stated in the

de la défenderesse, le mandat du radiodiffuseur public consiste explicitement à promouvoir les deux langues officielles, à maintenir l’identité des minorités francophones et anglophones au sein de la fédération canadienne, ainsi qu’à contribuer au partage d’une conscience et d’une identité nationales (sous-alinéas 3(1)m)(iv), (v) et (vi) de la *Loi sur la radiodiffusion*). C’est la loi, et tous et toutes doivent la respecter, y compris Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province (paragraphe 4(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*).

L’obligation de prendre des « mesures positives » inscrite au paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles* doit être interprétée et appliquée à la lumière des engagements de programmation déjà pris par la défenderesse en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* ou que le CRTC peut prescrire sous forme de conditions de licence et d’attentes. Ainsi, la compétence générale que possède la Cour fédérale, en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles*, pour accorder une « réparation » en cas de manquement à la *Loi sur les langues officielles* ne peut être que concurrente à la compétence spécialisée en matière de radiodiffusion que possède le CRTC en vertu de la partie II de la *Loi sur la radiodiffusion*.

Il pourrait être statué de façon appropriée sur le fond des plaintes portées devant le commissaire dans une autre instance, ici le CRTC. Le processus de renouvellement des licences de la défenderesse constitue le forum privilégié par le législateur pour débattre de la réduction de la programmation régionale ou locale de langue française. Dix ans ont passé depuis le dernier renouvellement des licences de la défenderesse. Il était donc grand temps que celle-ci explique aux Canadiens ses choix de programmation et sa vision pour l’avenir dans un cadre où toutes les parties intéressées auront la possibilité de se faire entendre. En l’espèce, le meilleur forum serait le CRTC, qui fait office de régulateur et législateur dans le domaine de la radiodiffusion. Comme les compressions de 2009 ont eu lieu il y a plus de trois ans, il est difficile de voir comment la Cour fédérale pourrait légalement forcer aujourd’hui la reprise de la diffusion d’émissions annulées ou prescrire un seuil minimum d’heures de production locale ou régionale. Ce pouvoir appartient plutôt au CRTC, qui a une vue d’ensemble sur les activités de radiodiffusion de la défenderesse et ses plans en matière de programmation produite dans les grands centres et en région. En l’espèce, rien de démontrait qu’il ne pourrait être statué de façon appropriée sur le fond des plaintes ayant été portées en 2009 devant le commissaire. Le fait que le CRTC considère d’autres facteurs, en plus de la question linguistique, n’était pas suffisant en soi pour que la Cour fédérale accepte, à ce stade, d’entendre le recours judiciaire.

Il est vrai que le paragraphe 77(4) de la *Loi sur les langues officielles* permet à la Cour fédérale d’accorder la réparation qu’elle estime convenable, mais encore faut-il que l’exercice de ce pouvoir n’entre pas directement en conflit avec les

Broadcasting Act that the objectives of the broadcasting policy for Canada can best be achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority, namely the CRTC (*Broadcasting Act*, subsection 3(2)). Consequently, although the Federal Court does have jurisdiction to entertain the application under sections 76 to 81 of the *Official Languages Act*, the CRTC is in a better position than the Federal Court to assess the impact of the budget cuts on the respondent's programming, including as broadcast by CBEF Windsor, and to grant the applicants appropriate relief if applicable.

The applicants had a legitimate expectation to be heard and to express their point of view within the process that has been initiated to have the respondent's licence renewed. They also had a legitimate expectation that the CRTC would conduct an analysis of the impact on the OLMC of southwestern Ontario of its potential decision to renew the licence of the radio programming undertaking operated by the affiliated CBEF Windsor station.

It was not possible to predict the final outcome or the respondent's arguments in response to the applicants' intervention and the other interested parties. Given the current climate of uncertainty, the Federal Court exercised its judicial discretion, ordering a stay of proceedings in this case while safeguarding the rights of the parties, which was the fairest and most equitable course. The Federal Court's jurisdiction to issue any other direction or make any other order was reserved in the interim.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 68.1 (as enacted by S.C. 2006, c. 9, s. 159).
Broadcasting Act, R.S.C., 1985, c. B-9.
Broadcasting Act, S.C. 1967-68, c. 25.
Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) "broadcasting undertakings", 3, 4(1),(3), 9 (as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 10(F)), 12, 13, 17, 18 (as am. by S.C. 2001, c. 34, s. 32(E)), 19, 23, 24, 25, 26(1), 31(2), 35(2), 40, 46(4),(5), 52, 54 (as am. by S.C. 1994, c. 18, s. 20), 55.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. *idem*, s. 15), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 23 (as am. *idem*, s. 32), 50(1) (as am. *idem*, s. 46).
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 25, 41 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 1; 2006, c. 9, s. 23), 42 (as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 27), 56(1),(2),

pouvoirs du CRTC. Il est déclaré par le Parlement dans la *Loi sur la radiodiffusion* que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion consiste à confier la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion à un seul organisme public autonome, en l'occurrence le CRTC (paragraphe 3(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*). Par conséquent, même si la Cour fédérale a compétence en vertu des articles 76 à 81 de la *Loi sur les langues officielles* pour entendre le recours judiciaire, le CRTC est mieux placé que la Cour fédérale pour évaluer l'impact des compressions budgétaires sur la programmation de la défenderesse, notamment à l'antenne de la station CBEF Windsor, et pour accorder aux demandeurs une réparation appropriée, le cas échéant.

Les demandeurs avaient une expectative légitime d'être entendus et de faire valoir leur point de vue dans le cadre du processus amorcé de renouvellement des licences de la défenderesse. Ils avaient également une expectative légitime que le CRTC procéderait à une analyse de l'impact sur la CLOSM du Sud-Ouest de l'Ontario de sa décision éventuelle de renouveler la licence de l'entreprise de programmation de radio exploitée par la station affiliée CBEF Windsor.

On ne pouvait prédire le résultat final, ni quels arguments seraient apportés par la défenderesse en réponse aux interventions des demandeurs et des autres intéressés. Compte tenu du climat d'incertitude qui règne actuellement, la Cour fédérale a exercé son pouvoir judiciaire discrétionnaire et a ordonné la suspension des procédures dans ce dossier, tout en préservant les droits des parties, ce qui était la chose la plus juste et équitable à faire. Dans l'intervalle, la compétence de la Cour fédérale pour émettre toute autre directive ou rendre toute autre ordonnance a été mise en délibéré.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 68.1 (édicte par L.C. 2006, ch. 9, art. 159).
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. (1985), ch. R-2.
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « entreprise de radiodiffusion », 3, 4(1),(3), 9 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 10(F)), 12, 13, 17, 18 (mod. par L.C. 2001, ch. 34, art. 32(A)), 19, 23, 24, 25, 26(1), 31(2), 35(2), 40, 46(4),(5), 52, 54 (mod. par L.C. 1994, ch. 18, art. 20), 55.
Loi sur la radiodiffusion, L.R.C. (1985), ch. B-9.
Loi sur la radiodiffusion, S.C. 1967-68, ch. 25.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(1) « office fédéral » (mod., *idem*, art. 15), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 23 (mod., *idem*, art. 32), 50(1) (mod., *idem*, art. 46).

58(1), 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 183), 77 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2), 81, 82(1).
Official Languages Act, S.R.C. 1970, c. O-2.
Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2.

CASES CITED

APPLIED:

British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422, 237 D.L.R. (4th) 413, [2011] 12 W.W.R. 1.

CONSIDERED:

LaRoque v. Société Radio-Canada, 2009 CanLII 35736, 98 O.R. (3d) 220 (Sup. Ct.); *Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1991] 2 F.C. 455, (1991), 50 Admin. L.R. 237, 46 F.T.R. 259 (T.D.); *Vlug v. Canadian Broadcasting Corp.*, 2000 CanLII 5591 (C.H.R.T.); *Canadian Broadcasting Corporation v. Canada (Information Commissioner)*, 2011 FCA 326, 344 D.L.R. (4th) 341, 423 N.R. 357; *Quigley v. Canada (House of Commons)*, 2002 FCT 645, [2003] 1 F.C. 132, 43 Admin. L.R. (3d) 218, 220 F.T.R. 221; *Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 283, [2006] 2 F.C.R. 199, 260 D.L.R. (4th) 45, 338 N.R. 268; *Canadian Broadcasting Corporation* (August 31, 2001), Decision CRTC 2001-529.

REFERRED TO:

Trieger v. Canadian Broadcasting Corp. (1988), 66 O.R. (2d) 273, 54 D.L.R. (4th) 143 (H.C.J.); *Mahar v. Rogers Cablesystems Ltd.*, 1995 CanLII 7428, 25 O.R. (3d) 690, 34 Admin. L.R. (2d) 51 (Sup. Ct.); *Norton v. VIA Rail Canada*, 2009 FC 704; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Québec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185, 240 D.L.R. (4th) 577, 15 Admin. L.R. (4th) 1; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373, (1990), 123 N.R. 83 (C.A.); *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, (1999), 173 D.L.R. (4th) 193, 134 C.C.C. (3d) 481; *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2004 FCA 263, [2004] 4 F.C.R. 276, 243 D.L.R. (4th) 542, 22 Admin. L.R. (4th) 161; *DesRochers v. Canada (Industry)*, 2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194, 302 D.L.R. (4th) 632, 384 N.R. 50; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, (1986), 73 N.B.R. (2d) 236, 28 D.L.R. (4th) 1; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, (1995), 125 D.L.R. (4th) 583, 30 Admin. L.R. (2d) 1; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14,

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 25, 41 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 1; 2006, ch. 9, art. 23), 42 (mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 27), 56(1),(2), 58(1), 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 183), 77 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2), 81, 82(1).
Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, ch. O-2.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

LaRoque c. Société Radio-Canada, 2009 CanLII 35736 (C.S. Ont.); *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société Radio-Canada*, [1991] 2 C.F. 455 (1^{re} inst.); *Vlug c. Société Radio-Canada*, 2000 CanLII 5591 (T.C.D.P.); *Société Radio-Canada c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2011 CAF 326; *Quigley c. Canada (Chambre des communes)*, 2002 CFPI 645, [2003] 1 C.F. 132; *Genex Communications c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 283, [2006] 2 R.C.F. 199; *Société Radio-Canada* (31 août 2001), Décision CRTC 2001-529

DÉCISIONS CITÉES :

Trieger v. Canadian Broadcasting Corp. (1988), 66 O.R. (2d) 273, 54 D.L.R. (4th) 143 (H.C.J.); *Mahar v. Rogers Cablesystems Ltd.*, 1995 CanLII 7428, 25 O.R. (3d) 690, 34 Admin. L.R. (2d) 51 (C.S.); *Norton c. VIA Rail Canada*, 2009 CF 704; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.); *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2004 CAF 263, [2004] 4 R.C.F. 276; *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704, (1986), 73 R.N.-B. (2^e) 236; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *CKOY Ltd. c. Sa Majesté La Reine sur la dénonciation de Lorne Mahoney*, [1979] 1 R.C.S. 2; *Métromédia CMR Montréal inc.* (21 juin 1999), Décision

[2000] 1 S.C.R. 360, 183 D.L.R. (4th) 14, 251 N.R. 16; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, 266 D.L.R. (4th) 542, 51 C.C.P.B. 163; *CKOY Ltd. v. Her Majesty The Queen on the relation of Lorne Mahoney*, [1979] 1 S.C.R. 2, (1978), 90 D.L.R. (3d) 1, 43 C.C.C. (2d) 1; *Metromédia CMR Montréal Inc.* (June 21, 1999), Decision CRTC 99-151; *Société Radio-Canada v. Métromédia Cmr Montréal Inc.*, 1999 CanLII 8947, 254 N.R. 266 (F.C.A.).

CRTC 99-151; *Société Radio-Canada c. Métromédia Cmr Montréal Inc.*, 1999 CanLII 8947 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

Canadian Radio/television and Telecommunications Commission. *Report to the Governor in Council on English- and French-language broadcasting services in English and French linguistic minority communities in Canada*, 30 March 2009, online: <<http://www.crtc.gc.ca/eng/BACKGRND/language/ol0903-lo0903.pdf>>.

Office of the Commissioner of Official Languages. *Shadows over the Canadian Television Landscape: The Place of French on the Air and Production in a Minority Context*. Ottawa, January 2009, online: <http://www.ocol-clo.gc.ca/docs/e/televisionlandscape_paysagetelevisuel_e.pdf>.

Order respecting the distribution of the French-language television service of TVA Group Inc., Public Notice CRTC 1999-27, 12 February 1999.

APPLICATION by the Commissioner of Official Languages for, *inter alia*, a remedy under section 77 of the *Official Languages Act*. The respondent moved to summarily dismiss the proceeding on the ground that its programming services are subject to the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11 and that the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) has exclusive jurisdiction in those matters. Proceedings stayed.

APPEARANCES

Amélie Lavictoire and *Pascale Giguère* for applicants.
Guy Pratte and *Nadia Effendi* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Office of the Commissioner of Official Languages of Canada, Legal Affairs Branch, Ottawa, for applicants.
Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for respondent.

DOCTRINE CITÉE

Commissariat aux langues officielles. *Ombres sur le paysage télévisuel canadien : Place du français sur les ondes et production en contexte minoritaire*. Ottawa, janvier 2009, en ligne : <http://www.ocol-clo.gc.ca/docs/f/televisionlandscape_paysagetelevisuel_f.pdf>.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Rapport à la gouverneure en conseil sur les services de radiodiffusion de langues française et anglaise dans les communautés francophones et anglophones en situation minoritaire au Canada*, 30 mars 2009, en ligne : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/BACKGRND/language/ol0903-lo0903.pdf>>.

Ordonnance de distribution du service de télévision de langue française du Groupe TVA inc., Avis public CRTC 1999-27, 12 février 1999.

DEMANDE du commissaire aux langues officielles visant entre autres à former un recours en vertu de l'article 77 de la *Loi sur les langues officielles*. La défenderesse a demandé que le recours judiciaire soit rejeté sommairement au motif que ses services de programmation sont assujettis à la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, et que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a compétence exclusive en la matière. Procédures suspendues.

ONT COMPARU

Amélie Lavictoire et *Pascale Giguère* pour les demandeurs.
Guy Pratte et *Nadia Effendi* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Commissariat aux langues officielles du Canada, Section des affaires juridiques, Ottawa, pour les demandeurs.
Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse.

The following is the English version of the reasons for order and order rendered by

[1] MARTINEAU J.: In 2009, the Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada (Corporation) made substantial nationwide budget cuts. Francophones in the region of southwestern Ontario, including Dr. Karim Amellal, complained to the Commissioner of Official Languages of Canada (Commissioner) about the negative impact of the decrease in local or regional content in CBEF Windsor's radio programming.

[2] Following his investigation, the Commissioner concluded that the Corporation had failed to comply with subsection 41(2) [as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 1] of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 (OLA), which requires that federal institutions take "positive measures", because it had not held prior consultations with the official language minority community (OLMC) of southwestern Ontario or conducted an analysis of the impact of its decision on that community. In 2010, the Commissioner instituted this proceeding under Part X [sections 76 to 81] of the OLA, and Dr. Amellal was added as an applicant.

[3] Today, the Corporation is asking the Court to summarily dismiss this proceeding on the ground that its programming services (radio and television) are subject to the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11 (BA) and that the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) has exclusive jurisdiction in those matters. Alternatively, the CRTC is in a better position [TRANSLATION] "to make informed decisions" regarding the negative impact of budget cuts on CBEF Windsor's regional programming.

[4] The applicants are of the opinion that there is no conflict between the BA and the OLA, and that the Federal Court has concurrent jurisdiction with the CRTC and is in a better position to decide whether the Corporation breached its duty, set out at subsection 41(2) of the OLA, to take "positive measures" to enhance the vitality of Canada's English and French linguistic minority communities and assist their development.

Voici les motifs de l'ordonnance et l'ordonnance rendus en français par

[1] LE JUGE MARTINEAU : En 2009, la Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation (Société) procède à d'importantes coupures budgétaires à travers le pays. Des francophones de la région du Sud-Ouest de l'Ontario, incluant le docteur Karim Amellal, se plaignent au commissaire aux langues officielles du Canada (commissaire) de l'impact négatif de la diminution du contenu local ou régional de la programmation radio de CBEF Windsor.

[2] Suite à son enquête, le commissaire conclut qu'il y a eu manquement au paragraphe 41(2) [mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 1] de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 (LLO), qui oblige les institutions fédérales à prendre des « mesures positives », parce que la Société n'a pas préalablement tenu de consultations avec la communauté de langue officielle en situation minoritaire (CLOSM) du Sud-Ouest de l'Ontario et n'a procédé à aucune analyse d'impact de sa décision sur cette communauté. En 2010, le commissaire institue le présent recours en vertu de la partie X [articles 76 à 81] de la LLO et le docteur Amellal est ajouté à titre de codemandeur.

[3] La Société demande aujourd'hui à la Cour de rejeter sommairement le présent recours au motif que ses services de programmation (radio et télévision) sont assujettis à la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11 (LR) et que le Conseil *de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (CRTC) a compétence exclusive en la matière. Subsidièrement, le CRTC est mieux placé « pour prendre des décisions éclairées » au sujet de l'impact négatif des coupures budgétaires sur la programmation régionale de CBEF Windsor.

[4] Les demandeurs considèrent qu'il n'y a pas de conflit entre la LR et la LLO, alors que la Cour fédérale a compétence concurrente avec le CRTC et est mieux placée pour décider si la Société a manqué à l'obligation énoncée au paragraphe 41(2) de la LLO de prendre des « mesures positives » pour favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et appuyer leur développement. Cette prescription

This requirement applies not only to the Corporation's communications with the public but also to its programming, such that, in the event of noncompliance, the Federal Court may grant such remedy as it considers appropriate and just (section 77 [as am. *idem*, s. 2] of the OLA).

[5] In order to resolve the dispute in a manner that is fair, while being as inexpensive and expeditious as possible, the parties have agreed that in this application to the Federal Court for a remedy, the Trial Judge will rule on the preliminary jurisdictional issue raised by the Corporation, if the evidence in the record so permits.

BACKGROUND

[6] Created in 1936 by an Act of Parliament, and modelled on the BBC [British Broadcasting Corporation], the Corporation is Canada's national public broadcaster. The Corporation has to provide, in both official languages, radio and television services incorporating a wide range of programming that informs, enlightens and entertains (paragraph 3(1)(l) of the BA). We will return later to the particular aspects of its mandate. In June 2011, the Corporation had approximately 8 660 employees, 82 radio stations and 27 television stations producing programs all over the country.

[7] The French-language radio networks are la Première Chaîne and Espace Musique. The network programs are produced primarily in Montréal and broadcast on all of the affiliated stations. La Première Chaîne, with its local and/or regional programming, is broadcast throughout the country by some 20 radio stations, including CBEF in Windsor, Ontario. Approximately 80 percent of la Première Chaîne's weekly programming is national in character.

[8] In the 1990s, CBEF Windsor, which interests us here, had approximately 25 employees. It is the only French-language radio station in southwestern Ontario, where approximately 35 000 Francophones live. In this environment dominated by English and the Anglo-Saxon and American cultures, Francophones rely heavily on

s'applique non seulement aux communications de la Société avec le public mais également à sa programmation, de sorte qu'en cas de manquement, la Cour fédérale peut accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste (article 77 [mod., *idem*, art. 2] de la LLO).

[5] De façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste, la plus expéditive et la plus économique possible, les parties ont accepté que, dans le cadre du présent recours judiciaire devant la Cour fédérale, le juge du fond tranche de façon préliminaire la question de compétence soulevée par la Société, si la preuve au dossier lui permet de le faire.

TOILE DE FOND

[6] Créée en 1936 par une loi du Parlement selon le modèle de la BBC [British Broadcasting Corporation], la Société est le radiodiffuseur public national du Canada. La Société doit offrir, dans les deux langues officielles, des services de radio et de télévision comportant une très large programmation qui renseigne, éclaire et divertit (alinéa 3(1)l) de la LR). Nous reviendrons plus loin sur les aspects particuliers de son mandat. En juin 2011, la Société comptait environ 8 660 employés ainsi que 82 stations de radio et 27 stations de télévision qui produisent des émissions dans tout le pays.

[7] Du côté de la radio de langue française, on retrouve la Première Chaîne et Espace Musique. Les émissions réseau sont produites principalement à Montréal et sont diffusées à l'ensemble des stations affiliées. La Première Chaîne est diffusée, avec sa programmation locale et/ou régionale, à travers le pays par quelques 20 stations de radio, incluant la station CBEF à Windsor, Ontario. Environ 80 p. 100 de la programmation hebdomadaire de la Première Chaîne est de nature nationale.

[8] Dans les années 1990, la station CBEF Windsor, qui nous intéresse ici, comptait environ 25 employés. Or, c'est la seule station radio de langue française dans le Sud-Ouest de l'Ontario, où l'on retrouve environ 35 000 francophones. Dans cet environnement dominé par l'anglais et la culture anglo-saxonne et américaine, les

the preservation of a community-based, good-quality public radio service where they can share information and views and see a reflection of who they are. In 2001, when the Corporation's licences were last renewed, CBEF broadcast about 36.5 hours a week of local or regional Windsor programs.

[9] As a Crown corporation, the Corporation has some independence from government control. It is funded both by the public purse and commercial revenues (subscription fees and advertising). Approximately 60 percent of the funding comes from the budget, allocated to it on a yearly basis from parliamentary appropriations. Therefore, every year, the Corporation submits its corporate plan to the Minister of Canadian Heritage (Minister), who is responsible for tabling a summary before each House of Parliament (sections 54 [as am. by S.C. 1994, c. 18, s. 20] and 55 of the BA).

[10] Although labour and operational costs continue to increase every year, it indeed appears that the amount of public funding allocated to the Corporation does not follow the same upward trend, remaining steady at approximately \$1 billion annually. Consequently, to balance its operating budget, the Corporation has to be able to rely on commercial revenues. However, under the current licensing conditions, the Corporation is not authorized to run commercial advertising on the radio, with the result that this essential public service necessarily runs a deficit.

[11] In 2009, however, the Corporation faced a considerable shortfall of \$171 million, apparently attributable to the expected decrease in advertising revenue—to which must be added the shortfall between the funding obtained from the Treasury Board for its salary base and the actual increase in wages, as well as other factors, such as increased production costs. Since it was not authorized to borrow funds, the Corporation had to explore other options—all of which were rejected by the government. It was therefore forced to eliminate positions throughout the country, reduce its programming costs and freeze discretionary spending.

francophones comptent donc fortement sur le maintien d'un service radiophonique public, de proximité et de qualité, où ils peuvent quotidiennement échanger et se reconnaître. En 2001, lors du dernier renouvellement des licences de la Société, CBEF diffusait approximativement 36,5 heures par semaine d'émissions locales ou régionales de Windsor.

[9] En tant que société d'État, la Société dispose d'une certaine indépendance vis-à-vis du contrôle gouvernemental. Son financement provient des deniers publics et de recettes commerciales (publicité et redevances d'abonnement). Environ 60 p. 100 du financement provient du budget qui lui est alloué annuellement à même les crédits votés par le Parlement. À chaque année, la Société présente donc son plan d'entreprise au ministre du Patrimoine canadien (ministre), qui se charge de déposer un résumé devant chaque chambre du Parlement (articles 54 [mod. par L.C. 1994, ch. 18, art. 20] et 55 de la LR).

[10] Bien que les coûts de la main-d'œuvre et d'exploitation ne cessent d'augmenter à chaque année, il semble bien que le montant du financement public accordé à la Société ne suive pas la même courbe ascendante, celui-ci représentant environ 1 milliard de dollars annuellement. Par conséquent, pour boucler son budget d'opérations, la Société doit pouvoir compter sur les recettes commerciales. Toutefois, en vertu des conditions actuelles de licence, la Société n'est pas autorisée à faire de la publicité commerciale à la radio, de sorte que ce service public essentiel est nécessairement déficitaire.

[11] Or, en 2009, la Société fait face à un important manque à gagner de 171 millions de dollars, apparemment attribuable à la baisse anticipée des revenus publicitaires — à laquelle il faut ajouter l'écart entre le financement obtenu du Conseil du Trésor pour sa base salariale, l'augmentation réelle des salaires et d'autres facteurs comme, entre autres, l'augmentation des coûts de production. N'ayant pas été autorisée à effectuer un emprunt, la Société doit explorer d'autres options — toutes refusées par le gouvernement. Elle se voit donc contrainte de supprimer des postes partout au pays, de réduire les coûts de sa programmation et de geler les dépenses discrétionnaires.

[12] Consistent with its Recovery Plan, the Corporation abolished approximately 800 positions—60 percent of its overall budget being given over to salaries—which generated a further \$36 million in downsizing costs. For all French services, the cuts affected over 300 employees, including 64 in the regions. Needless to say, program production, and thus programming, was permanently affected. In making those cuts, the Corporation states having wanted to protect the regions as much as possible by limiting the cuts' effects on regional programs and by mainly targeting the French and English national networks and their supporting components, where 83 percent of the cuts were made.

[13] In Windsor, the 2009 budget cuts diminished CBEF's staff, which shrunk from ten employees (nine of whom were assigned to radio and one, to television) to three (a journalist-videographer, a broadcast journalist and a reporter in charge of producing local vignettes). It should be borne in mind that, in January 2009, three (of about thirty) programs were produced in Windsor:

- “Bonjour le monde”, aired from Monday to Friday from 6 a.m. to 9 a.m., which dedicated about 15 minutes per hour to local content, including news reports;
- “Grand Lacs Café Windsor”, aired on Saturday from 7 a.m. to 9 a.m., which dedicated about 10 minutes per hour to local content;
- “Au détroit de la nuit”, aired on Monday from midnight to 4 a.m., a national program without any regional content, broadcast nationwide.

These three programs were broadcast for the last time on June 19, 20, 21 and 22, 2009, respectively. According to the Corporation, the third program was cancelled for programming reasons and not as part of the Recovery Plan. According to the most recent information, CBEF Windsor still broadcasts about five hours a week of locally produced programs.

[14] Unsurprisingly, these changes to CBEF Windsor's radio programming drew the ire of many of the

[12] Conformément à son Plan de redressement, la Société élimine environ 800 postes — 60 p. 100 de son budget global étant consacré aux salaires — ce qui engendre des coûts additionnels de 36 millions de dollars en réduction d'effectifs. Pour l'ensemble des services français, les compressions touchent plus de 300 employés, dont 64 en région. Il va sans dire que la production d'émissions, donc la programmation, s'en trouve irrémédiablement affectée. Ce faisant, la Société dit vouloir protéger le plus possible les régions, en limitant l'effet des compressions sur les émissions régionales et en ciblant principalement les réseaux nationaux français et anglais et les composantes de soutien qui absorbent 83 p. 100 des réductions.

[13] À Windsor, les compressions budgétaires de 2009 se traduisent par une réduction du personnel de la station CBEF, qui passe de dix employés (dont neuf affectés à la radio et un à la télévision) à trois employés (dont un journaliste-vidéaste, un journaliste radio et un journaliste chargé de la production des fenêtres locales). Rappelons qu'en janvier 2009, trois émissions (sur une trentaine) étaient produites à Windsor :

- « Bonjour le monde », diffusée du lundi au vendredi de 6 h à 9 h, comportant environ 15 minutes par heure d'informations locales, incluant les bulletins de nouvelles;
- « Grand Lacs Café Windsor », diffusée le samedi de 7 h à 9 h, comportant environ 10 minutes par heure d'informations locales;
- « Au détroit de la nuit », diffusée le lundi de minuit à 4 h, une émission nationale, sans aucun contenu régional, diffusée à l'échelle du pays.

Ces trois émissions sont diffusées pour la dernière fois les 19, 20, 21 et 22 juin 2009 respectivement. Selon la Société, la troisième émission est annulée pour des motifs de programmation et non en vertu du Plan de redressement. Aux dernières nouvelles, CBEF Windsor diffuse hebdomadairement environ cinq heures d'émissions produites encore localement.

[14] Comme on peut s'y attendre, ces changements au niveau de la programmation radio de CBEF Windsor

region's Francophone residents. SOS CBEF, a volunteer association, was founded. Applicant Dr. Amellal is the association's vice-president. Apparently not knowing where to turn, members of SOS CBEF made individual complaints to the Corporation, the Minister, the Commissioner and the CRTC.

[15] In fact, some 876 complaints were made to the Commissioner about CBEF Windsor's programming. Incidentally, the Commissioner did not investigate the impact of these cuts on station CBE, which broadcasts Radio One with its local and/or regional English-language programming. On July 9, 2009, the Superior Court of Justice of Ontario refused to issue an interlocutory injunction, citing lack of jurisdiction: *LaRoque v. Société Radio-Canada*, 2009 CanLII 35736, 98 O.R. (3d) 220 (*LaRoque*). The applicants' objective was to maintain the *status quo* while the Commissioner investigated the complaints made to him.

[16] In *LaRoque*, Justice Templeton of the Superior Court of Justice of Ontario made the following observation at paragraph 41 of his decision:

Having reviewed all of the evidence, it is my impression that there has been a breakdown in communication with the francophone public concerning the rationale and criteria used in the decision-making process by the SRC. The reduction in local Windsor content will undoubtedly have a deleterious effect on the sense of sharing, support and intimacy from which this isolated francophone community derives its strength and identity. In my view, expert evidence is not required for such an observation. No matter the language, people rely on local media newspapers, television and/or radio to learn of matters concerning the community in which they live. A reduction of the time or space available to broadcast local affairs will have an impact on the community as a whole. [Emphasis added.]

[17] Although the injunction application was dismissed, it was absolutely clear to Justice Templeton that CBEF Windsor "serves as a pillar for the francophone community, enabling them to live in French" (*LaRoque*, above, at paragraph 12). Nonetheless, the judge was of the opinion that, by determination of Parliament, it was necessary to approach the CRTC—the specialized body

suscitent l'ire de nombreux résidents francophones de la région. SOS CBEF, une association volontaire, est constituée. Le codemandeur, le docteur Amellal, en est vice-président. Ne sachant apparemment pas vers qui se tourner, des membres de SOS CBEF déposent des plaintes individuelles auprès de la Société, du ministre, du commissaire et du CRTC.

[15] De fait, quelques 876 plaintes sont faites au commissaire relativement à la programmation de CBEF Windsor. Au passage, le commissaire ne fait pas enquête sur l'impact des compressions à la station CBE, qui diffuse Radio One avec sa programmation locale et/ou régionale de langue anglaise. Le 9 juillet 2009, la Cour supérieure de justice de l'Ontario refuse d'émettre une injonction interlocutoire au motif d'absence de compétence : *LaRoque c. Société Radio-Canada*, 2009 CanLII 35736 (*LaRoque*). L'objectif recherché par les demandeurs est alors de maintenir le statu quo en attendant que le commissaire enquête sur les plaintes dont il est saisi.

[16] Dans l'affaire *LaRoque*, la juge Templeton de la Cour supérieure de justice de l'Ontario notait au paragraphe 41 de sa décision :

Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, j'ai l'impression qu'il y a eu une rupture de communication avec la population francophone en ce qui a trait aux motifs de la prise de décision de la SRC et aux critères utilisés pour en arriver à cette décision. Il ne fait aucun doute que la réduction du contenu local de Windsor aura un effet délétère sur le sentiment de partage, d'appui et d'intimité à partir desquels cette communauté francophone isolée puise [sic] sa force et son identité. Je reconnais que la preuve d'expert n'est pas nécessaire pour faire une telle observation. Quelle que soit la langue, la population se fie aux médias, stations radios et/ou journaux locaux pour se renseigner sur les questions qui touchent la communauté dans laquelle elle vit. Une réduction du temps ou de l'espace accordé à la radiodiffusion des affaires locales aura des répercussions sur l'ensemble de la communauté. [Non souligné dans l'original.]

[17] Bien que la demande d'injonction ait été rejetée, il était tout à fait clair alors pour la juge Templeton que CBEF Windsor « sert de pilier dans la communauté francophone pour permettre à la communauté de vivre en français » (*LaRoque*, précité, au paragraphe 12). N'empêche, celle-ci a estimé que, selon la volonté du Parlement, c'est au CRTC — l'organisme spécialisé chargé de la

responsible for monitoring and regulating radio broadcasting—regarding the dispute over the Corporation’s programming, and that this dispute “requires the adjudicator deciding the case to both understand the objectives of the Canadian Broadcasting system and its mandate pursuant to [section] 3 of the [BA] and assess the impact of financial constraints on those objectives” (*LaRoque*, above, at paragraph 51).

[18] That said, Justice Templeton did not rule out the possibility that the Commissioner could make a concurrent application to the Federal Court if he is of the opinion that the Corporation, as a federal institution, failed to comply with the OLA (*LaRoque*, above, at paragraph 55).

[19] In June 2010, following his investigation, the Commissioner recommended that the Corporation review its decision concerning CBEF Windsor in light of the duty of federal institutions, under section 41 [as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 1; 2006, c. 9, s. 23] of the OLA, to take “positive measures”. At the same time, the Commissioner recommended that the Corporation set up actual mechanisms to consult on and assess the impact of its decisions on OLMCs. However, from the outset, the Corporation refused to cooperate and did not follow up on the Commissioner’s recommendations, which resulted in this application for a remedy.

[20] At this stage, presuming that the applicants’ allegations are true, the 2009 budget cuts come on top of other cutbacks made over the course of previous years. If the cumulative effects of these cutbacks are considered from the point of view of local and/or regional programming, their impact on the OLMC of southwestern Ontario is considerable.

[21] However, according to the Commissioner, federal institutions have the duty, under subsection 41(2) of the OLA, to:

(a) Take “positive measures”, compatible with the mandate of each institution, to enhance the development of OLMCs. However, every institution has some discretion in selecting those measures; and

surveillance et de la réglementation de la radiodiffusion — qu’il fallait adresser le différend concernant la programmation de la Société; lequel différend « doit être tranché par un arbitre qui comprend à la fois les objectifs du système canadien de radiodiffusion et le mandat prévu à [l’article] 3 de la [LR] et qui peut évaluer l’impact des compressions budgétaires sur ces objectifs » (*LaRoque*, précitée, au paragraphe 51).

[18] Cela dit, la possibilité qu’un recours devant la Cour fédérale puisse être exercé de façon concurrente par le commissaire, s’il estime que la Société, à titre d’institution fédérale, ne s’est pas conformée à la LLO, n’a pas pour autant été écartée par la juge Templeton (*LaRoque*, précitée, au paragraphe 55).

[19] En juin 2010, à la suite de son enquête, le commissaire recommande à la Société de revoir sa décision visant CBEF Windsor à la lumière de l’obligation qui incombe aux institutions fédérales en vertu de l’article 41 [mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 1; 2006, ch. 9, art. 23] de la LLO de prendre des « mesures positives ». Le commissaire recommande du même coup à la Société de mettre en place de véritables mécanismes de consultation et d’évaluation de l’impact de ses décisions sur les CLOSM. Or, la Société qui, dès le départ, refuse de collaborer à l’enquête, ne donne pas suite aux recommandations du commissaire, d’où le présent recours judiciaire.

[20] À ce stade, en tenant pour avérées les allégations des demandeurs, les compressions de 2009 s’ajoutent à d’autres compressions qui ont eu lieu au fil des années antérieures. Si l’on examine les effets cumulatifs des coupures du point de vue de la programmation locale et/ou régionale, leur impact sur la CLOSM du Sud-Ouest de l’Ontario est considérable.

[21] Or, selon le commissaire, il incombe aux institutions fédérales, en vertu du paragraphe 41(2) de la LLO, de :

a) Prendre des « mesures positives », compatibles avec le mandat de chaque institution, pour favoriser le développement des CLOSM. Chaque institution bénéficie cependant d’une certaine discrétion quant aux choix de mesures; et,

(b) Not hinder the development of any OLMC. In 2009, there was no true prior consultation with OLMCs, particularly when the Corporation did not really measure the impact of these cutbacks on the vitality of the OLMC of southwestern Ontario.

[22] Nevertheless, the Corporation is seeking to maintain some dialogue with the OLMCs. In addition, although from a regulatory perspective the minimum thresholds for local or regional content are currently subject not to the conditions of licence, but only to the CRTC's expectations, the Corporation voluntarily set up a panel for the regions in 2000. However, this is not a mechanism for engaging in prior consultations or for challenging and reviewing far-reaching corporate decisions made in the Corporation's highest echelons, such as the 2009 budget cuts, affecting staff and programming.

[23] In passing, following the official announcement of the 2009 cutbacks, the Corporation's representatives did try to calm matters down throughout the country by giving ad hoc explanations of its Recovery Plan and the reasons for the cuts in the regions. This did not stop SOS CBEF from continuing to take action against the Corporation; it seems that the few accommodations later made to CBEF's regional programming, which now comes largely from Toronto, failed to satisfy the members of the Francophone community.

[24] In the meantime, the CRTC began the public process of renewing all of the Corporation's licences. Both the Commissioner and Dr. Amellal announced that they wished to intervene in this process. Unfortunately, the public hearings related to the licence renewals were postponed several times because of operational uncertainty related to the financial aspects of the Corporation's budget (Broadcasting notices of consultation 2011-379, 2011-379-1 and 2011-379-2).

[25] According to the latest information, the CRTC intends to begin a public hearing, as of November 19, 2012, to examine, in detail, both the Corporation's performance and budget plans and the renewal of its licences. As early as April 2012, the Corporation

b) Ne pas nuire au développement de toute CLOSM. En 2009, il n'y a aucune véritable consultation préalable auprès des CLOSM, et en particulier, alors que la Société n'a pas vraiment mesuré l'impact de ces compressions sur la vitalité de la CLOSM du Sud-Ouest de l'Ontario.

[22] Quoiqu'il en soit, la Société cherche à maintenir un certain dialogue avec les CLOSM. D'ailleurs, même si du point de vue réglementaire les seuils minimum de contenu local ou régional ne font pas actuellement l'objet de conditions de licence mais seulement d'attentes du CRTC, un panel des régions a volontairement été établi par la Société en 2000. Toutefois, ce n'est pas un mécanisme de consultation préalable, de remise en question et de révision des décisions corporatives d'envergure décidées aux plus hauts échelons de la Société, comme les coupures budgétaires de 2009, ayant un effet sur le personnel et la programmation.

[23] Au passage, suite à l'annonce officielle des compressions de 2009, des représentants de la Société ont bien tenté de calmer le jeu à travers le pays en expliquant, de façon ponctuelle, son Plan de redressement et les raisons des coupures dans les régions. Ceci n'a pas empêché SOS CBEF de poursuivre ses actions contre la Société; les quelques aménagements apportés ultérieurement à la programmation régionale de CBEF qui provient maintenant en plus grande partie de Toronto, n'ont pas, semble-t-il, satisfait les membres de la communauté francophone.

[24] Dans l'intervalle, le CRTC a amorcé le processus public de renouvellement de l'ensemble des licences de la Société. Tant le commissaire que le docteur Amellal ont annoncé leur désir d'y intervenir. Or, malheureusement, les audiences publiques relatives au renouvellement des licences ont été reportées à quelques reprises à cause des incertitudes opérationnelles reliées aux aspects financiers du budget de la Société (avis de consultation de radiodiffusion 2011-379, 2011-379-1 et 2011-379-2).

[25] Aux dernières nouvelles, le CRTC entend débiter dès le 19 novembre 2012 une audience publique visant à examiner de façon détaillée à la fois le rendement et les plans budgétaires de la Société et le renouvellement de ses licences. La Société a déjà annoncé en avril

announced that it wanted the CRTC to amend the licences for Radio Two, Espace Musique and their affiliated stations to allow national advertising to be broadcast, which would provide it with a means to obtain additional funding. In this regard, the CTRC is of the opinion that approving these amendments could have “perceptible effects on the way CBC radio implements its mandate over the next few years” (letter from John Traversy, Secretary General of the CRTC, to Hubert Lacroix, President and Chief Executive Officer of the Corporation, dated May 18, 2012, and entered in the CTRC’s public record).

[26] Ultimately, the evidence in the record shows that the federal government simply has not budged. However, the Standing Senate Committee on Official Languages has already publicly announced that it has undertaken a study of the Corporation’s duties under the BA and the OLA. A central focus of the Senate review is to determine whether the Corporation is still meeting the specific needs of OLMCs, at both the national and regional levels and through every form of media (television, radio and Internet). The Senate Committee also intends to determine whether the Corporation is fulfilling the requirements of Part VII [sections 41 to 45] of the OLA by taking positive measures for the vitality of OLMCs and the promotion of linguistic duality. Its report is due out in autumn 2012.

JURISDICTIONAL ISSUE

[27] Under subsection 56(1) of the OLA, it is the duty of the Commissioner to take all actions and measures within the authority of the Commissioner with a view to ensuring recognition of the status of each of the official languages and compliance with the spirit and intent of the OLA, including in relation to the advancement of English and French (Part VII of the OLA).

[28] To fulfill that purpose, the Commissioner has the duty to investigate either on his own initiative (subsection 56(2) of the OLA) or in response to any complaint made (subsection 58(1) of the OLA). This is not the first time that the Commissioner has examined the Corporation’s activities as part of the federal

2012 qu’elle désirait que le CRTC modifie les licences de Radio Two, Espace Musique et leurs stations affiliées afin de permettre la diffusion de publicité nationale, ce qui lui permettrait d’obtenir un financement additionnel. À ce chapitre, le CRTC est d’avis que l’approbation de ces demandes pourrait avoir « des répercussions perceptibles sur la façon dont la radio de la Société Radio-Canada s’acquittera de son mandat au cours des prochaines années » (lettre de John Traversy, secrétaire général du CRTC, adressée à Hubert Lacroix, président-directeur général de la Société, 18 mai 2012, et versée au dossier public du CRTC).

[26] Enfin, la preuve au dossier révèle que le gouvernement fédéral n’a tout simplement pas bougé. Mais d’ores et déjà, le Comité sénatorial permanent des langues officielles a déjà publiquement annoncé qu’il a entrepris une étude sur les obligations de la Société en vertu de la LR et de la LLO. Or, l’un des aspects au cœur de l’examen sénatorial porte notamment sur la question de savoir si la Société répond toujours aux besoins particuliers des CLOSM, tant au plan national qu’au plan régional et par le biais de toutes les plateformes (télé, radio et Internet). Le Comité sénatorial compte également déterminer si la Société satisfait aux exigences de la partie VII [articles 41 à 45] de la LLO en prenant des mesures positives pour l’épanouissement des CLOSM et la promotion de la dualité linguistique. Son rapport est attendu à l’automne 2012.

LA QUESTION DE COMPÉTENCE

[27] En vertu du paragraphe 56(1) de la LLO, il incombe au commissaire de prendre, dans le cadre de sa compétence, toutes les mesures visant à assurer la reconnaissance du statut de chacune des langues officielles et à faire respecter l’esprit de la LLO et l’intention du législateur, notamment en matière de promotion du français et de l’anglais (partie VII de la LLO).

[28] Pour s’acquitter de sa mission, le commissaire peut enquêter de sa propre initiative (paragraphe 56(2) de la LLO) ou à la suite de toute plainte reçue (paragraphe 58(1) de la LLO). Or, ce n’est pas la première fois que le commissaire examine les réalisations de la Société dans le cadre de l’engagement du

government's commitment to enhance the vitality of OLMCs (subsection 41(1) of the OLA).

[29] This application for a remedy made under Part X of the OLA is important for all of the parties to this case. The CRTC did not ask to intervene but did assist counsel by locating for them and providing them with the relevant documentation required by the Federal Court. This is a test case. Many other OLMCs, including those in Yellowknife in the Northwest Territories, Winnipeg and Thompson in Manitoba, Sudbury in Ontario and Sydney in Nova Scotia disagree with the cutbacks made in 2009 and the decrease in the regional and/or local programming offered.

[30] In this case, rather than taking a head-on approach against the federal government, which seems largely responsible for the Corporation's lack of funding, the Commissioner is claiming to have general oversight over all of the public broadcaster's decisions that could affect the vitality of French and English and the development of OLMCs. In sum, the Commissioner is asking the Federal Court to examine the legality of the Corporation's actions with respect to the duty to take "positive measures" set out at subsection 41(2) of the OLA, with which the Corporation is quite rightly taking issue.

[31] More specifically, in the course of these legal proceedings, during the examination of its representatives, the Corporation objected to their being examined regarding the internal discussions preceding or surrounding the budget cuts and the choices made by management. Rather than hear the appeals of the interlocutory decisions made by Prothonotary Tabib, the Court, with the parties' consent, held hearings in January and April 2012 to deal with the jurisdictional issue and has already scheduled hearings on the merits to be held in October 2012, if necessary.

[32] Today, the Corporation contends that this application for a remedy must be summarily dismissed on the ground that its programming activities, including the transmission and distribution of all radio broadcast services, are governed exclusively by the broadcasting

gouvernement fédéral de favoriser l'épanouissement des CLOSM (paragraphe 41(1) de la LLO).

[29] Le présent recours judiciaire en vertu de la partie X de la LLO est important pour toutes les parties en cause. Le CRTC n'a pas demandé d'intervenir mais a prêté son assistance aux procureurs en recherchant et mettant à leur disposition la documentation pertinente requise par la Cour fédérale. Il s'agit d'une cause type. Bien d'autres CLOSM ne sont pas d'accord avec les coupures de 2009 et la réduction de l'offre de la programmation régionale et/ou locale, entres autres à Yellowknife (Territoires du Nord-Ouest), Winnipeg et Thompson (Manitoba), Sudbury (Ontario) et Sydney (Nouvelle-Écosse).

[30] En l'espèce, plutôt que d'attaquer de front le gouvernement fédéral qui semble en grande partie responsable du sous-financement de la Société, le commissaire revendique un droit général de regard sur toutes les décisions du radiodiffuseur public pouvant affecter la vitalité du français et de l'anglais, ainsi que le développement de toute CLOSM. En somme, le commissaire demande à la Cour fédérale d'examiner la légalité des actions de la Société, eu égard à l'obligation de prendre des « mesures positives » mentionnée au paragraphe 41(2) de la LLO, ce que conteste justement la Société.

[31] Plus particulièrement, dans le cadre du présent recours judiciaire, à l'occasion des interrogatoires de ses représentants, la Société s'est opposée à ce que ces derniers soient interrogés au sujet des discussions internes précédant ou entourant les coupures budgétaires et les choix de la direction. Plutôt que d'entendre les appels de décisions interlocutoires rendues par la proto-notaire Tabib, du consentement des parties, la Cour a tenu des audiences en janvier et avril 2012 afin de débattre de la question de compétence, et a déjà fixé la tenue d'audiences au mérite en octobre 2012, si nécessaire.

[32] Aujourd'hui, la Société prétend que le présent recours judiciaire doit être rejeté sommairement au motif que ses activités de programmation, y compris la transmission et la distribution de tout service de radio-diffusion, sont exclusivement régies par la politique

policy for Canada, the conditions of licence and the expectations set out in the CRTC's decisions made under the BA (sections 3, 18 [as am. by S.C. 2001, c. 34, s. 32(E)], 19 and 23 to 25 of the BA). Furthermore, section 12 of the BA provides that a complaint may be made with the CRTC where any person has failed to do any act or thing that the person is required to do pursuant to Part II [sections 5 to 13] or any applicable regulation, licence, decision or order or is doing any act or thing in contravention thereof, a section which the co-applicant, Dr. Amellal, made use of. Unfortunately, to the great frustration of those who made complaints in 2009 about the decrease in regional or local programming, the CRTC made it known that those complaints were entered in the public record for the Corporation's application to renew its licences.

[33] From the outset, the Corporation has taken up a line already very familiar to its principal protagonist, the Commissioner, since the Corporation used the same type of argument in the 1990s. Following the decrease in public funding, the Corporation had announced, in September 1996, budget cuts then totalling \$414 million (approximately one third of the Corporation's operational budget) spread over three years (1994–1995 to 1997–1998). In June 1997, the Commissioner had produced his investigation report on the complaints regarding the federal government's responsibility for the Corporation's budget cuts and programming changes.

[34] The fact that the CRTC was designated by Parliament as the body in charge of regulating and monitoring all aspects of the Canadian broadcasting system, including the national broadcaster, is not contested by the applicants, although they do emphasize that the OLA and the BA have separate and complementary purposes, whereas Parts I [section 4] to V [sections 4 to 38] of the OLA prevail over any inconsistencies between the BA and the regulations made under it (subsection 82(1) of the OLA). The discussions between the Commissioner and the Corporation to arrive at a solution that would allow the Corporation to remain independent while acknowledging its duties under the OLA were a failure on account of a disagreement over the definition and scope of the notion of "programming".

canadienne de radiodiffusion, les conditions de licence et les attentes que l'on retrouve dans les décisions du CRTC en vertu de la LR (articles 3, 18 [mod. par L.C. 2001, ch. 34, art. 32(A)], 19, 23 à 25 de LR). De plus, l'article 12 de la LR prévoit qu'on peut porter plainte au CRTC au sujet d'un manquement — par omission ou commission — aux termes d'une licence, à la partie II [articles 5 à 13] de la LR ou aux ordonnances, décisions, ou règlements applicables, ce dont le codemandeur, le docteur Amellal s'est d'ailleurs prévalu. Hélas, au grand dam des personnes qui se sont plaintes en 2009 de la réduction de la programmation régionale ou locale, le CRTC a fait savoir que les plaintes étaient versées au dossier public de la demande de renouvellement des licences de la Société.

[33] D'entrée de jeu, la Société reprend un discours déjà bien connu de son principal protagoniste, le commissaire, puisque dans les années 1990, la Société avait fait valoir le même type d'argumentaire. Suite aux réductions du financement public, la Société avait annoncé en septembre 1996 des compressions budgétaires totalisant alors 414 millions de dollars (environ le tiers du budget de fonctionnement de la Société) étalées sur trois ans (1994–1995 à 1997–1998). En juin 1997, le commissaire avait produit son rapport d'enquête sur des plaintes concernant la responsabilité du gouvernement fédéral dans les réductions budgétaires et dans les changements à la programmation de la Société.

[34] Le fait que le CRTC ait été désigné par le Parlement comme l'organisme chargé de réglementer et de surveiller tous les aspects du système canadien de radiodiffusion, y compris le radiodiffuseur public national, n'est pas contesté par les demandeurs qui soulignent toutefois que la LLO et la LR ont des objets distincts et complémentaires, alors que les parties I [article 4] à V [articles 4 à 38] de la LLO ont préséance sur toute disposition incompatible de la LR et de ses règlements d'application (paragraphe 82(1) de la LLO). Les discussions entre le commissaire et la Société en vue de s'entendre sur une solution qui permettrait à la Société de maintenir son indépendance tout en reconnaissant les obligations que lui impose la LLO ont été un échec en raison d'un désaccord quant à la définition et l'étendue de la notion de « programmation ».

[35] In any event, the Corporation states that, since 2005 (that is, since the amendments made to Parts VII and X of the OLA came into force), it has been complying with the duty set out at section 41 of the OLA as regards its “non-programming” activities. It thus submits to the Minister detailed annual action plans and status reports. These set out the positive measures taken to enhance the vitality and development of the OLMCs. It goes without saying that this annual action plan confers no right of consultation over budgetary and programming decisions. However, the question of how Part VII of the OLA applies to the Corporation’s programming activities has never been ruled on by the courts.

[36] However, the Corporation concedes that, in its communications with the public (excluding programming activities), it must comply with all of the applicable provisions of Part IV [sections 21 to 33] of the OLA (Communications with and services to the public). The Corporation also acknowledges that it is subject to Part V (Language of work) and Part VI [sections 39 to 40] (Participation of English-speaking and French-speaking Canadians). As for the duty set out at section 41, found at Part VII (Advancement of English and French), this can only apply to the Corporation’s “non-programming” activities.

[37] In passing, the Commissioner gave consideration in 2009 to television production for minority communities and concluded [at page II], in this regard, that “[t]he Government of Canada may not be able to meet its obligations and commitments under Part VII of the *Official Languages Act* if it allows the Canadian broadcasting system to broadcast programs primarily in a language that does not pass on Canada’s Francophone culture”. As a result, he had proposed ways of improving the production and broadcasting of programs that reflect Francophone culture, a number of which were directed at the national public broadcaster (Commissioner of Official Languages, *Shadows over the Canadian Television Landscape: The Place of French on the Air and Production in a Minority Context*, Ottawa, January 2009).

[35] Quoiqu’il en soit, depuis 2005 (c’est-à-dire depuis l’entrée en vigueur des amendements apportés aux parties VII et X de la LLO), la Société dit se conformer à l’obligation contenue à l’article 41 de la LLO pour ses activités « hors programmation ». Ainsi, elle soumet au ministre un plan annuel d’action et un état des réalisations détaillés. On y retrouve des mesures positives prises pour favoriser l’épanouissement et le développement des CLOSM. Il va sans dire que ce plan annuel d’action ne confère aucun droit de consultation au niveau des décisions d’ordre budgétaire et de programmation. Toutefois, la question de l’application de la partie VII de la LLO aux activités de programmation de la Société n’a jamais été tranchée judiciairement.

[36] Néanmoins, la Société concède que dans ses communications avec le public (excluant les activités de programmation), elle doit se conformer à toute disposition applicable de la partie IV [articles 21 à 33] de la LLO (Communications avec le public et prestation des services). La Société reconnaît également que la partie V (Langue de travail) et la partie VI [articles 39 à 40] (Participation des canadiens d’expression française et d’expression anglaise) s’appliquent à elle. Pour ce qui est de l’obligation mentionnée à l’article 41 et que l’on retrouve à la partie VII (Promotion du français et de l’anglais), celle-ci ne peut viser que les « activités hors programmation » de la Société.

[37] Au passage, le commissaire s’est penché en 2009 sur la production télévisuelle en situation minoritaire et concluait à ce chapitre [à la page II] que « [l]e gouvernement du Canada pourrait ne pas arriver à remplir ses obligations et ses engagements en vertu de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* s’il permet que le système de radiodiffusion canadien diffuse majoritairement des émissions dont la langue ne transmet pas la culture francophone du Canada ». Il avait donc proposé des mesures visant à améliorer la production et la diffusion d’émissions qui reflètent la culture francophone, dont un certain nombre s’adressait au radiodiffuseur public national (Commissariat aux langues officielles, *Ombres sur le paysage télévisuel canadien : Place du français sur les ondes et production en contexte minoritaire*, Ottawa, janvier 2009).

[38] In particular, the Commissioner was of the opinion that the Corporation should show greater transparency in order to fully perform its duties under the OLA. The Corporation's status reports on the results of implementing section 41 of the OLA and its reports to the CRTC were thus to provide a breakdown of expenditures for official language programs in a minority context and include the number of programming hours. That being said, the Commissioner did not seem to call into question the Corporation's power to cut staff in the regions or decrease the number of regional and/or local production hours, whether for television or radio.

[39] In 2010, therefore, the Commissioner took an important step when he questioned the legality of the Corporation's decision-making process that resulted in the 2009 cutbacks.

[40] Consequently, in his amended notice of application, the Commissioner asked the Federal Court to make various declarations and grant various remedies under section 77 of the OLA—and section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [section 1 (as am. *idem*, s. 14)] (FCA), if necessary—to the effect that the Corporation is subject to the OLA, particularly Part VII, and that it failed to comply with section 41 of the OLA when, in June 2009, it made significant budget cuts to CBEF Windsor, without any prior consultation or impact analysis. The Commissioner is therefore seeking an order requiring the Corporation to review its decision concerning CBEF Windsor and to make the necessary arrangements to compensate for the negative impact of this decision on the OLMC of southwestern Ontario.

[41] The joint applicant, Dr. Amellal, supports the Commissioner's request and, as additional relief, is seeking a permanent injunction forcing the Corporation to return to the previous number of local and regional production hours, if it does not return to broadcasting the programs previously aired by CBEF Windsor which were cancelled.

[38] Le commissaire était notamment d'avis que la Société devrait faire preuve de plus de transparence afin de répondre pleinement à ses obligations en vertu de la LLO. Ainsi, les rapports de la Société sur l'état des réalisations axé sur les résultats de la mise en œuvre de l'article 41 de la LLO et ses rapports au CRTC devraient comprendre une ventilation des dépenses attribuées aux émissions de langue officielle en milieu minoritaire et inclure le nombre d'heures de programmation. Cela dit, le commissaire ne semblait pas remettre en question le pouvoir de la Société de couper du personnel dans les régions et de réduire le nombre d'heures de production régionale et/ou locale, qu'il s'agisse de la télévision ou de la radio.

[39] En 2010, le commissaire a donc franchi un pas important en questionnant la légalité du processus décisionnel suivi par la Société pour en arriver aux coupures de 2009.

[40] Aussi, par son avis de demande modifié, le commissaire recherche de la Cour fédérale diverses déclarations et remèdes en vertu de l'article 77 de la LLO — et l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [article 1 (mod., *idem*, art. 14)] (LCF), si nécessaire — à l'effet que la Société est assujettie à la LLO, notamment à la partie VII, et qu'elle a contrevenu à l'article 41 de la LLO en procédant, en juin 2009, à d'importantes compressions budgétaires visant CBEF Windsor, sans consultation préalable et sans analyse d'impact. Le commissaire demande une ordonnance obligeant la Société à revoir sa décision concernant CBEF Windsor et de prendre les moyens nécessaires pour pallier à l'impact négatif qu'a eu cette décision sur la CLOSM du Sud-Ouest de l'Ontario.

[41] Le codemandeur, le docteur Amellal, appuie la demande du commissaire, et à titre de réparation additionnelle, recherche une injonction permanente obligeant la Société à revenir au nombre antérieur d'heures de production locale et régionale, à défaut de reprendre la diffusion des émissions antérieurement diffusées à l'antenne de CBEF Windsor qui ont été supprimées.

[42] The Federal Court must now rule on the jurisdictional issue raised as a preliminary ground by the Corporation.

EXCLUSIVE JURISDICTION OR CONCURRENT JURISDICTION

[43] Thus far, the provincial courts of original general jurisdiction have refused to issue injunctions or make declarations of right in respect of broadcasting undertakings in cases where the CRTC clearly has jurisdiction to resolve the dispute and where the rights claimed or the violations alleged solely concern the interpretation or application of provisions of the BA or of the regulations made under it (*Trieger v. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 66 O.R. (2d) 273 (H.C.J.), at pages 277–278; *Mahar v. Rogers Cablesystems Ltd.*, 1995 CanLII 7428, 25 O.R. (3d) 690 (Sup. Ct.), at paragraphs 17, 21, 22, 25, 33 and 34).

[44] Similarly, in *Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1991] 2 F.C. 455 (T.D.), the Federal Court ruled that it did not have jurisdiction under sections 18 and 23 [as am. *idem*, s. 32] of the FCA to grant prerogative and injunctive relief directing the Corporation to comply with its mandate—referring here to its mandate under the *Broadcasting Act*, R.S.C., 1985, c. B-9 (the former BA)—and to adhere to and respect the requirements established by the CRTC. First, it was acknowledged that the Corporation is not a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 15] of the FCA, meaning that section 18 of the FCA cannot apply. In addition, since this was a matter where jurisdiction had been “otherwise specially assigned” under the BA, section 23 of the FCA also cannot not apply.

[45] The “exclusive jurisdiction” model suggested by the decisions above thus pertains to the exercise of injunctive power in civil matters or the supervisory power of the superior courts, including the Federal Court. However, another model, one of “concurrent jurisdiction”, has evolved in parallel in cases where there has been an assignment of separate jurisdiction by a statute

[42] Il incombe maintenant à la Cour fédérale de trancher la question de compétence soulevée de façon préliminaire par la Société.

COMPÉTENCE EXCLUSIVE OU COMPÉTENCE CONCURRENTTE

[43] Les cours de droit commun des provinces ont jusqu’ici refusé d’émettre des injonctions et de faire des déclarations de droit visant une entreprise de radiodiffusion dans les cas où le CRTC a manifestement compétence pour régler le litige et que les droits invoqués ou les violations alléguées concernent exclusivement l’interprétation ou l’application de dispositions de la LR ou de ses règlements d’application (*Trieger v. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 66 O.R. (2d) 273 (H.C.J.), aux pages 277 et 278; *Mahar v. Rogers Cablesystems Ltd.*, 1995 CanLII 7428, 25 O.R. (3d) 690 (C.S.), aux paragraphes 17, 21, 22, 25, 33 et 34).

[44] De façon analogue, dans l’affaire *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société Radio-Canada*, [1991] 2 C.F. 455 (1^{re} inst.), la Cour fédérale a jugé qu’elle n’a pas compétence en vertu des articles 18 et 23 [mod., *idem*, art. 32] de la LCF pour émettre un bref de prérogative et une injonction visant à obliger la Société à respecter son mandat — on parlait alors du mandat qui lui était conféré par la *Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. (1985), ch. B-9 (l’ancienne LR) — et à satisfaire aux exigences établies par le CRTC. D’une part, il est reconnu que la Société n’est pas un « office fédéral » au sens du paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 15] de la LCF, de sorte que l’article 18 de la LCF ne peut s’appliquer. De plus, la Cour a jugé que s’agissant d’un pouvoir qui a fait l’objet d’une « attribution spéciale » en vertu de la LR, l’article 23 de la LCF ne peut non plus s’appliquer.

[45] Le modèle de « compétence exclusive » suggéré par les décisions plus haut vise donc l’exercice du pouvoir d’injonction dans des affaires civiles ou du pouvoir de surveillance des cours supérieures, incluant la Cour fédérale. Toutefois, un autre modèle de « compétence concurrente » s’est développé de façon parallèle, lorsqu’il y a eu, par ailleurs, attribution de compétence

other than the BA to an administrative tribunal, or even to the Federal Court.

[46] Thus, in *Vlug v. Canadian Broadcasting Corp.*, 2000 CanLII 5591, the Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) ruled that the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA) required that the Corporation make all of its Newsworld television and English-language network programming accessible to the deaf and hard of hearing, as soon as practicable, despite the fact that subtitling is subject to the CRTC's expectations or conditions of licence (which, instead, set targets to be met).

[47] In *Canadian Broadcasting Corporation v. Canada (Information Commissioner)*, 2011 FCA 326, 344 D.L.R. (4th) 341 (*CBC v. ICC*), the Court had to interpret the scope of section 68.1 [as enacted by S.C. 2006, c. 9, s. 159] of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (AIA). This provision excludes “any information that is under the control of the Canadian Broadcasting Corporation that relates to its journalistic, creative or programming activities, other than information that relates to its general administration” (emphasis added). Arguing that the courts have recognized the CBC's journalistic independence from any government interference and that the words, “journalistic, creative or programming” come from the BA [at section 52], which enshrines its independence, the Corporation objected to any prior examination by the Information Commissioner.

[48] Although the BA applies to the Corporation's programming activities, the Federal Court of Appeal did not exclude the possibility that the AIA applies concurrently, while confirming the Information Commissioner's power of examination [at paragraph 70 of *CBC v. ICC*]:

Although Parliament intended that information related to journalistic, creative or programming activities be excluded from the application of the Act, it also wanted that information related to the CBC's general administration – as defined in section 3.1 – not be excluded. Subject to what is said in paragraphs 73 and 74, below, it is the Commissioner's role to initially determine whether the exception applies and to exercise the recommendation power vested in her by the Act.

distincte par une autre loi que la LR à un tribunal administratif, voire à la Cour fédérale.

[46] Ainsi, dans l'affaire *Vlug c. Société Radio-Canada*, 2000 CanLII 5591, le Tribunal canadien des droits de la personne (T.C.D.P.) a décidé que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (LCDP) forçait la Société à rendre accessible aux personnes sourdes et malentendantes toute la programmation télévisuelle de la chaîne Newsworld et du réseau de langue anglaise, dès que les circonstances le permettent, et ce, bien que le sous-titrage fasse l'objet de conditions de licence ou d'attentes du CRTC (qui établissent plutôt des cibles à atteindre).

[47] Dans l'affaire *Société Radio-Canada c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2011 CAF 326 (*SRC c. CAI*), il s'agissait d'interpréter la portée de l'article 68.1 [édicte par L.C. 2006, ch. 9, art. 159] de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (LAI). Cette dernière disposition exclut les « renseignements qui relèvent de la Société Radio-Canada et qui se rapportent à ses activités de journalisme, de création ou de programmation, à l'exception des renseignements qui ont trait à son administration » (non souligné dans l'original). Faisant valoir que les tribunaux ont reconnu son indépendance journalistique face à toute ingérence gouvernementale, alors que les mots « de journalisme, de création ou de programmation » sont tirés de la LR [à l'article 52] qui consacre son indépendance, la Société s'opposait à tout examen préalable du commissaire à l'information.

[48] Nonobstant le fait que la LR s'applique aux activités de programmation de la Société, la Cour d'appel fédérale n'a pas exclu la possibilité que la LAI s'applique de façon parallèle, tout en confirmant le pouvoir d'examen du commissaire à l'information [au paragraphe 70 de l'arrêt *SRC c. CAI*] :

Autant le législateur a-t-il voulu que les renseignements relevant des activités journalistiques, de la programmation et de la création soient exclus de l'application de la Loi, autant a-t-il voulu que ceux qui portent sur l'administration – tels que définis à l'article 3.1 – ne le soient pas. Sujet à ce qui est dit aux paragraphes 73 et 74 ci-après, il appartient à la commissaire de décider dans un premier temps si l'exception s'applique et d'exercer le pouvoir de recommandation que la Loi lui confère.

[49] Last, in *Quigley v. Canada (House of Commons)*, 2002 FCT 645, [2003] 1 F.C. 132, decided under Part X of the OLA, the applicant was a Rogers Cable subscriber in New Brunswick who had complained to the Commissioner that the Cable Public Affairs Channel (CPAC) broadcast the House of Commons debates in their original version only. As the applicant only spoke English, he was unable to understand those parts that are spoken in French. It should be noted that, under section 25 of the OLA, every federal institution has the duty to ensure that, where services are provided or made available by another person or organization on its behalf, any member of the public in Canada or elsewhere obtain those services from that person or organization in both languages in any case where the institution would itself be required to provide them in both languages. The Federal Court declared that the method used by the House of Commons and its Board of Internal Economy for providing public television broadcasts of parliamentary proceedings contravened section 25 of the OLA, and ordered that they take the necessary steps to bring their practices into compliance with this provision.

[50] Given the case law discussed above, the Court must refrain from swiftly and mechanically applying the CRTC's exclusive jurisdiction model simply because the Corporation's programming was affected by the 2009 budget cuts. See also: *Norton v. VIA Rail Canada*, 2009 FC 704 (*Norton*), at paragraph 55; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Québec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185, at paragraph 11.

[51] Therefore, having considered all of the parties' submissions in light of the applicable law and the evidence on record, I am of the opinion that there is no conflict between the OLA and the BA and that the court to which Part X applies, that is, the Federal Court (section 76 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 183] of the OLA), has *prima facie* jurisdiction to determine the scope of subsection 41(2) of the OLA and to decide whether there was a failure to comply with the duty to take positive measures. Need we be reminded, the OLA reflects a social and political compromise; it gives the Commissioner the powers of a true linguistic ombudsman and creates a judicial process that provides for

[49] Enfin, dans l'affaire *Quigley c. Canada (Chambre des communes)*, 2002 CFPI 645, [2003] 1 C.F. 132, décidée en vertu de la partie X de la LLO, le demandeur était un abonné de Rogers Cable au Nouveau-Brunswick et s'était plaint au commissaire que la Chaîne d'affaires publiques par câble (CPAC) diffusait les débats de la Chambre des communes dans leur version originale seulement. Comme le demandeur ne parlait que l'anglais, il ne pouvait comprendre les parties présentées en français. Rappelons qu'en vertu de l'article 25 de la LLO, il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que, tant au Canada qu'à l'étranger, les services offerts aux publics par des tiers pour leur compte le soient dans les deux langues, dans le cas où elles seraient elles-mêmes obligées de les fournir dans les deux langues. La Cour fédérale a déclaré que la méthode qu'utilisaient la Chambre des communes et son Bureau de régie interne pour assurer la télédiffusion publique des débats parlementaires contrevenait à l'article 25 de la LLO, et leur a ordonné de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à cette disposition.

[50] Compte tenu de la jurisprudence mentionnée plus haut, il faut donc s'abstenir d'appliquer rapidement et mécaniquement le modèle de la compétence exclusive du CRTC, et ce, tout simplement parce que les compressions budgétaires de 2009 ont affecté la programmation de la Société. Voir également : *Norton c. VIA Rail Canada*, 2009 CF 704 (*Norton*), au paragraphe 55; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185, au paragraphe 11.

[51] Aussi, ayant considéré l'ensemble des représentations des parties à la lumière du droit applicable et des preuves au dossier, je suis d'avis qu'il n'y a pas de conflit entre la LLO et la LR et que le tribunal visé à la partie X de la LLO, soit la Cour fédérale (article 76 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 183] de la LLO), a compétence à première vue pour déterminer l'étendue du paragraphe 41(2) de la LLO et décider s'il y a eu manquement à l'obligation de prendre des mesures positives. Faut-il le rappeler, la LLO reflète un compromis social et politique; elle attribue au commissaire les pouvoirs d'un véritable ombudsman linguistique et elle crée un processus judiciaire qui permet d'obtenir

relief in the cases set out at subsection 77(1) of the OLA: *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.), at page 386; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at pages 790 to 792; *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2004 FCA 263, [2004] 4 F.C.R. 276, at paragraphs 16 and 17; and *DesRochers v. Canada (Industry)*, 2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194, at paragraphs 32–35.

[52] That said, although the Federal Court has jurisdiction, strictly speaking, under section 77 of the OLA according to the concurrent jurisdiction model, I am of the opinion that it is preferable for the CRTC to first decide the issue of the decrease in regional or local programming broadcast by CBEF Windsor before I determine whether it is appropriate to either dismiss this application or further examine the issues raised on the merits.

NATURE OF THE DISPUTE AND PARLIAMENT'S INTENT

[53] To decide which of the concurrent legal schemes should govern the dispute, the Court must first analyse the nature of the dispute to determine its essential character, since the key question is whether, in its factual context, the essential character of a dispute arises either expressly or inferentially from a legal scheme. Second, the Court must also determine whether Parliament intended for the dispute to be governed by the BA or by the OLA, depending on what is indicated in the relevant legal provisions: *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360; *Bisailon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666.

[54] Whatever opinion the Commissioner has today, there would not have been 876 complaints from Francophones in southwestern Ontario if the Corporation had not decreased the regional and/or local content in CBEF Windsor's radio programming. In that sense, from

réparation dans les cas prévus au paragraphe 77(1) de la LLO : *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.), à la page 386; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, aux pages 790 à 792; *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2004 CAF 263, [2004] 4 R.C.F. 276, aux paragraphes 16 et 17; et *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194, aux paragraphes 32 à 35.

[52] Cela dit, bien que la Cour fédérale ait compétence au sens strict en vertu de l'article 77 de la LLO, selon le modèle de la compétence concurrente, je juge qu'il est préférable que le CRTC se prononce d'abord sur la question de la réduction de la programmation régionale ou locale diffusée à l'antenne de CBEF Windsor, avant de décider s'il y a lieu de rejeter le présent recours ou bien de poursuivre l'étude des questions qui se soulèvent au mérite.

NATURE DU LITIGE ET INTENTION LÉGISLATIVE

[53] Pour décider lequel des régimes légaux concurrents devrait régir le litige, la Cour doit d'abord analyser la nature du litige afin de déterminer son essence, la question clé étant de savoir si l'essence du litige dans son contexte factuel est expressément ou implicitement visée par un régime légal. Dans un deuxième temps, la Cour doit également déterminer si le législateur voulait que le litige soit régi par la LR ou par la LLO, selon ce qu'indiquent les dispositions légales pertinentes : *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Bisailon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666.

[54] Quoiqu'en pense aujourd'hui le commissaire, il n'y aurait pas eu 876 plaintes de francophones du Sud-Ouest de l'Ontario si la Société n'avait procédé à aucune réduction du contenu régional et/ou local de la programmation radio de CBEF Windsor. En ce sens,

the complainants' perspective, what is at issue is indeed the effect of the cutbacks on the programming broadcast by CBEF Windsor, not the matter of whether the Corporation did or did not hold consultations before making its decision. The complainants are not claiming a right of consultation, although such a right could be granted to them as a remedy in the event of non-compliance with the OLA. What they want, first and foremost, is for CBEF Windsor's programming to strengthen Francophones' ties to the OLMC of southwestern Ontario. This cannot be achieved otherwise than by raising the CRTC's current expectations in terms of local and regional programming.

[55] Whereas the OLA constitutes a comprehensive code on linguistic rights (*Norton*, above, at paragraph 61), the BA also constitutes a comprehensive code—on broadcasting. The BA applies to “broadcasting undertakings”, which include distribution undertakings and programming undertakings, including networks (subsections 2(1) and 4(3) of the BA). The word “programming” extends to more than the mere words which go out over the air but the total process of gathering, assembling and putting out the programs generally (*CKOY Ltd. v. Her Majesty The Queen on the relation of Lorne Mahoney*, [1979] 1 S.C.R. 2, at page 13).

[56] Full effect must be given to Parliament's intent that the specific procedure in accordance with which the national public broadcaster provides its program offering, over the full network and in the regions, be substantively established by the CRTC as part of the public process to issue and renew the Corporation's licences. It goes without saying that the expectations and conditions of licence set by the CRTC must be consistent with all of the applicable provisions of the BA and the OLA, which includes ensuring adherence to the values and spirit of the BA and the OLA in promoting the equal status of both official languages and supporting the development of OLMCs.

[57] Parliament adopted and, over time, has amended the broadcasting policy for Canada set out at subsection 3(1) of the BA. The elements of this policy have been chosen by Parliament with great care, following profound consideration and extensive consultation and

dans la perspective des plaignants, c'est bien l'effet des coupures sur la programmation diffusée à l'antenne de CBEF Windsor qui est en cause, et non le fait que la Société ait tenu ou non des consultations avant de prendre sa décision. Les plaignants ne revendiquent pas un droit de consultation, même si celui-ci pourrait leur être accordé à titre de remède en cas de manquement à la LLO. Cela dit, ils veulent d'abord et avant tout que la programmation de CBEF Windsor renforce l'appartenance des francophones à la CLOSM du Sud-Ouest de l'Ontario. Cela ne peut se faire autrement que par un renforcement des attentes actuelles du CRTC en matière de programmation locale et régionale.

[55] Bien que la LLO soit un code complet en matière de droits linguistiques (*Norton*, précité, au paragraphe 61), la LR est également un code complet en matière de radiodiffusion. La LR s'applique aux « entreprise[s] de radiodiffusion », ce qui inclut les entreprises de distribution et de programmation, incluant les réseaux (paragraphe 2(1) et 4(3) de la LR). Or, le mot « programmation » n'englobe pas seulement les paroles diffusées sur les ondes, mais vise également toutes les étapes de la collecte d'informations, du montage et de la diffusion des émissions en général (*CKOY Ltd. c. Sa Majesté La Reine sur la dénonciation de Lorne Mahoney*, [1979] 1 R.C.S. 2, à la page 13).

[56] Il faut donner plein effet à la volonté du Parlement que les modalités particulières de fourniture de l'offre de programmation du radiodiffuseur public national, sur l'ensemble du réseau et en région, soient d'abord et avant tout fixées par le CRTC dans le cadre du processus public d'attribution et de renouvellement des licences de la Société. Il va sans dire que les attentes et conditions de licence fixées par le CRTC doivent être compatibles avec toute disposition applicable de la LR et de la LLO; ce qui inclut le respect des valeurs et de l'esprit de la LR et de la LLO en matière de promotion de l'égalité des deux langues officielles et d'appui au développement des CLOSM.

[57] Le Parlement a adopté et modifié au fil du temps la politique canadienne de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la LR. Les éléments de cette politique ont été minutieusement choisis par le législateur après un débat public précédé d'une profonde réflexion

then a public debate, both as regards the former 1968 statute (S.C. 1967-68, c. 25) and the new 1991 statute. Today, the policy contains a set of political, social, economic and cultural objectives that reflect the linguistic duality and the multicultural and multiracial nature of Canadian society.

[58] There is no conflict between the purposes of the OLA and those of the BA. In both statutes, the general will of Parliament is to foster the development and enhance the vitality of OLMCs, while leaving the choice of means in the hands of the federal institutions concerned and the broadcasters, including the national public broadcaster. The same may be said of the legal principles for the application of both statutes. As regards the OLA, the federal government's general commitment to enhancing linguistic duality is met by all of the federal institutions in their respective fields of activity, whereas as regards the BA, the general purposes of the broadcasting policy for Canada are implemented by all broadcasters, taking into account their individual characteristics and the complementarity of the programs offered by the broadcasting system as a whole.

[59] It would also be incorrect to think that the BA does nothing more than express wishful thinking by Parliament. It does, in fact, set out a functional legal groundwork and Parliament's statement of certain guiding legal principles that may be interpreted or even completed by the CRTC. For example, the equal status of both official languages is not merely "formal". Parliament also seeks to counteract all regional inequalities within the system and to do so in accordance with the specific interests of both official language communities. In this respect, it is not a matter of requiring the national public broadcaster to provide a single programming service broadcast simultaneously in both official languages. On the contrary, reference is made to two separate services, "reflecting the different needs and circumstances of each official language community, including the particular needs and circumstances of English and French linguistic minorities" (emphasis added) (subparagraph 3(1)(m)(iv) of the BA, while the Corporation's programming should also "strive to be of

et de vastes consultations, qu'il s'agisse de l'ancienne loi de 1968 (S.C. 1967-68, ch. 25) ou dans la nouvelle loi de 1991. On y retrouve aujourd'hui un ensemble d'objectifs politiques, sociaux, économiques et culturels de nature composite qui sont le reflet de la dualité linguistique et du caractère multiculturel et multiracial de la société canadienne.

[58] Il n'y a pas de conflit entre les objectifs de la LLO et ceux de la LR. Dans les deux lois, la volonté générale du Parlement est de favoriser le développement et l'épanouissement des CLOSM, tout en laissant le choix des moyens aux institutions fédérales concernées, d'une part, et aux radiodiffuseurs, incluant le radiodiffuseur public national, d'autre part. On peut en dire tout autant des principes juridiques au niveau de l'application des deux lois. Au niveau de la LLO, l'engagement général du gouvernement fédéral de promouvoir la dualité linguistique est mis en œuvre par l'ensemble des institutions fédérales dans leur domaine d'exercice propre, tandis qu'au niveau de la LR, les objectifs généraux de la politique canadienne de radiodiffusion sont mis en œuvre par l'ensemble des radiodiffuseurs, en tenant compte de leur spécificité propre et de la complémentarité des programmations offertes par l'ensemble du système de radiodiffusion.

[59] On aurait également tort de penser que la LR se contente d'énumérer des vœux pieux du Parlement. Il y a bien une assise juridique fonctionnelle et une affirmation législative de certains principes juridiques conducteurs, susceptibles d'être interprétés, voire complétés par le CRTC. Par exemple, lorsqu'il est question d'égalité des deux langues officielles, il ne s'agit pas d'une égalité purement « formelle ». Le législateur cherche également à rétablir toute inégalité régionale à travers le système, et ce, en fonction des intérêts spécifiques des deux collectivités de langue officielle. À ce chapitre, il n'est pas question d'obliger le radiodiffuseur public national à fournir un service unique de programmation simultanément diffusé dans les deux langues officielles. Au contraire, on parle plutôt de deux services distincts « de manière à refléter la situation et les besoins particuliers des deux collectivités de langue officielle, y compris ceux des minorités de l'une ou l'autre langue » (non souligné dans l'original) (sous-alinéa 3(1)(m)(iv) de la LR, alors que la programmation de la Société devrait

equivalent quality in English and in French” (emphasis added) (subparagraph 3(1)(m)(v) of the BA).

[60] The documentary evidence on record confirms that the statement of the broadcasting policy for Canada is in continuous evolution and does indeed take into account the equal status of the official languages and the importance of fostering the development of OLMCs set out in both the former 1969 *Official Languages Act* (R.S.C. 1970, c. O-2) and the new 1990 statute. Having read all of the extensive documentation reproduced in the joint book of supplementary documents, it appears to me that Parliament’s wish, without limiting the Commissioner’s power in relation to carrying out investigations, is for the Commissioner to make public any complaint made by citizens or groups of citizens, including OLMC members, whether the complaint pertains to the Corporation’s relations and communications with the public, at its headquarters and in the regions, or to the very contents of its national and regional programming.

[61] However, the Corporation’s mandate and mission in terms of the programming offered and the distribution of its services in Canada are subject to a statutory framework set out, first, by section 3 of the BA, which addresses the broadcasting policy for Canada and the role of the national broadcaster (paragraphs 3(1)(l) and (m)) and, second, by sections 35 to 71 [Part III] of the BA, which relate directly to the Corporation’s operational methods and accountability. In fact, the national public broadcaster is not an instrument promoting the government and its ministers, but one promoting the broadcasting policy for Canada. That same policy was the will of Parliament, which entrusted the CRTC with supervising the system.

[62] Let me be clear: the government cannot interfere with the Corporation’s programming choices (subsections 4(1), 35(2), 46(5) and 52(2) of the BA). However, freedom of expression and journalistic independence do not constitute a general licence allowing the Corporation to avoid implementing the linguistic aspects of the broadcasting policy for Canada, to ignore the regions and the OLMCs and to decrease the contribution of artists and other local talents in its national and regional

également « chercher à être de qualité équivalente en français et en anglais » (non souligné dans l’original) (sous-alinéa 3(1)(m)(v) de la LR).

[60] La preuve documentaire au dossier confirme que l’articulation de la politique canadienne de radiodiffusion est sans cesse en mouvance et tient justement compte de l’égalité des deux langues officielles et de l’importance de favoriser le développement des CLOSM que l’on retrouve dans l’ancienne loi de 1969 sur les langues officielles ([*Loi sur les langues officielles*], S.R.C. 1970, ch. O-2) ou la nouvelle loi de 1990. Ayant lu l’ensemble de la vaste documentation reproduite dans le recueil conjoint de documentation supplémentaire, sans limiter les pouvoirs d’enquête du commissaire, il m’apparaît que le vœu du Parlement est que celui-ci rende publique toute doléance émanant de citoyens ou de groupes de citoyens, incluant les membres de CLOSM, qu’il s’agisse des rapports et des communications de la Société avec le public, au siège social et dans les régions, ou qu’il s’agisse du contenu même de sa programmation nationale et régionale.

[61] D’un autre côté, le mandat et la mission de la Société du point de vue de la programmation offerte et de la distribution de ses services au Canada sont encadrés législativement, d’une part par l’article 3 de la LR, qui traite de la politique canadienne de radiodiffusion et du rôle du radiodiffuseur national (alinéas 3(1)(l) et m)), et d’autre part, par les articles 35 à 71 [la partie III] de la LR, qui ont directement trait aux modes de fonctionnement et à l’imputabilité de la Société. En effet, le radiodiffuseur public national n’est pas l’instrument de promotion du gouvernement et de ses ministres, mais de la politique canadienne de radiodiffusion, celle-là même voulue par le Parlement qui a confié la surveillance du système au CRTC.

[62] Soyons clairs : le gouvernement ne peut s’ingérer dans les choix de programmation de la Société (paragraphes 4(1), 35(2), 46(5) et 52(2) de la LR). D’un autre côté, la liberté d’expression et l’indépendance journalistique de la Société ne constituent pas une licence générale lui permettant d’éviter de mettre en œuvre les aspects linguistiques de la politique canadienne de radiodiffusion, d’ignorer les régions et les CLOSM, et de diminuer la contribution des artistes et

programming. As well, the Corporation's programming for the people of Canada must include a certain proportion of regionally produced programs, with which listeners and television viewers will be able to identify. This is especially true in the case of OLMCs, which are threatened by assimilation and count on public radio and public television to preserve their language and cultural identity.

[63] Conversely, the national public broadcaster is ultimately responsible before Parliament, through the Minister, for the exercise of its activities (section 40 of the BA). In passing, the Minister is also the one who, in consultation with the other federal ministers, fosters and encourages coordination of the federal institutions' implementation of the commitment set out at subsection 41(1) of the OLA (section 42 [as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 27] of the OLA). In addition, Canadian Heritage ensures that the Canadian broadcasting and digital communications sectors participate in achieving Canada's social, cultural and economic objectives as set out in the BA and promotes the creation and broadcasting of Canadian content through numerous forms of media.

[64] Since the broadcasting policy for Canada has not been repealed or amended by Parliament, the federal government must comply with it in full, not only in letter but also in spirit. The onus is on the government, the Minister and any other responsible minister to ensure that the Corporation receives adequate public funding on an annual basis and has the financial capacity to provide Canadians with programming that is consistent with the values, objectives and legitimate expectations under the BA, which itself mirrors some key aspects of the OLA.

[65] In particular, the will of Parliament is for a range of broadcasting services in French and English to be extended to all Canadians as resources become available (paragraph 3(1)(k) of the BA). As regards the Corporation's programming, the public broadcaster's mandate expressly includes promoting both official

autres talents locaux dans sa programmation nationale et régionale. Aussi, dans la programmation que la Société offre à la population canadienne, il doit y avoir une certaine part d'émissions produites en région, où les auditeurs et les téléspectateurs pourront se reconnaître. Ceci est encore plus vrai dans le cas des CLOSM qui sont menacées d'assimilation et qui comptent sur la radio et la télévision publiques pour maintenir leur langue et leur identité culturelle.

[63] D'autre part, le radiodiffuseur public national est responsable en dernier ressort devant le Parlement, par l'intermédiaire du ministre, de l'exercice de ses activités (article 40 de la LR). Au passage, c'est également le ministre, qui en consultation avec les autres ministres fédéraux, suscite et encourage la coordination de la mise en œuvre par les institutions fédérales de l'engagement que l'on retrouve au paragraphe 41(1) de la LLO (article 42 [mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 27] de la LLO). D'ailleurs, Patrimoine canadien veille à ce que les secteurs canadiens de la radiodiffusion et des communications numériques participent à la réalisation des objectifs sociaux, culturels et économiques du Canada qui sont énoncés dans la LR et favorisent la création et la diffusion de contenu canadien sur de multiples plateformes.

[64] Puisque la politique canadienne de radiodiffusion n'a pas été abrogée ou modifiée par le Parlement, celle-ci doit être intégralement respectée par le gouvernement fédéral, non seulement dans sa lettre mais dans son esprit également. Il incombe particulièrement au gouvernement, au ministre et à tout autre ministre responsable de s'assurer que la Société reçoive annuellement un financement public adéquat et ait la capacité financière de fournir aux Canadiens une programmation qui respecte les valeurs, les objectifs et les attentes légitimes découlant de la LR, qui reprend elle-même certains aspects clés de la LLO.

[65] C'est notamment le désir du Parlement qu'une gamme de services de radiodiffusion en français et en anglais soit progressivement offerte à tous les Canadiens, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens (alinéa 3(1)(k) de la LR). S'agissant de la programmation de la Société, le mandat du radiodiffuseur public comprend

languages, preserving the identity of French-speaking and English-speaking minorities within the Canadian federation and contributing to shared national consciousness and identity (subparagraphs 3(1)(m)(iv), (v) and (vi) of the BA). That is the law, and everyone must obey it, including Her Majesty in right of Canada or a province (subsection 4(1) of the BA).

[66] On this level, it is interesting to note that the BA is more restrictive than the OLA in terms of the accessibility of program services provided by the national broadcaster. In the OLA, the availability of services in either official language is contingent on the type of office (i.e. head or central office) or the criterion of a “significant demand” outside the National Capital Region, but the BA instead uses the criterion of “resources ... available” (subparagraph 3(1)(m)(vii) of the BA). As it is, the Corporation must have regard to the principles and purposes of the OLA when planning to extend broadcasting services (subsection 46(4) of the BA). Parliament could not have been clearer.

[67] The duty to take “positive measures” set out at subsection 41(2) of the OLA must be interpreted and applied in light of the programming undertakings already assumed by the Corporation under the BA or which the CRTC may require in the form of expectations and conditions of licence. It is difficult to see how the Commissioner or the Federal Court can, for example, require that the Corporation offer radio programming in a given region simply because an OLMC is located there. In fact, to do so, the Corporation must hold a licence from the CRTC, presuming that a frequency is available and it has been allocated to the Corporation. Furthermore, the antenna and facilities of the affiliated station broadcasting the signal must have received Industry Canada’s approval in accordance with the *Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, and its regulations.

[68] The CRTC has vast powers under sections 9 [as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 10(F)] to 13 of the BA

explicitement la promotion des deux langues officielles et le maintien de l’identité des minorités francophones et anglophones au sein de la fédération canadienne, en plus de contribuer au partage d’une conscience et d’une identité nationales (sous-alinéas 3(1)(m)(iv), (v) et (vi) de la LR). C’est la loi, tous et toutes doivent la respecter, incluant Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province (paragraphe 4(1) de la LR).

[66] À ce chapitre, il est intéressant de noter que la LR est plus contraignante que la LLO au niveau de l’accessibilité des services de programmation du radiodiffuseur national. Tandis que dans la LLO, l’offre de services des institutions fédérales dans l’une ou l’autre des langues officielles est subordonnée à la nature du bureau (e.g. siège ou administration centrale) ou au critère de la « demande importante » en dehors de la région de la capitale nationale, la LR utilise plutôt le critère de la « disponibilité des moyens » (sous-alinéa 3(1)(m)(vii) de la LR). Au demeurant, la Société doit tenir compte, dans ses projets d’extension de services de radiodiffusion, des principes et des objectifs de la LLO (paragraphe 46(4) de la LR). Le législateur ne pouvait s’exprimer plus clairement.

[67] L’obligation de prendre des « mesures positives » inscrite au paragraphe 41(2) de la LLO doit donc être interprétée et appliquée à la lumière des engagements au niveau de la programmation déjà pris par la Société en vertu de la LR ou que le CRTC peut prescrire sous forme des conditions de licence et d’attentes. On voit mal comment le commissaire ou la Cour fédérale peuvent exiger, par exemple, que la programmation radio de la Société soit offerte dans une région donnée, simplement parce qu’il y a une CLOSM. En effet, pour ce faire la Société doit détenir une licence du CRTC, ce qui suppose qu’il y ait une fréquence disponible et que celle-ci ait été allouée à la Société. De plus, il faut que l’antenne et les installations de la station affiliée diffusant le signal aient été approuvées par Industrie Canada en vertu des dispositions de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, et de ses règlements d’application.

[68] Le CRTC possède de vastes pouvoirs en vertu des articles 9 [mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 10(F)]

and, under section 17 of the BA, “has authority to determine questions of fact or law in relation to any matter within its jurisdiction under this Act.” In *Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 283, [2006] 2 F.C.R. 199, at paragraphs 72 and 73, the Federal Court of Appeal noted the following about the scope of its powers:

This independent authority, the CRTC, was required by section 15 to regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system. Thus, in the performance of its duty of supervision and regulation, it was given exclusive power by Parliament to issue licences, to make regulations respecting standards of programs and advertising, to define the classes of persons who could be allowed to hold broadcasting licences and to prescribe the conditions for the operation of broadcasting stations as part of a network and the conditions for the broadcasting of network programs ...

The broadcasting policy enunciated by the Act was also addressed to a number of issues of public interest including the language of broadcasting, the need for a national public broadcasting service, diversity and quality of programming, and recognition and supervision of broadcasting undertakings, to mention only a few of these issues.

[69] In the past, the CRTC has shown that it was prepared to make any order necessary to promoting either official language and fostering the development of an OLMC. This is what the CRTC did, for example, when in 1999 it forced broadcasting distribution undertakings (BDUs) to distribute the French-language television service of Groupe TVA Inc. (TVA) across the country, thus responding to “a long-standing desire on the part of French-speaking communities outside Quebec” and being, in addition, persuaded that “national distribution of this television service will contribute to promoting Canada’s linguistic duality and cultural diversity” (Public Notice CRTC 1999-27, Order respecting the distribution of the French-language television service of TVA Group Inc., February 12, 1999).

[70] Therefore, far from wishing to minimize the Commissioner’s role as ombudsman—since he must continue to receive complaints and conduct any

à 13 de la LR, et en vertu de l’article 17 de la LR, il « connaît de toute question de droit ou de fait dans les affaires relevant de sa compétence ». Dans l’affaire *Genex Communications c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 283, [2006] 2 R.C.F. 199, aux paragraphes 72 et 73, la Cour d’appel fédérale a rappelé l’étendue de ces pouvoirs :

Cet organisme autonome, le CRTC, s’est vu imposer par l’article 15 l’obligation de réglementer et de surveiller tous les aspects du système de la radiodiffusion canadienne. C’est ainsi que, pour l’exécution de son devoir de surveillance et de réglementation, il obtint du Parlement le pouvoir exclusif d’émettre des licences, d’établir des règlements concernant les normes des émissions et la publicité, de définir les catégories de personnes pouvant se voir attribuer un permis de radiodiffusion et de prescrire les conditions de l’exploitation des stations de radiodiffusion en tant qu’éléments d’un réseau ainsi que les conditions de radiodiffusion des émissions de réseaux [...]

La politique de radiodiffusion édictée par la Loi s’adressait aussi à un certain nombre de questions d’intérêt public dont celles de la langue de diffusion, la nécessité d’un service public national de radiodiffusion, la diversité et la qualité de la programmation, la reconnaissance et l’encadrement d’entreprises de radiodiffusion, pour ne mentionner que quelques-unes de ces questions.

[69] Par le passé, le CRTC a démontré qu’il était prêt à rendre toute ordonnance utile pour promouvoir l’une ou l’autre des langues officielles et favoriser le développement de toute CLOSM. C’est ce qu’il a fait, par exemple, lorsqu’il a forcé en 1999 les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) à distribuer à l’échelle nationale le service de télévision de langue française du Groupe TVA inc. (TVA), répondant « a une attente de longue date des collectivités francophones hors Québec » et étant par ailleurs convaincu que « la distribution de ce service de télévision à l’échelle nationale contribuera à promouvoir la dualité linguistique et la diversité culturelle du Canada » (Avis public CRTC 1999-27, Ordonnance de distribution du service de télévision de langue française du Groupe TVA inc., 12 février 1999).

[70] Aussi, loin de vouloir diminuer le rôle d’ombudsman du commissaire — celui-ci devant continuer à recevoir des plaintes et faire toute enquête qu’il estime

investigations he deems useful under the OLA—I am nonetheless of the opinion that the general jurisdiction of the court identified under Part X of the OLA, the Federal Court, to grant a “remedy” in the event of noncompliance with the OLA is necessarily only concurrent with the CRTC’s specialized jurisdiction in broadcasting matters under Part II [sections 5 to 34] of the BA.

APPROPRIATENESS OF THE CURRENT REGULATORY FRAMEWORK

[71] A great deal of effort has been expended by both parties to satisfy me, as Trial Judge, to continue the hearing on the merits of this application for a remedy, or to dismiss it summarily, on the ground that the Federal Court could grant an appropriate remedy, or else could not do so, assuming that the facts alleged by the applicants are proven.

[72] At this stage, as made clear in the paragraphs that follow, I am of the opinion that the complaints made to the Commissioner may appropriately be decided on the merits by another authority: in this case, the CRTC. It must be remembered that, according to subsection 77(5) of the OLA, “[n]othing in this section abrogates or derogates from any right of action a person might have other than the right of action set out in this section” (emphasis added). It is clear that the applicants have not waived their right to intervene before the CRTC.

[73] Moreover, in the intervention he filed on July 8, 2011, Dr. Amellal asked the CRTC [TRANSLATION] “to re-establish the programs produced locally at CBEF 540, in accordance with the programming that was current under Decision CRTC 2001-529”, alleging the following in that regard:

[TRANSLATION]

The CBC’s decisions and its plan for the future of CBEF are contributing to Francophone assimilation in southwestern Ontario. The CBC has taken no steps to implement its commitment towards the Francophone minority of southwestern Ontario to enhance its vitality and support its development.

utile en vertu de la LLO —, je considère néanmoins que la compétence générale que le tribunal désigné en vertu de la partie X de la LLO, la Cour fédérale, possède pour accorder une « réparation » en cas de manquement à la LLO ne peut être que concurrente à la compétence spécialisée en matière de radiodiffusion que possède le CRTC en vertu de la partie II [articles 5 à 34] de la LR.

CARACTÈRE APPROPRIÉ DU CADRE RÉGLEMENTAIRE ACTUEL

[71] Beaucoup d’efforts ont été consacrés de part et d’autre pour me convaincre comme juge du fond de poursuivre l’audition au mérite du présent recours judiciaire, ou de le rejeter sommairement, au motif que la Cour fédérale pouvait accorder, ou au contraire ne pouvait pas accorder une réparation appropriée, en supposant que les faits allégués par les demandeurs soient prouvés.

[72] À ce stade, tel qu’il est explicité dans les paragraphes qui suivent, je suis d’avis qu’il peut être statué de façon appropriée sur le fond des plaintes portées devant le commissaire dans une autre instance, ici le CRTC. Rappelons que selon le paragraphe 77(5) de la LLO, « [l]e présent article ne porte atteinte à aucun autre droit d’action » (non souligné dans l’original). Or, il est manifeste que les demandeurs n’ont pas renoncé à leur droit d’intervenir devant le CRTC.

[73] D’ailleurs dans l’intervention qu’il a déposée le 8 juillet 2011, le docteur Amellal demande au CRTC « de rétablir les émissions produites localement à CBEF 540, selon la programmation qui existait dans le cadre de la décision CRTC 2001-529 », alléguant à ce chapitre :

Les décisions qu’ont prises la SRC et son plan pour l’avenir de la station CBEF contribuent à l’assimilation des francophones dans le Sud-Ouest de l’Ontario. La SRC n’a pas pris des mesures pour mettre en œuvre son engagement envers la minorité francophone du Sud-Ouest de l’Ontario pour favoriser son épanouissement et appuyer son développement.

The CBC failed to consult the community of southwestern Ontario before making major cuts to the CBEF 540 station and neglected to assess the negative impact that those cuts could have on the community. Those failings were detrimental to the vitality of our minority community.

The CBC is failing to comply with the *Broadcasting Act*, is failing to comply with the current licence issued by the CRTC and has made crushing decisions for the official language minority population.

We believe that, as an institution that regulates and supervises compliance with the *Broadcasting Act* and claims to take the reality of official language minority communities into account, the CRTC must intervene in this situation.

[74] In my opinion, the process of renewing the Corporation's licences is the forum favoured by Parliament for discussions to be held on the decrease in local or regional French-language programming. For the time being, I must assume that the CRTC will give particular attention to the applicants' criticisms of the Corporation. This is part of its mandate as regulator of the broadcasting system.

[75] By nature, radio is more regulated than television and still largely broadcast by radio waves. In fact, these frequencies are a public good whose allocation to a broadcaster presupposes a public review process, upon completion of which the CRTC issues an operating licence to the licence holder that will best be able to serve the people, taking into account the policies in effect, the public interest and government guidelines.

[76] Subject to directions from the Governor in Council—particularly as regards the reservation of channels or frequencies for the use of the Corporation or for any special purpose (subsection 26(1) of the BA)—the allocation of frequencies is a competitive process, such that the Corporation may even propose new networks (*Métromédia CMR Montréal Inc.*, decision CRTC 99-151, June 21, 1999; *Société Radio-Canada v. Métromédia Cmr Montréal Inc.*, 1999 CanLII 8947, 254 N.R. 266 (F.C.A.)).

[77] Since 1970, the Corporation has been operating an AM radio programming undertaking in the region of

La SRC n'a pas consulté la communauté du Sud-Ouest de l'Ontario avant de faire des compressions majeures à la station CBEF 540 et elle a omis d'évaluer l'impact négatif que ces dernières pouvaient avoir sur la communauté. Ces manques ont nui à l'épanouissement de notre communauté minoritaire.

La SRC ne respecte pas la *Loi sur la radiodiffusion*, ne respecte pas la licence actuelle émise par le CRTC et a pris des décisions écrasantes pour la population minoritaire de langue officielle.

En tant qu'institution qui réglemente et surveille le respect de la *Loi sur la radiodiffusion* et qui dit tenir compte de la réalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire, nous croyons que le CRTC doit intervenir dans cette situation.

[74] À mon avis, le processus de renouvellement des licences de la Société constitue le forum privilégié par le législateur pour débattre de la réduction de la programmation régionale ou locale de langue française. Je dois, pour le moment, présumer que le CRTC portera une attention particulière aux reproches formulés par les demandeurs contre la Société. Cela fait partie de son mandat de régulateur du système de radiodiffusion.

[75] De par sa nature, la radio est plus réglementée que la télévision, la première étant encore largement diffusée sur ondes hertziennes. En effet, les fréquences constituent un bien public collectif dont l'attribution à un radiodiffuseur suppose un processus d'examen public au terme duquel le CRTC délivrera une licence d'exploitation au titulaire qui pourra le mieux desservir la population, compte tenu des politiques en vigueur, de l'intérêt public et des directives du gouvernement.

[76] Sous-réserve des instructions du gouverneur en conseil — notamment quant aux canaux ou aux fréquences à réserver à l'usage de la Société ou à toute fin particulière (paragraphe 26(1) de la LR) — le processus d'attribution d'une fréquence est concurrentiel, de sorte que la Société peut même présenter de nouveaux projets de chaîne (*Métromédia CMR Montréal inc.*, décision CRTC 99-151, 21 juin 1999; *Société Radio-Canada c. Métromédia Cmr Montréal Inc.*, 1999 CanLII 8947 (C.A.F.)).

[77] Depuis 1970, la Société opère une entreprise de programmation de radio AM dans la région du

southwestern Ontario on the frequency 540 KHz (AM), known by the name CBEF Windsor. Using its rebroadcaster at Leamington, CBEF-1 FM, the Corporation broadcasts the same programming at 103.1 MHz (FM), which ensures improved broadcasting of la Première Chaîne in this part of the country, which is served almost exclusively by English-language networks on both sides of the border.

[78] However, since CBEF is the only French-language station in the Windsor region, and a great many Francophones in the area understand English, the lack of a French-language FM station encouraged them to tune into English-language stations instead. As a result, in 2008, the CRTC also allowed the Corporation to operate an overlapping rebroadcasting FM transmitter at Windsor, operating at 102.3 MHz and covering about the same area as CBEF Windsor.

[79] Let us leave aside, for the moment, the fact that la Première Chaîne's network programming, produced primarily in Montréal, is broadcast throughout the country. One thing is clear: all of the stakeholders agree that, in order for the public broadcaster to fulfill its mandate, it is not enough for it to broadcast nationwide in French. First, its programming must be mainly Canadian. Second, that programming must also reflect the regions and the people who live there, if not be produced locally or regionally.

[80] Furthermore, in its application for licence renewal for CBEF Windsor in 1993, the Corporation itself acknowledged that [TRANSLATION] "French radio must remain regional radio", and that [TRANSLATION] "in many parts of the country, only the CBC is able to make regional programming available in French". Stating next that [TRANSLATION] "it is therefore through regional programming that French radio will secure the loyalty of listeners, whom it will then be able to provide with a choice of programs that are clearly distinctive in terms of their content and crafting", the Corporation claimed it was [TRANSLATION] "persuaded that it inhabits a unique niche in the radio landscape of Windsor and the surrounding area".

Sud-Ouest de l'Ontario sur la fréquence 540 kHz (AM) et connue sous le nom de CBEF Windsor. Grâce à son réémetteur situé à Leamington, CBEF-1 FM, celle-ci diffuse la même programmation sur la fréquence 103,1 MHz (FM); ce qui assure une meilleure diffusion de la Première Chaîne dans cette région du pays desservie presque exclusivement par des chaînes anglophones des deux côtés de la frontière.

[78] D'autre part, parce que CBEF est la seule station francophone de la région Windsor et qu'un grand nombre de francophones de la région comprennent l'anglais, l'absence d'une station FM de la Société de langue française les encourageait plutôt à syntoniser des stations de langue anglaise. Aussi, en 2008, le CRTC a également autorisé la Société à exploiter un réémetteur FM imbriqué à Windsor, exploité sur la fréquence 102,3 MHz, couvrant à peu près le même rayon que CBEF Windsor.

[79] Oublions pour le moment que la programmation réseau de la Première Chaîne, qui est produite principalement à Montréal, soit diffusée à travers le pays. Une chose est claire : tous les intervenants s'entendent pour dire qu'il ne suffit pas au radiodiffuseur public, pour remplir son mandat, de diffuser en français à l'échelle du pays. D'une part, sa programmation doit être principalement canadienne. Au demeurant, celle-ci doit également refléter les régions et leurs habitants, voire être produite localement ou régionalement.

[80] D'ailleurs, en 1993, dans sa demande de renouvellement de licence de la station CBEF Windsor, la Société reconnaissait elle-même que « [l]a radio française doit demeurer une radio régionale », alors que « dans plusieurs régions du pays, seule Radio-Canada est en mesure d'offrir une programmation régionale en français ». Affirmant alors que « [c]'est donc d'abord par le biais d'une programmation régionale que la radio française devra préserver la fidélité d'un auditoire à qui elle pourra ensuite offrir un choix d'émissions nettement distinctives quant à leur contenu et à leur facture », la Société disait être « convaincue d'occuper un créneau unique dans le paysage radiophonique de Windsor et de ses environs ».

[81] In Decision CRTC 2001-529 [*Canadian Broadcasting Corporation*], the CRTC clearly stated that the Corporation has a duty to fulfill its responsibility to broadcast local and regional programming on each of its affiliated stations [at paragraph 3]:

In March 1999, the Commission held a series of public consultations. During these consultations, a number of representatives of Francophones from areas other than Quebec complained about the lack of coverage of their communities in the programs broadcast by the CBC. As the Commission noted when it last renewed the CBC's network licences in January 2000, "given Canada's cultural and social diversity and the needs and interests of Anglophone as well as Francophone audiences, the CBC should emphasize programming that reflects all the communities of this country. This obligation is at the very heart of the CBC's mandate. If Canada's many voices and faces are to be represented on the public broadcasting service, the CBC must have a stronger presence in all parts of the country and must be committed to regional talent." The Commission reaffirms the particular importance it attaches to the CBC's responsibilities to provide regional programming on its individual stations. Accordingly, the Commission expects the CBC to maintain the levels of regional and subregional programming currently broadcast on each of these stations. The Commission also strongly encourages the licensee to surpass these levels during the new licence term. [Emphasis added.]

[82] From a regulatory standpoint, a distinction should be made between "regional" programs, which may be produced outside an affiliated station (but within the same province) and so-called "local" (sub-regional) programs, produced at the affiliated station itself. Therefore, in 2001, when the Corporation's licences were most recently renewed, the CRTC stated that it expected the Corporation to maintain the current levels of regional and local (sub-regional) programming at its affiliated stations, while strongly encouraging it to surpass those levels during the new licence term—referring then to the period from September 1, 2001 to August 31, 2007.

[83] However, the cutbacks over the last years have had a substantial impact on the hours of programming produced by CBEF Windsor, to such an extent that one may well ask whether it still fulfills its role as a local French-language information station on the AM band (simultaneously rebroadcast on the FM band)

[81] Dans la décision du CRTC 2001-529 [*Société Radio-Canada*], le CRTC a clairement indiqué qu'il incombe à la Société de s'acquitter de sa responsabilité de diffuser de la programmation locale et régionale sur les ondes de chacune de ses stations affiliées [au paragraphe 3] :

En mars 1999, le Conseil a tenu une série de consultations publiques. Au cours de ces consultations, plusieurs représentants de francophones à l'extérieur du Québec ont déploré le manque de couverture de leur communauté dans les émissions diffusées par la SRC. Comme le Conseil l'a souligné au moment du renouvellement des licences des réseaux de la SRC en janvier 2000, « compte tenu de la diversité culturelle et sociale canadienne et des besoins et intérêts des auditoires tant francophones qu'anglophones, la SRC doit mettre l'accent sur une programmation qui reflète l'ensemble des collectivités du pays. Cette obligation est inscrite au cœur même de son mandat. Pour que la pluralité des voix et des visages des Canadiens puisse s'exprimer sur les ondes du service public, celui-ci doit être bien ancré dans toutes les régions et miser sur les talents qui en sont issus ». Pour le Conseil, il demeure particulièrement important que la SRC s'acquitte de sa responsabilité de diffuser de la programmation régionale sur les ondes de chacune de ses stations. Il s'attend donc que la SRC maintienne les niveaux actuels de programmation régionale et sous-régionale de ses stations et il encourage fortement la titulaire à les dépasser au cours de la nouvelle période d'application des licences. [Non souligné dans l'original.]

[82] Du point de vue réglementaire, il faut donc distinguer entre les émissions dites « régionales », pouvant être produites à l'extérieur de la station affiliée (mais dans la même province), et les émissions dites « locales » (sous-régionales), produites à la station affiliée elle-même. Ainsi, en 2001, lors du dernier renouvellement des licences de la Société, le CRTC a indiqué qu'il s'attendait à ce que la Société maintienne les niveaux existants de programmation régionale et locale (sous-régionale) des stations affiliées, tout en l'encourageant fortement à les dépasser au cours de la nouvelle période d'application des licences — on parlait alors du 1^{er} septembre 2001 au 31 août 2007.

[83] Or, les compressions des dernières années ont eu un impact substantiel au niveau des heures de programmation produite par la station CBEF à Windsor, à telle enseigne qu'on peut se demander si elle remplit toujours son rôle de station locale francophone d'information sur la bande AM (incidemment rediffusée sur la

in Windsor's radio landscape. In June 2010, the Commissioner made the following observation at page 22 of his final investigation report:

[TRANSLATION] The near-total loss of local radio content spells the effective loss of the radio station that was considered part of the infrastructures providing institutional support to the official language minority community of southwestern Ontario. Its disappearance is detrimental to the minority community's vitality and development. Owing to the Francophone population's lack of interest in the new format and the loss of the only tool in which the community saw itself reflected each day, the Francophone community is now turning to English-language radio, which will most likely be detrimental to its identity.

[84] And yet, in brighter days—meaning the state of affairs before 1996—CBEF Windsor had some 25 regular employees, 15 of whom were assigned to programming and 7 of whom worked on news and information. That said, following the 2009 budget cuts, it seems that the affiliated station in Toronto, CJBC, benefited from an increase in local and/or regional production, to the detriment of CBEF Windsor. In fact, in 2001, CJBC broadcast approximately 27.5 hours a week of programs produced in Toronto, whereas, during the 2010-2011 period, programs produced in Toronto reached 32 hours a week.

[85] Ten years have passed since the Corporation's licences were last renewed. It is therefore high time that the Corporation provide Canadians with an explanation of its programming choices and of its vision for the future in a setting where the interested parties will have the opportunity to be heard. In this case, I believe that the best forum is indeed the CRTC, which acts as regulator and lawmaker (by delegation) in the area of broadcasting. In all likelihood, the stakeholders and other interested parties will make submissions to the CRTC insisting that the Corporation now be required, by conditions of licence, to meet a minimum threshold for local and/or regional programs that are regionally broadcast and produced. Presumably, if the Corporation fails to compromise, it is to be expected that the battle before the CRTC for a return to the previous level of local programming in Windsor will be very bitter. One might even have to call it a "fight to the finish" between

bande FM) dans l'environnement radiophonique de Windsor. En juin 2010, dans son rapport d'enquête final, le commissaire notait à la page 22 :

La perte de la quasi-totalité du contenu local des émissions constitue en définitive la perte du poste de radio qui était vu et considéré comme faisant partie des infrastructures servant de support institutionnel à la communauté minoritaire de langue officielle du sud-ouest de l'Ontario. Sa disparition nuit à la vitalité et au développement de la communauté minoritaire. En raison du désintéressement de la population francophone au nouveau format, en raison de la perte du seul outil dans lequel la communauté se voyait refléter au quotidien, celle-ci se tourne maintenant vers des postes de radio d'expression anglaise, ce qui va vraisemblablement nuire à sa construction identitaire.

[84] Pourtant, dans des jours moins sombres — on parle ici de la situation avant 1996 — CBEF Windsor comptait quelques 25 employés réguliers et dont une quinzaine étaient affectés à la programmation et 7 travaillaient aux nouvelles et à l'information. Cela dit, suite aux compressions budgétaires de 2009, il semble que la station affiliée de Toronto, CJBC, a profité d'un accroissement de production locale et/ou régionale au détriment de la station CBEF Windsor. En effet, CJBC diffusait en 2001 approximativement 27,5 heures par semaine d'émissions produites à Toronto, alors que pour la période 2010-2011, on parlait de 32 heures par semaine d'émissions produites à Toronto.

[85] Plus de dix ans ont passé depuis le dernier renouvellement des licences de la Société. Il est donc grand temps que la Société explique aux Canadiens ses choix de programmation et sa vision pour l'avenir dans un cadre où tous les intéressés auront la possibilité de se faire entendre. En l'espèce, je crois que le meilleur forum, c'est bien le CRTC, qui fait office de régulateur et législateur (par délégation) dans le domaine de la radio-diffusion. Vraisemblablement, les intervenants et d'autres intéressés insisteront auprès du CRTC pour que la Société soit maintenant contrainte, par condition de licence, à diffuser et produire en région un seuil minimum d'émissions locales et/ou régionales. On peut penser que si aucun compromis n'est fait par la Société, la bataille devant le CRTC pour le retour des niveaux antérieurs de programmation locale à Windsor s'annonce très âpre. Peut-être faut-il même parler d'une « lutte à finir » entre la Société, le commissaire et la population

the Corporation, the Commissioner and the Francophone population of southwestern Ontario, which is not desirable in a context where the “public interest” must come first.

[86] To go by the documentation currently in the public record, the Corporation’s plan for the next licence term is for 20 hours and up of the weekly broadcast to be locally produced at “main” stations and, by contrast, for 5 to 20 hours of the weekly broadcast to be locally produced at “remote” stations. The Corporation now wants the CRTC to set out expectations backing the organizational and operational changes that have been made in terms of content produced locally and/or regionally. According to the plans announced by the Corporation in 2011, in Ontario, the affiliated stations in Ottawa, Toronto and Sudbury, which broadcast la Première Chaîne, would all become “main” stations, whereas the Windsor station, which also broadcasts la Première Chaîne, would become a “remote” station. In the case of CBEF Windsor, this means only five hours of local production a week, unless, of course, the Corporation revises its plans or is forced to do so.

[87] The 2009 cutbacks were made over three years ago, so I have trouble seeing how, today, the Federal Court can legally force the resumed broadcasting of cancelled programs or set a minimum threshold for local or regional production. This power belongs instead to the Canadian broadcasting system regulator, the CRTC, which has an overall picture of the Corporation’s broadcasting activities and its future plans for programming produced in the major centres and in the regions. In this case, nothing has shown me that it will not be possible for the complaints made to the Commissioner in 2009 to be decided appropriately on the merits. In my opinion, the fact that the CRTC considers other factors in addition to the language issue is not, in itself, sufficient for me to agree to entertain this application for a remedy at this stage. Concern for judicial economy strongly favours letting matters play out.

[88] In this regard, the CRTC’s practice is to integrate the purposes of section 41 of the OLA into the activities

francophone du Sud-Ouest de l’Ontario, ce qui n’est pas souhaitable dans un contexte où l’« intérêt public » doit primer.

[86] Si l’on se fie à la documentation actuellement au dossier public, la Société prévoit qu’au cours de la prochaine période de licence, les stations « principales » diffuseront 20 heures et plus de production locale par semaine, tandis que les stations « périphériques » diffuseront de 5 à 20 heures de production locale par semaine. La Société veut maintenant faire avaliser par le CRTC, sous forme d’attentes, les changements organisationnels et opérationnels survenus au niveau de la production locale et/ou régionale. En Ontario, selon les plans annoncés en 2011 par la Société, les stations affiliées d’Ottawa, de Toronto et de Sudbury, qui diffusent la Première Chaîne, deviendraient toutes trois des stations « principales », tandis que la station de Windsor, qui diffuse également la Première Chaîne, deviendrait une station « périphérique ». Dans le cas de la station CBEF Windsor, on parle donc de seulement 5 heures de production locale par semaine, à moins, bien entendu, que la Société ne révise ses plans ou qu’elle soit forcée de le faire.

[87] Les compressions de 2009 ont déjà eu lieu il y a trois ans, et je vois mal comment la Cour fédérale peut légalement forcer aujourd’hui la reprise de la diffusion d’émissions supprimées ou prescrire un seuil minimum d’heures de production locale ou régionale. Cette faculté appartient plutôt au régulateur du système canadien de radiodiffusion, le CRTC, qui a une vue d’ensemble sur les activités de radiodiffusion de la Société et ses plans futurs en matière de programmation produite dans les grands centres et en région. On ne m’a pas ici démontré qu’il ne pourra être statué de façon appropriée sur le fond des plaintes ayant été portées en 2009 au commissaire. À mon avis, le fait que le CRTC considère d’autres facteurs, en plus de la question linguistique, n’est pas suffisant en soit pour que j’accepte, à ce stade, d’entendre le présent recours judiciaire. L’économie des ressources judiciaires milite fortement que la chance soit laissée au coureur.

[88] À ce titre, le CRTC a comme pratique d’intégrer les objectifs de l’article 41 de la LLO dans la réalisation

it carries out. It takes into account its duties under that provision by making certain to consider the needs of OLMCs in respect of the hearings held, policies developed and decisions made, in addition to other factors that it has to take into account. As well, in July 2009, the CRTC accepted the Commissioner's proposal to conduct an analysis of the impact of its decisions on the OLMCs as part of its decision-making process. As a result, the CRTC announced that it intended to engage in this process systematically to show that it is fulfilling its duties and to demonstrate in its decisions that consideration was given to all of the factors. Similarly, given the importance of the Corporation's radio programming in the communities and within the broadcasting system, the CRTC intends to review the Corporation's contributions to the reflection of those communities when its licences are renewed (*Report to the Governor in Council on English- and French-language broadcasting services in English and French linguistic minority communities in Canada*).

[89] It is true that subsection 77(4) of the OLA allows the designated court (the Federal Court) to “grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances”; nonetheless, the exercise of that power cannot directly conflict with the powers of the CRTC. Indeed, Parliament has stated in the BA that the objectives of the broadcasting policy for Canada can best be achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority, namely, the CRTC (subsection 3(2) of the BA).

[90] Consequently, although in the narrow sense the Federal Court does have jurisdiction to entertain this application under sections 76 to 81 [Part X] of the OLA, I am of the opinion that the CRTC is in a better position than the Federal Court to assess the impact of the budget cuts on the Corporation's programming, including as broadcast by CBEF Windsor. After consulting with the Corporation, the CRTC will, if necessary, be able to strengthen the current expectations, if not propose new conditions of licence, in order to enhance the vitality and support the development of OLMCs. This will not

de ses activités. Il tient compte de ses obligations en vertu de cette disposition en prenant soin de considérer les besoins des CLOSM dans la tenue d'instances, l'élaboration de politiques et la prise de décisions, en sus des autres facteurs dont il doit tenir compte. De plus, en juillet 2009, le CRTC a retenu la proposition du commissaire de procéder à une analyse de l'incidence de ses décisions sur les CLOSM dans le cadre de son processus décisionnel. Le CRTC a ainsi annoncé qu'il entendait systématiser cette pratique afin de démontrer qu'il respecte ses obligations et d'inclure dans ses décisions la démonstration que l'ensemble des facteurs ont été considérés. De la même manière, étant donné l'importance de la programmation des services radiophoniques de la Société dans les communautés et au sein du système de radiodiffusion, le CRTC entend examiner les contributions de la Société au reflet des communautés lors du renouvellement de ses licences (*Rapport à la gouverneure en conseil sur les services de radiodiffusion de langues française et anglaise dans les communautés francophones et anglophones en situation minoritaire au Canada*).

[89] Il est vrai que le paragraphe 77(4) de la LLO permet au tribunal désigné (la Cour fédérale) « [d'] accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances », mais encore faut-il que l'exercice de ce dernier pouvoir n'entre pas directement en conflit avec les pouvoirs du CRTC. Or, il est déclaré par le Parlement dans la LR que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion consiste à confier la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion à un seul organisme public autonome, en l'occurrence le CRTC (paragraphe 3(2) de la LR).

[90] Par conséquent, même si la Cour fédérale a compétence au sens strict en vertu des articles 76 à 81 [la partie X] de la LLO pour entendre le présent recours judiciaire, je suis d'avis que le CRTC est mieux placé que la Cour fédérale pour évaluer l'impact des compressions budgétaires au niveau de la programmation de la Société, incluant à l'antenne de la station CBEF Windsor. Le cas échéant, le CRTC pourra renforcer les attentes actuelles, voire proposer des nouvelles conditions de licence, après consultation avec la Société, aux fins de favoriser l'épanouissement des CLOSM et

affect the Corporation's right to later submit any condition of licence to the Minister for consideration, if the Corporation is of the opinion that the condition would unreasonably impede it in providing its programming (section 23 of the BA).

CONCLUSIONS AND STAY ORDER

[91] If it is correct on the jurisdictional issue, the Corporation asks that I, as Trial Judge, decline to hear the case on the merits, make certain declarations of right, summarily dismiss this application and make any other order that the Court may deem appropriate and fair.

[92] In this case, since I am rejecting the exclusive jurisdiction model proposed by the Corporation and applying the concurrent jurisdiction model accepted by the Court, it seems to me that, at this stage, the CRTC is in a better position than the Federal Court to determine the dispute on its merits and to grant the applicants appropriate relief, if applicable.

[93] However, I note that the CRTC has thus far not wished to inquire into the merits of the numerous complaints that have been brought to its attention since the 2009 budget cuts and filed in the public record of the Corporation's licence renewal application. Furthermore, I understand that the CRTC wants to have an overall picture before it makes a decision on the specific re-primations of the OLMCs regarding regional and/or local programming, including the programming broadcast by CBEF Windsor.

[94] I also note that, in July 2009, the CRTC accepted the Commissioner's proposal that it perform an analysis on the impact of its decisions on the OLMCs as part of its decision-making process. As a result, the CRTC announced that it intended to implement this practice systematically in order to show that it is fulfilling its duties and to demonstrate in its decisions that consideration was given to all of the factors.

[95] In my opinion, the applicants therefore have a legitimate expectation to be heard and to express their

d'appuyer leur développement, et ce, sans préjudice au droit de la Société de soumettre ultérieurement à l'examen du ministre toute condition de licence, lorsqu'elle a la conviction que cette dernière la gênerait outre mesure dans la fourniture de sa programmation (article 23 de la LR).

CONCLUSIONS ET ORDONNANCE DE SUSPENSION

[91] Si elle a raison sur la question de compétence, la Société m'invite, à titre de juge du fond, à ne pas entendre l'affaire au mérite, à prononcer certaines déclarations de droit, à rejeter sommairement le présent recours judiciaire et à rendre toute autre ordonnance que la Cour pourra juger opportune et juste.

[92] En l'espèce, rejetant le modèle de compétence exclusive proposé par la Société, selon le modèle de compétence concurrente retenu par la Cour, il m'apparaît, à ce stade, que le CRTC est mieux placé que la Cour fédérale pour trancher le fond du litige et accorder aux demandeurs une réparation appropriée, le cas échéant.

[93] Je note cependant que le CRTC n'a pas voulu enquêter jusqu'ici sur le bien fondé des nombreuses plaintes qui ont été portées à son attention depuis les compressions budgétaires de 2009 et qui ont été versées au dossier public de la demande de renouvellement des licences de la Société. Je comprends par ailleurs que le CRTC veut avoir une vue d'ensemble avant de disposer des réprimations particulières des CLOSM au niveau de la programmation régionale et/ou locale, incluant la programmation diffusée par CBEF Windsor.

[94] Je note également qu'en juillet 2009, le CRTC a retenu la proposition du commissaire de procéder à une analyse de l'incidence de ses décisions sur les CLOSM dans le cadre de son processus décisionnel. Le CRTC a ainsi annoncé qu'il entendait systématiser cette pratique afin de démontrer qu'il respecte ses obligations et d'inclure dans ses décisions la démonstration que l'ensemble des facteurs ont été considérés.

[95] À mon avis, les demandeurs ont donc une expectation légitime d'être entendus et de faire valoir leur

point of view within the process that has been initiated to have the Corporation's licences renewed. The applicants also have a legitimate expectation that the CRTC will conduct an analysis of the impact on the OLMC of southwestern Ontario of its potential decision to renew the licence of the radio programming undertaking operated by the affiliated CBEF Windsor station. At that stage, it can be assumed that the CRTC will pay particular attention to the Commissioner's findings in his final investigation report from June 2010 concerning the negative impact of the 2009 budget cuts on the development of the OLMC of southwestern Ontario.

[96] Some aspects of the Corporation's application to renew its licences are completely unprecedented, such as its new applications to have the licences for Radio Two, Espace Musique and their affiliated stations amended to allow national advertising to be broadcast. On May 18, 2012, the CRTC asked the Corporation to submit an update of all of its applications by no later than July 16, 2012, after which the notice of consultation formally announcing the hearing and inviting the public to intervene would be released (letter from John Traversy, Secretary General of the CRTC, to Hubert Lacroix, President and Chief Executive Officer of the Corporation, dated May 18, 2012, and entered in the CRTC's public record).

[97] However, aside from the hearing to be held in Gatineau, Quebec, starting on November 19, 2012, to hear the application to renew the Corporation's licences, the CRTC still, to this day, has not announced whether a public hearing will subsequently be held in Windsor, nor has it made known other special conditions for hearing the stakeholders, including the Commissioner, Dr. Amellal and the members of the OLMC of southwestern Ontario.

[98] At this stage, it is not possible to predict the final outcome or the Corporation's arguments in response to the interventions of the applicants and the other interested parties; moreover, the Corporation has until July 16, 2012, to bring its applications up to date. It is still unknown whether, over a reduced licence term (five years rather than seven), the Corporation will have the financial capacity to fulfill all of its promises to meet its

point de vue dans le cadre du processus amorcé de renouvellement des licences de la Société. Les demandeurs ont également une expectative légitime que le CRTC procédera à une analyse de l'incidence sur la CLOSM du Sud-Ouest de l'Ontario de sa décision éventuelle de renouveler la licence de l'entreprise de programmation de radio exploitée par la station affiliée CBEF Windsor. On peut présumer à ce stade que le CRTC portera une attention particulière aux constatations faites par le commissaire dans son rapport d'enquête final de juin 2010 concernant l'impact négatif des compressions budgétaires de 2009 sur le développement de la CLOSM du Sud-Ouest de l'Ontario.

[96] Certains aspects de la demande de renouvellement des licences de la Société sont totalement inédits, comme ses nouvelles demandes en vue de modifier les licences de Radio Two, Espace Musique et leurs stations affiliées afin de permettre la diffusion de publicité nationale. Le 18 mai 2012, le CRTC demandait à la Société de déposer une mise à jour de toutes les demandes au plus tard le 16 juillet 2012, après quoi l'avis de consultation annonçant formellement l'audience et invitant les parties intéressées à déposer de nouvelles interventions devrait être publié (lettre de John Traversy, secrétaire général du CRTC, adressée à Hubert Lacroix, président-directeur général de la Société, 18 mai 2012, et versée au dossier public du CRTC).

[97] Toutefois, à ce jour, le CRTC n'a pas encore annoncé si une audience publique — excluant celle qui débutera à Gatineau (Québec) à partir du 19 novembre 2012 pour entendre la demande de renouvellement des licences de la Société — sera par la suite tenue à Windsor, ni a-t-il annoncé d'autres modalités particulières relativement à l'audition des intervenants, incluant le commissaire, le docteur Amellal et les membres de la CLOSM du Sud-Ouest de l'Ontario.

[98] On ne peut à ce stade prédire le résultat final, ni quels arguments seront apportés par la Société en réponse aux interventions des demandeurs et des autres intéressés — la Société a d'ailleurs jusqu'au 16 juillet 2012 pour mettre à jour ses demandes. Un flou perdure encore au sujet de la capacité financière de la Société à réaliser sur une période réduite de licence (cinq ans plutôt que sept) toutes ses promesses de réalisation et

commitments, particularly to the regions and the OLMCs, if it does not obtain all of the public funding expected or if it is not authorized to engage in national advertising in certain cases (Radio Two, Espace Musique).

[99] Given the current climate of uncertainty and the Court’s wish to spare the parties additional or unnecessary costs by forcing them to engage in long and costly legal proceedings having outcomes that are necessarily unknown, and rather than summarily dismissing this application today, I am exercising my judicial discretion. It seems to me that the fairest and most equitable course is to order a stay of proceedings in this file while safeguarding the rights of the parties.

[100] As Madam Justice Abella of the Supreme Court of Canada (writing on behalf of Justices LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein) emphasized in *British Columbia (Workers’ Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422 (*Figliola*), at paragraph 1:

Litigants hope to have their legal issues resolved as equitably and expeditiously as possible by an authoritative adjudicator. Subject only to rights of review or appeal, they expect, in the interests of fairness, to be able to rely on the outcome as final and binding. What they do not expect is to have those same issues relitigated by a different adjudicator in a different forum at the request of a losing party seeking a different result. On the other hand, it may sometimes be the case that justice demands fresh litigation. [Emphasis added.]

[101] Let us simply recall that the final decisions and orders of the CRTC are subject to appeal, on an issue of law or a question of jurisdiction, to the Federal Court of Appeal—that is, on leave (subsection 31(2) of the BA)—such that the “fairness” of the CRTC’s eventual decision on the merits “is not meant to be bait for another tribunal with a concurrent mandate” (*Figliola*, above, at paragraph 38).

[102] Although the Federal Court is not a “tribunal”, it is nonetheless the “Court” designated by Parliament

ses engagements, notamment à l’égard des régions et des CLOSM, si elle n’obtient pas tout le financement public escompté ou si on ne lui permet pas de faire de la publicité nationale dans certains cas (Radio Two, Espace Musique).

[99] Compte tenu du climat d’incertitude qui règne actuellement et du souhait de la Cour d’éviter des frais supplémentaires ou inutiles aux parties en les forçant à poursuivre des procédures judiciaires longues et coûteuses dont le résultat final sera toujours incertain, et plutôt que de rejeter aujourd’hui sommairement le présent recours judiciaire, dans l’exercice de ma discrétion judiciaire, il m’apparaît plus juste et équitable d’ordonner la suspension des procédures dans ce dossier, tout en préservant les droits des parties.

[100] Comme le soulignait Mme la juge Abella de la Cour suprême du Canada (qui parlait également aux noms des juges LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein) dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422 (*Figliola*), au paragraphe 1 :

Quiconque est partie à un litige souhaite que les questions juridiques en cause soient tranchées le plus équitablement et rapidement possible par un décideur faisant autorité et, par souci d’équité, veut l’assurance que la décision rendue sera définitive et exécutoire, exception faite du droit d’en demander le contrôle judiciaire ou d’interjeter appel. Personne ne s’attend à ce que les mêmes questions soient réexaminées devant un autre forum à la demande d’une partie déboutée cherchant à obtenir un résultat différent. Il y a cependant des cas où la justice impose de reprendre le litige. [Non souligné dans l’original.]

[101] Rappelons simplement que les décisions et ordonnances finales du CRTC sont susceptibles d’appel, sur une question de droit ou de compétence, devant la Cour d’appel fédérale — c’est-à-dire sur permission (paragraphe 31(2) de la LR), de sorte que la « justesse » de la décision que rendra éventuellement le CRTC quant au fond « ne saurait servir d’appât pour d’autres tribunaux administratifs exerçant une compétence concurrente » (*Figliola*, précité, au paragraphe 38).

[102] Bien que la Cour fédérale ne soit pas un « tribunal administratif », c’est néanmoins le « tribunal »

to hear a complaint made under Part X of the OLA. However, the CRTC has made no decision as yet. To be prudent, jurisdiction should therefore be reserved in the interim.

[103] Consequently, the interests of justice here require that the Court order a stay of proceedings under subsection 50(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] of the FCA during the time for the CRTC to make a decision, as part of the process to renew the Corporation's licences, on any complaint or intervention made in respect of the decrease in the number of hours of local and/or regional programming broadcast by CBEF Windsor.

[104] The continuation of all examinations already scheduled and the hearing on the merits set to begin on October 15, 2012, will therefore be adjourned *sine die*. Once the CRTC has made its decision, it will be open to any of the parties to ask the Court to extend or put an end to the stay of proceedings, resume examining the record or dismiss this application, having consideration for the applicable laws and all of the legal principles applicable in this case.

[105] If appropriate, this Court could then determine whether the issue decided by the CRTC is essentially the same as the one raised in this application and whether the process followed by the CRTC (regardless of how closely it mirrors the procedure of the designated Court under section 76 of the OLA) gave the applicants the opportunity to present their case and make their arguments (*Figliola*, above, at paragraph 37).

[106] In the interim, as judge in this case, I reserve jurisdiction to issue any other direction or make any other order, on my own initiative or upon the application of a party, in the event of any new developments.

[107] Last, no award of costs should be made to either party.

ORDER

THE COURT ORDERS that:

désigné par le Parlement pour entendre une plainte en vertu de la partie X de la LLO. Or, aucune décision n'a encore été rendue par le CRTC. Prudence oblige, il est donc préférable de réserver compétence dans l'interim.

[103] Aussi, l'intérêt de la justice exige ici qu'une ordonnance de suspension des procédures soit rendue par la Cour en vertu du paragraphe 50(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] de la LCF, le temps que le CRTC se prononce, dans le cadre du processus de renouvellement des licences de la Société, sur toute plainte ou intervention relativement à la réduction des heures de programmation locale et/ou régionale diffusée à l'antenne de CBEF Windsor.

[104] La poursuite de tout interrogatoire déjà fixé et l'audition au mérite prévue à partir du 15 octobre 2012 seront donc ajournées *sine die*. Après que le CRTC aura rendu sa décision, toute partie pourra demander à la Cour de prolonger ou de mettre fin à la suspension des procédures, de reprendre l'étude du dossier ou de rejeter le présent recours, compte tenu des lois en vigueur et de tout principe de droit applicable en l'espace.

[105] Le cas échéant, la Cour pourra alors vérifier si la question tranchée par le CRTC est essentiellement la même que celle qui est soulevée dans le présent recours judiciaire et si le processus suivi par le CRTC (qu'il ressemble ou non à la procédure du tribunal désigné en vertu de l'article 76 de la LLO) a permis aux demandeurs de présenter leur cause et de faire valoir leurs arguments (*Figliola*, précité, au paragraphe 37).

[106] Dans l'intervalle, le juge soussigné réserve compétence pour émettre toute autre directive ou rendre toute autre ordonnance, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, dans le cas de tout nouveau développement.

[107] Enfin, il n'est pas opportun d'accorder des dépens à l'une ou l'autre des parties.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que :

1. The proceedings in this case are stayed to allow the CRTC to make its decision on the applications for renewal of the Corporation's licences and on any complaint or intervention by the applicants in respect of the decrease in local and/or regional programming hours broadcast by CBEF Windsor;

2. The continuation of any examinations already scheduled and the hearing on the merits set to begin on October 15, 2012, are adjourned *sine die*;

3. Once the CRTC has made its decision regarding the applications for renewal of the Corporation's licences, it will be open to any of the parties, upon application, to ask the Court to extend or put an end to the stay of proceedings, to resume examining the record or to dismiss this application, having consideration for the applicable laws and all of the legal principles applicable in this case;

4. In the interim, the judge in this case reserves jurisdiction to issue any other direction or make any other order, on his own initiative or upon the application of a party, in the event of any new developments; and

5. Without costs.

1. Les procédures dans le présent dossier sont suspendues aux fins de permettre au CRTC de se prononcer dans le cadre des demandes de renouvellement de licences de la Société, sur toute plainte ou intervention des demandeurs relativement à la réduction des heures de programmation locale ou régionale diffusée à l'antenne de CBEF Windsor;

2. La poursuite de tout interrogatoire déjà fixé et l'audition au mérite prévue à partir du 15 octobre 2012 sont ajournées *sine die*;

3. Après que le CRTC aura rendu sa décision à l'égard des demandes de renouvellement de licences de la Société, toute partie aux présentes pourra, par requête, demander à la Cour de prolonger ou de mettre fin à la suspension des procédures, de reprendre l'étude du dossier ou de rejeter le présent recours, compte tenu des lois en vigueur et de tout principe de droit applicable en l'espèce;

4. Dans l'intervalle, le juge soussigné réserve compétence pour émettre toute autre directive ou rendre toute autre ordonnance, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, dans le cas de tout nouveau développement; et

5. Le tout sans dépens.

A-478-10
2012 FCA 161

A-478-10
2012 CAF 161

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Donna Jodhan (*Respondent*)

Donna Jodhan (*intimée*)

and

et

Alliance for Equality of Blind Canadians (*Intervener*)

Alliance pour l'égalité des personnes aveugles du Canada (*intervenante*)

INDEXED AS: JODHAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : JODHAN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Dawson JJ.A.—Toronto, November 15, 2011; Ottawa, May 30, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et Dawson, J.C.A.—Toronto, 15 novembre 2011; Ottawa, 30 mai 2012.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal from Federal Court decision declaring that respondent denied equal access to, benefit from online government information, services, such denial constituting discrimination on basis of physical disability, violating rights under Charter, s. 15(1) — Respondent, visually impaired, experiencing difficulties accessing government Web sites, online services — Federal Court declaring, inter alia, respondent's inability to access departmental Web sites system-wide failure to make Web sites accessible; government's failure to monitor, ensure compliance with accessibility standards infringing Charter, s. 15(1); government having constitutional obligation to bring itself into compliance with Charter — Federal Court retaining jurisdiction over implementation of declaration — Whether Federal Court erring in finding that respondent denied equal benefit of law contrary to Charter, s. 15(1); by providing system-wide remedy including retention of jurisdiction to supervise implementation of remedy — No basis to interfere with conclusion that failure to ensure equal access to departmental Web sites, online services violated rights under s. 15(1) — However, remedy could not be directed to government departments not named in notice of application — Benefit of law herein access to government information, services — Access thereto necessarily including benefit of online access — However, Treasury Board's failure to monitor, ensure compliance in and of itself not violating Charter, s. 15 rights — Treasury Board policies at issue creating distinction on basis of physical disability, denying visually impaired equal access to benefit of government information, services — Respondent entitled to access information as effectively as others, i.e. online — Appeal allowed in part.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel d'un jugement de la Cour fédérale déclarant qu'on avait nié à l'intimée le même accès que celui accordé à l'ensemble du public aux renseignements et aux services gouvernementaux offerts en ligne et le droit d'en tirer le même bénéfice, constituant de la discrimination fondée sur une déficience physique et portant ainsi atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 15(1) de la Charte — L'intimée, qui est aveugle, a éprouvé des difficultés à accéder à des sites Web et des services en ligne du gouvernement — La Cour fédérale a déclaré entre autres que l'incapacité de l'intimée d'avoir accès aux sites Web du gouvernement était révélatrice d'un échec systémique de rendre les sites Web accessibles; que le défaut du gouvernement de contrôler l'application des normes en matière d'accessibilité et de s'assurer qu'on s'y conformait violait l'art. 15(1) de la Charte; et que le gouvernement avait l'obligation sur le plan constitutionnel de prendre les mesures qui s'imposent pour se conformer à la Charte — La Cour fédérale est demeurée saisie du dossier jusqu'à l'exécution du jugement déclaratoire — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'intimée s'était vu nier son droit au même bénéfice de la loi contrairement à l'art. 15(1) de la Charte, et en accordant une réparation systémique et en se réservant le droit de superviser l'exécution de cette réparation — Il n'existe aucune raison de modifier la conclusion suivant laquelle le défaut d'assurer une égalité d'accès aux sites Web et aux services gouvernementaux offerts en ligne viole les droits qui sont garantis par l'art. 15(1) — Cependant, la réparation ne saurait viser des ministères qui ne sont pas nommément désignés dans l'avis de demande — L'accès aux renseignements et services du gouvernement

constitue en l'espèce le bénéfice que confère la loi — L'accès à ceux-ci inclut nécessairement le bénéfice d'avoir un accès en ligne — Toutefois, le défaut du Conseil du Trésor de contrôler l'application des normes ne constitue pas en soi une violation des droits garantis à l'art. 15 — Les politiques du Conseil du Trésor en litige créent une distinction fondée sur la déficience physique et refusent aux personnes ayant une déficience visuelle l'égalité d'accès au bénéfice que constitue l'accès aux renseignements et services du gouvernement — L'intimée a droit à un accès aux renseignements aussi efficacement que les autres, c'est-à-dire, à un accès en ligne — Appel accueilli en partie.

Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Federal Court declaring, inter alia, respondent's inability to access departmental Web sites system-wide failure to make Web sites accessible; government's failure to monitor, ensure compliance with accessibility standards infringing Charter, s. 15(1); government having constitutional obligation to bring itself into compliance with Charter — Federal Court retaining jurisdiction over implementation of declaration — Because implementation of Treasury Board's standards by all departments not raised in pleadings, remedy to which respondent entitled could not be directed at all departments — Federal Court order set aside as to those departments — Charter, s. 24(1) not preventing Federal Court from making systemic order — Charter, s. 24(1) requiring claimant to have been directly affected by impugned law — Evidence herein supporting Federal Court's conclusion that respondent, visually impaired regularly denied access to government services, information online.

Practice — Judgments and Orders — Federal Court declaring, inter alia, respondent's inability to access departmental Web sites system-wide failure to make Web sites accessible; government's failure to monitor, ensure compliance with accessibility standards infringing Charter, s. 15(1); government having constitutional obligation to bring itself into compliance with Charter — Federal Court retaining jurisdiction over implementation of declaration — No factual or legal basis herein to justify supervisory order — Supervisory orders applying where factual situations justifying them — Such remedy not just, appropriate in present circumstances.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — La Cour fédérale a déclaré entre autres que l'incapacité de l'intimée d'avoir accès aux sites Web du gouvernement était révélatrice d'un échec systémique de rendre les sites Web accessibles; que le défaut du gouvernement de contrôler l'application des normes en matière d'accessibilité et de s'assurer qu'on s'y conformait violait l'art. 15(1) de la Charte; et que le gouvernement avait l'obligation sur le plan constitutionnel de prendre les mesures qui s'imposent pour se conformer à la Charte — La Cour fédérale est demeurée saisie du dossier jusqu'à l'exécution du jugement déclaratoire — Étant donné que la mise en œuvre des normes du Conseil du Trésor par tous les ministères n'était pas une question soulevée dans les actes de procédure, la réparation à laquelle l'intimée a droit ne pouvait pas viser l'ensemble des ministères — L'ordonnance de la Cour fédérale visant ces ministères doit être annulée — L'art. 24(1) n'empêchait pas la Cour fédérale de prononcer une ordonnance systémique — L'art. 24(1) exige que l'appelant soit directement touché par la loi contestée — La preuve en l'espèce justifie la conclusion de la Cour fédérale suivant laquelle l'intimée et les personnes atteintes d'une déficience visuelle se sont régulièrement vu refuser l'accès aux services et aux renseignements gouvernementaux en ligne.

Pratique — Jugements et ordonnances — La Cour fédérale a déclaré entre autres que l'incapacité de l'intimée d'avoir accès aux sites Web du gouvernement était révélatrice d'un échec systémique de rendre les sites Web accessibles; que le défaut du gouvernement de contrôler l'application des normes en matière d'accessibilité et de s'assurer qu'on s'y conformait violait l'art. 15(1) de la Charte; et que le gouvernement avait l'obligation sur le plan constitutionnel de prendre les mesures qui s'imposent pour se conformer à la Charte — La Cour fédérale est demeurée saisie du dossier jusqu'à l'exécution du jugement déclaratoire — Il n'y a aucun fondement factuel ou légal pour justifier l'ordonnance de surveillance en l'espèce — Une ordonnance de surveillance s'applique lorsque la situation factuelle justifie le prononcé d'une telle ordonnance — Une telle réparation ne constitue pas une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

This was an appeal from a decision by the Federal Court declaring that the respondent was denied equal access to and benefit from government information and services provided online and that this denial constituted discrimination against her on the basis of her physical disability and thus violated her rights under subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The respondent, who is visually impaired, experienced difficulty applying for employment through a government Web site and had to complete her application with assistance by phone. The respondent also had significant accessibility issues when trying to access information on Statistics Canada and Service Canada Web sites, could not complete the 2006 online Census return and had difficulty in obtaining information on the Canada Pension Plan and employment programs. The respondent sought declarations that the failure to develop, maintain, and enforce standards that ensure all Government of Canada Web sites and online services, the 2006 online Census, Web sites and online application services are accessible for individuals with visual impairments infringes her right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination based on physical disability, and therefore violates section 15 of the Charter, and that such violation is not justified under section 1 of the Charter.

The Federal Court found, *inter alia*, that the Treasury Board's *Communications Policy of the Government of Canada* (Communications Policy), which it identified as the impugned law, and the *Common Look and Feel Standards for the Internet* (CLF Standard) were "facially neutral" with respect to Web site accessibility standards. It indicated that the fact that the CLF Standard had not been implemented and that rich Internet applications were not accessible to the visually impaired were systemic failures that underlined the government's failure to provide online accessibility to the visually impaired. The Federal Court concluded that the distinction made by the impugned law created a disadvantage for the visually impaired. It declared, *inter alia*, that the respondent's inability to access certain departmental Web sites was representative of a system-wide failure by many of the 106 government departments and agencies to make their Web sites accessible; that the failure of the government to monitor and ensure compliance with the government's 2001 accessibility standards was an infringement of subsection 15(1) of the Charter; and that the government had a constitutional obligation to bring itself into compliance with the Charter. The

Il s'agissait d'un appel d'un jugement de la Cour fédérale déclarant qu'on avait nié à l'intimée le même accès que celui accordé à l'ensemble du public aux renseignements et aux services gouvernementaux offerts en ligne sur Internet et, par le fait même, le droit d'en tirer le même bénéfice, que cela constituait de la discrimination fondée sur une déficience physique, et qu'on avait ainsi porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'intimée, qui a une déficience visuelle, a éprouvé des difficultés lorsqu'elle a tenté de soumettre sa candidature en présentant sa demande d'emploi sur un site Web du gouvernement et a dû demander de l'aide au téléphone pour remplir sa demande. L'intimée a également eu des difficultés considérables lorsqu'elle a essayé d'obtenir de l'information sur les sites Web de Statistique Canada et de Service Canada, n'a pas été en mesure de remplir le formulaire de recensement en ligne de 2006 et a éprouvé de la difficulté à obtenir des renseignements au sujet du Régime de pensions du Canada et de programmes d'emploi. L'intimée a réclamé des jugements déclaratoires selon lesquels le défaut d'élaborer des normes qui assurent que tous les sites Web et services offerts en ligne par le gouvernement du Canada, le formulaire de recensement de 2006 et les sites Web et services de présentation de candidature en ligne soient accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle et de veiller au respect de ces normes porte atteinte à son droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur une déficience physique et viole par conséquent l'article 15 de la Charte, et que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte.

La Cour fédérale a conclu entre autres que la *Politique de communication du gouvernement du Canada* (la Politique de communication) du Conseil du Trésor, qu'elle a désignée comme étant la loi contestée, et les *Normes de la normalisation des sites Internet* (la NSI) étaient « apparemment neutres » en ce qui concerne les normes d'accessibilité aux sites Web. Elle a indiqué que le fait que la NSI n'avait pas été mise en œuvre et que les applications Internet riches n'étaient pas accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle étaient des échecs systémiques du gouvernement lorsqu'il s'agissait de fournir en ligne des services d'une façon qui soit accessible aux personnes ayant une déficience visuelle. La Cour fédérale a par conséquent conclu que la distinction établie par la loi contestée créait bel et bien un désavantage pour la personne aveugle. Elle a déclaré entre autres que l'incapacité de l'intimée d'avoir accès en ligne aux sites Web de certains organismes gouvernementaux était révélatrice d'un échec systémique au vu du grand nombre des 106 ministères et agences du gouvernement incapables de rendre leurs sites Web accessibles, que le défaut du gouvernement de contrôler l'application des normes en matière

Federal Court also retained jurisdiction over the implementation of its declaration.

The main issues were whether the Federal Court erred in finding that the respondent was denied equal benefit of the law, contrary to subsection 15(1) of the Charter, and by providing a system-wide remedy that included retaining jurisdiction to supervise the implementation of the remedy.

Held, the appeal should be allowed in part.

There was no basis to interfere with the Federal Court's conclusion that the failure to ensure equal access by the respondent and by the visually impaired to departmental Web sites and online services violated her rights under subsection 15(1) of the Charter. However, because the implementation of the Treasury Board's standards by the 106 departments was not raised as an issue in the pleadings, the remedy to which the respondent was entitled could not be a declaration directed at the 106 departments. Thus, to the extent that the order made by the Federal Court was directed at those departments which were not named in the notice of application, it had to be set aside. As to whether the Federal Court could fashion a remedy beyond the individual claimant, subsection 24(1) of the Charter did not prevent the Federal Court from making such a systemic order. What subsection 24(1) prevents is the commencement of a proceeding where the claimant is not directly affected by an impugned law. In other words, the matter was one of standing as subsection 24(1) requires a claimant to have been directly affected by an impugned law. Both the documentary evidence and the affidavit evidence supported the Federal Court's conclusion that the respondent and the visually impaired were regularly denied access to government services and information online. The evidence demonstrated that there are serious problems of accessibility for the visually impaired throughout the government apparatus.

In considering whether the Federal Court erred in finding that the government discriminated against vision impaired persons in violation of subsection 15(1) of the Charter and that the discrimination was systemic, it was proper for the Federal Court to review the Communications Policy and the CLF Standard. The benefit of the law herein is access to government information and services. Access thereto necessarily includes the benefit of online access, which is not just an

d'accessibilité qu'il avait adoptées en 2001 violait le paragraphe 15(1) de la Charte et que le gouvernement avait l'obligation sur le plan constitutionnel de respecter la Charte. La Cour est demeurée également saisie du dossier jusqu'à exécution du jugement déclaratoire.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'intimée s'était vu nier son droit au même bénéfice de la loi contrairement au paragraphe 15(1) de la Charte, et en accordant une réparation systémique et en se réservant le droit de superviser l'exécution de cette réparation.

Arrêt : l'appel doit être accueilli en partie.

Il n'y avait aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale suivant laquelle le défaut d'assurer à l'intimée et aux personnes ayant une déficience visuelle une égalité d'accès aux sites Web et aux services gouvernementaux offerts en ligne viole les droits qui leur sont garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte. Cependant, comme la mise en œuvre des normes du Conseil du Trésor par les 106 ministères n'était pas une question soulevée dans les actes de procédure, la réparation à laquelle l'intimée a droit ne pourrait prendre la forme d'un jugement déclaratoire visant les 106 ministères. Ainsi, dans la mesure où l'ordonnance prononcée par la Cour fédérale visait des ministères qui ne sont pas nommément désignés dans l'avis de demande, cette ordonnance devait être annulée. Pour ce qui est de savoir si la Cour fédérale pouvait accorder une réparation visant d'autres personnes que la personne physique demanderesse, le paragraphe 24(1) de la Charte n'empêchait pas la Cour fédérale de prononcer une ordonnance systémique. Ce que le paragraphe 24(1) interdit, c'est l'introduction d'une instance dans laquelle l'appelant n'est pas directement visé par la loi contestée. En d'autres termes, la question qui se posait était celle de la qualité pour agir, étant donné que le paragraphe 24(1) exige que l'appelant soit directement touché par la loi contestée. La preuve documentaire et les affidavits justifiaient la conclusion de la Cour fédérale suivant laquelle l'intimée et les personnes atteintes d'une déficience visuelle s'étaient régulièrement vu refuser l'accès aux services et aux renseignements gouvernementaux en ligne. La preuve était suffisante pour démontrer qu'il existe de graves problèmes d'accessibilité auxquels les personnes ayant une déficience visuelle sont confrontées dans tout l'appareil gouvernemental.

À la question de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que les personnes atteintes d'une déficience visuelle étaient victimes d'une discrimination de la part du gouvernement en violation du paragraphe 15(1) de la Charte et que cette discrimination était systémique, c'est à juste titre que la Cour fédérale a examiné la Politique de communication et la NSI. En l'espèce, le bénéfice conféré par la loi est de permettre d'accéder aux renseignements et

ancillary component of the multichannel delivery mechanism, but an integral part thereof. That said, section 15 cannot be interpreted as creating an additional right owed to the respondent and others for the government to monitor and ensure compliance. The only right at issue is the section 15 right to equal benefit of the law. The Treasury Board's failure to monitor and ensure compliance with its standards may well be the cause of the violation of the respondent's section 15 rights, but does not constitute in and of itself a violation of those rights. The Federal Court's determination that the Treasury Board's failure to monitor and ensure compliance constituted a violation of the respondent's section 15 Charter rights had to be set aside.

Turning to the section 15 test, the Communications Policy and the CLF Standard create a distinction between the visually impaired and others on the basis of their physical disability. The consequence of the Treasury Board's failure to issue adequate standards and to ensure departmental compliance with its accessibility standards is that the visually impaired are denied equal access to the benefit of government information and services. There was some question as to whether equal access to government information and services can be attained without access to online information and services, and whether alternative formats and channels meet the goal of substantive equal treatment. The visually impaired are entitled to full access, including online access, to government information and services. One of the goals of the Communications Policy is to allow Canadians to access government information and services at a time and place of their choosing. If the visually impaired are relegated to alternative channels and formats, they will not be choosing the time and place in which to access the government's information and services. Subsection 15(1) of the Charter provides that the respondent has the right to equal benefit of the law. Thus, she is entitled to access government information and services as effectively as those who have no visual impairment. The end result of this denial is that the respondent and the visually impaired are not afforded substantive equality, because they are being denied the ability to interact with government institutions on a basis equal to that of those who can see.

There was no factual or legal basis to justify the supervisory order made by the Federal Court. In cases where

services du gouvernement. L'accès à ces services et renseignements englobe le bénéfice que constitue l'accès en ligne, lequel ne constitue pas un simple élément accessoire du mécanisme de prestation par divers moyens, mais en fait partie intégrante. Cela dit, l'article 15 ne saurait être interprété comme créant un droit additionnel permettant à l'intimée et à d'autres personnes d'obliger le gouvernement à contrôler l'application de ces normes. Le seul droit en cause est le droit reconnu à l'article 15 au bénéfice égal de la loi. Le défaut du Conseil du Trésor de contrôler l'application de ces normes peut fort bien être à l'origine de la violation des droits qui sont garantis à l'intimée par l'article 15, mais il ne constitue pas en soi une violation de ces droits. Il y avait lieu d'annuler la conclusion de la Cour fédérale suivant laquelle le défaut du Conseil du Trésor de contrôler l'application des normes en question constituait une violation des droits garantis à l'intimée par l'article 15 de la Charte.

Pour ce qui est du critère de l'article 15, la Politique de communication et la NSI créent une distinction entre les personnes ayant une déficience visuelle et les autres personnes sur le fondement de leur déficience physique. Le défaut du Conseil du Trésor d'établir des normes adéquates et de s'assurer que les ministères se conforment à ses normes d'accessibilité a pour conséquence de refuser aux personnes ayant une déficience visuelle l'égalité d'accès au bénéfice que constitue l'accès aux renseignements et services du gouvernement. Il s'agissait également de savoir si on peut atteindre l'égalité d'accès aux renseignements et services gouvernementaux sans offrir un accès en ligne à ces mêmes renseignements et services et si l'accès aux renseignements et services gouvernementaux par le truchement de supports ou de moyens de rechange satisfait à l'objectif de l'égalité de traitement réel. Les personnes ayant une déficience visuelle ont droit à un accès complet, y compris un accès en ligne, aux renseignements et services gouvernementaux. L'un des objectifs de la Politique de communication est de permettre aux Canadiens d'accéder aux renseignements et aux services du gouvernement au lieu et au moment de leur choix. Si les personnes ayant une déficience visuelle sont reléguées à des moyens et à des supports de rechange, elles n'auront pas le choix du lieu et du moment auxquels elles souhaitent accéder aux renseignements et services du gouvernement. Le paragraphe 15(1) de la Charte garantit à l'intimée le droit au même bénéfice de la loi. Elle a donc droit d'accéder aux renseignements et services du gouvernement aussi efficacement que ceux qui ne sont pas atteints d'une déficience visuelle. Il s'ensuit qu'en raison de cette situation, l'intimée et les personnes ayant une déficience visuelle sont privées de leur droit à une égalité réelle parce qu'elles sont privées de leur capacité d'interagir avec des institutions gouvernementales sur un pied d'égalité avec les personnes qui peuvent voir.

Il n'y avait aucun fondement factuel ou légal pour justifier l'ordonnance de surveillance rendue par la Cour fédérale.

supervisory orders were made, the factual situation amply justified the making of such orders. In the present matter, while the accessibility standards were issued in 1999 and were meant to be implemented by 2001, the government did attempt to make the Internet accessible to the visually impaired. Although the Web sites do not comply with the CLF Standard, they are now more accessible than they were in 1999. Therefore, such a remedy was not just and appropriate in the present circumstances.

Dans les cas où le tribunal a rendu une ordonnance de surveillance, la situation justifiait amplement le prononcé d'une telle ordonnance. Toutefois, en l'espèce, bien que les normes d'accessibilité aient été publiées en 1999 et que leur mise en œuvre fût prévue au plus tard pour 2001, le gouvernement a tenté de rendre Internet accessible aux personnes ayant une déficience visuelle. Bien que les sites Web ne soient pas conformes à la NSI, ils sont désormais plus accessibles qu'ils ne l'étaient en 1999. Par conséquent, une telle réparation ne constitue pas une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

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.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 7 (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 49(E); 2003, c. 22, s. 224(z.37)(E)).
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Kapp, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, 294 D.L.R. (4th) 1, [2009] 8 W.W.R. 1; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, 279 D.L.R. (4th) 1, 59 Admin. L.R. (4th) 1; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, 329 D.L.R. (4th) 193, [2011] 4 W.W.R. 383.

DISTINGUISHED:

Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education), 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, 232 D.L.R. (4th) 577; *Northwest Territories (Attorney General) v. Fédération Franco-Ténoise*, 2008 NWTCA 6, 440 A.R. 56, [2009] 12 W.W.R. 259.

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.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
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 sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 7 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 49(A); 2003, ch. 22, art. 224z.37)(A)).
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Kapp, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation), 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Northwest Territories (Attorney General) v. Fédération Franco-Ténoise*, 2008 NWTCA 6, 440 A.R. 56, [2009] 12 W.W.R. 259.

CONSIDERED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1, [1989] 2 W.W.R. 289; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577, [1998] 1 W.W.R. 50; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1, 43 C.C.E.L. (2d) 49; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1996), 31 O.R. (3d) 574, 142 D.L.R. (4th) 385; *Canadian Assn. of the Deaf v. Canada*, 2006 FC 971, [2007] 2 F.C.R. 323, 272 D.L.R. (4th) 55, 143 C.R.R. (2d) 61; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Pilette v. Canada*, 2009 FCA 367, 319 D.L.R. (4th) 369, 69 C.H.R.R. D/362, 402 N.R. 183; *Friend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, (1998), 212 A.R. 237, 156 D.L.R. (4th) 385.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, 425 A.R. 79, 290 D.L.R. (4th) 17.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented. Toronto: Thompson Carswell, 2007.

Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.

Treasury Board of Canada Secretariat. *Common Look and Feel for the Internet: Accessibility*, online: <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20061201023659/http://www.tbs-sct.gc.ca/clf-nsi/inter/inter-01-pr_e.asp?format=print>.

Treasury Board of Canada Secretariat. *Common Look and Feel Standards for the Internet (CLF 2.0)*, online: <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071121120008/http://www.tbs-sct.gc.ca/clf-nsi/index_e.asp?format=print>.

Treasury Board of Canada Secretariat. *Common Look and Feel Standards for the Internet*, Part 2: Standard on the Accessibility, Interoperability and Usability of Web Sites (CLF 1.0), online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=25436§ion=text>>.

Treasury Board of Canada Secretariat. *Communications Policy of the Government of Canada*, online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=12316§ion=text>>.

Web Content Accessibility Guidelines 1.0, online: <<http://www.w3.org/TR/WCAG10/WAI-PAGEAUTH.pdf>>.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Assoc. des sourds du Canada c. Canada*, 2006 CF 971, [2007] 2 R.C.F. 323; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Pilette c. Canada*, 2009 CAF 367; *Friend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96.

DOCTRINE CITÉE

Directives pour l'accessibilité aux contenus Web (version 1.0), en ligne : <<http://www.la-grange.net/w3c/wcag1/wai-pageauth.html>>.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. supplémentée. Toronto : Thompson Carswell, 2007.

Jones, David Phillip et Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5^e éd. Toronto : Carswell, 2009.

Règles pour l'accessibilité des contenus Web (WCAG) 2.0, en ligne : <<http://www.w3.org/Translations/WCAG20-fr/WCAG20-fr-20090625/>>.

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Les normes sur la Normalisation des sites Internet (NSI 2.0)*, en ligne : <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071121083146/http://www.tbs-sct.gc.ca/clf-nsi/index_f.asp?format=print>.

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Normalisation des sites Internet : Accessibilité*, en ligne : <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20060119054401/http://www.tbs-sct.gc.ca/clf-nsi/inter/inter-01-pr_f.asp?format=print>.

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Normes de la normalisation des sites Internet*, partie 2 : Norme sur l'accessibilité, l'interopérabilité et la facilité d'emploi des sites Web (NSI 1.0), en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=25436§ion=text>>.

Web Content Accessibility Guidelines (WCAG) 2.0, online: <<http://www.w3.org/TR/2008/REC-WCAG20-20081211/>>.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2010 FC 1197, [2011] 2 F.C.R. 355, 223 C.R.R. (2d) 151, 380 F.T.R. 1) declaring that the respondent was denied equal access to and benefit from government information and services provided online and that this denial constituted discrimination against her on the basis of her physical disability, thus violating her rights under subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal allowed in part.

APPEARANCES

Gail Sinclair, Peter Hajecek and Michelle Ratpan for appellant.
David Baker and Meryl Zisman Gary for respondent.
Karen Spector and Laurie Letheren for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Bakerlaw, Toronto, for respondent.
ARCH Disability Law Centre, Toronto, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NADON J.A.: The Attorney General of Canada (the appellant or the Attorney General), appeals the judgment of Kelen J. (the Judge) of the Federal Court, 2010 FC 1197, [2011] 2 F.C.R. 355 (rendered on November 29, 2010 and amended on February 9, 2011), which allowed Ms. Jodhan's (the respondent or Ms. Jodhan) application for a declaration under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (*Federal Courts Act*), that she had been denied equal access to and benefit from government information and services provided online to the public on the Internet and that this denial constituted discrimination against her on the basis of her physical disability, i.e. blindness, and

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Politique de communication du gouvernement du Canada*, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=12316§ion=text>>.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2010 CF 1197, [2011] 2 R.C.F. 355) déclarant qu'on avait nié à l'intimée le même accès que celui accordé à l'ensemble du public aux renseignements et aux services gouvernementaux offerts en ligne sur Internet et, par le fait même, le droit d'en tirer le même bénéfice, et que cela constituait de la discrimination fondée sur une déficience physique, portant ainsi atteinte aux droits qui lui sont garantis par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU

Gail Sinclair, Peter Hajecek et Michelle Ratpan pour l'appellant.
David Baker et Meryl Zisman Gary pour l'intimée.
Karen Spector et Laurie Letheren pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Bakerlaw, Toronto, pour l'intimée.
ARCH Disability Law Centre, Toronto, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : Le procureur général du Canada (l'appellant ou le procureur général) interjette appel d'un jugement (2010 CF 1197, [2011] 2 R.C.F. 355) (rendu le 29 novembre 2010 et modifié le 9 février 2011) par lequel le juge Kelen (le juge) de la Cour fédérale a fait droit à la demande présentée par M^{me} Jodhan (l'intimée ou M^{me} Jodhan) en vue d'obtenir, en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] (la *Loi sur les Cours fédérales*), un jugement déclarant qu'on lui avait nié le même accès que celui accordé à l'ensemble du public aux renseignements et aux services gouvernementaux offerts en ligne sur Internet et, par le fait même, d'en

thus, a violation of her rights under subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter).

[2] The Judge also declared that Ms. Jodhan's inability to access certain departmental websites was representative of a system-wide failure by many of the 106 government departments and agencies of the Government of Canada to make their websites accessible to the visually impaired. In the Judge's view, the government's failure to monitor and ensure compliance with its 2001 accessibility standards was an infringement of section 15 of the Charter since it discriminated against Ms. Jodhan and other visually impaired persons.

[3] The Judge further declared that the government was constitutionally obliged to bring itself into compliance with the Charter within a period of 15 months.

[4] Finally, the Judge retained jurisdiction over the implementation of his declarations, adding that he would resume proceedings, upon the application of either the Attorney General or Ms. Jodhan, if necessary, to ensure that the declarations were properly implemented.

[5] Although the appeal raises a number of issues, the main one is whether Ms. Jodhan was denied equal benefit of the law contrary to subsection 15(1) of the Charter.

The Facts and Context

[6] Ms. Jodhan is legally blind. She runs a consulting business that analyses the accessibility of products and services for persons with special needs and is a "sophisticated computer user".

tirer le même bénéfice, que cela constituait de la discrimination fondée sur une déficience physique, en l'occurrence la cécité, et qu'on avait ainsi porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par le 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).

[2] Le juge a également déclaré que l'incapacité de M^{me} Jodhan d'avoir accès aux sites Web de certains organismes gouvernementaux était révélatrice d'un échec systémique au vu du grand nombre des 106 ministères et agences du gouvernement du Canada incapables de rendre leurs sites Web accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle. Suivant le juge, le défaut du gouvernement de contrôler l'application des normes en matière d'accessibilité qu'il avait adoptées en 2001 et de s'assurer qu'on s'y conformait violait le paragraphe 15(1) de la Charte parce qu'il en résultait une discrimination envers M^{me} Jodhan et d'autres personnes ayant une déficience visuelle.

[3] Le juge a également déclaré que le gouvernement avait l'obligation sur le plan constitutionnel de prendre les mesures qui s'imposaient pour se conformer à la Charte dans un délai de 15 mois.

[4] Enfin, le juge a déclaré que la Cour demeurerait saisie du dossier jusqu'à exécution du jugement déclaratoire et qu'elle le rouvrirait au besoin, sur demande du procureur général ou de M^{me} Jodhan, pour s'assurer qu'il soit correctement exécuté.

[5] Bien que l'appel soulève plusieurs questions, la principale question à trancher en l'espèce est celle de savoir si M^{me} Jodhan a été privée du même bénéfice de la loi contrairement au paragraphe 15(1) de la Charte.

Faits et contexte

[6] M^{me} Jodhan est aveugle au sens de la loi. Elle dirige une entreprise d'experts-conseils qui produit des analyses portant sur l'accessibilité de produits et de services destinés à des personnes ayant des besoins particuliers. Elle est « une bonne utilisatrice des ordinateurs ».

[7] She commenced judicial review proceedings in the Federal Court on June 28, 2007, against the Attorney General as representative of the Treasury Board of Canada and Treasury Board Secretariat (jointly referred to hereinafter as Treasury Board), the Public Service Commission of Canada and Statistics Canada. In her application, Ms. Jodhan asked for the following declarations:

The applicant makes application for:

1. A declaration that the failure of the Treasury Board and the Treasury Board Secretariat to develop, maintain, and enforce standards which ensure that all Government of Canada websites and online services are accessible for all individuals with visual impairments.
 - (i) infringes the applicant's right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination based on physical disability, and therefore violates section 15 of the *Charter*, and
 - (ii) that such violation is not justified under section 1 of the *Charter*.
2. A declaration that Statistics Canada's failure to ensure that the 2006 online Census was accessible to those with visual impairments:

...

 - (iii) infringes the applicant's right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination based on physical disability, and therefore violates section 15 of the *Charter*, and
 - (iv) that such violation is not justified under section 1 of the *Charter*.
3. A declaration that the Public Service Commission of Canada's failure to ensure that its website and online application services are accessible to those with visual impairments:

...

 - (v) infringes the applicant's right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination based on physical disability, and therefore violates section 15 of the *Charter*, and

[7] Elle a introduit une instance en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale le 28 juin 2007 contre le procureur général, en sa qualité de représentant du Conseil du Trésor du Canada et du Secrétariat du Conseil du Trésor (ci-après appelés collectivement le Conseil du Trésor), de la Commission de la fonction publique du Canada et de Statistique Canada. Dans sa demande, M^{me} Jodhan réclamait le jugement déclaratoire suivant :

[TRADUCTION] La demanderesse sollicite un jugement déclaratoire portant que :

1. le défaut du Conseil du Trésor et du Secrétariat du Conseil du Trésor d'élaborer des normes qui assurent que tous les sites Web et services offerts en ligne par le gouvernement du Canada sont accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle et de veiller au respect de ces normes :
 - i) porte atteinte au droit de la demanderesse à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur une déficience physique et viole par conséquent l'article 15 de la Charte,
 - ii) et que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte.
2. le défaut de Statistique Canada de s'assurer que le formulaire de recensement de 2006 soit accessible en ligne aux personnes ayant une déficience visuelle :

[...]

 - iii) porte atteinte au droit de la demanderesse à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur une déficience physique et viole par conséquent l'article 15 de la Charte;
 - iv) et que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte.
3. le défaut de la Commission de la fonction publique du Canada de s'assurer que son site Web et ses services de présentation de candidature en ligne soient accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle :

[...]

 - v) porte atteinte au droit de la demanderesse à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur une déficience physique, et viole par conséquent l'article 15 de la Charte;

(vi) that such violation is not justified under section 1 of the *Charter*.

[8] Ms. Jodhan alleged unequal protection and benefit of the law in two ways. First, the online accessibility standards were inadequate because they failed to deal with “rich Internet applications”, i.e. dynamic, interactive websites, through which the government provides interactive services online, which constitute some of the main benefits of online access. Second, the accessibility standards had not been adequately implemented by the departments subject to Treasury Board supervision.

[9] In support of her claim that on numerous occasions she encountered difficulty accessing government websites and that her experience was shared by other visually impaired persons in Canada, Ms. Jodhan gave five examples of inaccessibility.

[10] First, in September 2004, Ms. Jodhan experienced difficulty applying for employment at www.jobs.gc.ca and had to complete the application with assistance by phone. This was followed by failure to access information on the site between March and June 2007.

[11] Second, she was unable to create an online profile at www.jobs.gc.ca because pop-up windows, which blind users cannot navigate, kept popping up. She had to complete her online profile on the website with sighted assistance.

[12] Third, she alleged significant accessibility issues when trying to access information on Statistics Canada and Service Canada websites between March and June 2007 since the information was only available in “pdf” format, which is not accessible to screen reader technology.

vi) et que cette violation n’est pas justifiée au regard de l’article premier de la Charte.

[8] M^{me} Jodhan affirmait qu’elle était privée de la même protection et du même bénéfice de la loi de deux façons. En premier lieu, les normes en matière d’accessibilité en ligne étaient inadéquates parce qu’elles ne tenaient pas compte des « applications Internet riches », c’est-à-dire des sites Web dynamiques et interactifs dont le gouvernement se sert pour offrir des services interactifs en ligne, ce qui constitue l’un des principaux avantages de l’accès en ligne. En second lieu, les normes d’accessibilité n’avaient pas été mises en œuvre de façon adéquate par les ministères relevant du Conseil du Trésor.

[9] À l’appui de son argument qu’à différentes reprises elle avait éprouvé des difficultés à accéder à des sites Web du gouvernement et que d’autres personnes ayant une déficience visuelle avaient éprouvé les mêmes difficultés au Canada, M^{me} Jodhan a cité cinq exemples où elle n’avait pas pu avoir un accès en ligne.

[10] Premièrement, en septembre 2004, M^{me} Jodhan avait éprouvé des difficultés lorsqu’elle avait tenté de soumettre sa candidature en présentant sa demande d’emploi sur le site www.jobs.gc.ca. Elle avait dû demander de l’aide au téléphone pour remplir sa demande. Il lui avait été par la suite impossible de consulter des renseignements se trouvant sur ce site entre mars et juin 2007.

[11] Deuxièmement, elle n’avait pas réussi à créer un profil sur le site www.jobs.gc.ca parce que des fenêtres contextuelles — sur lesquelles les utilisateurs ayant une déficience visuelle ne peuvent pas naviguer — n’arrêtaient pas de s’afficher. Elle a dû demander l’aide d’une personne ayant une vision normale pour remplir son profil en ligne.

[12] Troisièmement, M^{me} Jodhan a mentionné les difficultés considérables qu’elle avait rencontrées lorsqu’elle avait essayé d’obtenir de l’information sur les sites Web de Statistique Canada et de Service Canada entre mars et juin 2007, étant donné que ces renseignements n’étaient offerts qu’en format « pdf », format

[13] Fourth, the 2006 online Census return was only available to the visually impaired by software such as the JAWS program, which made it inaccessible to Ms. Jodhan and other visually impaired users who did not have access to such expensive software. Ms. Jodhan alleged that the form of the Census did not meet the World Wide Web Consortium (W3C) standards for accessibility.

[14] Fifth, Ms. Jodhan experienced difficulty accessing www.servicecanada.gc.ca in June 2007 to obtain information on the Canada Pension Plan and employment programs.

A. History of the Web and Content Accessibility Guidelines

[15] The World Wide Web (the WWW) was created in 1989. For approximately ten years, there existed no WWW accessibility guidelines for persons with disabilities. In 1994, the W3C was created in order to develop a consensus on industry standards to ensure that the WWW remained open and accessible to all. In 1997, the W3C launched the Web Accessibility Initiative (the WAI) to promote web accessibility for people with disabilities.

[16] The WAI, through a process of consultation with its then 170 member organizations and experts from around the world, began to develop a first set of *Web Content Accessibility Guidelines 1.0* (the WCAG 1.0). The WCAG 1.0 provides detailed instructions to web content developers and authoring tools developers with respect to means to make Internet content accessible to people with disabilities, including the visually impaired. The version 1.0 of the WCAG was developed over a period of two years and, by May of 1999, final “W3C Recommendation” status was reached and published.

qui n’est pas compatible avec la technologie des lecteurs d’écran.

[13] Quatrièmement, le formulaire de recensement en ligne de 2006 n’était accessible aux personnes ayant une déficience visuelle que par des logiciels comme le programme JAWS, de sorte que M^{me} Jodhan et d’autres personnes ayant une déficience visuelle étaient incapables de répondre en ligne au recensement si elles n’avaient pas accès à ce logiciel coûteux. M^{me} Jodhan a allégué que le formulaire de recensement ne respectait pas les normes d’accessibilité du World Wide Web Consortium (le W3C).

[14] Cinquièmement, M^{me} Jodhan avait éprouvé de la difficulté à accéder au site www.servicecanada.gc.ca en juin 2007 pour obtenir des renseignements au sujet du Régime de pensions du Canada et de programmes d’emploi.

A. Historique du Web et des Lignes directrices sur l’accessibilité des contenus Web

[15] Le World Wide Web (le WWW ou le Web) a été créé en 1989. Pendant une dizaine d’années, il n’existait pas de lignes directrices concernant l’accès au Web pour les personnes atteintes de déficiences. En 1994, le World Wide Web Consortium (le W3C) a été mis sur pied pour dégager un consensus sur les normes de l’industrie et pour assurer l’universalité d’accès au Web. En 1997, le W3C a lancé l’initiative d’accessibilité aux contenus Web (la *Web Accessibility Initiative* ou la WAI) en vue de promouvoir l’accessibilité Web aux personnes ayant des déficiences.

[16] Après avoir consulté les 170 organismes membres et experts qu’elle comptait alors un peu partout dans le monde, la WAI a commencé à élaborer une première version des *Directives pour l’accessibilité aux contenus Web (version 1.0)* (les *Web Content Accessibility Guidelines* ou les WCAG 1.0). Les WCAG 1.0 donnent des directives détaillées aux développeurs de contenus Web et aux développeurs des outils de création, en ce qui concerne des façons de rendre les contenus Internet accessibles aux personnes ayant des déficiences, y compris celles ayant une déficience

These instructions are created in the form of guidelines which provide the basic goals that authors should work towards in order to make web content more accessible to all users. Each of the 14 guidelines focuses on a core theme of accessibility and each guideline is divided in “checkpoint” definitions which explain how the guideline applies in typical content development scenarios. Each checkpoint has a priority level assigned by the Working Group based on the checkpoint’s impact on accessibility.

[17] Shortly after the publication of the WCAG 1.0, work on the WCAG 2.0 [*Web Content Accessibility Guidelines (WCAG) 2.0*] began and, over the next seven years, extensive work was undertaken, with the WAI having grown by then to include over 400 member organizations which included the Government of Canada.

[18] The Government of Canada was actively involved with the WCAG Working Group to ensure that WCAG 2.0 would be compatible with its own standards. On December 11, 2008, the WCAG 2.0 reached “W3C Recommendation” status. WCAG 2.0 builds on WCAG 1.0 and is designed to apply broadly to different web technologies now and in the future, and to be testable with a combination of automated testing and human evaluation.

B. The Communications Policy and Online Activity

[19] In 1999, the government introduced a new project called “Government On-Line”, intended to provide electronic services to Canadians as part of a broader strategy aimed at stimulating the provision of better, faster, trusted and more convenient and accessible government services through four delivery channels: in person, by telephone, by mail and over the Internet. Government On-Line was meant to be client-centred,

visuelle. L’élaboration de la version 1.0 des WCAG s’est échelonnée sur une période de deux ans et, en mai 1999, la version définitive de la « recommandation W3C » a été publiée. Ces directives se présentent sous la forme de lignes directrices qui expliquent aux concepteurs les objectifs fondamentaux qu’ils doivent chercher à atteindre pour rendre les contenus Web plus accessibles à l’ensemble des utilisateurs. Chacune des 14 lignes directrices est axée sur un thème particulier d’accessibilité et est divisée en « critères », qui expliquent comment la ligne directrice s’applique dans des scénarios typiques d’élaboration de contenu. Chaque critère se voit attribuer un ordre de priorité par le groupe de travail en fonction de ses répercussions sur l’accessibilité.

[17] Peu de temps après la publication des WCAG 1.0, on a commencé à travailler sur l’élaboration des WCAG 2.0 [*Règles pour l’accessibilité des contenus Web (WCAG) 2.0*] et, au cours des sept années suivantes, des travaux importants ont été réalisés. La WAI avait continué à se développer et comprenait alors plus de 400 organismes membres, dont le gouvernement du Canada.

[18] Le gouvernement du Canada a participé activement aux travaux du groupe de travail des WCAG pour s’assurer que les WCAG 2.0 soient compatibles avec ses propres normes. Le 11 décembre 2008, les WCAG 2.0 ont fait l’objet d’une recommandation de la part du W3C. Les WCAG 2.0 complètent les WCAG 1.0 et sont conçues de manière à s’appliquer de façon large à différentes technologies Web existantes et à venir et de manière à pouvoir être testées par une combinaison de tests automatisés et d’évaluations humaines.

B. La Politique de communication et les activités en ligne

[19] En 1999, le gouvernement a lancé un nouveau projet appelé « Gouvernement en direct » en vue d’assurer la prestation de services électroniques aux Canadiens et Canadiennes dans le cadre d’une stratégie globale visant à améliorer les services gouvernementaux offerts sur Internet et à en accroître la rapidité, la fiabilité, la commodité et l’accessibilité par quatre moyens de communication, en l’occurrence, en personne, par

allowing Canadians to acquire information and services on their terms, and according to their needs.

[20] There are approximately 106 departments and agencies (departments) of the Government of Canada which provide services and programs to Canadians. Since the late 1990s, the departments have increased their presence on the Internet in order to provide more and more information and services to Canadians.

[21] As part of the government's online initiative, the departments provide two types of services online, i.e. informational and interactive. Informational services include guides on starting a new business, travel advisories and information on various matters, such as epidemics. As to interactive services, they include applications for social services (for example, Employment Insurance and Canada Pension Plan benefits), online passport applications, and a single website from which Canadians can access online applications to all federal government job postings. Interactive services allow Canadians to interact with the government and are made possible through the use of dynamic, interactive websites, also called rich Internet applications.

[22] The security of the information provided by those who use the departments' interactive services is protected through a group of services referred to as the "Secure Channel". One of these services is "ePass", which serves to protect the confidentiality of information provided by users to the departments. In 2008, 23 departments used the ePass technology to deliver 83 programs, including online applications for government jobs, passports and social benefits.

téléphone, par la poste ou par Internet. Gouvernement en direct se veut un projet axé sur le client, qui permet aux Canadiens d'obtenir des renseignements et des services selon les modalités qu'ils choisissent et en fonction de leurs besoins.

[20] Il y a environ 106 ministères et agences du gouvernement du Canada (les ministères) qui offrent des services et des programmes aux Canadiens. Depuis la fin des années 90, les ministères ont intensifié leur présence sur Internet pour offrir de plus en plus de renseignements et de services aux Canadiens.

[21] Dans le cadre de cette initiative de communication directe du gouvernement fédéral, les ministères offrent deux types de services en ligne : des services informatifs et des services interactifs. Parmi les services informatifs, mentionnons notamment les guides d'aide au démarrage d'une nouvelle entreprise, les avis aux voyageurs et les renseignements portant sur diverses questions, comme les épidémies. En ce qui concerne les services interactifs, mentionnons notamment les demandes de services sociaux telles que les prestations de l'assurance-emploi et du Régime de pensions du Canada, les demandes de passeport en ligne et un guichet unique permettant aux Canadiens de soumettre en ligne leur candidature aux emplois offerts au sein de la fonction publique fédérale. Les services interactifs permettent aux Canadiens d'interagir avec le gouvernement et sont rendus possibles grâce à l'utilisation de sites Web dynamiques et interactifs également appelés « applications Internet riches ».

[22] La sécurité des renseignements fournis par ceux qui utilisent les services interactifs des ministères est assurée par un groupe de services appelé « Voie de communication protégée » (la voie protégée). L'un de ces services de sécurité est le « laissez-passer électronique », qui sert à protéger la confidentialité des renseignements que les utilisateurs fournissent aux organismes du gouvernement par Internet. En 2008, 23 organismes du gouvernement ont recouru à la technologie des laissez-passer électroniques dans le cadre de la prestation de 83 programmes, y compris des demandes en ligne d'emploi pour des postes au sein du gouvernement, de passeport ou de prestations sociales.

[23] The government's decision, *inter alia*, to make its services available online has allowed Canadians to access government information and services at a time and place of their choosing.

[24] Pursuant to section 7 [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 49(E); 2003, c. 22, s. 224(z.37)(E)] of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 [the Act], the Treasury Board developed the *Communications Policy of the Government of Canada* (the Communications Policy) dated April 1, 2002.

[25] The Communications Policy governs all communications made by the federal public administration, including online communications. In the Communications Policy, the government recognized that information must be made available in multiple formats to ensure equal access and that communications by the federal government had to comply with a number of statutes and policies, for example, the Charter, the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, and the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

[26] The Communications Policy emphasizes the need for providing information to Canadians through a variety of channels, such as the telephone, mail, print, broadcast media and the Internet.

[27] As part of the government's initiative, the Communications Policy makes the departments subject to the *Common Look and Feel Standards for the Internet*, Part 2: Standard on the Accessibility, Interoperability and Usability of Web Sites (the CLF 1.0 Standard), which was issued by Treasury Board in May 2000 with a required implementation date of 2001. The CLF 1.0 Standard was made mandatory for all government departments and agencies and was created to enable access by all Canadians to information on government websites. The CLF 1.0 Standard provides an effective means for the public and the government to exchange information and for the government to offer its services in the official language and at the time and place of Canadians' choosing. The CLF 1.0 Standard requires that the

[23] La décision du gouvernement de mettre ses services à la disposition des citoyens en ligne a permis aux Canadiens d'accéder aux renseignements et aux services du gouvernement à l'heure et à l'endroit qui leur conviennent.

[24] En vertu de l'article 7 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 49(A); 2003, ch. 22, art. 224z.37)(A)] de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 [la Loi], le Conseil du Trésor a élaboré la *Politique de communication du gouvernement du Canada* (la Politique de communication), datée du 1^{er} avril 2002.

[25] La Politique de communication régit toutes les communications de l'administration publique fédérale, y compris les communications en ligne. Dans sa Politique de communication, le gouvernement a reconnu que les renseignements doivent être mis à la disposition des citoyens sur de divers supports pour assurer l'égalité d'accès à tous les citoyens et faire en sorte que les communications du gouvernement fédéral soient conformes à diverses lois et politiques, dont la Charte, la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

[26] La Politique de communication souligne l'importance de fournir de l'information aux Canadiens par des moyens variés, dont le téléphone, la poste, les imprimés, les médias électroniques et Internet.

[27] En application de l'initiative du gouvernement, la Politique de communication assujettit les ministères à la norme intitulée *Normes de la normalisation des sites Internet*, partie 2 : Norme sur l'accessibilité, l'interopérabilité et la facilité d'emploi des sites Web (la NSI 1.0), qui a été publiée par le Conseil du Trésor en mai 2000 et qui avait 2001 comme date butoir de mise en œuvre. La NSI 1.0 a été rendue obligatoire pour tous les ministères et agences du gouvernement et a été créée en vue de permettre à l'ensemble de la population canadienne de consulter les renseignements se trouvant sur les sites Web du gouvernement. La NSI 1.0 offre un moyen efficace pour le public et le gouvernement d'échanger des renseignements et pour le gouvernement d'offrir ses services dans la langue officielle et à l'endroit et au

websites of all government institutions listed in Schedules I, I.1 and II of the *Financial Administration Act* be in compliance with the WCAG 1.0 Priority 1 and 2 checkpoints.

[28] In September 2005, the CLF 1.0 Standard was updated to version 1.1 to bring the standards in line with current best practices. Further, in December 2006, the CLF 1.0 Standard was replaced by the CLF 2.0 Standard [*Common Look and Feel Standards for the Internet (CLF 2.0)*] (CLF 2.0 Standard) to, *inter alia*, build on what had been learned from implementing the CLF 1.0 Standard across the various departmental websites. The CLF 2.0 Standard came into effect on January 1, 2007 with an implementation deadline of December 31, 2008. There is no dispute between the parties that there is little difference between the CLF 1.0 Standard and the CLF 2.0 Standard.

[29] The CLF Standard is built upon international guidelines, i.e. the WCAG 1.0. To facilitate equal access to online services and information, Treasury Board incorporated elements of the WCAG 1.0 into the CLF Standard. The WCAG 1.0 measures webaccessibility according to three categories of checkpoints.

[30] Priority 1 checkpoints are basic, necessary requirements because if not met, “one or more groups of persons with disabilities will not be able to access content on the Web”. Without Priority 2 checkpoints “one of more groups will find it difficult to access content on the Web”. Priority 3 checkpoints may “prevent some groups from finding it ‘somewhat difficult’ to access website content”. The Attorney General notes that “[i]t is common ground between the parties that a checkpoint failure does not necessarily make a web site inaccessible”. Under the CLF Standard, all gc.ca websites must meet Priority 1 and 2 checkpoints. Departments may apply to Treasury Board for exemption, if need be.

moment qui convient à l’administré. La NSI 1.0 exige que les sites Web de toutes les institutions gouvernementales énumérées aux annexes I, I.1 et II de la *Loi sur la gestion des finances publiques* soient conformes aux critères de la priorité 1 et de la priorité 2 des WCAG 1.0.

[28] En septembre 2005, la NSI 1.0 a fait l’objet d’une mise à jour. La version 1.1 visait à rendre les normes conformes aux meilleures pratiques alors en vigueur. De plus, en décembre 2006, la NSI 1.0 a été remplacée par la NSI 2.0 [*Les normes sur la Normalisation des sites Internet (NSI 2.0)*], entre autres pour tenir compte des leçons tirées par suite de la mise en œuvre de la NSI 1.0 dans les divers sites Web des ministères. La NSI 2.0 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 et avait le 31 décembre 2008 comme date butoir de mise en œuvre. Les parties conviennent que la NSI 1.0 et la NSI 2.0 sont à peu près identiques.

[29] La NSI est fondée sur des lignes directrices internationales, en l’occurrence les WCAG 1.0. En vue de faciliter l’égalité d’accès aux services et aux renseignements offerts en ligne, le Conseil du Trésor a intégré certains éléments des WCAG 1.0 dans la NSI. Les WCAG 1.0 mesurent l’accessibilité au Web en fonction de trois catégories de critères.

[30] Les critères de la priorité 1 sont des exigences de base, en ce sens que, si elles ne sont pas respectées [TRADUCTION] « un ou plusieurs groupes de personnes ayant des déficiences [seront] dans l’impossibilité d’accéder au contenu d’un site Web ». Sans les critères de la priorité 2 [TRADUCTION] « un ou certains groupes de personnes auront des difficultés à accéder au contenu d’un site Web ». Les critères de la priorité 3 visent à [TRADUCTION] « éviter que certains groupes n’aient certaines difficultés à accéder au contenu d’un site Web ». Le procureur général fait remarquer que [TRADUCTION] « les parties conviennent que la non-conformité à un critère ne veut pas nécessairement dire que le site Web est inaccessible ». Suivant la NSI, tous les sites Web gc.ca doivent respecter les critères des priorités 1 et 2. Les ministères peuvent au besoin demander une dispense au Conseil du Trésor.

C. Treasury Board and the CLF Standard

[31] Pursuant to paragraph 7(1)(a) of the *Financial Administration Act*, Treasury Board may act for the Queen's Privy Council for Canada on all matters relating to general administrative policy in the federal public administration. On that basis, the Treasury Board developed the government's Communications Policy which, as I have already indicated, aims to ensure that government communications are well coordinated, effectively managed and responsive to the diverse information needs of the public.

[32] In 2000, the Treasury Board therefore created a Common Look and Feel Office (the CLF Office). The CLF Office works with the departments to develop their understanding and capability to implement the CLF Standard by, *inter alia*, creating consultation forums such as "Centers of Expertise", i.e. groups of experts identified by the CLF Office to provide support to website developers within the respective departments in implementing the CLF Standard. As no monitoring of departmental websites is effected by the CLF Office to ensure compliance with the CLF Standard, deputy heads of departments are accountable for implementing the CLF Standard within their institutions.

[33] However, pursuant to the CLF Standard, the Treasury Board is to monitor compliance with all aspects of the standard in a variety of ways which include, *inter alia*, assessments under the Management Accountability Framework, departmental performance reports and results of audits, evaluations and studies. Consequences of non-compliance can include informal follow-ups and requests from the Treasury Board, external audits and formal directions.

D. Access to the Internet by the Visually Impaired

[34] The visually impaired access Internet content with assistive technology, such as a screen reader and/or

C. Le Conseil du Trésor et la NSI

[31] En vertu de l'alinéa 7(1)a) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, le Conseil du Trésor peut agir au nom du Conseil privé de la Reine pour le Canada à l'égard des grandes orientations de l'administration publique fédérale. Le Conseil du Trésor a, en vertu de ce pouvoir, élaboré la Politique de communication du gouvernement qui, comme je l'ai déjà précisé, a pour objet d'assurer la gestion efficace et la bonne coordination des communications du gouvernement et de faire en sorte que celles-ci répondent aux divers besoins d'information du public.

[32] En 2000, le Conseil du Trésor a créé le Bureau de la normalisation des sites Internet (le Bureau de la normalisation). Le Bureau de la normalisation travaille de concert avec les ministères en vue de les aider à mieux comprendre et appliquer la NSI au moyen notamment de la mise sur pied de groupes de discussion tels que des « centres d'expertise » composés d'experts provenant de chaque organisme et désignés par le Bureau de la normalisation pour agir comme conseillers auprès de leurs développeurs dans l'application de la NSI. Comme le Bureau de la normalisation ne procède pas à un contrôle des sites Web du gouvernement pour vérifier s'ils sont conformes à la NSI, ce sont les administrateurs généraux des divers ministères qui sont chargés de la mise en œuvre de la NSI au sein de leurs services.

[33] Toutefois, suivant la NSI, le Conseil du Trésor doit superviser l'application de la NSI relativement à tous les volets de la norme en procédant notamment à des évaluations aux termes du Cadre de responsabilisation de gestion, des rapports ministériels sur le rendement et des résultats de vérification, des évaluations et des études. En cas de non-conformité, le Conseil du Trésor peut adresser des demandes informelles de suivi, procéder à des vérifications externes et donner des directives officielles.

D. Accès à Internet pour les personnes ayant une déficience visuelle

[34] Les personnes ayant une déficience visuelle ont accès au contenu Internet au moyen des technologies

self-voicing browser software. A “screen reader” is a software application that identifies and interprets electronic text that is displayed on a computer screen, and then converts the information to an audible form or into Braille for the user to “read” tactilely. A “self-voicing” browser software is essentially a web browser with a screen reader built in. Screen readers have long been in use as software programs that allow the visually impaired to access online information.

[35] Using one or the other device, a visually impaired person uses keystrokes entered on a standard keyboard in lieu of mouse clicking to operate the screen reader and other software, such as a web browser displaying a web page.

[36] For the above to work, the web content must be designed in a compatible and accessible manner, i.e. designed so that assistive technologies can navigate and interpret the information encoded in the website. Thus, if the website is properly programmed, a visually impaired person can access its content as easily and efficiently as a sighted person. However, if accessibility is not built into a website the information may well be totally inaccessible to a visually impaired person.

[37] It is in the context whereby Canadians are choosing the time and place in which to access government information and services that the visually impaired assert the right to deal with the government over the Internet. Ms. Jodhan says that the possibility of accessing government information online “is more than just a matter of efficiency and reliability; it represents independence and privacy” (respondent’s memorandum of fact and law, page 7, at paragraph 22).

[38] Ms. Jodhan further argues that because of the Internet, the visually impaired are able to access the same information and services that sighted persons have

d’aide, notamment le lecteur d’écran et le logiciel de navigateur vocal. Un « lecteur d’écran » est un logiciel qui reconnaît et interprète le texte électronique affiché à l’écran de l’ordinateur, puis convertit l’information en une forme sonore ou en braille pour que l’utilisateur puisse en faire une « lecture » tactile. Le logiciel de navigateur vocal est essentiellement un navigateur Web doté d’un lecteur d’écran intégré. Les lecteurs d’écran existent depuis longtemps comme logiciels permettant aux personnes ayant une déficience visuelle d’avoir accès aux renseignements en ligne.

[35] Afin de faire fonctionner le lecteur d’écran et d’autres logiciels, tels qu’un navigateur Web affichant une page Web, la personne ayant une déficience visuelle se sert de l’un de ces appareils et saisit des combinaisons de touches sur un clavier standard au lieu de cliquer à l’aide d’une souris.

[36] Pour que le processus susmentionné fonctionne correctement, le contenu Web doit être conçu de manière à être compatible et accessible, c’est-à-dire de manière à permettre aux technologies d’aide de naviguer et d’interpréter l’information codée dans le site Web. Ainsi, si le site Web a été programmé correctement, la personne ayant une déficience visuelle aura accès à son contenu aussi facilement et efficacement qu’une personne qui peut voir. Cependant, si cette fonction d’accessibilité n’a pas été intégrée au site Web, l’information pourrait bien ne pas être accessible du tout à la personne ayant une déficience visuelle.

[37] Les Canadiens ont accès à l’information et aux services du gouvernement au lieu et à l’heure de leur choix. C’est dans ce contexte que les personnes ayant une déficience visuelle font valoir le droit de traiter avec le gouvernement par Internet. M^{me} Jodhan soutient que l’accès en ligne à l’information du gouvernement n’est pas qu’une simple question d’efficacité et de fiabilité; c’est une question d’autonomie et de respect de la vie privée (mémoire des faits et du droit de l’intimée, page 7, au paragraphe 22).

[38] Par ailleurs, M^{me} Jodhan fait valoir qu’Internet permet aux personnes ayant une déficience visuelle d’avoir accès aux mêmes renseignements et aux mêmes

access to and that it allows them to interact independently and directly with the government, banks and employers.

[39] The technique and tools necessary to render websites accessible include authoring tools, which help website developers to build in accessibility when creating a website by making access the default position, and automatic monitoring tools, which help to monitor websites by reason of the difficulty of manually checking websites to ensure their accessibility. Those tools have been in existence for quite a while.

[40] Because using authoring tools means that access is the default position, programmers have to remove access rather than build it in.

[41] The evidence is to the effect that the government does not use, in a consistent way, either authoring tools or automatic monitoring tools.

Relevant Legislation

A. The Federal Courts Act

[42] Subsection 18(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] sets out the Court's jurisdiction with regard to federal administrative tribunals:

Extraordi-
nary
remedies,
federal
tribunals

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal

services que les personnes qui peuvent voir et qu'il leur permet d'interagir de manière indépendante et directe avec le gouvernement, les banques et les employeurs.

[39] Parmi les techniques et les outils qui permettent l'accessibilité des sites, on trouve les outils de création, permettant aux concepteurs de sites Web d'intégrer la fonction d'accessibilité pendant la création d'un site Web en faisant de l'accès la position par défaut. On y trouve également les outils de surveillance automatique servant à surveiller les sites Web afin d'assurer leur accessibilité, la vérification des sites se faisant difficilement de façon manuelle. Ces outils existent depuis assez longtemps.

[40] L'utilisation des outils de création signifie que l'accès est la position par défaut; les programmeurs doivent donc supprimer l'accès plutôt que de l'intégrer.

[41] D'après les éléments de preuve dont nous disposons, le gouvernement n'utilise pas les outils de création ou les outils de surveillance automatique de manière cohérente.

Dispositions législatives applicables

A. Loi sur les Cours fédérales

[42] Le paragraphe 18(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] définit la compétence de la Cour en ce qui concerne les tribunaux administratifs fédéraux :

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

Recours
extraordi-
naires :
offices
fédéraux

[43] A person must be “directly affected” by a decision to apply for judicial review.

Application for judicial review

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

[43] Seule la personne qui est « directement touché[e] » par une décision peut présenter une demande de contrôle judiciaire :

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l’objet de la demande.

Demande de contrôle judiciaire

[44] The Federal Court has authority to provide the following remedies:

Powers of Federal Court

18.1 ...
(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[44] La Cour fédérale a compétence pour accorder les réparations suivantes :

18.1 [...]

(3) Sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l’office fédéral en cause d’accomplir tout acte qu’il a illégalement omis ou refusé d’accomplir ou dont il a retardé l’exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu’elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l’office fédéral.

Pouvoirs de la Cour fédérale

B. The Charter

Rights and freedoms in Canada

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

Equality before and under law and equal protection and benefit of law

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

...

B. La Charte

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

[...]

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[...]

Droits et libertés au Canada

Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi

Enforcement of guaranteed rights and freedoms

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Recours en cas d'atteinte aux droits et libertés

C. The Financial Administration Act

[45] Section 7 of the *Financial Administration Act* sets out the responsibilities of the Treasury Board of Canada:

C. La Loi sur la gestion des finances publiques

[45] L'article 7 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* définit les attributions du Conseil du Trésor du Canada :

Responsibilities of Treasury Board

7. (1) The Treasury Board may act for the Queen's Privy Council for Canada on all matters relating to

7. (1) Le Conseil du Trésor peut agir au nom du Conseil privé de la Reine pour le Canada à l'égard des questions suivantes :

Attributions du Conseil du Trésor

(a) general administrative policy in the federal public administration;

a) les grandes orientations applicables à l'administration publique fédérale;

(b) the organization of the federal public administration or any portion thereof, and the determination and control of establishments therein;

b) l'organisation de l'administration publique fédérale ou de tel de ses secteurs ainsi que la détermination et le contrôle des établissements qui en font partie;

(c) financial management, including estimates, expenditures, financial commitments, accounts, fees or charges for the provision of services or the use of facilities, rentals, licences, leases, revenues from the disposition of property, and procedures by which departments manage, record and account for revenues received or receivable from any source whatever;

c) la gestion financière, notamment les prévisions budgétaires, les dépenses, les engagements financiers, les comptes, le prix de fourniture de services ou d'usage d'installations, les locations, les permis ou licences, les baux, le produit de la cession de biens, ainsi que les méthodes employées par les ministères pour gérer, inscrire et comptabiliser leurs recettes ou leurs créances;

(d) the review of annual and longer term expenditure plans and programs of departments, and the determination of priorities with respect thereto;

d) l'examen des plans et programmes des dépenses annuels ou à plus long terme des ministères et la fixation de leur ordre de priorité;

...

[...]

(f) such other matters as may be referred to it by the Governor in Council.

f) les autres questions que le gouverneur en conseil peut lui renvoyer.

D. The Communications Policy of the Government of Canada

[46] It is the Government of Canada's Policy Statement to:

D. Politique de communication du gouvernement du Canada

[46] Voici l'Énoncé de la politique du gouvernement du Canada en matière de communications :

Policy Statement**Énoncé de la politique**

- ...
1. **Provide the public with timely, accurate, clear, objective and complete information about its policies, programs, services and initiatives.** In the Canadian system of parliamentary democracy and responsible government, the government has a duty to explain its policies and decisions, and to inform the public of its priorities for the country. Information is necessary for Canadians – individually or through representative groups or Members of Parliament – to participate actively and meaningfully in the democratic process. It is required for access to government programs and services. The public has a right to such information.
- ...

4. **Employ a variety of ways and means to communicate, and provide information in multiple formats to accommodate diverse needs.** Government information must be broadly accessible throughout society. The needs of all Canadians, whose perceptual or physical abilities and language skills are diverse, must be recognized and accommodated. Information must be accessible so citizens, as responsible members of a democratic community, may be aware of, understand, respond to and influence the development and implementation of policies, programs, services and initiatives. Information must be available in multiple formats to ensure equal access. All means of communication – from traditional methods to new technologies – must be used to reach and communicate with Canadians wherever they may reside. Modern government requires the capacity to respond effectively over multiple channels in a 24-hour, global communications network.

[47] It is the Government of Canada's Policy Requirement to:

Policy Requirements**1. Informing and Serving Canadians**

[...]

1. **De fournir au public des renseignements sur ses politiques, programmes, services et initiatives qui sont opportuns, exacts, clairs, objectifs et complets.** Dans le système canadien de démocratie parlementaire et de gouvernement responsable, le gouvernement a l'obligation d'expliquer ses politiques et ses décisions et d'informer le public des priorités qu'il établit pour le pays. Les Canadiens ont besoin de renseignements pour leur permettre – à titre individuel ou par le truchement des groupes qui les représentent ou de leurs députés – de participer activement et utilement au processus démocratique. Ces renseignements sont nécessaires pour avoir accès aux programmes et services gouvernementaux, et le public y a droit.

[...]

4. **D'employer diverses façons et divers moyens de communiquer, et de fournir l'information sur de nombreux supports de manière à répondre à divers besoins.** L'information gouvernementale doit être accessible à tous les secteurs de la société. Il faut prendre en compte les besoins de tous les Canadiens, dont les habiletés perceptives et physiques ainsi que les compétences linguistiques sont variées, et y répondre. Les renseignements doivent être accessibles pour que tous les citoyens, en tant que membres d'une collectivité démocratique, soient au courant de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques, programmes, services et initiatives, les comprennent, qu'ils y réagissent et qu'ils exercent une influence à cet égard. Les renseignements doivent être disponibles sur de nombreux supports pour assurer l'égalité d'accès. Il faut utiliser tous les moyens de communication, allant des méthodes conventionnelles aux nouvelles technologies, pour communiquer avec les Canadiens où qu'ils habitent. Un gouvernement moderne doit pouvoir réagir efficacement dans un milieu de communication globale actif 24 heures sur 24, en ayant recours à de nombreux moyens de diffusion.

[47] Les exigences de la politique du gouvernement du Canada sont les suivantes :

Exigences de la politique**1. Information et services aux Canadiens**

...

[...]

To assure quality service that meets the information needs of all Canadians, institutions must ensure that:

- a. the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Official Languages Act*, including all regulations and policies flowing from it, are respected at all times;
- b. trained and knowledgeable staff provide information services to the public;
- c. service is timely, courteous, fair, efficient and offered with all due regard for the privacy, safety, convenience, comfort and needs of the public;
- d. a variety of new and traditional methods of communication are used to accommodate the needs of a diverse public;
- e. published information is available on request in multiple formats to accommodate persons with disabilities;

...

18. Internet and Electronic Communication

The Internet, World Wide Web and other means of electronic communication are powerful enablers for building and sustaining effective communication within institutions and with their clients across Canada and around the world.

An important tool for providing information and services to the public, the Internet facilitates interactive, two-way communication and feedback. It provides opportunities to reach and connect with Canadians wherever they reside, and to deliver personalized services.

Institutions must maintain an active presence on the Internet to enable 24-hour electronic access to public programs, services and information. E-mail and Web sites must be used to enable direct communications between Canadians and government institutions, and among public service managers and employees.

Institutions must advance Government of Canada on-line initiatives aimed at expanding the reach and quality of internal and external communications, improving service delivery,

Pour fournir un service de qualité qui répond aux besoins de renseignements de tous les Canadiens, les institutions doivent faire en sorte :

- a. que la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Loi sur les langues officielles*, ainsi que tous les règlements et les politiques qui en découlent, soient respectés en tout temps;
- b. que le public soit servi par un personnel bien informé et compétent;
- c. que le service soit empressé, courtois, équitable et efficace, tout en tenant compte comme il se doit de la protection des renseignements personnels, de la sécurité, des convenances, du bien-être et des besoins du public;
- d. que toute une gamme de méthodes nouvelles et conventionnelles de communication servent à satisfaire les besoins d'un public diversifié;
- e. que l'information soit fournie sur demande sur divers supports afin de répondre aux besoins des personnes handicapées;

[...]

18. Internet et communications électroniques

Internet, le Web et d'autres moyens de communication électronique sont des outils importants pour permettre et maintenir une communication efficace au sein des institutions et avec leurs clients dans tout le Canada et dans le monde entier.

Important outil pour fournir de l'information et des services au public, Internet facilite la communication interactive et bidirectionnelle ainsi que la rétroaction. Il offre des possibilités de joindre les Canadiens peu importe où ils habitent, et de leur fournir des services personnalisés.

Les institutions doivent maintenir une présence active sur Internet pour permettre l'accès par voie électronique, 24 heures sur 24, à l'information, aux programmes et aux services publics. Le courrier électronique et les sites Web doivent servir à assurer la communication directe entre les Canadiens et les institutions gouvernementales, et entre les gestionnaires et les employés de la fonction publique.

Les institutions doivent promouvoir les initiatives en ligne du gouvernement du Canada qui visent à élargir la portée et à améliorer la qualité des communications internes et externes,

connecting and interacting with citizens, enhancing public access and fostering public dialogue.

Institutions must ensure that Internet communications conform to government policies and standards. Government of Canada themes and messages must be accurately reflected in electronic communications with the public and among employees.

...

Institutions must:

- a. manage their Web sites and portals in accordance with the Treasury Board's *Standards on Web Accessibility* and *Standard on Web Usability*;

E. The Common Look and Feel for the Internet: Accessibility

Overview

...

In keeping with the client-centred approach of the CLF initiative, universal accessibility standards are directed toward ensuring *equitable access to all content* on GoC Web sites. While site design is an important element of the electronic media, universal accessibility guidelines have been developed to ensure anyone can obtain content, regardless of the technologies they use. The key to effective implementation of universal accessibility guidelines lies in designing sites to serve the widest possible audience and the broadest possible range of hardware and software platforms, from assistive devices to emerging technologies. W3C WAI working groups continually test WCA Guidelines against a full range of browsers and assistive devices before recommending widespread implementation.

...

Universal accessibility does not depend on minimal Web page design, it depends on thoughtful design. Along with WAI guidelines, the CLF standards provide direction for Web authors, particularly those using multimedia content, to ensure that all site content and functions are available to all users. Authors should not be discouraged from using multimedia, but rather should use it in a manner that ensures that the material they publish is functional for the widest possible audience. The GoC has adopted

à améliorer la prestation de services, à se rapprocher des citoyens et à interagir avec eux, à élargir l'accès du public et à favoriser le dialogue avec ce dernier.

Les institutions doivent veiller à ce que les communications sur Internet soient conformes aux politiques et aux normes gouvernementales. Les communications électroniques avec le public et entre les employés doivent véhiculer fidèlement les thèmes et les messages du gouvernement du Canada.

[...]

Les institutions doivent :

- a. gérer leurs portails et leurs sites Web conformément à la *Norme sur l'accessibilité des sites Web* et à la *Norme sur la facilité d'emploi des sites Web* du Conseil du Trésor;

E. Normalisation des sites Internet : Accessibilité

Aperçu

[...]

Conformément à l'approche axée sur le citoyen de l'initiative de NSI, les normes d'accessibilité universelle visent à garantir un accès équitable à tout contenu sur les sites Web du gouvernement du Canada (GdC). La conception du site étant un élément important des médias électroniques, on a élaboré les principes d'accessibilité universelle pour s'assurer que toute personne puisse accéder au contenu, indépendamment des technologies utilisées. La clé de la mise en œuvre efficace des principes d'accessibilité universelle repose sur la conception de sites accessibles au plus vaste auditoire possible et compatibles avec la gamme la plus vaste possible de plates-formes logicielles et matérielles, des appareils et accessoires d'aide jusqu'aux technologies naissantes. Les groupes de travail de la WAI du W3C testent constamment les Guides d'accès aux contenus Web sur une gamme complète de navigateurs et d'appareils et accessoires d'aide avant d'en recommander la mise en œuvre générale.

[...]

L'accessibilité universelle ne résulte pas d'une conception minimale, mais d'une conception soignée de la page Web. Avec les directives de la WAI, les normes de la NSI servent à guider les concepteurs de pages Web, en particulier ceux qui utilisent un contenu multimédia, afin que les fonctions et le contenu des sites soient entièrement accessibles à tous les utilisateurs. Les concepteurs ne devraient pas être dissuadés d'utiliser le multimédia; ils devraient plutôt l'utiliser de

the W3C Web Content Accessibility Guidelines (WCAG) to ensure the majority of Canadians will find it relatively easy to use on-line information and services.

Standard 1.1

All GoC Web sites must comply with W3C Priority 1 and Priority 2 checkpoints to ensure sites can be easily accessed by the widest possible audience.

Rationale

This standard is the key requirement for accessible design in the GoC. It points to an existing international standard: the Web Content Accessibility Guidelines 1.0 recommendation, from the World Wide Web Consortium (W3C).

The W3C checkpoints mentioned in the CLF standard are set out and defined in W3C's recommendation. That documentation explains the rationale behind each of fourteen basic guidelines for making Web sites universally accessible. Following each guideline are one or more actions that a page author must perform to meet the requirements of the guidelines. These actions are called "Checkpoints".

This CLF standard requires GoC Web sites to comply with Priority 1 and Priority 2 checkpoints.

The Federal Court Decision

[48] First, the Judge carefully reviewed the considerable evidence adduced before him (Judge's reasons, at paragraphs 25 to 75). Then, after setting out the relevant provisions of the Charter, he addressed three preliminary matters, i.e. the jurisdiction of the Court to hear Ms. Jodhan's application, the Attorney General's submission that the Court could not, in the circumstances of the case, provide a remedy to Ms. Jodhan's system-wide complaint, and whether she was a public interest litigant. He first determined that the issue raised by Ms. Jodhan was a "matter" within the intendment of the *Federal Courts Act*. He then held, on the facts and pleadings before him, that Ms. Jodhan could bring a systemic complaint "which affects her and others in the same position" (Judge's reasons, at paragraph 86). Lastly, it was his view that Ms. Jodhan was a "public interest litigant", noting that the Attorney General "has accepted

manière à ce que le matériel qu'ils publient atteigne le plus vaste auditoire possible. Le GdC a adopté les Directives pour l'accessibilité aux contenus Web (DACW) du W3C pour s'assurer que la majorité des Canadiens et Canadiennes puisse utiliser facilement l'information et les services en direct.

Norme 1.1

Tous les sites Web du GdC doivent être conformes aux critères de la Priorité 1 et de la Priorité 2 du W3C afin de garantir un accès facile au plus vaste auditoire possible.

Justification

La présente norme énonce la principale exigence concernant l'accessibilité au sein du GdC. Elle renvoie à une norme internationale existante, la recommandation 1.0 des Directives pour l'accessibilité aux contenus Web [...]

Les critères du GdC mentionnés dans la norme de la NSI sont énoncés et définis dans la Recommandation du W3C. Ce document explique la justification de chacune des quatorze directives fondamentales concernant l'accessibilité universelle des sites Web. Chaque directive est suivie d'une ou plusieurs mesures que doit prendre un concepteur de page pour satisfaire aux exigences de ces directives. Ces mesures s'appellent des « critères ».

Cette norme de la NSI exige des sites Web du GdC qu'ils se conforment aux critères de la Priorité 1 et de la Priorité 2.

Décision de la Cour fédérale

[48] En premier lieu, le juge a soigneusement examiné la preuve abondante qui lui avait été soumise (motifs du juge, aux paragraphes 25 à 75). Ensuite, après avoir cité les dispositions applicables de la Charte, il a abordé trois questions préliminaires, à savoir la compétence de la Cour pour instruire la demande de M^{me} Jodhan, l'argument du procureur général suivant lequel la Cour ne pouvait, eu égard aux circonstances de l'affaire, accorder une réparation en réponse à la plainte visant un problème systémique formulée par M^{me} Jodhan, et la question de savoir si M^{me} Jodhan était partie à un litige d'intérêt public. Il a d'abord estimé que la question soulevée par M^{me} Jodhan était un « objet » au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il a ensuite statué, compte tenu des faits et des actes de procédure qui lui avaient été soumis, que M^{me} Jodhan pouvait déposer une plainte pour un problème systémique « l'affectant [elle], et d'autres

this characterization of the applicant” (Judge’s reasons, at paragraph 87).

[49] At paragraph 88 and following of his reasons, the Judge then turned to an assessment of the evidence. He made a number of findings, of which the following are the most pertinent for the purposes of this appeal:

1. The Government of Canada made a commitment, originally in the 1999 Speech from the Throne, to provide both information and services online to Canadians.

2. In order to give effect to its commitment, the government issued a Communications Policy, pursuant to section 7 of the Act, directing that communications by those departments and agencies subject to the Act be made in compliance with various statutes, including the Charter.

3. In 2000, the government issued the CLF 1.0 Standard, requiring that departments and agencies design and program their websites so as to make them accessible to the visually impaired by 2001.

4. A 2007 spot-audit of 47 departments by the CLF Office identified numerous failures by every department to meet the priority 1 and priority 2 checkpoints of the CLF 1.0 Standard.

5. Although none of the departments complied with the CLF 1.0 Standard, the CLF Office concluded that in the case of 22 departments, “serious violations” had occurred. As a result, the CLF Office directed letters to the deputy heads of these departments, requiring them to take steps to bring their departments into compliance.

personnes dans la même situation » (motifs du juge, au paragraphe 86). Enfin, il s’est dit d’avis que M^{me} Jodhan était « partie à un litige d’intérêt public » faisant observer que le procureur général avait « accepté que la demanderesse soit ainsi qualifiée » (motifs du juge, au paragraphe 87).

[49] Aux paragraphes 88 et suivants, le juge a examiné la preuve. Il a tiré plusieurs conclusions dont les suivantes sont les plus pertinentes pour le présent appel :

1. Le gouvernement du Canada s’est engagé pour la première fois lors du Discours du Trône de 1999 à fournir en ligne aux Canadiens des renseignements et des services.

2. Pour donner suite à son engagement, le gouvernement a établi, en vertu de l’article 7 de la Loi, une Politique de communication qui prévoyait que les communications des ministères et agences assujettis à la Loi devaient respecter diverses lois et politiques, dont la Charte.

3. En 2000, le gouvernement a adopté la NSI 1.0, qui exige que les sites Web des ministères et agences soient conçus et programmés de manière à ce qu’ils soient accessibles au plus tard en 2001 aux personnes ayant une déficience visuelle.

4. Quand il a procédé en 2007 à des vérifications ponctuelles de 47 ministères, le Bureau de la normalisation a constaté un grand nombre de manquements de la part de tous les ministères quant au respect des critères de la priorité 1 et de la priorité 2 de la NSI 1.0.

5. Le Bureau de la normalisation a constaté que, non seulement aucun des organismes gouvernementaux ne respectait la NSI 1.0, mais que 22 d’entre eux avaient commis des « violations graves ». Le Bureau de la normalisation a par conséquent envoyé des lettres à leurs administrateurs généraux pour leur demander de prendre les mesures qui s’imposaient pour rendre leurs sites conformes.

6. The CLF Standard is inadequate because interactive applications are not accessible. Rich Internet applications, i.e. dynamic, interactive websites, use ePass as a security channel. These websites are used by 23 government departments to provide 83 online applications, such as for employment insurance or passports. For these websites to function, they must use particular technologies, such as “scripts” and “applets”, which, however, pose an access barrier to screen readers used by the visually impaired.

7. Although rich Internet applications are unable to function with scripts turned “off”, the CLF Standard obliges government websites to be made accessible by maintaining functionality with scripts turned off. In other words, the CLF Standard prevents government website developers from creating rich Internet applications and, as a result, the government would be prevented from offering numerous online services if the websites were made available as required by the CLF Standard. As a consequence, the CLF standard has been ignored by the departments. These findings led the Judge to say, at paragraph 100: “Accordingly, the Court finds that the government should update the CLF Standard to refer to WCAG 2.0 and thereby incorporate the Guidelines which allow the accessibility of rich Internet applications using ePass as a secure channel.”

8. With regard to those government websites which do not use ePass as a security channel—in fact, the majority of the government websites—the CLF Standard has not been properly implemented and the evidence shows that there has been a “system-wide failure by government departments and agencies to comply with the CLF Standard so that these Web sites are not fully accessible” (Judge’s reasons, at paragraph 101).

9. The government’s Communications Policy requires it to provide its information through a variety of channels which, in the case of the visually impaired, would mean the Internet, telephone, mail, in-person and, in

6. La NSI était inadéquate parce que des applications interactives n’étaient pas accessibles. Les « applications Internet riches », c’est-à-dire les sites Web dynamiques et interactifs, nécessitent un laissez-passer électronique comme voie de communication protégée. Ces sites sont utilisés par 23 organismes gouvernementaux qui offrent 83 applications en ligne pour des services tels que les demandes de prestations d’assurance-emploi ou de passeports. Des technologies particulières telles que les « scripts » et les « applets » sont nécessaires au fonctionnement de ces sites Web. Ces technologies constituent toutefois des obstacles à l’utilisation des lecteurs d’écran par les personnes aveugles.

7. Bien que les applications Internet riches ne peuvent pas fonctionner si les scripts sont en position « off », la NSI exige que les sites Web du gouvernement soient rendus accessibles et que leur fonctionnalité soit maintenue en mettant les scripts en position « off ». En d’autres termes, la NSI interdit aux développeurs des sites Web du gouvernement de créer des applications Internet riches, de sorte que, si les sites Web étaient conçus pour être accessibles conformément à la NSI, le gouvernement s’empêcherait d’offrir en ligne une myriade de services. Le gouvernement a donc décidé de passer outre à la NSI. Ces constatations ont amené le juge à déclarer, au paragraphe 100 : « Par conséquent, la Cour conclut que le gouvernement devrait mettre à jour la NSI en se basant sur les WCAG 2.0 et ainsi y incorporer les règles qui prévoient l’accessibilité des applications Internet riches qui utilisent les laissez-passer électroniques comme voie de communication protégée ».

8. En ce qui concerne les sites Web du gouvernement qui ne nécessitent pas l’utilisation d’un laissez-passer électronique comme voie de communication protégée — en réalité, la plupart des sites Web du gouvernement —, la NSI n’est pas appliquée adéquatement. Il ressort de la preuve qu’il « faut conclure à l’échec systémique et que, en raison de cet échec, ces sites Web ne sont pas complètement accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle » (motifs du juge, au paragraphe 101).

9. Aux termes de sa Politique de communication, le gouvernement doit fournir ses renseignements par divers moyens, dont, dans le cas de personnes ayant une déficience visuelle, Internet, le téléphone, la poste et le service

respect of written material, the information would be provided in Braille.

10. Although the CLF Standard requires the departments to use their “best efforts” to make the contents of their website accessible, there was no satisfactory evidence presented to show what “best efforts” had been made. Treasury Board witnesses took the position that implementation and compliance with the CLF Standard was the responsibility of the deputy head of each of the 106 departments and agencies subject to the Act. Although 93 government departments had internal CLF sections, these had been unable to impress upon the deputy heads that their respective online services should be accessible to the visually impaired.

[50] Following these findings, the Judge turned to the law and, in particular, to section 15 of the Charter. He first turned his attention to the Supreme Court of Canada’s decision in *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483 (*Kapp*), where the Supreme Court explained that the true purpose of subsection 15(1) of the Charter was to ensure substantive equality, i.e. the idea that all Canadians were “recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration” (*Kapp*, at paragraph 15, citing *Andrews v. Law Society (British Columbia)*, [1989] 1 S.C.R. 143 (*Andrews*), at page 171).

[51] The Judge then pointed out that Ms. Jodhan was a member of a group falling within the ambit of section 15, i.e. “the physical[ly] disa[bled]”, and that this group had suffered and continued to suffer discrimination, a fact which the Attorney General was not contesting.

[52] The Judge then turned to the framework for a section 15 analysis. He indicated that the Supreme Court had provided guidance on this issue through its decisions in: *Andrews*; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624 (*Eldridge*); *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 (*Law*); and *Kapp*.

en personne. Les communications écrites devraient quant à elles être en braille.

10. Bien que la NSI exige que des mesures soient prises, dans les limites du possible, pour rendre le contenu des sites Web accessible, on n’a pas établi quelles mesures le gouvernement avait trouvé « possible » de prendre en ce sens. Les témoins du Conseil du Trésor ont affirmé que l’application de la NSI relevait des administrateurs généraux des 106 ministères et agences assujettis à la Loi. Même si 93 ministères et agences du gouvernement comptent dans leur organisation un centre de normalisation, ils n’ont pas réussi à convaincre leurs administrateurs généraux de l’importance de rendre accessibles en ligne les services qu’ils offrent aux personnes ayant une déficience visuelle.

[50] Après avoir tiré ces conclusions, le juge est passé à l’examen de la loi, et en particulier de l’article 15 de la Charte. Il s’est d’abord arrêté à l’arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483 (*Kapp*), dans lequel la Cour suprême du Canada avait expliqué que l’objet véritable du paragraphe 15(1) de la Charte était de garantir une « égalité réelle », qui repose sur l’idée que tous les Canadiens vivent dans une société où « la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération » (*Kapp*, au paragraphe 15, citant l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 (*Andrews*), à la page 171).

[51] Le juge a ensuite souligné que M^{me} Jodhan faisait partie d’un groupe de personnes protégées par l’article 15, soit celles ayant des « déficiences [...] physiques » et que les membres de ce groupe avaient souffert et souffraient encore de discrimination, ce que le procureur général ne niait pas.

[52] Le juge a ensuite abordé le cadre d’une analyse axée sur l’article 15. Il a expliqué que la Cour suprême avait donné des indications à ce propos notamment dans les arrêts *Andrews*; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 (*Eldridge*); *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 (*Law*); et *Kapp*.

[53] The Judge's review of the Supreme Court's decisions led him to state, at paragraph 140 of his reasons that in *Kapp*, the Supreme Court had clearly enunciated, at paragraph 17, that the test for determining whether there had been discrimination was a two-part test:

The template in *Andrews*, as further developed in a series of cases culminating in *Law v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 (S.C.C.), established in essence a two-part test for showing discrimination under s. 15(1): (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? These were divided, in *Law*, into three steps, but in our view the test is, in substance, the same.

[54] The Judge then turned to the first part of the test and began with a preliminary point, which he characterized as the first stage of the first part of the test, i.e. identifying the impugned law and the appropriate comparator group. Relying on the Supreme Court's decision in *Eldridge*, he indicated that the government's Communications Policy constituted a "law" within the meaning of section 15 of the Charter.

[55] After a brief review of the Communications Policy, the Judge opined that he was satisfied that this policy, coupled with the CLF Standard, conferred to Canadians the benefit of access to government services online, adding that the parties were in agreement that the appropriate comparator was sighted individuals who access government services online.

[56] The Judge then dealt with the first part of the test and asked himself if the law created a distinction based on an enumerated ground. The Judge sought to determine whether the Communications Policy and the CLF Standard created a distinction between the visually impaired and those who were not. After stating [at paragraph 150] that both the Policy and the Standard were "facially neutral" with respect to website accessibility standards, he stated his view that the visually impaired were treated differently by reason of their disability, their visual impairment. The Judge indicated that he was satisfied that two systemic failures

[53] L'examen que le juge a fait de la jurisprudence de la Cour suprême l'a amené à conclure, au paragraphe 140 de ses motifs, que la Cour suprême avait clairement expliqué au paragraphe 17 de l'arrêt *Kapp* que le critère à utiliser pour démontrer l'existence de discrimination comportait deux volets :

Le modèle établi dans l'arrêt *Andrews*, qui a été explicité dans une série de décisions ayant abouti à l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, établissait essentiellement un critère à deux volets devant être utilisé pour démontrer l'existence de discrimination au sens du par. 15(1) : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? Il était question de trois volets dans l'arrêt *Law*, mais nous estimons que le critère est essentiellement le même.

[54] Revenant au premier volet du critère, le juge a indiqué que, dans un premier temps, la cour devait déterminer la loi contestée et le groupe de comparaison approprié. Se fondant sur l'arrêt *Eldridge* de la Cour suprême, il a expliqué que la Politique de communication du gouvernement constituait une « loi » au sens de l'article 15 de la Charte.

[55] Après avoir procédé à un bref examen de la Politique de communication, le juge s'est dit d'avis que cette politique, associée à la norme NSI, accordait aux Canadiens le bénéfice de l'accès aux services du gouvernement en ligne, ajoutant que les parties s'entendaient pour dire que le groupe de comparaison approprié était composé de personnes ayant une vision normale qui accèdent en ligne aux services du gouvernement.

[56] Le juge s'est ensuite penché sur la première partie du critère et s'est demandé si la loi créait une distinction fondée sur un motif énuméré. Il a tenté de déterminer si la Politique de communication et la NSI créaient une distinction entre les personnes ayant une déficience visuelle et celles n'en ayant pas. Après avoir déclaré [au paragraphe 150] que la Politique et la NSI étaient « apparemment neutres » en ce qui concerne les normes d'accessibilité aux sites Web, le juge s'est dit d'avis que les personnes ayant une déficience visuelle étaient traitées différemment en raison de leur déficience physique, soit la déficience visuelle. Le juge a expliqué qu'il était

underlined the government's failure to provide online services that were accessible to the visually impaired. First, the CFL 1.0 Standard, in regard to which the government had directed that it be implemented by the departments many years ago, had not been implemented, nor had it been enforced and clearly not made a priority by the deputy heads. The CLF 1.0 Standard was the one that applied to ordinary government online information services. Second, with respect to the rich Internet applications which used ePass as a secure channel, they were not accessible to the visually impaired.

[57] These findings led the Judge to conclude as follows at paragraph 152 of his reasons:

Accordingly, the Court concludes that the impugned law does create a distinction based on the enumerated ground of physical disability, that the applicant has not received the equal protection and benefit of the government policy to make its information and services accessible to the public online, and that this arises from systemic failures pursuant to the application of the Communications Policy and the CLF Standard.

[58] The Judge then turned to the second part of the test and asked himself if the distinction created by the impugned law created a disadvantage for Ms. Jodhan. After stating that not every difference created a disadvantage, the Judge stated that the equality guaranteed by subsection 15(1) of the Charter was substantive equality, adding that substantive equality often required the making of a distinction between disabled and non-disabled persons. For this proposition, he relied on the Supreme Court's decision in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241 (*Eaton*) where, at paragraph 67, the Court expressed the view that in order to prevent discrimination against disabled persons, the government might have to "fine-tune society" or "make reasonable accommodation" so as to avoid "the relegation and banishment of disabled persons".

[59] The Judge also relied on the Supreme Court's decision in *Eldridge* where, at paragraphs 77 and 78, the

convaincu de l'existence de deux échecs systémiques du gouvernement lorsqu'il s'agissait de fournir en ligne des services d'une façon qui soit accessible aux personnes ayant une déficience visuelle. Premièrement, la NSI 1.0, que le gouvernement avait demandé il y a plusieurs années à ses ministères d'appliquer, n'avait pas été mise en œuvre, n'avait pas été appliquée et n'avait de toute évidence pas fait l'objet d'une priorité d'action par les administrateurs généraux. Il s'agissait d'une norme qui s'appliquait aux services gouvernementaux ordinaires d'information en ligne. Deuxièmement, les applications Internet riches qui utilisent le laissez-passer électronique comme voie de communication protégée n'étaient pas accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle.

[57] Ces constatations ont amené le juge à conclure ce qui suit, au paragraphe 152 de ses motifs :

Par conséquent, la Cour conclut que la loi en cause crée bel et bien une distinction fondée sur le motif énuméré de la déficience physique, que la demanderesse n'a pas obtenu le même bénéfice et la même protection de la politique gouvernementale d'accessibilité au public en ligne de ses services et de ses renseignements et que cela découle d'un échec systémique quant à l'application de la Politique de communication et de la NSI.

[58] Le juge a ensuite examiné le second volet du critère et s'est demandé si la distinction créée par la loi contestée avait créé un désavantage pour M^{me} Jodhan. Après avoir affirmé que ce ne sont pas toutes les différences de traitement qui créaient un désavantage, le juge a déclaré que l'égalité garantie par le paragraphe 15(1) de la Charte a trait à l'égalité réelle, ajoutant que la recherche de l'égalité réelle nécessitait souvent de faire la distinction entre les personnes qui ont une déficience et celles qui n'en ont pas. À l'appui de cette proposition, il a cité l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 (*Eaton*), dans lequel, au paragraphe 67, la Cour suprême du Canada a déclaré que, selon elle, pour empêcher que les personnes ayant une déficience soient victimes de discrimination, le gouvernement pourrait être appelé à « apporter à la société [des] modifications » ou à « fournir des moyens raisonnables » pour éviter « la relégation et la non-participation des personnes handicapées ».

[59] Le juge s'est également fondé sur l'arrêt *Eldridge* où, aux paragraphes 77 et 78, la Cour suprême du

Court expressed the view that the government would be required, in some circumstances, to take special measures so as to allow disadvantaged groups to benefit equally from government services.

[60] With these principles in mind, the Judge opined that, on the evidence before him, Ms. Jodhan and others like her were not receiving “the benefit of the government’s online services and information equally with non visually-impaired Canadians, and that they encounter significant difficulties in being otherwise accommodated with the same information” (Judge’s reasons, at paragraph 157), noting that in three examples led before him, Ms. Jodhan had not been accommodated with written material in Braille. Consequently, the Judge concluded that the distinction made by the impugned law created a disadvantage for the blind, adding at paragraph 158 of his reasons:

This is an adverse effect caused by differential treatment of the visually impaired, a physical disability enumerated under subsection 15(1) of the Charter. This failure perpetuates a disadvantage which undermines the dignity of the visually impaired. This differentiation perpetuates the stereotyping and prejudice that blind persons cannot access and benefit from online government information and services which sighted persons can. Of course, the evidence demonstrates that there is long-established computer technology which allows the visually impaired to access computer programs and services, provided the Web sites are designed according to nine year old accessibility standards.

[61] The Judge then discussed the idea of “reasonable accommodation”, stating that there were two elements to that idea. First, there was the element that for section 15 purposes, the government was obliged to take positive steps so that disadvantaged groups could benefit equally from services offered to all Canadians. According to the Judge, accommodation was, in that sense, an integral part of the section 15 inquiry.

Canada a exprimé l’opinion que, dans certaines circonstances, le gouvernement serait tenu de prendre des mesures particulières pour faire en sorte que les groupes défavorisés soient capables de bénéficier d’une manière égale des services gouvernementaux.

[60] Gardant ces principes à l’esprit, le juge s’est dit d’avis que, vu la preuve dont il disposait, M^{me} Jodhan et d’autres personnes se trouvant dans la même situation qu’elle n’obtenaient pas « le même bénéfice des renseignements et des services gouvernementaux offerts en ligne que les personnes n’ayant pas une déficience visuelle et qu’elles éprouvent de grandes difficultés à obtenir ces services par d’autres moyens » (motifs du juge, au paragraphe 157), faisant observer que, dans les trois cas qu’elle avait cités, M^{me} Jodhan n’avait pas pu obtenir qu’on lui fournisse par un moyen adapté, soit en braille, les renseignements demandés. Le juge a par conséquent conclu que la distinction établie par la loi créait bel et bien un désavantage pour la personne aveugle, ajoutant, au paragraphe 158 de ses motifs :

Il s’agit d’un effet préjudiciable causé par une différence de traitement à l’égard des personnes ayant une déficience visuelle, donc ayant une déficience physique, un motif de discrimination énuméré au paragraphe 15(1). Cette différence de traitement perpétue un désavantage qui porte atteinte à la dignité des personnes aveugles et perpétue l’adhésion à des stéréotypes et à des préjugés selon lesquels les personnes ayant une déficience visuelle ne peuvent pas avoir accès en ligne aux renseignements et aux services gouvernementaux et en bénéficier au même titre que les personnes qui peuvent voir. Évidemment, il a été démontré que la technologie informatique permet depuis longtemps aux personnes ayant une déficience visuelle d’avoir accès aux programmes et aux services sur supports informatiques dans la mesure où la conception des sites Web respecte les normes d’accessibilité adoptées il y a neuf ans.

[61] Le juge a ensuite examiné le concept des « moyens raisonnables » d’adaptation, faisant observer que cette expression comportait deux idées. La première était l’exigence de l’article 15 quant à la prise de mesures concrètes pour faire en sorte que les groupes défavorisés bénéficient d’une manière égale des services offerts à la population en général. Suivant le juge, en ce sens, les moyens d’adaptation requis faisaient partie intégrante de l’analyse fondée sur le paragraphe 15(1).

[62] The second element of the idea of “reasonable accommodation” was that the government was only obliged to accommodate those in need of accommodation by providing accommodations that were “reasonable”. Citing a passage from La Forest J.’s reasons in *Eldridge*, at paragraph 79, the Judge indicated that accommodation in that context meant to the point of undue hardship. I note that La Forest J., in the passage cited by the Judge, does not use the expression “undue hardship”, but rather that of “reasonable limits” in the context of a section 1 analysis.

[63] The Judge summarized his thoughts with regard to the idea of “reasonable accommodation” at paragraph 159, where he stated:

Thus, in a section 15 inquiry the first step must be to determine what reasonable accommodations would be necessary to ensure substantive equality. Any reasons for why these accommodations are not being offered are then to be considered at the justification stage under a section 1 of the Charter defence. However, the respondent does not plead any justification defence under section 1 of the Charter even though specifically challenged on this by the applicant. [Emphasis in original]

[64] With regard to the first element of the idea of “reasonable accommodation”, the Judge turned to the case law and, in particular, to the Supreme Court’s decision in *Eldridge* where the Court, citing the words of Sopinka J. in *Eaton*, held that not only did subsection 15(1) of the Charter seek to prevent discrimination against disadvantaged groups, but sought to ameliorate their position within Canadian society. This led the Judge to assert that the implementation of the CLF Standard would ameliorate the situation of the visually impaired. Further, relying on the Supreme Court’s decision in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650 (*VIA Rail*), the Judge stated that the visually impaired who sought independent access to online services and dignity without physical limitations were entitled to this right.

[62] La seconde idée qu’évoquait l’expression « moyens raisonnables » d’adaptation concernait le fait que le gouvernement n’était obligé de prendre que des mesures d’adaptation « raisonnables » pour répondre aux besoins des personnes en cause. Citant un passage tiré du paragraphe 79 des motifs du juge La Forest dans l’arrêt *Eldridge*, le juge a expliqué que les mesures d’adaptation dans ce contexte ne doivent pas entraîner des « contraintes excessives ». Je constate toutefois que, dans le passage en question, le juge La Forest n’emploie pas l’expression « contraintes excessives », mais plutôt celle de « limites raisonnables » dans le contexte de l’analyse de l’article premier.

[63] Le juge a résumé sa pensée au sujet du concept de « mesures raisonnables d’adaptation » au paragraphe 159, où il a écrit ce qui suit :

Par conséquent, dans un examen fondé sur l’article 15, il faut d’abord déterminer quels moyens raisonnables seraient nécessaires pour garantir l’égalité réelle. Toute raison donnée comme explication de l’absence de mesures d’adaptation doit être considérée à l’étape de la justification et de la défense fondées sur l’article premier. Toutefois, le défendeur n’a offert ni justification ni défense fondée sur l’article premier de la Charte, même s’il a été invité expressément par la demanderesse à le faire. [Souligné dans l’original.]

[64] En ce qui concerne la première idée évoquée par l’expression « moyens raisonnables » d’adaptation, le juge a examiné la jurisprudence et en particulier l’arrêt *Eldridge* dans lequel, citant le juge Sopinka dans l’arrêt *Eaton*, la Cour suprême du Canada a déclaré que le paragraphe 15(1) de la Charte avait non seulement pour objet d’empêcher la discrimination dont sont victimes des groupes défavorisés, mais également d’améliorer leur situation au sein de la société canadienne, ce qui a conduit le juge à affirmer en l’espèce que, si elle était appliquée de façon appropriée, la NSI améliorerait la situation des personnes aveugles. De plus, se fondant sur l’arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650 (*VIA Rail*), le juge a reconnu le droit des personnes ayant une déficience visuelle qui demandaient d’avoir accès d’une façon indépendante aux services en ligne dans la dignité et sans restrictions physiques.

[65] Finally, on this point, the Judge referred to Mosley J.'s decision in *Canadian Assn. of the Deaf v. Canada*, 2006 FC 971, [2007] 2 F.C.R. 323 (*CAD*), where the Court held that the government's Sign Language Interpretation Policy, which governed the manner in which sign language interpretation was to be provided at meetings between public servants and deaf persons, was so under-inclusive as to be discriminatory.

[66] This led the Judge to hold that the CLF Standard, like the Sign Language Interpretation Policy in *CAD*, was an attempt by the government to create a "reasonable accommodation" and that its failure to implement or enforce that standard has the same effect as failing to develop any accessibility standards. Thus, the CLF Standard was so under-inclusive as to be discriminatory.

[67] Finally, the Judge turned to the Attorney General's submission on "reasonable accommodation", i.e. that the visually impaired could obtain information that was available online to the general public by other means, i.e. in person, by telephone and by mail. In assessing the merits of this submission, the Judge turned to the Supreme Court's decisions in *VIA Rail* and *Eldridge* as well as that of the Federal Court in *CAD*, and concluded that the submission did not withstand scrutiny. The Judge held at paragraph 174 of his reasons:

Based on the jurisprudence, the use of alternative channels is not a reasonable accommodation unless the respondent proved that it is not technically feasible to implement the CLF Standard or it would be so expensive that it would cause undue hardship in the context of a section 1 Charter defence. The respondent expressly did not plead this defence even though specifically challenged on this by the applicant. The only defence pleaded was that the applicant could obtain the information and services sought through alternative channels. In three of the applicant's examples this was not so. In any event the Court has found that these other channels are so under-inclusive as to be discriminatory. [Emphasis in original.]

[65] Enfin, sur cette question, le juge a cité la décision *Assoc. des sourds du Canada c. Canada*, 2006 CF 971, [2007] 2 R.C.F. 323 (*ASC*), dans laquelle le juge Mosley a statué que la Politique d'interprétation par langage gestuel du gouvernement, qui régissait la prestation des services d'interprétation en langage gestuel lorsque ces services étaient requis lors des rencontres entre des fonctionnaires et des personnes sourdes, avait un tel caractère limitatif qu'elle en était discriminatoire.

[66] Le juge a par conséquent conclu qu'à l'instar de la Politique d'interprétation par langage gestuel dont il était question dans la décision *ASC*, la NSI constituait une tentative de la part du gouvernement de prendre des « moyens raisonnables » d'adaptation et que le défaut de mettre en œuvre ou d'appliquer la NSI avait le même effet que si le gouvernement n'avait pas élaboré de normes en matière d'accessibilité. Ainsi, la NSI était si limitée dans son application qu'elle en était discriminatoire.

[67] Enfin, le juge a examiné les observations du procureur général concernant les « moyens raisonnables » d'adaptation. Le procureur général soutenait que les personnes ayant une déficience visuelle pouvaient obtenir, en ayant recours à d'autres moyens, notamment en faisant leur demande en personne, par téléphone et par la poste, la même information que celle offerte en ligne à la population en général. Pour apprécier le bien-fondé de cet argument, le juge a examiné les arrêts *VIA Rail* et *Eldridge* de la Cour suprême du Canada ainsi que la décision *ASC* de la Cour fédérale pour conclure que cet argument ne résistait pas à l'analyse. Le juge a déclaré, au paragraphe 174 de ses motifs :

Vu la jurisprudence, les moyens de rechange envisagés ne constituent pas des moyens raisonnables d'adaptation à moins que le défendeur prouve qu'il y a impossibilité sur le plan technique d'appliquer la NSI ou que cela serait si coûteux qu'il en résulterait des contraintes excessives au regard d'une défense fondée sur l'article premier de la Charte. Le défendeur n'a pas présenté une telle défense bien que la demanderesse l'eût expressément mis au défi de le faire. La seule défense offerte a été que la demanderesse pouvait obtenir l'information et les services désirés par d'autres moyens. Dans trois des exemples fournis par la demanderesse, cela s'est avéré vain. Quoi qu'il en soit, la Cour a conclu que ces autres moyens ont un tel caractère limitatif qu'ils sont discriminatoires. [Souligné dans l'original.]

[68] The Judge, at paragraphs 175 to 178, emphasized the fact that the Attorney General had not taken the position that it would have been unreasonable for the government to make its online services accessible to the visually impaired, adding that although both the Communications Policy and the CLF Standard provided for the use of alternative measures where a federal institution was unable to provide information or services online, the Attorney General had not made any attempt to argue that alternative means of communication constituted a “reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. In other words, the Judge held that the Attorney General had not raised section 1 as a defence. The Judge then stated that had an argument been made that providing accessibility to the visually impaired could only be done at a prohibitive cost or that it was not technically feasible or that the government had truly done its best to make the websites accessible, the Court would have considered these arguments as part of a section 1 justification.

[69] These findings and conclusions led the Judge to render the following judgment:

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. This application for judicial review is allowed and the applicant is entitled to a declaration under section 18.1 of the *Federal Courts Act* that she has been denied equal access to, and benefit from, government information and services provided online to the public on the Internet, and that this constitutes discrimination against her on the basis of her physical disability, namely that she is blind. Accordingly, she has not received the equal benefit of the law without discrimination based on her physical disability and that this is a violation of subsection 15(1) of the Charter;

2. It is also declared that the applicant’s inability to access online certain departmental Web sites is representative of a system-wide failure by many of the 106 government departments and agencies to make their Web sites accessible. The failure of the government to monitor and ensure compliance with the government’s 2001 accessibility standards is an infringement of subsection 15(1) of the Charter since it

[68] Aux paragraphes 175 à 178, le juge a souligné le fait que le procureur général ne prétendait pas qu’il aurait été déraisonnable pour le gouvernement de rendre ses services offerts en ligne accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle, ajoutant que, même si la Politique de communication et la NSI prévoyaient effectivement des moyens de rechange qui pouvaient être pris dans les cas où un organisme fédéral n’était pas en mesure de fournir le service en ligne demandé, le procureur général n’avait pas tenté de prétendre que ces moyens de rechange constituaient « des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Autrement dit, le juge a fait observer que le procureur général n’avait pas invoqué de moyen de défense fondé sur l’article premier de la Charte. Le juge a ensuite expliqué que si le procureur général avait soutenu que l’accès en ligne aux personnes ayant une déficience visuelle n’aurait été possible qu’à un coût prohibitif, qu’il existait une impossibilité technique ou que le gouvernement avait pris dans les limites du possible des mesures pour rendre les sites Web accessibles, la Cour aurait pu considérer ces arguments comme faisant partie d’une justification présentée au regard de l’article premier de la Charte.

[69] Ces constatations et ces conclusions ont amené le juge à rendre le jugement suivant :

LA COUR STATUE QUE :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie et la demanderesse a droit à un jugement déclaratoire en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, à savoir : on lui a nié le même accès que celui accordé à l’ensemble du public aux renseignements et aux services gouvernementaux offerts en ligne sur Internet et, par le fait même, d’en tirer le même bénéfice; que cela constitue de la discrimination fondée sur une déficience physique, la demanderesse étant une personne aveugle; par conséquent, on a nié à la demanderesse son droit au même bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination fondée sur la déficience physique et qu’il s’agit là d’une violation du paragraphe 15(1) de la Charte;

2. La Cour statue également que l’incapacité de la demanderesse d’avoir accès en ligne aux sites Web de certains organismes gouvernementaux est révélateur d’un échec systémique au vu du grand nombre des 106 ministères et agences du gouvernement incapables de rendre leurs sites Web accessibles. Le défaut du gouvernement de contrôler l’application des normes en matière d’accessibilité qu’il a adoptées en 2001

discriminates against the applicant and other visually impaired persons. This declaration does not apply to stored government historical and/or archived information which is stored in a database and which the government shall retrieve and provide in an accessible format upon request;

3. It is also declared that the government has a constitutional obligation to bring itself into compliance with the Charter within a reasonable time period, such as 15 months;

4. This Court will retain jurisdiction over the implementation of this declaration and the Court will resume its proceedings on the application of either party if necessary to ensure the effect of this declaration is properly implemented; and

5. The applicant is a public interest litigant and is entitled to her legal costs including disbursements in the fixed amount of \$150 000.

Attorney General's Submissions

[70] In seeking the reversal of the Judge's decision, the Attorney General makes a number of submissions:

1. First, he says that the benefit of the law at issue is not, as found by the Judge, equal online access to government information and services, but rather effective access to government information and services by means of one channel or another in the context of a multi-channel delivery system.

2. As a second error, the Attorney General says that the Judge erred in finding that Ms. Jodhan had been discriminated against in the delivery of government information and services.

3. Next, he says that the Judge erred in interpreting section 15 of the Charter so as to create an additional, free-standing right owed to Ms. Jodhan and other visually impaired persons by the government to monitor and ensure compliance with the CLF Standard.

viole le paragraphe 15(1) de la Charte parce qu'il en résulte de la discrimination contre la demanderesse et les autres personnes ayant une déficience visuelle. Le présent jugement déclaratoire ne s'applique pas à l'information que le gouvernement conserve sous forme d'archives dans les banques de données et qu'il devra récupérer et fournir dans un format accessible sur demande;

3. La Cour statue que le gouvernement a l'obligation sur le plan constitutionnel de respecter la Charte dans un délai raisonnable, en l'occurrence 15 mois;

4. La Cour demeure saisie du dossier jusqu'à exécution du présent jugement déclaratoire et la Cour le rouvrira sur demande de l'une ou l'autre partie si nécessaire pour garantir son exécution ;

5. La demanderesse a la qualité pour agir dans l'intérêt public et la Cour lui adjuge des dépens à hauteur de 150 000 \$, y compris les débours.

Observations du procureur général

[70] Pour chercher à obtenir l'infirmité de la décision du juge, le procureur général invoque plusieurs moyens :

1. En premier lieu, il affirme que le droit au même bénéfice de la loi dont il s'agit en l'espèce ne consiste pas, contrairement à ce qu'a estimé le juge, en un droit à l'égalité d'accès en ligne aux services et renseignements gouvernementaux, mais plutôt en un droit à un accès effectif aux services et renseignements gouvernementaux par un moyen ou un autre dans le contexte d'un système de prestation comportant divers modes.

2. Le procureur général reproche en deuxième lieu au juge d'avoir commis une erreur en concluant que M^{me} Jodhan avait fait l'objet d'une discrimination en ce qui a trait à la communication de renseignements et la prestation de services du gouvernement.

3. Il affirme ensuite que le juge a commis une erreur en interprétant l'article 15 de la Charte de manière à créer en faveur de M^{me} Jodhan et d'autres personnes ayant une déficience visuelle un droit distinct supplémentaire obligeant le gouvernement à surveiller l'application de la norme NSI et assurer son respect.

4. The Attorney General also submits that the Judge erred in issuing a systemic declaration that applied to 106 government institutions without jurisdiction or sufficient evidence.

5. Lastly, the Attorney General says that the Judge erred in retaining jurisdiction by means of a supervisory order without evidence of government delay or other unique circumstances to justify this extraordinary measure as part of a subsection 24(1) Charter remedy.

The Issues

[71] Two main issues must be determined by this Court on the appeal. First, did the Judge err in finding that Ms. Jodhan was denied equal benefit of the law, contrary to subsection 15(1) of the Charter? Second, did the Judge err by providing a system-wide remedy that included retaining jurisdiction to supervise the implementation of the remedy? To resolve these issues, it is necessary to determine:

1. The applicable standard of review;
2. Whether the Federal Court erred in finding that it had jurisdiction over the systemic application and the systemic remedy declarations;
3. Whether the Federal Court erred in finding that the government discriminated against Ms. Jodhan in violation of subsection 15(1) and that the discrimination was systemic;
4. Whether the Federal Court erred in finding that the government could not justify its violation of subsection 15(1) because it had not raised a section 1 defence; and

4. Le procureur général affirme également que le juge a commis une erreur en accordant une réparation systémique s'appliquant aux 106 institutions gouvernementales alors qu'il n'avait pas compétence pour le faire et qu'il ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve.

5. En dernier lieu, le procureur général affirme que le juge a commis une erreur en déclarant qu'il demeurait saisi du dossier en rendant une ordonnance de surveillance en l'absence d'éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement tardait à agir ou qu'il existait d'autres circonstances uniques qui justifiait cette mesure exceptionnelle à titre de réparation fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte.

Questions en litige

[71] Notre Cour est appelée à trancher deux principales questions dans le présent appel. Premièrement, le juge a-t-il commis une erreur en concluant que M^{me} Jodhan s'était vu nier son droit au même bénéfice de la loi, contrairement au paragraphe 15(1) de la Charte? Deuxièmement, le juge a-t-il commis une erreur en accordant une réparation systémique et en se réservant le droit de superviser l'exécution de cette réparation? Pour trancher ces questions, il faut d'abord :

1. définir la norme de contrôle applicable;
2. répondre à la question de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle était compétente pour accorder une réparation systémique sous forme de jugement déclaratoire et pour en contrôler l'exécution;
3. répondre à la question de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le gouvernement avait agi de façon discriminatoire envers M^{me} Jodhan en violation du paragraphe 15(1) et que cette discrimination était systémique;
4. répondre à la question de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le gouvernement ne pouvait pas justifier sa violation du paragraphe 15(1) parce qu'il n'avait pas invoqué de moyen de défense tiré de l'article premier;

5. Whether the Federal Court erred in exercising its discretion to retain jurisdiction over implementation of the remedy granted.

5. répondre à la question de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en demeurant, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, saisie du dossier à l'égard de l'exécution de la réparation qu'elle avait accordée.

Analysis

1. What is the applicable standard of review?

[72] This is an appeal from a judgment of the Federal Court in an application for a declaration, in which the Judge was the trier of fact. Hence, the standards of review enunciated by the Supreme Court in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, are applicable. Questions of law will be determined on the basis of the standard of correctness, while questions of fact and of mixed fact and law will be determined on the basis of the standard of palpable and overriding error, except where there exists an extricable question of law, in which case the standard will be that of correctness.

[73] More particularly, questions of constitutional interpretation are subject to the standard of correctness “because of the unique role of s. 96 courts as interpreters of the Constitution” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 58).

[74] In *Pilette v. Canada*, 2009 FCA 367, 319 D.L.R. (4th) 369, at paragraph 17, Trudel J. said that once subsection 15(1) of the Charter had been interpreted, its application to the facts before a court was to be reviewed on the basis of the standard of palpable and overriding error:

A question of constitutionality requires the standard of correctness, while the application of subsection 15(1) of the Charter to the facts of a case is reviewable on a standard of palpable and overriding error.

[75] Thus, if the Judge incorrectly interpreted subsection 15(1), then that is a question of pure law subject to the standard of correctness. Similarly, subsection 24(1) of the Charter must be interpreted correctly because its

Analyse

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?

[72] Il s'agit de l'appel d'un jugement rendu par la Cour fédérale en réponse à une demande de jugement déclaratoire. Le juge était l'arbitre des faits. Ce sont donc les normes de contrôle énoncées par la Cour suprême dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, qui s'appliquent. Les questions de droit sont examinées selon la norme de contrôle de la décision correcte, tandis que les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit seront examinées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante, sauf lorsqu'une question mixte de fait et de droit contient une question de droit isolable, auquel cas elle est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[73] Plus particulièrement, les questions touchant l'interprétation de la Constitution sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte « à cause du rôle unique des cours de justice visées à l'art. 96 en tant qu'interprètes de la Constitution » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 58).

[74] Dans l'arrêt *Pilette c. Canada*, 2009 CAF 367, au paragraphe 17, la juge Trudel a expliqué que, dès lors que le paragraphe 15(1) de la Charte a été interprété, l'application qui en a été faite aux faits portés à la connaissance de la cour est assujettie à la norme de contrôle de l'erreur manifeste et dominante :

Une question de constitutionnalité exige la norme de la décision correcte, alors que l'application du paragraphe 15(1) de la Charte aux faits d'une espèce est assujettie à la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[75] Ainsi, si le juge a mal interprété le paragraphe 15(1), il s'agit d'une pure question de droit qui est assujettie à la norme de la décision correcte. Dans le même ordre d'idées, le paragraphe 24(1) de la Charte

interpretation is also a question of pure law. However, once interpreted correctly, the choice of remedy thereunder involves the exercise of discretion to which deference must be afforded (*CAD*, at paragraph 119). This Court “should refrain from using hindsight to perfect a remedy” and “should only interfere where the trial judge has committed an error of law or principle” (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3 (Iacobucci and Arbour JJ.) (*Doucet-Boudreau*), at paragraph 87).

[76] With the above in mind, I now turn to the second question for determination.

2. *Whether the Federal Court erred in finding that it had jurisdiction over the systemic application and the systemic remedy*

[77] The Attorney General says that the Judge erred in two ways. First, that he could not provide a remedy which went beyond the facts and issues put forward in the notice of application and in the form of the declarations sought. Second, that a remedy could only be given to the individual claimant, i.e. Ms. Jodhan.

[78] More particularly, the Attorney General says that by reason of the pleadings and the evidence led by him in response to those pleadings, the Judge had to confine his remedy to the entities named in the notice of application, namely the Treasury Board, the Public Service Commission of Canada and Statistics Canada.

[79] Although the main relief sought was couched in broad terms, i.e. for the Treasury Board’s failure to “develop, maintain and enforce” the proper standards of accessibility, it was sought solely against the Treasury Board and not against the 106 departments. As to the

doit être interprété correctement, parce que son interprétation est aussi une pure question de droit. Cependant, dès lors que le paragraphe 24(1) de la Charte a été interprété correctement, le choix de la réparation en application de cette disposition relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour et commande la déférence (*ACS*, au paragraphe 119). Notre Cour doit « se garder de [...] parfaire après coup [la réparation qui a été accordée] » et elle ne doit « intervenir qu’en cas d’erreur commise sur le plan du droit ou des principes par le juge » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3 (les juges Iacobucci et Arbour) (*Doucet-Boudreau*), au paragraphe 87).

[76] Gardant à l’esprit ce qui précède, je passe maintenant à l’examen de la deuxième question.

2. *La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant qu’elle avait compétence pour statuer sur la demande systémique et pour accorder une réparation systémique?*

[77] Le procureur général reproche deux erreurs au juge. Premièrement, il affirme que le juge ne pouvait accorder une réparation qui allait au-delà des faits et des questions articulés dans l’avis de demande ou qui ne respectait pas le libellé des jugements déclaratoires réclamés. Deuxièmement, il soutient que le juge ne pouvait accorder une réparation qu’à la personne physique demanderesse, M^{me} Jodhan.

[78] Plus particulièrement, le procureur général fait valoir qu’en raison des actes de procédure qui avaient été présentés et des éléments de preuve qu’il avait lui-même soumis en réponse à ces actes de procédure, le juge devait limiter la réparation accordée aux entités nommément désignées dans l’avis de demande, en l’occurrence, le Conseil du Trésor, la Commission de la fonction publique du Canada et Statistique Canada.

[79] Même si la réparation principale était libellée en des termes généraux et qu’elle se rapportait au défaut du Conseil [TRADUCTION] « d’élaborer » des normes d’accessibilité appropriées et [TRADUCTION] « de veiller au respect de ces normes », cette réparation ne visait que

two specific reliefs sought against the Public Service Commission of Canada and Statistics Canada, I note that the Judge made no declaration in regard to those reliefs and that no appeal was taken in regard thereto. Thus, all that is before us in this appeal is the relief sought by Ms. Jodhan against Treasury Board.

[80] In my view, save in one respect, the Attorney General's arguments cannot succeed.

[81] In *Northwest Territories (Attorney General) v. Fédération Franco-Ténoise*, 2008 NWTCA 6, 440 A.R. 56 (*Fédération*), where the Attorney General similarly argued that the pleadings were not sufficient to justify the systemic relief granted by the Judge, the Northwest Territories (NWT) Court of Appeal held, at paragraph 72, that:

The function of pleadings is to set out the relevant facts; if they disclose a cause of action, the cause of action can be dealt with by the court.

[82] The Court of Appeal further opined, at paragraph 73, that to raise an issue of systemic breach, the pleadings need only “describe a reasonable number of representative breaches, indicating that these are part of a pattern of conduct.”

[83] I am satisfied that the pleadings in the present matter, when examined fairly, put forward a systemic violation of subsection 15(1) of the Charter. However, as I have already indicated, the allegations made and the declarations sought only pertained to the Treasury Board's failure to develop, maintain and enforce the proper standards of accessibility.

[84] First, in her notice of application, Ms. Jodhan sought a declaration that Treasury Board's failure “to develop, maintain and enforce standards which ensure that all Government of Canada websites and online services are accessible for all individuals with visual

le Conseil du Trésor et non les 106 ministères. En ce qui concerne les deux réparations expressément demandées contre la Commission de la fonction publique du Canada et Statistique Canada, je relève que le juge n'a prononcé aucun jugement déclaratoire au sujet de ces réparations et qu'aucun appel n'a été interjeté à ce sujet. Ainsi, la seule réparation visée par le présent appel est celle que M^{me} Jodhan réclame contre le Conseil du Trésor.

[80] À mon avis, à une exception près, les moyens invoqués par le procureur général ne sauraient être retenus.

[81] Dans l'arrêt *Northwest Territories (Attorney General) v. Fédération Franco-Ténoise*, 2008 NWTCA 6, 440 A.R. 56 (*Fédération Franco-Ténoise*), dans lequel le procureur général soutenait là aussi que les actes de procédure n'étaient pas suffisants pour justifier la réparation systémique que le juge avait accordée, la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest a jugé, au paragraphe 72 :

[TRADUCTION] Les actes de procédure servent à exposer les faits pertinents. S'ils révèlent l'existence d'une cause d'action, celle-ci peut être examinée par la Cour.

[82] La Cour d'appel s'est également dite d'avis, au paragraphe 73, que pour pouvoir invoquer une violation systémique, il suffisait que les actes de procédure [TRADUCTION] « décrivent un nombre raisonnable de violations représentatives permettant de conclure à l'existence d'un schéma de comportement ».

[83] Je suis convaincu qu'en l'espèce, lorsqu'on les examine de façon objective, les actes de procédure font état d'une violation systémique du paragraphe 15(1) de la Charte. Toutefois, comme je l'ai déjà précisé, les allégations formulées et le jugement déclaratoire sollicité ne visent que le défaut du Conseil du Trésor d'élaborer des normes adéquates en matière d'accessibilité et de les faire respecter.

[84] Premièrement, dans son avis de demande, M^{me} Jodhan réclame un jugement déclaratoire portant que le défaut du Conseil du Trésor et du Secrétariat du Conseil du Trésor [TRADUCTION] « d'élaborer des normes qui assurent que tous les sites Web et services offerts

impairment” infringed her right to equal benefit of the law under subsection 15(1) and that the infringement was not justified under section 1 of the Charter.

[85] Second, paragraphs 13 to 22 of the notice of application set out the factual basis upon which the sought-after declaration depends and puts in issue the steps taken by the Treasury Board to make accessible to the visually impaired the websites of the 106 departments under its authority.

[86] It cannot then be argued, in my opinion, that a new ground was put forward by Ms. Jodhan at the hearing and that the Attorney General was not given the opportunity to respond thereto by providing additional affidavits.

[87] However, none of the 106 departments under the supervision of the Treasury Board are parties to this application, except for the Public Service Commission of Canada and Statistics Canada. The Attorney General was named as a respondent in his capacity as representative of the Treasury Board, the Public Service Commission of Canada and Statistics Canada. The allegations made by Ms. Jodhan and the declarations sought are directed only at these entities.

[88] Both the Communications Policy and the CLF Standard, which are at the heart of these proceedings, are creations of the Treasury Board. Consequently, the declaration with systemic consequences sought by Ms. Jodhan must, by reason of the pleadings, be limited to the content of the policies at issue and to the Treasury Board’s actions pertaining to the enforcement and implementation of the standards.

[89] In my view, the implementation of the Treasury Board’s standards by the 106 departments was not the issue raised in the pleadings and thus the remedy to which Ms. Jodhan is entitled cannot be a declaration directed at the 106 departments. Thus, to the extent that the order made by the Judge is directed at those

en ligne par le gouvernement du Canada sont accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle et de veiller au respect de ces normes » a pour effet de porter atteinte à son droit au même bénéfice de la loi que lui garantit le paragraphe 15(1) de la Charte, et que cette violation n’est pas justifiée au regard de l’article premier de la Charte.

[85] Deuxièmement, les paragraphes 13 à 22 de l’avis de demande précisent le fondement factuel sur lequel repose le jugement déclaratoire sollicité et remet en question les mesures prises par le Conseil du Trésor pour rendre accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle les sites Web des 106 ministères relevant de sa compétence.

[86] On ne saurait donc prétendre, à mon avis, que M^{me} Jodhan a invoqué un nouveau moyen à l’audience et que le procureur général n’a pas eu la possibilité d’y répondre en soumettant des affidavits supplémentaires.

[87] Toutefois, aucun des 106 ministères relevant du Conseil du Trésor n’est partie à la présente demande, à l’exception de la Commission de la fonction publique du Canada et de Statistique Canada. Le procureur général a été nommé comme défendeur en sa qualité de représentant du Conseil du Trésor, de la Commission de la fonction publique du Canada et de Statistique Canada. Les allégations formulées par M^{me} Jodhan et le jugement déclaratoire sollicité ne visent que ces entités.

[88] La Politique de communication et la NSI, qui sont au cœur de la présente instance, émanent du Conseil du Trésor. En conséquence, la réparation systémique que M^{me} Jodhan réclame dans sa demande de jugement déclaratoire doit, en raison des actes de procédure, se limiter au contenu des politiques en litige et aux actes accomplis par le Conseil du Trésor pour faire respecter et appliquer les normes applicables.

[89] À mon avis, la mise en œuvre des normes du Conseil du Trésor par les 106 ministères n’était pas une question soulevée dans les actes de procédure et la réparation à laquelle M^{me} Jodhan a droit ne saurait prendre la forme d’un jugement déclaratoire visant les 106 ministères. Ainsi, dans la mesure où l’ordonnance

departments which were not named in the notice of application, it must be set aside.

[90] With regard to the second point raised by the Attorney General—that the Judge could not fashion a remedy beyond the individual claimant, i.e. Ms. Jodhan—I agree entirely with the position taken by Ms. Jodhan. In my view, subsection 24(1) did not prevent the Judge from making a systemic order. (See *Eldridge* and *Doucet-Boudreau* where systemic orders were upheld by the Supreme Court under subsection 24(1).)

[91] What subsection 24(1) prevents, contrary 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]], is the commencement of a proceeding where the claimant is not directly affected by an impugned law. In other words, the matter is one of standing as subsection 24(1) requires a claimant to have been directly affected by an impugned law whereas section 52 does not (see *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at paragraph 61).

[92] In addition to his arguments regarding the jurisdiction of the Court to issue the systemic remedy, the Attorney General says that the Judge lacked an evidentiary foundation to make the systemic declaration. More particularly, the Attorney General says that the various reports and audits before the Judge fall short of being able to support the Judge's broad ranging conclusions.

[93] Before the Judge were numerous reports and/or audits pertaining to the accessibility of the government's websites. First, there were reports concerning the accessibility of ePass. Second, there were government internal and external reports concerning specific departmental websites assessing their compliance with the CLF Standard. Finally, there were international reports concerning the accessibility of various government websites.

prononcée par le juge visait des ministères qui ne sont pas nommément désignés dans l'avis de demande, cette ordonnance doit être annulée.

[90] En ce qui concerne le deuxième argument soulevé par le procureur général, soit que le juge ne pouvait accorder une réparation visant d'autres personnes que la personne physique demanderesse, à savoir M^{me} Jodhan, j'abonde dans le sens de cette dernière. À mon avis, le paragraphe 24(1) n'empêchait pas le juge de prononcer une ordonnance systémique (voir les arrêts *Eldridge* et *Doucet-Boudreau*, dans lesquels la Cour suprême a confirmé, sur le fondement du paragraphe 24(1), la validité des ordonnances systémiques).

[91] Ce que le paragraphe 24(1) interdit, contrairement à 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]], c'est l'introduction d'une instance dans laquelle le demandeur n'est pas directement visé par la loi contestée. En d'autres termes, la question qui se pose est celle de la qualité pour agir, étant donné que le paragraphe 24(1) exige que le demandeur soit directement touché par la loi contestée, tandis que l'article 52 ne comporte pas une telle exigence (*R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, au paragraphe 61).

[92] Outre les arguments qu'il invoque au sujet de la compétence de la Cour pour accorder une réparation systémique, le procureur général affirme que le juge ne disposait pas d'un fondement probatoire suffisant pour rendre un jugement déclaratoire systémique. Plus particulièrement, le procureur général affirme que les divers rapports et vérifications présentés étaient loin d'appuyer les conclusions générales tirées par le juge.

[93] Le juge disposait de nombreux rapports et/ou vérifications se rapportant à l'accessibilité des sites Web du gouvernement. Premièrement, il y avait des rapports relatifs à l'accessibilité des laissez-passer électroniques. Deuxièmement, on avait présenté des rapports gouvernementaux internes et externes concernant des sites Web ministériels déterminés qui évaluaient la conformité à la NSI de ces sites. Enfin, des rapports internationaux concernant l'accessibilité de divers sites Internet gouvernementaux avaient été déposés.

[94] With regard to the first category of documents, the Judge found that the CLF Standard “failed to address and allow ‘rich Internet applications’ that use ePass as a security channel” (Judge’s reasons, at paragraph 95). This led the Judge to find that the CLF Standard gave Web site developers only one option, i.e. either to make their sites accessible to the visually impaired and thus not creating rich Internet applications or creating rich Internet applications and thus not making their sites accessible.

[95] In the Judge’s opinion, the solution to the above problem was for the government to update the CLF Standard in accordance with the WCAG 2.0 guidelines which would thus allow the creation of rich Internet applications accessible to the visually impaired using ePass as a security channel.

[96] The Judge’s findings were based on four reports prepared by the government concerning ePass. These reports which assessed, *inter alia*, the security of ePass, were to the effect that it was not accessible to the visually impaired.

[97] The second group of documents consisted of reports which assessed specific departmental websites for compliance with the CLF Standard. Included in this category are internal and external audits which demonstrate that federal government websites significantly failed to meet the CLF Standard.

[98] The third category of documents is made up of two international reports, one issued by the United Nations and the other by the European Commission, which assessed, *inter alia*, the accessibility of various Canadian government websites. The Judge found that these reports were to the effect that most of the leading government websites, including those of the Government of Canada, did not meet international accessibility standards for the visually impaired.

[94] En ce qui concerne la première catégorie de documents, le juge a conclu que la NSI « ne tient pas compte des “applications Internet riches”, soit celles qui nécessitent les laissez-passer électroniques comme voie de communication protégée » (motifs du juge, au paragraphe 95). Le juge en a conclu que la NSI n’accordait aux concepteurs de sites Web qu’une seule alternative : rendre leurs sites accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle, en ne créant pas d’applications Internet riches, ou créer des applications Internet riches, rendant ainsi leurs sites non accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle.

[95] Suivant le juge, la solution à ce problème consistait pour le gouvernement à mettre la NSI à jour conformément aux lignes directrices des WCAG 2.0, ce qui permettrait de créer des applications Internet riches accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle utilisant des laissez-passer électroniques comme voie de communication protégée.

[96] Les conclusions du juge de première instance étaient fondées sur quatre rapports publiés par le gouvernement au sujet des laissez-passer électroniques. Ces rapports, qui évaluaient notamment la sécurité des laissez-passer électroniques, concluaient que ces dispositifs de communication protégée n’étaient pas accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle.

[97] Le second groupe de documents était constitué de rapports visant à évaluer la conformité de sites Web ministériels déterminés avec la NSI. Faisaient partie de cette catégorie des rapports de vérification internes et externes constatant que les sites Web du gouvernement fédéral ne respectaient pas de façon marquante la NSI.

[98] La troisième catégorie de documents était composée de deux rapports internationaux, le premier publié par les Nations Unies et l’autre par la Commission européenne, qui évaluaient entre autres l’accessibilité de divers sites Web du gouvernement canadien. Le juge a signalé que, suivant ces rapports, la plupart des principaux sites Web gouvernementaux, y compris ceux du gouvernement du Canada, ne respectaient pas les normes internationales en matière d’accessibilité établies au bénéfice des personnes ayant une déficience visuelle.

[99] In addition to the documentary evidence, there was further evidence regarding the lack of accessibility of federal websites. That evidence consisted of the affidavit evidence of a number of witnesses called by the parties. More particularly, there was the evidence of, *inter alia*, John Rae, a past president of the Alliance for Equality of Blind Canadians, the intervener in this case, that of Jutta Treviranus, Ms. Jodhan's expert witness, that of Ken Cochrane, the Chief Information Officer of the Government of Canada, that of Steve Buell, the project lead Accessibility Integration, Accessibility Centre of Excellence within Service Canada, and finally that of Nancy Timbrell-Muckle, the director Citizen Employment Service, Service Offering and Implementation Directorate, Citizen Service Branch, Service Canada.

[100] The Judge carefully reviewed the affidavit evidence and made crucial findings of which the following are the most relevant:

1. Both Ken Cochrane and Steve Buell acknowledged that ePass was inaccessible and that it did not comply with the CLF Standard. Mr. Buell acknowledged that there were many instances of non-compliance with the CLF Standard on government websites.

2. Nancy Timbrell-Muckle testified that the "Job Bank" and the "Job Match" links on the jobs.gc.ca website were inaccessible to the visually impaired because they were not in compliance with the CLF Standard. Although there are accessibility centres within the various government departments, i.e. to provide information, education and consultation with respect to accessibility, these centres have no enforcement powers. Mr. Buell testified that because the centres are without enforcement powers, the departments can be "blissfully ignorant" of accessibility problems (appeal book, Vol. 22, Tab D-49, at page 6185; cross-examination of Steve Buell, at page 81).

3. A Treasury Board spot audit of 47 departments found that none were fully compliant with the CLF Standard. Deputy heads of 22 of those departments were found to

[99] Outre la preuve documentaire, le juge disposait aussi d'éléments de preuve concernant les problèmes d'accessibilité aux sites Web fédéraux. Ces éléments de preuve étaient constitués d'affidavits souscrits par plusieurs témoins convoqués par les parties. Mentionnons plus particulièrement les témoignages de M. John Rae, ex-président de l'Alliance pour l'égalité des personnes aveugles du Canada, l'intervenante en l'espèce, de M^{me} Jutta Treviranus, témoin-expert de M^{me} Jodhan, de M. Ken Cochrane, dirigeant principal de l'information du gouvernement du Canada, de M. Steve Buell, chef de projet, accessibilité et intégration, Centre d'excellence en accessibilité au sein de Service Canada, et, enfin, de M^{me} Nancy Timbrell-Muckle, directrice des services et de la mise en œuvre, à la Direction générale des services aux citoyens de Service Canada.

[100] Le juge a attentivement examiné les affidavits et a tiré des conclusions cruciales, dont voici les plus importantes :

1. Ken Cochrane et Steve Buell ont tous les deux reconnu que les personnes ayant une déficience visuelle n'avaient pas accès aux laissez-passer électroniques et que ceux-ci n'étaient pas conformes à la NSI. M. Buell a reconnu que plusieurs sites Web du gouvernement ne respectaient pas la NSI.

2. Nancy Timbrell-Muckle a expliqué que les liens « Guichet emplois » et « Jumelage d'emplois » du site emplois.gc.ca n'étaient pas accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle parce qu'ils ne respectaient pas la NSI. Même si les divers ministères du gouvernement disposaient de centres d'accessibilité chargés de fournir des conseils et des consultations en matière d'accessibilité, ces centres n'ont aucun pouvoir de contrainte. M. Buell a pour sa part déclaré que, comme ces centres n'ont aucun pouvoir de contrainte, les ministères [TRADUCTION] « ignorent tout » des problèmes d'accessibilité (dossier d'appel, vol. 22, onglet D-49, à la page 6185; contre-interrogatoire de Steve Buell, à la page 81).

3. À la suite de vérifications ponctuelles de 47 ministères, le Conseil du Trésor a constaté qu'aucun ne respectait intégralement la NSI. On a constaté que les

be in serious violation of the CLF Standard and, as a result, were sent letters by the CLF Office.

4. Ms. Jodhan was denied access to information and services on both the Statistics Canada website and the Service Canada main website, in regard to which the Judge found that the information sought by Ms. Jodhan was not available to her through another channel, either by telephone, in person or by mail, nor was it available to her in alternative formats, such as Braille or audio.

5. Jutta Treviranus explained in her affidavit basic accessibility problems that were frequently encountered by the visually impaired when trying to access government websites and online services, as well as the inaccessibility of the government's rich Internet applications.

[101] In my view, both the documentary evidence and the affidavit evidence support the Judge's conclusion that Ms. Jodhan and the visually impaired were regularly denied access to government services and information online. This is not to say that Ms. Jodhan has led evidence demonstrating that all of the websites of the 106 departments are not accessible. However, the evidence is, as the Judge concluded, sufficient to demonstrate that there are very serious problems of accessibility for the visually impaired throughout the government apparatus.

[102] Having considered the Judge's reasons and the evidence which is before us, I have not been persuaded by the Attorney General that the Judge made a palpable and overriding error in his assessment of the evidence. In truth, the Attorney General disagrees with the Judge's assessment of the evidence and invites us to substitute our appreciation of that evidence. I must therefore reject the Attorney General's contention that there was no evidentiary foundation justifying the making of a systemic remedy.

administrateurs généraux de 22 de ces ministères avaient commis des violations graves de la NSI, à la suite de quoi le Bureau de la normalisation leur avait écrit.

4. M^{me} Jodhan n'a pas été en mesure d'accéder à des renseignements et à des services tant sur le site Web de Statistique Canada que sur celui de Service Canada et le juge a conclu que les renseignements demandés par M^{me} Jodhan ne pouvaient lui être communiqués par d'autres moyens, que ce soit par téléphone, en personne ou par la poste et qu'elle ne pouvait non plus y accéder sous une autre forme, que ce soit en braille ou en format audio.

5. Jutta Treviranus a expliqué dans son affidavit les problèmes fondamentaux d'accessibilité que rencontrent fréquemment les personnes atteintes d'une déficience visuelle lorsqu'elles tentent d'accéder aux sites Web et aux services en ligne du gouvernement, sans parler de l'impossibilité d'accéder aux applications Internet riches du gouvernement.

[101] À mon avis, la preuve documentaire et les affidavits justifiaient la conclusion du juge de première instance suivant laquelle M^{me} Jodhan et les personnes atteintes d'une déficience visuelle s'étaient régulièrement vu refuser l'accès aux services et aux renseignements gouvernementaux en ligne. Cela ne veut pas dire pour autant que M^{me} Jodhan a présenté des éléments de preuve démontrant que tous les sites Web de 106 ministères n'étaient pas accessibles. Toutefois, ainsi que le juge l'a conclu, la preuve est suffisante pour démontrer qu'il existe de graves problèmes d'accessibilité auxquels les personnes ayant une déficience visuelle sont confrontées dans tout l'appareil gouvernemental.

[102] Après avoir examiné les motifs du juge ainsi que les éléments de preuve soumis à notre Cour, j'estime que le procureur général ne m'a pas convaincu que le juge avait commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve. En fait, le procureur général est en désaccord avec l'appréciation que le juge a faite de la preuve et il nous invite à substituer notre appréciation de ces éléments de preuve à celle du juge. Je dois par conséquent rejeter l'argument du procureur général suivant lequel il n'existe pas de fondement probatoire qui justifierait d'accorder une réparation systémique.

[103] The Attorney General also says that there was no evidentiary basis to support the Judge's supervisory order. Later on in these reasons, I will address this submission when dealing with the Attorney General's specific arguments pertaining to the Judge's supervisory order.

3. Whether the Federal Court erred in finding that the government discriminated against vision impaired persons in violation of subsection 15(1) and that the discrimination was systemic

[104] In *Kapp*, the Supreme Court explained the test applicable to a determination under subsection 15(1) of the Charter. At paragraph 17, the Court said:

The template in *Andrews*, as further developed in a series of cases culminating in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, established in essence a two-part test for showing discrimination under s. 15(1): (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? These were divided, in *Law*, into three steps, but in our view the test is, in substance, the same.

[105] That test was recently reaffirmed by the Supreme Court in *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396 (*Withler*), at paragraphs 30 and 61. In *Withler*, the Court carefully explained the purpose of the test. It made it clear that the first step was meant to eliminate those distinctions that the Charter did not intend to prohibit. In other words, only distinctions that were made on the basis of either enumerated grounds or grounds analogous to enumerated grounds were to be considered for purposes of the inquiry (*Withler*, at paragraph 23).

[106] The Court then indicated that distinctions based on enumerated or analogous grounds did not necessarily lead to a finding that section 15 rights had been violated. The raison d'être of the second leg was to enable the Court to make that determination.

[103] Le procureur général affirme également qu'il n'y avait aucun fondement probatoire justifiant l'ordonnance de surveillance rendue par le juge. Je vais revenir plus loin dans les présents motifs sur cet argument lorsque j'examinerai les moyens précis invoqués par le procureur général à ce sujet.

3. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que les personnes atteintes d'une déficience visuelle étaient victimes de discrimination de la part du gouvernement en violation du paragraphe 15(1) de la Charte et que cette discrimination était systémique?

[104] Dans l'arrêt *Kapp*, la Cour suprême a expliqué le critère applicable pour déterminer l'existence d'une discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. Au paragraphe 17, la Cour déclare :

Le modèle établi dans l'arrêt *Andrews*, qui a été explicité dans une série de décisions ayant abouti à l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, établissait essentiellement un critère à deux volets devant être utilisé pour démontrer l'existence de discrimination au sens du par. 15(1) : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? Il était question de trois volets dans l'arrêt *Law*, mais nous estimons que le critère est essentiellement le même.

[105] Ce critère a récemment été réaffirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396 (*Withler*), aux paragraphes 30 et 61. Dans l'arrêt *Withler*, la Cour a bien expliqué l'objet du critère. Elle a précisé que la première étape visait à supprimer les distinctions que la Charte n'entend pas interdire. En d'autres termes, l'examen judiciaire se limite aux seules distinctions qui sont fondées sur un motif énuméré ou sur un motif analogue (*Withler*, au paragraphe 23).

[106] La Cour a ensuite précisé que les distinctions fondées sur les motifs énumérés ou analogues ne suffisaient pas pour établir qu'un des droits protégés par le paragraphe l'article 15(1) avait été violé. La raison d'être du second volet de ce critère était de permettre à la Cour de tirer cette conclusion.

[107] Thus, to succeed, a claimant has to demonstrate “that the law has a discriminatory impact in terms of prejudicing or stereotyping in the sense expressed in *Andrews*” (*Withler*, at paragraph 34). In *Andrews*, McIntyre J., at pages 174–175 of his reasons for the Court, explained the concept of discrimination as follows:

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

[108] The Court went on to explain that discrimination, or substantive inequality, could be demonstrated by showing that the impugned law perpetuated prejudice or disadvantage or stereotyping (*Withler*, at paragraphs 35–37).

[109] To enable the courts to perform this exercise, the Supreme Court enumerated a number of factors which, depending of the circumstances of the case, ought to be considered in assessing the merits of a claim of discrimination namely, the claimant’s historical position of disadvantage, the nature of the interest affected, correspondence between the benefit and the claimant’s needs and circumstances, the ameliorative effect of the law on others, and the multiplicity of interests which the law seeks to balance (*Withler*, at paragraph 38).

[110] At paragraph 39 of its reasons in *Withler*, the Court made the point that the ultimate purpose of the section 15 inquiry was to determine whether the impugned law violated the claimant’s rights to substantive equality. In particular, the Court made the following point:

The focus of the inquiry is on the actual impact of the impugned law, taking full account of social, political, economic and

[107] Ainsi, pour obtenir gain de cause, le demandeur doit démontrer « que la mesure législative a un effet discriminatoire parce qu’elle perpétue un préjugé ou un stéréotype au sens de l’arrêt *Andrews* » (*Withler*, au paragraphe 34). Dans l’arrêt *Andrews*, le juge McIntyre a expliqué, aux pages 174 et 175 des motifs de la Cour, le concept de la discrimination dans les termes suivants :

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

[108] La Cour a poursuivi en expliquant que l’on pouvait faire la preuve d’une discrimination ou d’une inégalité réelle en démontrant que la mesure législative contestée perpétuait un préjugé, un désavantage ou un stéréotype à l’égard d’un groupe défavorisé (*Withler*, aux paragraphes 35 à 37).

[109] Pour aider les tribunaux à s’acquitter de cette tâche, la Cour suprême a énuméré un certain nombre de facteurs qui, selon les circonstances de l’espèce, entraient en ligne de compte pour apprécier le bien-fondé d’une plainte de discrimination, en l’occurrence le fait que le demandeur a été historiquement désavantagé, la nature dans l’intérêt touché, la correspondance entre l’avantage et les besoins et les situations du demandeur, l’effet d’amélioration de la mesure législative sur la situation d’autrui et la multiplicité des intérêts qu’elle tente de concilier (*Withler*, au paragraphe 38).

[110] Au paragraphe 39 de l’arrêt *Withler*, la Cour a bien pris soin de préciser que l’objet ultime de l’analyse requise par l’article 15 était de déterminer si la mesure législative contestée violait le droit du demandeur à une égalité réelle. La Cour a notamment déclaré ce qui suit :

L’analyse est centrée sur l’effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l’ensemble des facteurs sociaux,

historical factors concerning the group. The result may be to reveal differential treatment as discriminatory because of prejudicial impact or negative stereotyping. Or it may reveal that differential treatment is required in order to ameliorate the actual situation of the claimant group.

[111] The Supreme Court further opined, at paragraph 40 of its reasons in *Withler*, that formal comparison between the claimant and his or her group and a comparator group was not necessarily the best approach, adding that the better approach was one that took into account the full context which included “the situation of the claimant group and whether the impact of the impugned law is to perpetuate disadvantage or negative stereotypes about that group.”

[112] Discrimination under subsection 15(1) can result from a government policy that denies equal benefit despite a facially non-discriminatory law. In the present matter, the benefit at issue arises from the Communications Policy and the CLF Standard. In *CAD*, for example, the government’s policy regarding sign interpretation language, put forward in response to the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, requirement that “prohibits the denial of access to any good, service, facility or accommodation on the basis of disability”, was held to be a benefit emanating from law (*CAD*, at paragraph 85).

[113] Consequently, the Judge was correct to state, at paragraph 142 of his reasons, that “a ‘law’ within the meaning of section 15 will include a government policy or activity.” In his view, the Communications Policy and the CLF Standard constituted the law at issue from which a benefit could emanate.

[114] The situation that arises in this case is similar to that which arose in *Eldridge* in that it is not the impugned legislation that potentially infringes the Charter but rather “the actions of particular entities” or as in this case the inaction “of a delegated decision-maker in applying [the law]” (*Eldridge*, at paragraphs 19–21).

politiques, économiques et historiques inhérents au groupe. Cette analyse peut démontrer qu’un traitement différent est discriminatoire en raison de son effet préjudiciable ou de l’application d’un stéréotype négatif ou, au contraire, qu’il est nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs.

[111] La Cour suprême s’est également dite d’avis, au paragraphe 40 de ses motifs dans l’arrêt *Withler*, qu’il ne s’agissait pas de procéder à une comparaison formelle avec un groupe de comparaison donné aux caractéristiques identiques, mais d’emprunter une démarche qui tienne compte du contexte dans son ensemble, y compris « la situation du groupe de demandeurs et la question de savoir si la mesure législative contestée a pour effet de perpétuer un désavantage ou un stéréotype négatif à l’égard du groupe ».

[112] Il peut y avoir discrimination au sens du paragraphe 15(1) lorsqu’une politique gouvernementale nie le droit au bénéfice égal de la loi malgré l’existence d’une loi en apparence non discriminatoire. En l’espèce, le bénéfice en question découle de la Politique de communication et de la NSI. Dans la décision *ACS*, par exemple, la Cour a jugé que la politique d’interprétation par langage gestuel que le gouvernement avait adoptée en réponse aux exigences de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et qui interdisait « de priver un individu, en raison d’une déficience, de biens, de services, d’installations ou de moyens d’hébergement » était un avantage prévu par la loi (*ACS*, au paragraphe 85).

[113] En conséquence, c’est à bon droit que le juge a affirmé, au paragraphe 142 de ses motifs, que « la “loi” au sens de l’article 15 inclut une politique ou une activité gouvernementale ». À son avis, la Politique de communications et la NSI constituaient la loi à partir de laquelle pouvait naître un bénéfice.

[114] La situation qui se présente en l’espèce ressemble à celle qui existait dans l’affaire *Eldridge*, en ce sens que ce ne sont pas les textes de loi attaqués qui sont susceptibles de violer la Charte, mais plutôt « les actes de certaines entités » ou, comme en l’espèce, « les actes d’un décideur à qui on a délégué son application » (*Eldridge*, aux paragraphes 19 à 21).

[115] It was therefore proper for the Judge to proceed to a review of the Communications Policy and of the CLF Standard. His review thereof led him to conclude, at paragraph 146 of his reasons, that the benefit at issue was online access to government information and services.

Characterization of the benefit at issue

[116] The Attorney General says that the Judge erred in his characterization of the benefit of the law at issue.

[117] The Attorney General argues that the benefit at issue is not, contrary to the Judge's finding, online access to government information and services but effective access to government information and services. In other words, the Attorney General says that Ms. Jodhan is not entitled to government information and services by her preferred channel of delivery. At paragraphs 62 and 63 of his memorandum of fact and law, the Attorney General clearly sets out his position:

... If one channel is not available or accessible, an individual's s. 15 right to substantive equality can be met by the government institution providing the information or service by means of an alternate channel or format, provided it is effective. In this way, reasonable accommodation of the diverse needs of Canadians, including persons with disabilities, is built into the benefit.

Alternate channels or formats, provided they allow for effective communications, reasonably accommodate the needs of persons with visual impairments, and constitute substantively equal treatment within the meaning of s. 15.

[118] In support of his position, the Attorney General relies both on the Communications Policy and the CLF Standard. More particularly, the Attorney General draws our attention to that part of the Communications Policy which provides that government institutions are to communicate with Canadians "through many channels" which include the telephone, mail, service centers, and the Internet, and that the information is to be available in multiple formats to ensure equal access, adding that

[115] C'est donc à juste titre que le juge a examiné la Politique de communication et la NSI et en a conclu, au paragraphe 146 de ses motifs, que le bénéfice qu'elles accordaient était l'accès en ligne aux services et aux renseignements du gouvernement.

Qualification du bénéfice en cause

[116] Le procureur général affirme que le juge a commis une erreur dans la façon dont il a qualifié le bénéfice conféré par la loi en l'espèce.

[117] Le procureur général soutient que le bénéfice en cause n'est pas, contrairement à ce qu'a conclu le juge, l'accès en ligne aux renseignements et services du gouvernement, mais le droit à un accès effectif aux services et aux renseignements gouvernementaux. En d'autres termes, suivant le procureur général, M^{me} Jodhan ne peut exiger un mode de communication déterminé pour exercer son droit d'accéder aux services et aux renseignements du gouvernement. Aux paragraphes 62 et 63 de son mémoire des faits et du droit, le procureur général expose clairement sa position à ce sujet :

[TRADUCTION] [...] Si un mode n'est pas disponible ou accessible, le droit à l'égalité réelle que l'article 15 garantit à l'intéressé peut être respecté par l'institution gouvernementale en fournissant le renseignement ou le service par un autre moyen ou un autre mode à condition que ce moyen ou ce mode soit efficace. De cette manière, on intègre dans le bénéfice en question des mesures raisonnables pour tenir compte des divers besoins des Canadiens, y compris ceux ayant des déficiences.

Les moyens et les modes de rechange tiennent raisonnablement compte des besoins des personnes ayant une déficience visuelle, à condition qu'ils permettent des communications efficaces, et ils constituent une égalité réelle de traitement au sens de l'article 15.

[118] À l'appui de sa position, le procureur général invoque la Politique de communication et la NSI. Plus particulièrement, il attire notre attention sur le fait que la Politique de communication qui prévoit que les institutions gouvernementales doivent communiquer avec les Canadiens « par de nombreux moyens », y compris le téléphone, la poste, les centres de services et l'Internet, et que les renseignements doivent être offerts sous diverses formes pour assurer l'égalité d'accès, ajoutant

traditional methods and new technologies are to be used to reach all Canadians.

[119] With regard to the CLF Standard, the Attorney General says that notwithstanding the fact that the CLF 1.0 Standard provides that online accessibility is the goal, visually impaired Canadians may have to use alternate versions of the information and services such as print, Braille, audio where online access is not possible.

[120] The Attorney General also relies on the Supreme Court's decision in *Eldridge* where it held that the hearing impaired were entitled to "effective communication" in accessing health care services and not necessarily to sign language interpretation, adding that the "effective communication" standard was flexible in that it took into account factors such as the context in which the communication took place, the number of people involved, and the importance of the communication.

[121] The Attorney General also relies on the Federal Court's decision in *CAD* and says that the Court accepted the *Eldridge* pronouncement and held that meaningful participation could be achieved by way of means other than visual interpretation services, such as in writing or electronic media.

[122] Thus, in the Attorney General's view, it necessarily follows that the benefit of online access is not the benefit emanating from law.

[123] The Attorney General makes the point that the Communications Policy contemplates delivery of information and services by way of multiple channels. One of the chosen channels is the Internet and to that extent, the Communications Policy requires government institutions to provide information and services online and emphasizes that the Internet and other means of electronic communications are "powerful enablers for building and sustaining effective communication within institutions and with their clients across Canada and around the world" (Communications Policy, Requirement No. 18).

qu'on peut utiliser les méthodes traditionnelles et les nouvelles technologies pour atteindre tous les Canadiens.

[119] En ce qui concerne la NSI, le procureur général affirme que, malgré le fait que la NSI 1.0 prévoit que l'objectif est l'accessibilité en ligne, les personnes ayant une déficience visuelle peuvent devoir recourir à d'autres versions des renseignements et des services, tels que les imprimés, le braille, et les formes audio lorsque l'accès en ligne n'est pas possible.

[120] Le procureur général invoque également l'arrêt *Eldridge*, dans lequel la Cour suprême du Canada a jugé que les personnes ayant une déficience auditive avaient droit à des « communications efficaces » lorsqu'elles tentent d'accéder aux services de soins de la santé et pas nécessairement à l'interprétation gestuelle, ajoutant que la norme des « communications efficaces » était une norme souple qui tenait compte de facteurs tels que le contexte dans lequel les communications avaient lieu, le nombre de participants et l'importance de la communication.

[121] Le procureur général cite par ailleurs la décision *ACS* de la Cour fédérale, signalant que la Cour y a accepté les conclusions tirées dans l'arrêt *Eldridge* et jugé qu'on pouvait assurer une participation utile en recourant à d'autres moyens que les services d'interprétation visuelle, notamment par écrit ou par des moyens électroniques.

[122] Ainsi, suivant le procureur général, il s'ensuit nécessairement que le bénéfice que constitue l'accès en ligne n'est pas un bénéfice prévu par la loi.

[123] Le procureur général fait valoir que la Politique de communication envisage la prestation de renseignements et de services par divers moyens. L'un de ces moyens est l'Internet et, dans cette mesure, la Politique de communication oblige les institutions gouvernementales à fournir des renseignements et des services en ligne et en soulignant que l'Internet et les autres moyens de communication électronique « sont des outils importants pour permettre et maintenir une communication efficace au sein des institutions et avec leurs clients dans tout le Canada et dans le monde entier » (point 18 de la Politique de communication).

[124] The Communications Policy also requires government institutions to maintain an active presence on the Internet so as to, *inter alia*, provide access to public programs, services and information and to improve service delivery, connecting and interacting with citizens, enhancing public access and fostering public dialogue.

[125] The Communications Policy further states that Internet communication must conform to government policies and standards, and government institutions must manage their websites in accordance with Treasury Board standards.

[126] The CLF initiative, on the other hand, is there to provide universal accessibility standards and to ensure equitable access to the content of all government websites. Further, all government websites must comply with W3C Priority 1 and Priority 2 checkpoints “to ensure that sites can be easily accessed by the widest possible audience”.

[127] When read together, the Communications Policy and the CLF Standard make it clear that the goal is to provide Canadians “with timely, accurate, clear, objective and complete information about its policies, programs, services and initiatives” and that various ways are to be used to communicate with Canadians. More particularly, the Communications Policy recognizes that the Internet is an important tool for providing information and reviews to the public, and that it is to that end that the Policy directs the various departments subject to it to comply with the CLF Standard on accessibility of federal government websites.

[128] Thus, the Internet as a means of communication with Canadians and for Canadians to communicate and interact with government institutions is, in the eyes of the government, of great value and importance.

[124] La Politique de communication oblige également les institutions gouvernementales à maintenir une présence active sur Internet pour permettre notamment l'accès par voie électronique aux programmes et aux services publics ainsi qu'à l'information et pour améliorer la qualité des communications internes et externes, améliorer la prestation de services, se rapprocher des citoyens, interagir avec eux, élargir l'accès du public et favoriser le dialogue avec la population.

[125] La Politique de communication précise également que les communications par Internet doivent être conformes aux politiques et aux normes gouvernementales et que les institutions gouvernementales doivent gérer leurs sites Web conformément aux normes établies par le Conseil du Trésor.

[126] L'objet de l'initiative NSI est, en revanche, de prévoir des normes d'accessibilité universelles et de garantir un accès équitable aux contenus de tous les sites Web du gouvernement. De plus, tous les sites Web du gouvernement doivent être conformes aux critères de la priorité 1 et de la priorité 2 du WC3 « afin de garantir un accès facile au plus vaste auditoire possible ».

[127] Il résulte du rapprochement de la Politique de communication et de la norme NSI du gouvernement du Canada que l'objectif visé est de fournir aux Canadiens « des renseignements sur ses politiques, programmes, services et initiatives qui sont opportuns, exacts, clairs, objectifs et complets » et que l'on doit recourir à divers moyens pour communiquer avec les Canadiens. Plus particulièrement, la Politique de communication reconnaît que l'Internet constitue un outil important pour fournir des renseignements au public et que c'est pour atteindre cet objectif que la politique oblige les divers départements qui y sont assujettis à se conformer à la NSI relative à l'accessibilité des sites Web du gouvernement fédéral.

[128] En tant que moyen pour les institutions gouvernementales de communiquer avec les Canadiens et, pour les Canadiens, de communiquer et d'interagir avec eux, Internet constitue, aux yeux du gouvernement, un outil de grande importance et de grande valeur.

[129] The Attorney General says that effective access to government information and services, not online access, is the true benefit of the law. I have no difficulty going along with this proposition and thus I am prepared to agree with the Attorney General that the benefit of law is not, *per se*, online access to government information and services. However, I have great difficulty understanding how the benefit of access to government information and services can be truly enjoyed or exercised, in the present day, without access to that information by way of the Internet. In other words, depriving a person of access to government information and services by the use of one of the most important, if not the most important, tool ever designed for accessing not only government information and services, but all types of information and services, cannot constitute, in my respectful opinion, the provision of effective access to that information and those services.

[130] The thrust of the Attorney General's submission is that effective access to government information and services is attained when the information is accessed by a person irrespective of the means used to obtain the information. I understand the Attorney General to be saying that as long as the sought-after information and services are obtained, irrespective of the time lag and inconvenience encountered, there has been effective access and thus the same benefit has been received. In other words, if one person can access information online within a matter of minutes and another person can access the same information by traveling to a government office, waiting for his or her turn and then meeting with a government employee to obtain the same information, there has been effective access in both cases and thus both persons have received the same benefit of the law. I cannot agree with the Attorney General's position. In my view, one of the above two persons has not received the same benefit. They have not been treated equally.

[131] I am therefore of the view that the benefit of the law is access to government information and services. However, access thereto necessarily includes the benefit

[129] Le procureur général affirme que le véritable bénéfice accordé par la loi est d'assurer un accès efficace aux renseignements et services du gouvernement et non un accès en ligne. J'abonde dans le sens du procureur général et je suis donc disposé à accepter son argument que l'accès en ligne aux renseignements et services du gouvernement ne constitue pas, en soi, le bénéfice que confère la loi. J'ai toutefois beaucoup de difficulté à comprendre comment, dans l'état actuel des choses, une personne peut véritablement jouir du bénéfice que lui confère l'accès aux renseignements et services du gouvernement si elle ne peut accéder à ces renseignements par Internet. En d'autres termes, le fait de priver une personne de l'accès aux renseignements et services gouvernementaux par l'un des outils les plus importants, voire le plus important jamais conçu pour permettre l'accès non seulement aux services et renseignements du gouvernement, mais à tout type de renseignements et de services ne saurait, à mon humble avis, constituer, un accès efficace à ces renseignements et à ces services.

[130] Le procureur général soutient essentiellement que l'accès aux renseignements et services du gouvernement est efficace dès lors que l'intéressé peut y accéder, indépendamment du moyen utilisé pour obtenir les renseignements. Sauf erreur, le procureur général prétend que, dès lors que les renseignements et services demandés sont obtenus, indépendamment des délais et des inconvénients subis, il faut conclure que l'accès était efficace et que l'intéressé a eu droit au même bénéfice. En d'autres termes, si une personne peut accéder à des renseignements en ligne en quelques minutes et qu'une autre ne peut accéder aux mêmes renseignements qu'en se rendant à un bureau du gouvernement, en attendant son tour pour ensuite rencontrer un employé du gouvernement qui lui transmettra les mêmes renseignements, on a affaire dans les deux cas à un accès efficace et on peut conclure que les deux personnes ont eu droit au même bénéfice de la loi. Je ne puis souscrire à la position du procureur général. À mon avis, une des deux personnes en question n'a pas eu droit au même bénéfice de la loi. Ces deux personnes n'ont pas été traitées sur un pied d'égalité.

[131] Je suis par conséquent d'avis que le bénéfice conféré par la loi est de permettre d'accéder aux renseignements et services du gouvernement. Toutefois,

of online access, which is not just an ancillary component of the multichannel delivery mechanism, but an integral part thereof. In other words, one cannot speak of access to government information and services without including access thereto by way of the Internet.

[132] Before turning to the subsection 15(1) test, I wish to address the Attorney General's submission that section 15 cannot be interpreted as creating an additional right owed to Ms. Jodhan and others for the government to monitor and ensure compliance.

[133] The Attorney General argues that such a right does not exist at law and that there is no authority in support of such a right, adding that the only right at issue was the section 15 right to equal benefit of the law which, the Attorney General says, is effective access to government information and services without discrimination. More particularly, the Attorney General says that there is no separate or free-standing section 15 right for the government to "monitor" and ensure compliance with web accessibility standards owed directly to any person and that how the government ensures this goal is a matter for its own governance. In other words, the Attorney General says that it is only the actual provision of effective access that can be subject to oversight by the Court by means of Charter litigation.

[134] I agree with the Attorney General that the only right at issue is the section 15 right to equal benefit of the law. The Treasury Board's failure to monitor and ensure compliance with its standards may well be the cause of the violation of Ms. Jodhan's section 15 rights, but does not constitute in and of itself a violation of her section 15 rights. Consequently, in my view, the Judge's determination that the Treasury Board's failure to monitor and ensure compliance constituted a violation of Ms. Jodhan's section 15 rights must be set aside.

l'accès à ces services et renseignements englobe le bénéfice que constitue l'accès en ligne, lequel ne constitue pas un simple élément accessoire du mécanisme de prestation par divers moyens, mais en fait partie intégrante. En d'autres termes, on ne peut parler d'accès aux renseignements et services gouvernementaux sans y inclure nécessairement l'accès à ces renseignements et services par Internet.

[132] Avant de passer à l'examen du critère du paragraphe 15(1), je tiens à aborder l'argument du procureur général suivant lequel l'article 15 ne saurait être interprété comme créant un droit additionnel permettant à M^{me} Jodhan et à d'autres personnes d'obliger le gouvernement à contrôler l'application de ces normes.

[133] Le procureur général affirme que ce droit n'existe pas en droit et qu'il n'y a pas de précédent qui appuie l'existence d'un tel droit, ajoutant que le seul droit en cause est celui reconnu par l'article 15 au même bénéfice de la loi, droit qui, selon le procureur général, se traduit par le droit à l'accès efficace aux renseignements et services du gouvernement, sans discrimination. Plus particulièrement, le procureur général affirme qu'il n'existe pas de droit distinct ou autonome que toute personne pourrait directement faire valoir pour contraindre le gouvernement, en vertu de l'article 15, à « contrôler » l'application des normes d'accessibilité au Web. Le procureur général ajoute que le gouvernement a toute latitude pour déterminer la façon d'atteindre cet objectif. En d'autres termes, le procureur général affirme que seule la fourniture d'un accès efficace peut faire l'objet d'un contrôle de la part de la Cour dans le cadre d'un litige relatif à l'application de la Charte.

[134] Je suis d'accord avec le procureur général pour dire que le seul droit en cause est le droit reconnu à l'article 15 au bénéfice égal de la loi. Le défaut du Conseil du Trésor de contrôler l'application de ces normes peut fort bien être à l'origine de la violation des droits qui sont garantis à M^{me} Jodhan par l'article 15, mais il ne constitue pas en soi une violation des droits que lui reconnaît l'article 15. En conséquence, j'estime qu'il y a lieu d'annuler la conclusion du juge suivant laquelle le défaut du Conseil du Trésor de contrôler

l'application des normes en question constitue une violation des droits garantis à M^{me} Jodhan par l'article 15 de la Charte.

The first part of the subsection 15(1) test

[135] I now turn to the first part of the test so as to determine whether the law creates a distinction based on an enumerated ground, i.e. visual impairment. In other words, do the Communications Policy and the CLF Standard create a distinction between the visually impaired and others on the basis of their physical disability?

[136] The Judge dealt with this at paragraphs 148–153 of his reasons. First, he expressed the view that the Communications Policy and the CLF Standard were facially neutral with regard to website accessibility in that the applicable standards were identical for all users. However, in his view, Ms. Jodhan and the visually impaired were treated differently because of their disability.

[137] In support of that proposition, the Judge found that the CLF 1.0 Standard had not been properly implemented nor enforced by the deputy heads of the 106 departments thus rendering many of the websites inaccessible to the visually impaired. He also found that 83 online departmental interactive rich Internet applications, which used “ePass”, were not accessible to the visually impaired. This led the Judge to state that updating the current CLF Standard to meet the new international standard would make the interactive online services accessible.

[138] As a result, the Judge concluded, correctly in my view, that the impugned law created a distinction based on Ms. Jodhan's physical disability. In other words, Ms. Jodhan and the visually impaired had received a different treatment because of their visual impairment.

Premier volet du critère du paragraphe 15(1)

[135] Je passe maintenant au premier volet du critère pour déterminer si la loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré, en l'occurrence la déficience visuelle. En d'autres termes, la Politique de communication et la NSI créent-elles une distinction entre les personnes ayant une déficience visuelle et les autres personnes sur le fondement de leur déficience physique?

[136] Le juge a examiné cette question aux paragraphes 148 à 153 de ces motifs. Premièrement, il s'est dit d'avis que la Politique de communication et la NSI étaient apparemment neutres en ce qui concerne l'accessibilité aux sites Web, en ce sens qu'elles fixent des normes qui devaient être appliquées de façon identique dans le cas de tous les utilisateurs. Toutefois, selon le juge, M^{me} Jodhan et les personnes atteintes d'une déficience visuelle avaient été traitées différemment en raison de leur déficience.

[137] À l'appui de cette proposition, le juge a conclu que la NSI 1.0 n'avait pas été appliquée et mise en œuvre adéquatement par les administrateurs généraux des 106 ministères de sorte que les personnes ayant une déficience visuelle ne pouvaient accéder à bon nombre de ces sites. Il a également conclu que les personnes ayant une déficience visuelle n'avaient pas accès aux 83 applications Internet riches interactives en ligne qui utilisaient une voie de communication protégée appelée « laissez-passer électronique », ce qui a amené le juge à conclure que l'on pourrait rendre ces services interactifs en ligne accessibles en mettant à jour la NSI actuelle pour la rendre conforme aux nouvelles normes internationales.

[138] Le juge a par conséquent conclu, à bon droit selon moi, que la loi contestée créait bel et bien une distinction fondée sur la déficience physique de M^{me} Jodhan. En d'autres termes, M^{me} Jodhan et les personnes ayant une déficience visuelle avaient fait

[139] Other than arguing that the Judge mischaracterized the benefit at issue, the Attorney General does not question the finding that the scheme for the provision of government information and services denies the visually impaired of a benefit that others receive, i.e. that sighted persons are able to access all of the government's websites. However, the Attorney General submits that having regard to the relevant context, the impugned law does not "perpetuate[s] disadvantage or prejudice, or stereotype[s] the claimant group" (*Withler*, at paragraph 70). Put another way, the distinction which the Communications Policy and the CLF Standard make does not create a disadvantage which results in discrimination under subsection 15(1). I now turn to that question.

The second part of the subsection 15(1) test

[140] The Judge dealt with this question at paragraphs 154–174 of his reasons, a summary of which appears at paragraphs 57–66 of these reasons. I therefore need not repeat the Judge's findings and conclusions on this point.

[141] I now turn to the Attorney General's submission as to why the Judge erred in concluding that the distinction made by the law created a disadvantage that amounted to discrimination under subsection 15(1) of the Charter.

[142] The Attorney General begins his argument by submitting that in *Withler*, the Supreme Court made it clear that the purpose of the second step of the section 15 inquiry was to determine whether, in light of the full context, the distinction made by the law created a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping, adding that this analysis was to be conducted by considering the factors which the Supreme Court enunciated in *Withler*.

l'objet d'une différence de traitement en raison de leur déficience visuelle.

[139] Le seul reproche que le procureur général adresse au juge est d'avoir mal qualifié le bénéfice en question; il ne remet pas en question sa conclusion que le mécanisme par lequel les renseignements et services gouvernementaux sont fournis aux personnes ayant une déficience visuelle prive celles-ci d'un bénéfice auquel d'autres personnes ont droit, c'est-à-dire que les personnes qui peuvent voir peuvent avoir accès à tous les sites Web du gouvernement. Le procureur général soutient toutefois que, compte tenu du contexte pertinent, la loi contestée « [ne] perpétue [pas] un désavantage ou un préjugé ou [n']applique [pas] un stéréotype au groupe de demandeurs » (*Withler*, au paragraphe 70). Autrement dit, la distinction entre la Politique de communication et la NSI ne crée pas un désavantage qui se traduit par une discrimination au sens du paragraphe 15(1). Je passe maintenant à cette question.

Deuxième volet du critère du paragraphe 15(1)

[140] Le juge a examiné cette question aux paragraphes 154 à 174 de ses motifs. On en trouve un résumé aux paragraphes 57 à 66 des présents motifs. Il n'est donc pas nécessaire que je répète les conclusions et constatations du juge à cet égard.

[141] Je passe maintenant à l'argument du procureur général quant aux raisons pour lesquelles le juge a, selon lui, commis une erreur en concluant que la distinction établie par la loi avait pour effet de créer un désavantage qui équivalait à de la discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte.

[142] Le procureur général commence son argumentation en faisant valoir que, dans l'arrêt *Withler*, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que la deuxième étape de l'analyse exigée par l'article 15 visait à déterminer si, compte tenu de tout le contexte, la distinction établie par la loi créait un désavantage en perpétuant un préjugé ou un stéréotype, ajoutant que cette analyse devait être effectuée en tenant compte des facteurs énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Withler*.

[143] Having taken the position that there was no basis for the issuance of a systemic remedy for jurisdictional and evidentiary reasons, the Attorney General provided for our guidance a section 15 inquiry on only those three websites which the Judge found to be inaccessible: one site of Statistics Canada, one site of Service Canada and the “Job Bank” site of Service Canada.

[144] In regard to these websites, the Attorney General says that alternate channels or formats which effectively communicate government information and services sought by the visually impaired correspond to their actual needs and circumstances. The Attorney General also says that the accessibility standards are ameliorative in purpose and effect and that they are designed to benefit many individuals in different circumstances and with different interests, with a wide variety of disabilities. The Attorney General also says that the standards are intended to balance a multiplicity of interests, including official languages obligations and the protection of users’ privacy and dignity.

[145] The Attorney General further says that Ms. Jodhan’s interests in this case are narrow, i.e. access to certain information and services available on three particular websites through a preferred channel of communication, the Internet, and that these narrow interests, to use the words of the Supreme Court in *Law*, at paragraph 74, cannot be characterized as a denial of access to a “fundamental social institution” as affecting “a basic aspect of full membership in Canadian society” or as constituting “a complete non-recognition of a particular group”.

[146] This leads the Attorney General to assert that Ms. Jodhan’s alleged inability to access particular information and services online does not “operate to perpetuate prejudice or stereotyping against the claimant”, adding that satisfying Ms. Jodhan’s needs for government information and services by channels or

[143] Après avoir soutenu que rien ne justifiait en l’espèce d’accorder une réparation systémique pour des raisons de compétence et de preuve, le procureur général nous a proposé une analyse axée sur l’article 15 portant sur les seuls trois sites Web que le juge avait considérés comme n’étant pas accessibles : un site de Statistique Canada, un site de Service Canada et le « Guichet emplois » de Service Canada.

[144] En ce qui concerne ces sites Web, le procureur général explique que les autres moyens qui permettent de communiquer efficacement des renseignements et des services gouvernementaux demandés par des personnes ayant une déficience visuelle répondent à leurs besoins et à leur situation concrète. Le procureur général affirme également que les normes d’accessibilité ont un effet d’amélioration sur la situation des autres participants et qu’elles sont conçues pour répondre aux besoins de diverses personnes se trouvant dans diverses situations et possédant des intérêts différents ainsi que des déficiences différentes. Le procureur général soutient également que les normes visent à concilier la multiplicité des intérêts en présence, y compris les obligations en matière de langues officielles et la protection de la vie privée et de la dignité des utilisateurs.

[145] Le procureur général ajoute que les intérêts de M^{me} Jodhan en l’espèce sont étroitement circonscrits, en ce sens qu’elle cherche à faire reconnaître son droit d’accès à certains renseignements et services offerts sur trois sites Web bien précis en recourant à un moyen de communication qu’elle privilégie, Internet, et que le refus de tenir compte de ces intérêts limités, pour reprendre les mots employés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Law*, au paragraphe 74, ne saurait être considéré comme un refus d’accès à « une institution sociale fondamentale » qui compromettrait « un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne » ou aurait « pour effet d’ignorer complètement un groupe particulier ».

[146] Le procureur général en conclut que la présumée impossibilité pour M^{me} Jodhan d’accéder à des renseignements et services déterminés en ligne [TRADUCTION] « n’a pas pour effet de perpétuer un préjugé ou des stéréotypes contre la demanderesse », ajoutant que le fait de répondre aux besoins de M^{me} Jodhan en matière de

formats other than the Internet corresponds to her needs, capacity and circumstances, and that alternate channels or formats “that communicate effectively the information and services sought do not constitute discriminatory treatment” (Attorney General’s memorandum of fact and law, at paragraph 72).

[147] For the reasons that follow, I cannot agree with the Attorney General.

[148] On the record before him, the Judge found that there had been a breach of subsection 15(1) by reason of inadequate web accessibility standards, as concerns the accessibility of rich Internet applications using ePass as a secure channel, and by the failure of the Treasury Board to ensure implementation of its accessibility standards across the various departments. Hence, in the Judge’s view, Ms. Jodhan and the visually impaired were systematically denied the benefit of access to government information and services online.

[149] The Attorney General’s position before us is that the Judge erred in his characterization of the benefit. In the Attorney General’s submission, that benefit is effective access to government information and services. Consequently, the Attorney General says that the provision of its services and information by way of alternative channels and formats, i.e. by mail, telephone and in-person visits to government centres (the alternative channels) and Braille (alternative format) is sufficient to meet the substantive equality test of subsection 15(1). Thus, if I properly understand the Attorney General’s case, even if the government failed to provide the visually impaired with any access to its websites, this would not constitute a violation of subsection 15(1), as effective access would have been made available through other means of communication.

[150] In my view, that cannot be right. In *Eldridge*, at paragraph 73, the Supreme Court held that every benefit

renseignements et de services gouvernementaux par d’autres moyens qu’Internet correspond aux besoins, à la capacité et à la situation de M^{me} Jodhan et que des moyens de rechange qui permettent [TRADUCTION] « de communiquer efficacement les renseignements et les services réclamés ne constituent pas un traitement discriminatoire » (mémoire des faits et du droit du procureur général, au paragraphe 72).

[147] Pour les motifs qui suivent, je ne puis souscrire aux prétentions du procureur général.

[148] Au vu du dossier dont il disposait, le juge a conclu qu’il y avait eu violation du paragraphe 15(1) en raison de normes d’accessibilité au Web inadéquates pour ce qui était de l’accès aux applications Internet riches pour lesquelles les utilisateurs se servaient de laissez-passer électroniques comme voie de communication protégée, et en raison du défaut du Conseil du Trésor de s’assurer que ses normes d’accessibilité soient respectées par les divers ministères. Le juge a estimé que M^{me} Jodhan et les personnes ayant une déficience visuelle s’étaient donc systématiquement vues priver du bénéfice d’un accès aux renseignements et aux services gouvernementaux en ligne.

[149] La thèse que le procureur général a défendue devant nous est que la juge a commis une erreur dans sa qualification du bénéfice en question. Suivant le procureur général, ce bénéfice consiste en un accès efficace aux renseignements et services du gouvernement. En conséquence, le procureur général affirme que la fourniture de ces renseignements et services par des moyens de rechange tels que le courrier, le téléphone et les visites en personne dans les centres du gouvernement (les moyens de rechange) et par des textes en braille (les supports de rechange) suffit pour satisfaire aux critères de l’égalité réelle du paragraphe 15(1). Ainsi, si j’ai bien compris la thèse du procureur général, même si le gouvernement ne donne pas accès à ses sites Web aux personnes ayant une déficience visuelle, il ne pourrait être accusé d’avoir violé le paragraphe 15(1), étant donné qu’il aurait assuré un accès efficace par d’autres moyens de communication.

[150] À mon avis, ce raisonnement ne peut être validé. Dans l’arrêt *Eldridge*, au paragraphe 73, la Cour suprême

offered by the government had to be offered in a non-discriminatory manner and that in achieving that goal, the government might be required to take positive action. Substantially for the reasons given by the Judge, I must conclude that the consequence of the Treasury Board's failure to issue adequate standards and to ensure departmental compliance with its accessibility standards is that Ms. Jodhan and the visually impaired are denied equal access to the benefit of government information and services. An easy remedy to that situation is for the Treasury Board to correct the inadequacy of its standards and to use its best efforts to ensure that the standards are implemented by the various departments under its supervision.

[151] As I indicated earlier, I have difficulty with the proposition that equal access to government information and services can be attained without access to online information and services. In the present matter, no evidence has been offered by the Attorney General to the effect that there is any impediment to moving forward and enabling the visually impaired to readily access government information and services online. Consequently, I also have difficulty with the proposition that alternative formats and channels meet the goal of substantive equal treatment. Where not possible for technological, cost, or other reasons, I readily accept that the visually impaired would have to access government information and services through alternative formats or channels. Thus, to the extent possible, the benefit of law offered to the public must be as inclusive as possible. As stated by the Supreme Court in *VIA Rail*, at paragraph 175:

It is the rail service itself that is to be accessible, not alternative transportation services such as taxis. Persons with disabilities are entitled to ride with other passengers, not consigned to separate facilities.

[152] Thus, applying that approach to the present matter, Ms. Jodhan and the visually impaired are entitled

a expliqué qu'à partir du moment où l'État accorde effectivement un avantage, il est obligé de le faire sans discrimination et que, pour ce faire, il se peut qu'il doive prendre des mesures concrètes. Essentiellement pour les motifs exposés par le juge, force m'est de conclure que le défaut du Conseil du Trésor d'établir des normes adéquates et de s'assurer que les ministères se conformaient à ses normes d'accessibilité a eu pour conséquence de refuser à M^{me} Jodhan et aux personnes ayant une déficience visuelle l'égalité d'accès au bénéfice que constitue l'accès aux renseignements et services du gouvernement. Il existe une solution facile pour remédier à la situation. Le Conseil du Trésor peut corriger ses normes et tout faire en son pouvoir pour s'assurer que ses normes soient mises en œuvre par les divers ministères qui relèvent de lui.

[151] Comme je l'ai déjà expliqué, j'ai de la difficulté avec l'idée que l'on peut atteindre l'égalité d'accès aux renseignements et services gouvernementaux sans offrir un accès en ligne à ces mêmes renseignements et services. Dans le cas qui nous occupe, aucun élément de preuve n'a été présenté par le procureur général pour démontrer qu'il existait des obstacles empêchant les personnes ayant une déficience visuelle d'avoir un accès rapide aux renseignements et services gouvernementaux en ligne. Par conséquent, j'ai également de la difficulté avec la proposition suivant laquelle des supports et moyens de rechange satisfont à l'objectif de l'égalité de traitement réel. Si l'accès était impossible pour des raisons technologiques ou économiques, ou pour une autre raison, j'accepterais volontiers que les personnes ayant une déficience visuelle pourraient avoir accès aux renseignements et services gouvernementaux par le truchement de supports ou de moyens de rechange. Ainsi, dans la mesure du possible, le bénéfice de la loi offert au public doit être aussi englobant que possible. Ainsi que la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *VIA Rail*, au paragraphe 175 :

C'est le service ferroviaire lui-même qui doit être accessible, et non les autres services de transport comme les taxis. Les personnes ayant une déficience ont le droit de voyager avec les autres passagers et non d'être confinées dans des installations distinctes.

[152] Si l'on applique ce raisonnement au cas qui nous occupe, M^{me} Jodhan et les personnes ayant une

to full access to government information and services which clearly includes online access. It should be remembered that one of the goals of the government's Communications Policy is to allow Canadians to access its information and services at a time and place of their choosing. If the visually impaired are relegated to alternative channels and formats, they certainly will not be choosing the time and place in which to access the government's information and services.

[153] At paragraph 157 of his reasons, the Judge opines that the examples provided by Ms. Jodhan combined with the evidence of systemic problems with the CLF Standard show that the visually impaired do not have access to government information and services equally with sighted persons, adding that the visually impaired encounter difficulty "in being otherwise accommodated with the same information." In that respect, the Judge pointed out that in three cases, Ms. Jodhan had not been accommodated with written material in Braille. Thus, in the Judge's opinion, the distinction created a disadvantage for the visually impaired. Further, the effect of inaccessibility of the government's online information and services forces the visually impaired to, *inter alia*, rely on sighted assistance in order to access the information and services. In *VIA Rail*, Abella J., writing for the majority, made the following point at paragraph 162:

Independent access to the same comfort, dignity, safety and security as those without physical limitations, is a fundamental human right for persons who use wheelchairs. This is the goal of the duty to accommodate: to render those services and facilities to which the public has access equally accessible to people with and without physical limitations.

[154] Invoking the words of Abella J. in *VIA Rail*, Ms. Jodhan says that forcing her to rely on sighted assistance is demeaning and propagates the point of view that she and the visually impaired are less capable and

déficience visuelle ont par conséquent droit à un accès complet aux renseignements et services gouvernementaux et cet accès comprend de toute évidence l'accès en ligne. Il faut se rappeler que l'un des objectifs de la Politique de communication du gouvernement est de permettre aux Canadiens d'accéder à ses renseignements et services au lieu et au moment de leur choix. Si les personnes ayant une déficience visuelle sont reléguées à des moyens et à des supports de rechange, elles n'auront certainement pas le choix du lieu et du moment auxquels elles souhaitent accéder aux renseignements et services du gouvernement.

[153] Au paragraphe 157 de ses motifs, le juge se dit d'avis que les cas précis cités par M^{me} Jodhan et les éléments de preuve concernant les problèmes systémiques associés à la NSI démontraient que les personnes ayant une déficience visuelle n'ont pas accès aux renseignements et services offerts en ligne par le gouvernement sur un pied d'égalité avec les personnes voyantes, ajoutant qu'elles éprouvaient de grandes difficultés « à obtenir ces services par d'autres moyens ». À cet égard, le juge a souligné que, dans trois cas, M^{me} Jodhan n'avait pu obtenir qu'on lui fournisse en braille les renseignements demandés. Ainsi, suivant le juge, les personnes aveugles étaient effectivement défavorisées en raison de cette distinction. De plus, l'impossibilité d'accéder aux renseignements et services en ligne du gouvernement avait pour effet de forcer les personnes ayant une déficience visuelle à compter sur l'aide de personnes n'ayant pas une telle déficience pour accéder aux renseignements et services qu'elles souhaitaient obtenir. Dans l'arrêt *VIA Rail*, la juge Abella, qui écrivait au nom de la majorité, a expliqué ce qui suit au paragraphe 162 :

L'accès indépendant au même confort, à la même dignité et à la même sécurité que les personnes n'ayant aucune déficience physique est un droit fondamental de la personne pour tous les utilisateurs d'un fauteuil roulant. Tel est l'objectif du devoir d'accommoder : faire en sorte que les services et installations auxquels le public a accès soient accessibles autant aux personnes ayant une déficience physique qu'à celles qui n'ont pas une telle déficience.

[154] Reprenant à son compte le raisonnement suivi par la juge Abella dans l'arrêt *VIA Rail*, M^{me} Jodhan affirme que le fait de la forcer à demander de l'aider à une personne qui peut voir est humiliant et perpétue

less worthy than those who can see, adding that not only did this constitute an invasion, but that it required her and those like her “to go to time and trouble not required of sighted persons” (respondent’s memorandum of fact and law, at paragraph 99). On the basis of the Supreme Court’s rationale in *VIA Rail*, it is very difficult to disagree with Ms. Jodhan’s assertion, since subsection 15(1) of the Charter provides that she has the right to equal benefit of the law. Thus, she is entitled to access the government information and services as effectively as those who have no visual impairment.

[155] The government’s failure to ensure that Ms. Jodhan and the visually impaired be given the same access to its information and services as those given to the non visually impaired perpetuates, in Ms. Jodhan’s words, “the pre-existing disadvantage of people with disabilities by exacerbating their historic exclusion and marginalization from Canadian society” (respondent’s memorandum of fact and law, at paragraph 103). In making this assertion, Ms. Jodhan refers to *Withler* at paragraph 38, where the Supreme Court indicated that establishing a claimant’s historical position of disadvantage or demonstrating existing prejudices against the claimant’s group, as well as the nature of the interests that are affected, were relevant considerations.

[156] Ms. Jodhan points out that the Attorney General has conceded in these proceedings that Ms. Jodhan and those like her have been historically subject to pre-existing disadvantage and subject to stereotyping that they were not as capable as those with sight. This leads Ms. Jodhan to argue that denying her and those like her access to government information and services online has the effect of reinforcing “existing inaccurate understandings of the merit, capabilities and worth of vision impaired persons. It results in their further stigmatization” (respondent’s memorandum of fact and law, at paragraph 104). Again, I can find no basis to disagree with that statement.

l’opinion qu’elle et les autres personnes qui souffrent d’une déficience visuelle ont moins de capacités et de valeur que celles qui peuvent voir, ajoutant que, non seulement cette façon de voir est attentatoire, mais qu’elle oblige les personnes qui se trouvent dans sa situation à [TRADUCTION] « consacrer du temps et des efforts dont sont dispensées les personnes qui peuvent voir » (mémoire des faits et du droit de l’intimée, au paragraphe 99). Si l’on suit le fil du raisonnement de la Cour suprême dans l’arrêt *VIA Rail*, il est difficile de ne pas être d’accord avec M^{me} Jodhan, étant donné que le paragraphe 15(1) de la Charte lui garantit le droit au même bénéfice de la loi. Elle a donc droit d’accéder aux renseignements et services du gouvernement aussi efficacement que ceux qui ne sont pas atteints d’une déficience visuelle.

[155] Le défaut du gouvernement de s’assurer que M^{me} Jodhan et les personnes atteintes comme elle d’une déficience visuelle bénéficient du même accès à ces renseignements et services que celui auquel ont droit les personnes qui ne souffrent pas de déficience visuelle perpétuent, pour reprendre les mots de M^{me} Jodhan, [TRADUCTION] « le traitement défavorable que subissent déjà les personnes déficientes en exacerbant leur exclusion et marginalisation historiques de la société canadienne » (mémoire des faits et du droit de l’intimée, au paragraphe 103). À l’appui de cet argument, M^{me} Jodhan invoque l’arrêt *Withler*, dans lequel la Cour suprême explique, au paragraphe 38, que l’on peut tenir compte d’éléments tendant à prouver qu’un demandeur a historiquement été désavantagé ou a fait l’objet de préjugés, ainsi que de la nature de l’intérêt touché.

[156] M^{me} Jodhan souligne que le procureur général a admis dans la présente instance qu’elle et les personnes se trouvant dans sa situation ont historiquement fait l’objet d’un désavantage préexistant et de stéréotypes suivant lesquels elles étaient moins capables que les personnes qui peuvent voir, ce qui l’amène à soutenir que le fait de lui refuser à elle et aux personnes se trouvant dans la même situation qu’elle l’accès à des renseignements et services gouvernementaux en ligne a pour effet de renforcer [TRADUCTION] « la conception inexacte actuelle qui a cours en ce qui concerne le mérite, la capacité et la valeur des personnes ayant une déficience visuelle, ce qui se traduit par une plus grande

stigmatisation » (mémoire des faits et du droit de l'intimée, au paragraphe 104). Là encore, je ne trouve aucune raison qui me justifierait d'être en désaccord avec cette affirmation.

[157] Ms. Jodhan further submits that the impact of the Treasury Board's failure to ensure equal access to government websites and online services severely impacts Ms. Jodhan and those like her, in that they are systematically denied access to information and services which are readily accessible online by the sighted population. The end result of this denial, in my view, is that Ms. Jodhan and the visually impaired are not afforded substantive equality, because they are being denied the ability to interact with government institutions on a basis equal to that of those who can see.

[158] At paragraph 179 of his reasons, the Judge summarized his conclusions and findings. In particular, I wish to make mine his sub-points 9 and 10, which I hereby adopt:

9. The visually impaired have not been "reasonably accommodated" because they allegedly can obtain the same information available online by other channels, namely in person, by telephone and by mail. These other channels are difficult to access, less reliable and not complete. Moreover, they fail to provide the visually impaired with independent access or the same dignity and convenience as the services online. The Supreme Court of Canada makes unequivocally clear that such alternatives do not constitute "substantively equal" treatment; and

10. For the blind and visually impaired, accessing information and services online gives them independence, self-reliance, control, ease of access, dignity and self-esteem. A person is not handicapped if she does not need help. Making the government online information and services accessible provides the visually impaired with "substantive equality". This is like the ramp to permit wheelchair access to a building. It is a ramp for the blind to access online services.

[157] M^{me} Jodhan affirme également que le défaut du Conseil du Trésor de garantir l'égalité d'accès à tous aux services en ligne et sites Web du gouvernement a de sérieuses répercussions sur elle sur les autres personnes se trouvant dans sa situation, en ce sens qu'on leur refuse systématiquement l'accès à des renseignements et services qui sont facilement accessibles en ligne aux personnes qui peuvent voir. Il s'ensuit, à mon avis, qu'en raison de cette situation, M^{me} Jodhan et les personnes ayant une déficience visuelle sont privées de leur droit à une égalité réelle parce qu'elles sont privées de leur capacité d'interagir avec des institutions gouvernementales sur un pied d'égalité avec les personnes qui peuvent voir.

[158] Au paragraphe 179 de ses motifs, le juge a résumé ses conclusions et constatations. Je tiens notamment à faire miennes les observations qu'il formule aux alinéas 9 et 10 :

9. Les personnes ayant une déficience visuelle n'ont pas bénéficié de moyens raisonnables d'adaptation parce que, selon ce qui a été allégué, elles pourraient obtenir l'information disponible en ligne en s'y prenant par d'autres moyens, par exemple, en personne, par téléphone ou par la poste. Ces autres moyens ne sont pas d'un accès facile, sont moins fiables et sont incomplets. Par ailleurs, ces moyens ne fournissent pas à la personne ayant une déficience visuelle un accès aussi convenable qui lui préserve sa dignité et son indépendance comme le ferait le service en ligne. La Cour suprême du Canada a statué de façon non équivoque que de tels moyens de rechange ne constituent pas une « égalité réelle » de traitement;

10. Pour la personne aveugle ou ayant une déficience visuelle, l'accès en ligne à l'information lui donne un sentiment d'indépendance, d'assurance, de maîtrise, de facilité d'accès, de dignité et d'estime de soi. Une personne n'est pas une personne handicapée si elle n'a pas besoin d'assistance. L'accessibilité en ligne des renseignements et des services gouvernementaux accorde une égalité réelle aux personnes ayant une déficience visuelle. Comme la rampe d'accès utilisée par les personnes en fauteuil roulant pour entrer dans un immeuble, l'accessibilité en ligne des services est une rampe pour les personnes ayant une déficience visuelle.

[159] One final comment in regard to this question. It is clear to me that the principle of accommodation which we must consider at the subsection 15(1) stage are the positive steps which the government may take so as to deliver a benefit of law equally to disadvantaged groups. As the Judge points out in his reasons, implementing the accessibility standards would ameliorate the position of Ms. Jodhan and the visually impaired and prevent discrimination. However, reasonable accommodation, in the larger sense, is, as the Supreme Court clearly held in *Eldridge*, at paragraph 79, “generally equivalent to the concept of ‘reasonable limits’” and is to be addressed in the course of section 1 analysis. The Supreme Court in *Eldridge* reminded us that “reasonable accommodation” was not a device to be used in restricting “the ambit of [subsection] 15(1).” Consequently, in adopting sub-points 9 and 10 of paragraph 179 of the Judge’s reasons, I am obviously not saying that reasonable accommodation, in the larger sense, as discussed in *Eldridge*, should be debated in the course of a subsection 15(1) analysis. I understand the Judge’s comments to be that the steps taken by the government, i.e. the positive steps which the government may take to deliver substantive equality, do not achieve the purpose intended and , therefore, that substantive equality has not been delivered to Ms. Jodhan and the visually impaired.

[160] Consequently, there is an argument to be made that the discussion concerning the alternative channels available to Ms. Jodhan and the visually impaired is a discussion which ought to have been in the confines of a section 1 analysis, to the extent that the alternative channels can be fitted in the concept of “reasonable accommodation”.

[161] For these reasons, I see no basis to interfere with the Judge’s conclusion that the failure to ensure equal access by Ms. Jodhan and by the visually impaired to

[159] Une dernière observation au sujet de cette question. Il est évident à mes yeux que le principe des mesures d’adaptation dont il faut tenir compte à l’étape de l’analyse fondée sur le paragraphe 15(1) correspond aux mesures concrètes que le gouvernement peut prendre pour faire en sorte que les groupes défavorisés soient en mesure de jouir de l’égalité de bénéfice de la loi. Ainsi que le juge le souligne dans ses motifs, la mise en œuvre des normes en matière d’accessibilité améliorerait la situation de M^{me} Jodhan et des personnes ayant une déficience visuelle et préviendrait la discrimination. Toutefois, les mesures raisonnables d’adaptation, au sens large sont, comme la Cour suprême l’a clairement expliqué dans l’arrêt *Eldridge*, au paragraphe 79, un principe qui « équivaut généralement au concept des “limites raisonnables” » et cette question doit être abordée dans le cadre de l’analyse concernant l’article premier. Dans l’arrêt *Eldridge*, la Cour suprême nous rappelle que le principe des mesures raisonnables d’adaptation « ne devrait pas être utilisé pour restreindre la portée du paragraphe 15(1) ». Par conséquent, en faisant miens les éléments 9 et 10 du paragraphe 179 des motifs du juge, je ne prétends évidemment pas que les mesures raisonnables d’adaptation au sens large dont il est question dans l’arrêt *Eldridge* devraient être débattues dans le cadre d’une analyse fondée sur le paragraphe 15(1). Si je comprends bien, les observations du juge reviennent à dire que les mesures prises par le gouvernement, c’est-à-dire les mesures concrètes que le gouvernement peut prendre pour assurer une égalité réelle, ne permettent pas d’atteindre l’objectif, de sorte que M^{me} Jodhan et les personnes ayant une déficience visuelle n’ont pas bénéficié d’une égalité réelle.

[160] Par conséquent, il est possible de soutenir que le débat relatif aux solutions de rechange dont disposent M^{me} Jodhan et les personnes ayant une déficience visuelle est un débat qui ne devrait avoir lieu que dans le cadre bien précis d’une analyse fondée sur l’article premier, dans la mesure où les options de rechange en question peuvent être englobées dans le concept des « mesures raisonnables d’adaptation ».

[161] Pour ces motifs, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge suivant laquelle le défaut d’assurer à M^{me} Jodhan et aux personnes ayant une

departmental websites and online services violated her rights under subsection 15(1).

4. *Whether the Federal Court erred in finding that the government could not justify its violation of subsection 15(1) because it had not raised section 1 as a defence*

[162] At paragraphs 175–178 of his reasons, the Judge indicated that the Attorney General had not raised, as a defence, section 1 of the Charter. Based on the pleadings and the case put forward by the Attorney General there can be no doubt that section 1 was not raised by the Attorney General.

[163] Before us, the Attorney General does not dispute that finding but says that his failure to make a section 1 defence results from the fact that most of the 106 government institutions were not named as parties in the proceedings, and thus they were not called upon to put forward evidence so as to explain or justify any alleged failures to implement the accessibility standards. I need not address that argument since I have come to the conclusion that the proper order cannot be one directed against those government institutions that are not parties to these proceedings.

[164] However, there were specific allegations made by Ms. Jodhan in her notice of application and a declaration was sought that the Treasury Board's failure to maintain and enforce standards to ensure that all government of Canada websites and online services are accessible to all individuals with visual impairment led to a denial of substantive equality to Ms. Jodhan and the visually impaired. In regard to that allegation, the Attorney General did not raise a section 1 defence.

déficience visuelle une égalité d'accès aux sites Web et aux services gouvernementaux offerts en ligne viole les droits qui leur sont garantis par le paragraphe 15(1).

4. *La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que le gouvernement ne pouvait justifier sa violation du paragraphe 15(1) parce qu'il n'avait pas invoqué de moyen de défense fondé sur l'article premier?*

[162] Aux paragraphes 175 à 178 de ses motifs, le juge a expliqué que le procureur général n'avait pas invoqué de moyen de défense fondé sur l'article premier de la Charte. Si l'on se fie aux actes de procédure et aux arguments formulés par le procureur général, il n'y a aucun doute qu'il ne l'a pas fait.

[163] Devant nous, le procureur général ne conteste pas cette conclusion, mais soutient que son omission d'invoquer un moyen de défense fondé sur l'article premier s'explique par le fait que la plupart des 106 institutions gouvernementales n'étaient pas nommément désignées comme parties à l'instance et qu'elles n'avaient donc pas été appelées à présenter des éléments de preuve pour expliquer ou justifier leur présumé défaut de mettre en œuvre les normes d'accessibilité. Il n'est pas nécessaire que j'examine cet argument, étant donné que j'arrive à la conclusion que l'ordonnance appropriée ne peut viser les institutions gouvernementales qui ne sont pas partie à la présente instance.

[164] M^{me} Jodhan a toutefois formulé des allégations précises dans son avis de demande et elle réclame un jugement déclarant que le défaut du Conseil du Trésor de contrôler l'application des normes qui garantissent que tous les sites Web et services en ligne du gouvernement du Canada sont accessibles à toutes les personnes ayant une déficience visuelle a entraîné un déni du droit à l'égalité réelle de M^{me} Jodhan et d'autres personnes ayant une déficience visuelle. En ce qui concerne cette allégation, le procureur général n'a pas invoqué de moyen de défense fondé sur l'article premier.

5. *Whether the Federal Court erred in exercising its discretion to retain jurisdiction over implementation of the remedy granted*

[165] The Attorney General argues that there was no justification for the Judge’s supervisory order, which the Attorney General characterizes as an “extraordinary and intrusive measure”. In his view, the supervisory order does not respect the division of powers between the courts and the executive. Hence, the Attorney General submits that the supervisory order was not an “appropriate and just” remedy under the Charter [at subsection 24(1)].

[166] I note that in making the supervisory order, the Judge gave no reasons to justify this order.

[167] In *Doucet-Boudreau*, the Supreme Court of Canada made a number of points which are relevant to the present matter. First, it said that in exercising their discretion to order remedies under subsection 24(1) of the Charter, courts were to remain sensitive to their role of judicial arbiter and that they were not to “fashion remedies which usurp the role of the other branches of governance by taking on tasks to which other persons or bodies are better suited” (*Doucet-Boudreau*, at paragraph 34). At paragraph 35, the Supreme Court further stated, quoting from its decision in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paragraph 136, that:

In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others’ role and the role of the courts.

[168] The Court then set out five factors which were to be considered in fashioning a remedy that was

5. *La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en décidant, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, de demeurer saisie du dossier jusqu’à ce que les réparations accordées aient été appliquées?*

[165] Le procureur général affirme que rien ne justifiait le juge de déclarer qu’il demeurait saisi du dossier pour veiller à l’exécution du jugement, ce qui, suivant le procureur général, constitue une [TRADUCTION] « mesure attentatoire extraordinaire ». À son avis, l’ordonnance de surveillance ne respecte pas le partage des pouvoirs entre les tribunaux et l’exécutif. Le procureur général affirme par conséquent que cette ordonnance ne constitue pas une réparation « convenable et juste » au sens de la Charte [au paragraphe 24(1)].

[166] Je constate que le juge n’a pas motivé sa décision de se réserver le pouvoir de surveiller l’exécution du jugement.

[167] Dans l’arrêt *Doucet-Boudreau*, la Cour suprême du Canada a formulé plusieurs observations pertinentes pour le cas qui nous occupe. En premier lieu, elle a déclaré que, lorsqu’ils exercent leur pouvoir discrétionnaire et accordent une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, les tribunaux doivent être conscients de leur rôle d’arbitre judiciaire et « s’abstenir d’usurper les fonctions des autres branches du gouvernement en s’arrogeant des tâches pour lesquelles d’autres personnes ou organismes sont mieux qualifiés » (*Doucet-Boudreau*, au paragraphe 34). Au paragraphe 35, la Cour suprême a également déclaré, en reprenant les observations qu’elle avait formulées dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au paragraphe 136 :

Les tribunaux n’ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu’ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c’est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l’exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

[168] La Cour propose ensuite cinq facteurs dont on doit tenir compte pour concevoir une réparation

“appropriate and just . . . in the circumstances”. First, the remedy had to be one that “meaningfully vindicated the rights and freedoms of the claimants” (*Doucet-Boudreau*, at paragraph 55). Second, the remedy, to the extent possible, should respect the division of powers between the judiciary and the legislative and executive branches (*Doucet-Boudreau*, at paragraph 56). Third, the remedy ought to be a judicial remedy, i.e. a remedy which flowed from the function and powers of a court and not a remedy for which the court’s design and expertise were not suited (*Doucet-Boudreau*, at paragraph 57). Fourth, the remedy should be one that was fair to the parties against whom it was made. In the words of the Supreme Court, “[t]he remedy should not impose substantial hardships that are unrelated to securing the right” (*Doucet-Boudreau*, at paragraph 58). Lastly, the remedy-making power was one that should be “flexible and responsible to the needs of a given case” (*Doucet-Boudreau*, at paragraph 59).

[169] With those principles in mind, I now turn to the Attorney General’s attack on the Judge’s order, i.e. that he would retain jurisdiction over the implementation of the declarations and that either party could apply to him in order to ensure the proper implementation thereof.

[170] In support of his argument that the Judge’s supervisory order constitutes an extraordinary and intrusive measure, the Attorney General relies, in part, on Professor Peter Hogg’s view, as expressed in his *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, Vol. 2 [Toronto: Thompson/Carswell] 2007, at page 40-45, that a supervisory order is “a remedy of last resort, to be employed only against governments who have refused to carry out their constitutional responsibilities.” The Attorney General also relies on the view of Jones and de Villars in *Principles of Administrative Law*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 2009), at page 756: “it is expected that government and other authorities will respect declaratory judgments of the courts”. Hence, the Attorney General argues that declarations will suffice to achieve the intended purpose sought by the remedy.

« convenable et juste eu égard aux circonstances ». Premièrement, la réparation doit permettre de « défendre utilement les droits et libertés du demandeur » (*Doucet-Boudreau*, au paragraphe 55). Deuxièmement, la réparation doit, dans la mesure du possible, s’efforcer de respecter la séparation des pouvoirs entre le législatif, l’exécutif et le judiciaire (*Doucet-Boudreau*, au paragraphe 56). Troisièmement, la réparation doit être une réparation judiciaire, c’est-à-dire une réparation qui met à contribution le rôle et les pouvoirs d’un tribunal et non une réparation pour laquelle le tribunal n’est pas conçu ou ne possède pas l’expertise requise (*Doucet-Boudreau*, au paragraphe 57). Quatrièmement, la réparation conçue en application du paragraphe 24(1) doit également être équitable pour la partie visée par l’ordonnance et, pour reprendre les termes de la Cour suprême, « ne doit pas causer de grandes difficultés sans rapport avec la défense du droit » (*Doucet-Boudreau*, au paragraphe 58). Enfin, l’approche judiciaire en matière de réparation doit être « souple et tenir compte des besoins en cause » (*Doucet-Boudreau*, au paragraphe 59).

[169] Gardant à l’esprit ces principes, je passe maintenant aux arguments invoqués par le procureur général pour attaquer l’ordonnance du juge, qui a déclaré qu’il demeurerait compétent pour surveiller l’exécution du jugement, ajoutant que l’une ou l’autre des parties pouvait s’adresser à lui pour s’assurer que le jugement soit correctement exécuté.

[170] À l’appui de son argument que l’ordonnance de surveillance du juge constitue une mesure attentatoire extraordinaire, le procureur général invoque notamment l’avis exprimé par le professeur Peter Hogg dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. supplémentée, vol. 2 [Toronto : Thompson/Carswell] 2007, à la page 40-45, suivant lequel ce type d’ordonnance [TRADUCTION] « constitue une mesure de dernier recours qui ne doit être prise que lorsque le gouvernement refuse de s’acquitter de ses obligations constitutionnelles ». Le procureur général se fonde également sur l’opinion exprimée par les auteurs Jones et de Villars dans leur ouvrage *Principles of Administrative Law*, 5^e éd. (Toronto : Carswell, 2009), à la page 756 : [TRADUCTION] « On s’attend à ce que le gouvernement et les autres autorités respectent les jugements déclaratoires

[171] The Attorney General also argues that supervisory orders are rarely issued and will only be issued where extraordinary or unique circumstances exist, such as those found in *Doucet-Boudreau*. The Attorney General submits that in this case, there is absolutely no evidence of events or circumstances which could possibly justify a supervisory order. In my view, the Judge erred in not limiting his order to the declaration sought. I agree entirely with the view expressed by Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada*, above, where he says at page 40-45:

In my opinion, the dissenting view in *Doucet-Boudreau* is the better one. A supervisory order should be a remedy of last resort, to be employed only against governments who have refused to carry out their constitutional responsibilities. The courts exhaust their expertise when they find the facts, apply the law to those facts, and order the defendant to rectify any wrong. After that, no legal issue remains, just the practical details of implementation, and that is a function of the executive.

[172] In *Eldridge*, the Supreme Court made it clear that there is a presumption that the government will, once a declaration to that effect is made, do the necessary to, “correct the unconstitutionality of the present scheme and comply with this Court’s directive” (*Eldridge*, at paragraph 96).

[173] In those few cases where supervisory orders were made, the factual situation seems to have amply justified the making of the order. In *Doucet-Boudreau* where the trial Judge retained jurisdiction to supervise implementation of the remedy, parents had a Charter right to publicly-funded French language educational facilities for their children and, despite the Minister’s authority to build secondary-level French language schools, construction of these schools never took place.

prononcés par les tribunaux ». Le procureur général affirme donc que les mesures énoncées dans le jugement déclaratoire suffisent à assurer que l’objectif de la réparation sera atteint.

[171] Le procureur général soutient également qu’il est rare qu’un tribunal rende une ordonnance de surveillance et que ce genre d’ordonnance n’est prononcé que dans des circonstances extraordinaires ou uniques comme celles qui existaient dans l’affaire *Doucet-Boudreau*. Selon le procureur général, dans la présente affaire, il n’y a pas le moindre élément de preuve tendant à démontrer qu’il existe des faits ou des circonstances qui pourraient éventuellement justifier le prononcé de ce genre d’ordonnance. À mon avis, le juge a commis une erreur en ne limitant pas son ordonnance au jugement déclaratoire sollicité. Je souscris entièrement à l’opinion exprimée par le professeur Hogg dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, précité, dans lequel il déclare à la page 40-45 :

[TRADUCTION] Je penche plus tôt pour l’opinion dissidente formulée dans l’arrêt *Doucet-Boudreau*. L’ordonnance par laquelle le tribunal se réserve le droit de veiller à l’exécution de sa décision constitue une mesure de dernier recours qui ne doit être prise que lorsque le gouvernement refuse de s’acquitter de ses obligations constitutionnelles. Le tribunal a épuisé sa compétence une fois qu’il a constaté les faits, a appliqué la loi à ces faits et a ordonné au défendeur de corriger la situation. Après tout, il n’existe plus de question de droit à trancher; il ne reste à arrêter que les détails pratiques de l’exécution du jugement, et cette tâche incombe à l’exécutif.

[172] Dans l’arrêt *Eldridge*, la Cour suprême a clairement indiqué qu’il fallait supposer qu’une fois qu’un jugement déclaratoire sera prononcé en ce sens, le gouvernement fera le nécessaire pour « corriger l’inconstitutionnalité du régime actuel et se conformer à la directive de notre Cour » (*Eldridge*, au paragraphe 96).

[173] Dans les rares cas dans lesquels le tribunal a rendu une ordonnance de surveillance, la situation factuelle semblait justifier amplement le prononcé d’une telle ordonnance. Dans l’affaire *Doucet-Boudreau*, dans laquelle le juge avait déclaré qu’il demeurerait saisi du dossier pour superviser la mise en œuvre de la réparation, la Charte reconnaissait aux parents le droit à des établissements d’enseignement en français financés par l’État pour leurs enfants et, malgré le pouvoir qu’avait

There was evidence of 16 years of government delay in the construction of these schools and also a suggestion of possible bad faith on the part of government.

[174] In the present matter, while the accessibility standards were issued in 1999 and were meant to be implemented by 2001, the evidence shows that the government has attempted, although not successfully, to make the Internet accessible to the visually impaired. Although the websites do not comply with the CLF 1.0 Standard, they are now more accessible than they were in 1999. In addition, we do not have before us any evidence with regard to the accessibility of the websites following the implementation deadline of December 31, 2008, for the CLF 2.0 Standard.

[175] In *Fédération*, the government of the NWT, having passed legislation to bring its laws into compliance with Charter guaranteed language rights, utterly failed to give it force of law by delaying its implementation for almost 20 years. In other words, there appears to have been a total abdication by the NWT Government of its responsibilities in regard to the language rights at issue. No such situation is present in this case.

[176] The supervisory order is akin to a structural remedy which the NWT Court of Appeal explained at paragraph 51 of its reasons in *Fédération* as follows:

Declaratory relief identifies a constitutional or quasi-constitutional breach and may direct that the breach be remedied. A structural remedy not only identifies the breach(es) and directs government to provide a remedy, but also details how government is to proceed in doing so.

le ministre de construire des écoles secondaires franco-phones, la construction de ces écoles n'avait jamais eu lieu. Suivant la preuve, le gouvernement avait attendu 16 ans avant de construire les écoles en question et des doutes planaient quant à sa bonne foi.

[174] Dans le cas qui nous occupe, bien que les normes d'accessibilité aient été publiées en 1999 et leur mise en œuvre fût prévue au plus tard pour 2001, la preuve démontre que le gouvernement a tenté, bien que sans succès, à rendre l'Internet accessible aux personnes ayant une déficience visuelle. Bien que les sites Web ne soient pas conformes à la NSI 1.0, ils sont désormais plus accessibles qu'ils ne l'étaient en 1999. Qui plus est, nous ne disposons d'aucun élément de preuve en ce qui concerne l'accessibilité des sites Web à la suite de l'expiration du délai du 31 décembre 2008 fixé pour la mise en œuvre de la NSI 2.0.

[175] Dans l'affaire *Fédération Franco-Ténoise*, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, après avoir adopté des mesures législatives visant à rendre ses lois conformes aux droits linguistiques garantis par la Charte, avait omis complètement de leur donner force de loi en retardant sa mise en œuvre d'une vingtaine d'années. En d'autres termes, il semble que le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest s'était complètement dérobé à ses obligations en ce qui concerne les droits linguistiques en cause. Cette situation n'a rien à avoir avec celle qui nous intéresse en l'espèce.

[176] L'ordonnance de surveillance ressemble à une réparation structurelle au sujet de laquelle la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest a expliqué ce qui suit, au paragraphe 51 de ses motifs dans l'arrêt *Fédération Franco-Ténoise* :

[TRADUCTION] Lorsqu'il rend un jugement déclaratoire, le tribunal constate l'existence d'une violation constitutionnelle ou quasi constitutionnelle et il peut ordonner qu'il soit remédié à cette violation. Lorsqu'il accorde une réparation structurelle, le tribunal ne se contente pas d'indiquer qu'une violation a été commise et d'ordonner au gouvernement de la réparer, mais explique également en détail comment le gouvernement doit s'y prendre pour ce faire.

[177] In my opinion such a remedy in the present matter is not a just and appropriate remedy in the circumstances.

[178] First, the evidence in this case is dated because it was closed prior to the implementation date for the CLF 2.0 Standard. It was also complete prior to the finalization of WCAG 2.0. In such a case, I believe that a declaration appropriately responds to the time lapse between gathering evidence for a hearing and the end of the appeal process because it alerts the government to its responsibilities and allows it to focus on any corrections needed that have not been made in the meantime.

[179] Second, the Judge's remedy ventures into the realm of the executive. In the view of the dissent in *Doucet-Boudreau*, a contempt proceeding would have been available to the Attorney Generals and would have constituted a more appropriate way to deal with government disobedience or further inaction rather than a supervisory order because it would intrude less on executive jurisdiction.

[180] Third, unlike *Doucet-Boudreau*, this case is the first time this particular breach of Charter rights has been established through litigation. In such a case, the general practice is to grant a declaration rather than a structural remedy because historically the government has responded and made necessary changes (see *Fédération*, at paragraph 90). In addition, a declaration allows the government to remedy the situation, making its own policy decisions. As the Court said in *Fédération*, at paragraph 90:

... granting of a structural remedy against government on a first litigation of a constitutional or quasi-constitutional issue requires an exceptional case.

[177] À mon avis, une telle réparation ne constitue pas, dans le cas qui nous occupe, une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

[178] Premièrement, la preuve présentée en l'espèce porte une date précise, étant donné que sa clôture remonte avant la date de mise en œuvre de la norme NSI 2.0. La preuve était également close avant que la version définitive des WCAG 2.0 ne soit arrêtée. En pareil cas, j'estime que le prononcé d'un jugement déclaratoire constitue une réponse appropriée eu égard au délai écoulé entre le moment où les éléments de preuve ont été recueillis en vue de l'audience et la fin du processus d'appel, parce qu'il informe le gouvernement de ses obligations et lui permet de se concentrer sur les mesures correctives à apporter qui n'ont pas été prises dans l'intervalle.

[179] Deuxièmement, la réparation accordée par le juge constitue un empiètement sur les attributions du pouvoir exécutif. Compte tenu de l'opinion dissidente formulée dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, le procureur général aurait pu présenter une requête pour outrage au tribunal, ce qui aurait constitué une façon mieux adaptée de réagir à la désobéissance du gouvernement ou à son inertie parce qu'une telle mesure aurait constitué un empiètement moins grave sur les pouvoirs de l'exécutif qu'une ordonnance de surveillance.

[180] Troisièmement, à la différence de l'affaire *Doucet-Boudreau*, la présente espèce est la première instance au cours de laquelle cette atteinte précise à des droits reconnus par la Charte a été démontrée dans le cadre d'un procès. Dans ces conditions, on prononce en règle générale un jugement déclaratoire au lieu d'accorder une réparation structurelle parce que, historiquement, le gouvernement a répondu et procédé aux changements nécessaires (voir l'arrêt *Fédération franco-Ténoise*, au paragraphe 90). De plus, le prononcé d'un jugement déclaratoire permet au gouvernement de corriger la situation et de prendre ses propres décisions de principe. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Fédération Franco-Ténoise*, au paragraphe 90 :

[TRADUCTION] [...] le fait d'accorder une réparation structurelle contre le gouvernement lors du premier procès portant sur une question constitutionnelle ou quasi constitutionnelle exige qu'il existe des circonstances exceptionnelles.

[181] Fourth, unlike the situation in *Fédération*, I do not see “extensive evidence” that a declaration would not be appropriate due to consistent failure to follow action plans, implement recommendations made in reports or take concrete steps to implement the CLF Standard. On the contrary, the Attorney General has explained the various steps taken by the Public Service Commission, Service Canada and Statistics Canada to comply with CLF 1.0 and 2.0 and each of these departments has a Centre of Expertise on Accessibility.

[182] Fifth, the issues in *Fédération* and *Doucet-Boudreau* pertained to language rights and significant periods of delay in implementing those rights.

[183] Sixth, the nature of the rights at issue is different. For example, in *Doucet-Boudreau*, the situation was more urgent because there was evidence of a “serious rate of assimilation” of the Francophone population, which would be aggravated by further delay (see *Doucet-Boudreau*, at paragraphs 38–40).

[184] I am therefore satisfied that in the present matter, there was no factual or legal basis to justify the supervisory order made by the Judge.

Disposition

[185] I would therefore allow the appeal in part with costs in favour of Ms. Jodhan in the amount of \$35 000, inclusive of disbursements and tax, and I would vary the judgment of the Federal Court to read as follows:

1. This application for judicial review is allowed and the applicant is entitled to a declaration under section 18.1 of the *Federal Courts Act* that she has been denied

[181] Quatrièmement, à la différence de la situation qui existait dans l'affaire *Fédération Franco-Ténoise*, j'estime qu'il n'existe pas [TRADUCTION] « d'éléments de preuve abondants » permettant de penser qu'un jugement déclaratoire ne constituerait pas une mesure appropriée en raison de l'omission systématique du gouvernement de donner suite à ses plans d'action, de mettre en œuvre les recommandations formulées par les auteurs de rapports ou de prendre des mesures concrètes pour mettre en œuvre la NSI. Au contraire, le procureur général explique les diverses mesures qui ont été prises par la Commission de la fonction publique du Canada, Service Canada et Statistique Canada pour se conformer à la NSI 1.0 et à la NSI 2.0; chacune de ces organisations est d'ailleurs dotée d'un centre d'expertise sur l'accessibilité.

[182] Cinquièmement, les questions en litige dans les affaires *Fédération Franco-Ténoise* et *Doucet-Boudreau* concernaient des droits linguistiques et les délais importants qu'accusait la mise en œuvre de ces droits.

[183] Sixièmement, la nature des droits en litige est différente. Par exemple, dans l'affaire *Doucet-Boudreau*, la situation était plus urgente parce qu'il existait des éléments de preuve tendant à démontrer l'existence, au sein de la population francophone, d'un « inquiétant taux d'assimilation » que des délais supplémentaires viendraient aggraver (*Doucet-Boudreau*, aux paragraphes 38 à 40).

[184] Je suis par conséquent convaincu qu'en l'espèce, il n'y avait aucun fondement factuel ou légal pour justifier l'ordonnance de surveillance rendue par le juge.

Dispositif

[185] Je suis d'avis de faire droit à l'appel en partie et d'adjuger à M^{me} Jodhan 35 000 \$ à titre de dépens, ce qui comprend les débours et les taxes, et je suis d'avis de modifier le jugement de la Cour fédérale pour qu'il soit libellé comme suit :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie et la demanderesse a droit à un jugement déclaratoire en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les*

equal access to, and benefit from, government information and services provided online to the public on the Internet, and that this constitutes discrimination against her on the basis of her physical disability, namely, that she is blind. Accordingly, she has not received the equal benefit of the law without discrimination based on her physical disability and that this constitutes a violation of subsection 15(1) of the Charter;

2. [First two sentences of paragraph 2 of the Judge's judgment REMOVED]. This declaration does not apply to stored government historical and/or archived information which is stored in a database and which the government shall retrieve and provide in an accessible format upon request;

3. It is also declared that the government [Treasury Board] has a constitutional obligation to bring itself [the government departments and agencies under its control] into compliance with the Charter within a reasonable time period, such as 15 months;

4. [Entire paragraph 4 of the Judge's judgment REMOVED];

5. The applicant is a public interest litigant and is entitled to her legal costs in the Federal Court including disbursements in the fixed amount of \$150 000.

SHARLOW J.A.: I agree.

DAWSON J.A.: I agree.

Cours fédérales, à savoir : on lui a nié le même accès que celui accordé à l'ensemble du public aux renseignements et aux services gouvernementaux offerts en ligne sur Internet et, par le fait même, d'en tirer le même bénéfice; que cela constitue de la discrimination fondée sur une déficience physique, la demanderesse étant une personne aveugle; par conséquent, on a nié à la demanderesse son droit au même bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination fondée sur la déficience physique et qu'il s'agit là d'une violation du paragraphe 15(1) de la Charte;

2. [Les deux premières phrases du paragraphe 2 du jugement du juge sont SUPPRIMÉES]. Le présent jugement déclaratoire ne s'applique pas à l'information que le gouvernement conserve sous forme d'archives dans ses banques de données et qu'il devra récupérer et fournir dans un format accessible sur demande;

3. La Cour statue que le gouvernement [Conseil du Trésor] a l'obligation sur le plan constitutionnel de [faire] respecter la Charte [par les ministères et agences gouvernementales relevant de son contrôle] dans un délai raisonnable, en l'occurrence 15 mois;

4. [Le texte au complet du paragraphe 4 du jugement du juge est SUPPRIMÉ];

5. La demanderesse a la qualité pour agir dans l'intérêt public et la Cour lui adjuge des dépens à hauteur de 150 000 \$, y compris les débours.

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

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-101-11
2012 FCA 156

A-101-11
2012 CAF 156

Tembec Industries Inc. (Applicant)

Tembec Industries Inc. (demanderesse)

v.

c.

Leonard Berthelette, Henry Dubé, Randolph Druzyk, Clifford Houston, David Torres, Canada Employment Insurance Commission, Office of the Umpire, Employment Insurance Act and the Attorney General of Canada (Respondents)

Leonard Berthelette, Henry Dubé, Randolph Druzyk, Clifford Houston, David Torres, Commission de l'assurance-emploi du Canada, Bureau du juge-arbitre, Loi sur l'assurance-emploi et le Procureur général du Canada (défendeurs)

INDEXED AS: TEMBEC INDUSTRIES INC. v. BERTHELETTE

RÉPERTORIÉ : TEMBEC INDUSTRIES INC. c. BERTHELETTE

Federal Court of Appeal, Pelletier, Dawson and Stratas J.J.A.—Winnipeg, March 14; Ottawa, May 29, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Dawson et Stratas, J.C.A.—Winnipeg, 14 mars, Ottawa, 29 mai 2012.

Employment Insurance — Practice — Judicial review of umpire's decisions setting aside Board of Referees' decisions denying five individual respondents (respondent employees) employment insurance benefits, allowing appeals thereof — Applicant locking out bargaining unit employees but lock-out ordered terminated — Thereafter, respondent employees claiming employment insurance benefits under Employment Insurance Act but claims denied pursuant to Act, s. 36(1) — When respondent employees appealing denial of benefits to Board of Referees, Canada Employment Insurance Commission's initial position being that applicant's employees not entitled to receiving employment insurance benefits — Commission subsequently changing position, conceding appeal in respondent employees' favour — Applicant not notified of appeals before Umpire or of Commission's change of position — Whether, under Act or Employment Insurance Regulations, applicant entitled to receiving notice of appeals to Umpire brought by respondent employees; applicant's standing in present case also addressed — Per Dawson J.A. (Pelletier J.A. concurring): Regulations distinguishing between entities "interested" in appeal, those having "direct interest" therein — Persons "interested" in appeal entitled to participate before Board of Referees, to be notified in writing of Board of Referees' decision (Regulations, s. 83(4)) — Issue of whether employer constituting "interested party" within Regulations, ss. 83(4), 85(3)(c) determined — Given employer's statutory right to appeal Commission decision involving employees to Board of Referees (Act, s. 114), statutory right to appeal "as of right" Board of Referees' decision to umpire (Act, s. 115), employer therefore "interested party" within Regulations, ss. 83(4) 85(3)(c) — Thus, applicant entitled to notification of all decisions rendered by Board of Referees regarding employees, entitled to receiving docket prepared by Commission filed with Umpire — Failure to comply with

Assurance-emploi — Pratique — Contrôle judiciaire des décisions d'un juge-arbitre annulant les décisions du conseil arbitral de refuser des prestations d'assurance-emploi à cinq défendeurs individuels (employés défendeurs) et d'accueillir les appels interjetés par ceux-ci — La demanderesse a mis en lock-out les employés de l'unité de négociation, mais on lui a ordonné de mettre immédiatement fin au lock-out — Par la suite, les employés défendeurs ont présenté des demandes de prestations d'assurance-emploi en vertu de la Loi sur l'assurance-emploi, mais les demandes ont été refusées en vertu de l'art. 36(1) de la Loi — Lorsque les employés défendeurs ont interjeté appel du rejet de leurs demandes de prestations devant le conseil arbitral, la position initiale de la Commission de l'assurance-emploi du Canada était que les employés défendeurs n'avaient pas le droit de recevoir des prestations d'assurance-emploi — La Commission a changé ultérieurement de position, concédant l'appel en faveur des employés défendeurs — La demanderesse n'a pas été avisée des appels interjetés devant le juge-arbitre ou du changement de position de la Commission — Il s'agissait de savoir si, en vertu de la Loi ou du Règlement sur l'assurance-emploi, la demanderesse était en droit de recevoir un avis de l'appel interjeté par les employés défendeurs devant le juge-arbitre; la qualité pour agir de la demanderesse en l'espèce a également été examinée — La juge Dawson, J.C.A. (le juge Pelletier, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le Règlement établit une distinction entre les entités qui sont « intéressées » à un appel et celles que « l'appel intéresse directement » — Les personnes « intéressées » à un appel ont le droit de participer à l'audience du conseil arbitral et d'être avisées par écrit de la décision de ce dernier (art. 83(4)) — Il s'agissait de déterminer si l'employeur est une partie « intéressée » au sens de l'art. 83(4) et de l'art. 85(3)c) du Règlement — Compte tenu du droit que la loi reconnaît à l'employeur d'interjeter appel devant le conseil

Regulations, ss. 83(4), 85(3)(c) violating procedural rights owed to applicant — Finally, because procedural rights afforded to applicant by Regulations violated, applicant directly affected by Umpire's decisions herein so as to have standing under Federal Courts Act, s. 18.1(1) — Application allowed — Per Stratas J.A. (dissenting): Only persons having real, legitimate interest in matter may appeal under Act, s. 115(1) — On facts of present case, applicant having no legitimate or real interest before Umpire — Therefore, applicant not entitled to notice of Board of Referees' decision, not having right to appeal therefrom — Also not having sufficient direct standing to challenge Umpire's decision in Federal Court.

This was an application for judicial review of an umpire's decisions setting aside the Board of Referees' decisions denying the five individual respondents (respondent employees) employment insurance benefits and allowing their appeals. The applicant operated a newsprint mill in Manitoba and employed the respondent employees at the newsprint mill. When the collective agreement between the applicant and the bargaining agent representing some of its employees, including the respondent employees, expired, the applicant locked out the bargaining unit employees who were employed at the mill. The Manitoba Labour Board ordered the applicant to terminate immediately the lock-out. Following the lock-out, the respondent employees claimed employment insurance benefits under the *Employment Insurance Act* but their claims to employment insurance benefits for a specific period were denied pursuant to subsection 36(1) thereof. The respondent employees appealed the denial of benefits to the Board of Referees and the applicant received notice of the hearings. The Canada Employment Insurance Commission was initially of the position that the applicant's employees were not entitled to receive employment insurance benefits by operation of subsection 36(1) of the Act. A majority of the Board of Referees dismissed one of the respondent employee's claim for benefits and upheld the Commission's decision regarding the four other respondent employees. The respondent employees appealed the decisions of the Board of Referees denying

arbitral de la décision de la Commission visant l'un de ses employés (art. 114 de la Loi) et du droit que la Loi lui reconnaît d'interjeter appel « de plein droit » de la décision du conseil arbitral devant le juge-arbitre (art. 115 de la Loi), l'employeur est une partie intéressée au sens de l'art. 83(4) et de l'art. 85(3)c) du Règlement — Ainsi, la demanderesse avait le droit d'être avisée de toutes les décisions rendues par le conseil arbitral au sujet de ses employés et elle avait le droit de recevoir le dossier préparé par la Commission et déposé auprès du juge-arbitre — Le défaut de se conformer à l'art. 83(4) et à l'art. 85(3)c) du Règlement violait les droits procéduraux reconnus à la demanderesse — Enfin, comme les droits procéduraux qui lui sont reconnus par le Règlement ont été violés, la demanderesse était directement touchée par les décisions en litige rendues en l'espèce par le juge-arbitre, de telle sorte qu'elle avait qualité pour agir au sens de l'art. 18.1(1) de la Loi sur les Cours fédérales — Demande accueillie — Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Seules les personnes qui ont un intérêt véritable et légitime quant à une question peuvent interjeter appel en vertu de l'art. 115(1) — Vu l'ensemble des faits de la présente affaire, la demanderesse n'avait aucun intérêt légitime ou véritable à faire valoir devant le juge-arbitre — Par conséquent, la demanderesse n'avait pas le droit d'être avisée de la décision du conseil arbitral et elle n'avait pas le droit d'interjeter appel de cette décision — Elle n'avait pas non plus de qualité pour agir suffisamment directe pour pouvoir contester la décision du juge-arbitre devant la Cour fédérale.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire des décisions d'un juge-arbitre annulant les décisions du conseil arbitral de refuser des prestations d'assurance-emploi à cinq défendeurs individuels (employés défendeurs) et d'accueillir les appels interjetés par ceux-ci. La demanderesse exploitait une usine de papier journal au Manitoba et employait les employés défendeurs à cette usine. Lorsque la convention collective conclue entre la demanderesse et l'agent négociateur qui représentait certains de ses employés (dont les employés défendeurs) a expiré, la demanderesse a mis en lockout les employés de l'unité de négociation qui travaillaient à son usine. La Commission du travail du Manitoba a ordonné à la demanderesse de mettre immédiatement fin au lock-out. À la suite du lock-out, les employés défendeurs ont réclamé des prestations d'assurance-emploi en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*, mais leurs demandes de prestations pour une période visée ont été refusées en application du paragraphe 36(1) de la Loi. Les employés défendeurs ont interjeté appel du rejet de leurs demandes de prestations devant le conseil arbitral et la demanderesse a été avisée de la tenue des audiences. La Commission de l'assurance-emploi du Canada avait initialement soutenu que les employés de la demanderesse n'avaient pas le droit de recevoir des prestations d'assurance-emploi par application du paragraphe 36(1) de la Loi. Le conseil arbitral a rejeté, à la majorité, la demande de prestations d'un des employés défendeurs et a confirmé les décisions rendues par la

them benefits to an umpire and the applicant was not given notice of these appeals. Before the appeal hearing, the respondent employees were advised by the Commission that it would be recommending that the appeals be allowed and conceded in their favour. The applicant was not advised of the Commission's change of position. The Umpire set aside the Board of Referee's decision regarding one of the respondent employees and rendered identical decisions regarding the four remaining respondent employees. The Office of the Umpire notified the applicant in writing of these decisions and the applicant applied for judicial review of those decisions. The respondent employees argued that the applicant did not have standing, as required by subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, to bring this application.

The main issue was whether, under the Act or the *Employment Insurance Regulations*, the applicant was entitled to receive notice of the appeals to the Umpire brought by the respondent employees despite the fact that it did not appear before the Board of Refugees. The issue of whether the applicant had standing as required by subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* to bring this application was also addressed.

Held (Stratas J.A. dissenting), the application should be allowed.

Per Dawson J.A. (Pelletier J.A. concurring): Based on subsections 114(1) and 115(1) of the Act, either the respondent employees or the applicant could appeal adverse decisions of the Commission and the Board of Referees and both parties brought appeals to the Umpire from decisions of the Board of Referees. A review of the Regulations showed that a distinction is drawn between entities that are "interested" in an appeal and those that have a "direct interest" in an appeal. Persons "interested" in an appeal are entitled to participate before the Board of Referees and to be notified in writing of the decision of the Board of Referees (subsection 83(4) of the Regulations). In this application, it had to be determined whether an employer is an "interested" party within the contemplation of subsection 83(4) and paragraph 85(3)(c) of the Regulations. The Act places no limitation on the right of a claimant's employer to appeal to the Board of Referees or the Umpire. Given the employer's statutory right to appeal a decision of the Commission involving one of its employees to the Board of Referees (section 114 of the Act) and its statutory right to appeal "as of right" a decision of the Board of Referees to the umpire (section 115 of the Act), an employer is therefore an interested party within the contemplation of subsection 83(4) and paragraph 85(3)(c) of the Regulations. It follows that the applicant was entitled to notification of all

Commission au sujet des quatre autres employés défendeurs. Les employés défendeurs ont interjeté appel devant un juge-arbitre des décisions par lesquelles le conseil arbitral avait rejeté leurs demandes de prestations, et la demanderesse n'a pas reçu d'avis de ces appels. Avant l'audition de l'appel, les employés défendeurs ont été avisés par la Commission qu'elle recommanderait qu'il soit fait droit aux appels et qu'ils aient gain de cause. La demanderesse n'a pas été informée du changement de position de la Commission. Le juge-arbitre a annulé la décision du conseil arbitral en ce qui concerne l'un des employés défendeurs et a rendu une décision identique en ce qui a trait aux quatre autres employés défendeurs. Le Bureau du juge-arbitre a avisé par écrit la demanderesse de ces décisions, et celle-ci a présenté une demande de contrôle judiciaire. Les employés défendeurs ont soutenu que la demanderesse n'avait pas qualité pour présenter cette demande, contrairement à ce qu'exige le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

La question centrale était de savoir si la demanderesse avait le droit, en vertu de la Loi ou du *Règlement sur l'assurance-emploi*, de recevoir un avis des appels interjetés par les employés défendeurs devant le juge-arbitre même si elle n'a pas comparu devant le conseil arbitral. La question de savoir si la demanderesse avait qualité pour présenter la demande, comme l'exige le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* a également été examinée.

Arrêt (le juge Stratas, J.C.A., dissident) : la demande doit être accueillie.

La juge Dawson, J.C.A. (le juge Pelletier, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Conformément aux paragraphes 114(1) et 115(1) de la Loi, les employés défendeurs ou la demanderesse pouvaient interjeter appel des décisions défavorables de la Commission et du conseil arbitral, et les deux parties ont de fait interjeté appel devant le juge-arbitre des décisions rendues par le conseil arbitral. Il est ressorti de l'examen du Règlement qu'il convenait d'établir une distinction entre les entités qui sont « intéressées » à un appel et celles que « l'appel intéresse directement ». Les personnes « intéressées » à un appel ont le droit de participer à l'audience du conseil arbitral et d'être avisées par écrit de la décision de ce dernier (paragraphe 83(4) du Règlement). Dans la présente demande, il s'agissait donc de déterminer si l'employeur était une partie « intéressée » au sens du paragraphe 83(4) et de l'alinéa 85(3)c) du Règlement. La Loi n'impose aucune restriction au droit de l'employeur du prestataire d'interjeter appel devant un conseil arbitral ou un juge-arbitre. Compte tenu du droit que la loi reconnaît à l'employeur d'interjeter appel devant le conseil arbitral de la décision de la Commission visant l'un de ses employés (article 114 de la Loi) et du droit que la Loi lui reconnaît d'interjeter appel « de plein droit » de la décision du conseil arbitral devant le juge-arbitre (article 115 de la Loi), l'employeur est une partie intéressée au sens

decisions rendered by the Board of Referees with respect to its employees and was entitled to receive the docket prepared by the Commission and filed with the Umpire. The failure to comply with subsection 83(4) and paragraph 85(3)(c) of the Regulations violated procedural rights owed to the applicant.

Finally, because procedural rights afforded to the applicant by the Regulations were violated, it was directly affected by the decisions of the Umpire at issue so as to have standing under subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*.

Per Stratas J.A. (dissenting): Subsection 115(1) of the Act sets out that an “appeal as of right to an umpire” from a board of referees’ decision may be brought, *inter alia*, by “the employer of the claimant”. However, this does not mean that every employer can avail itself of an appeal concerning any matter in the Act. Persons may appeal under subsection 115(1) only if they have a real, legitimate interest in the matter.

In this case, although the applicant said that it had a right to notice of the Board of Referees’ decision and a right to appeal therefrom, it did not seek judicial review of the Board’s decision and was bound by it, absent special considerations which it did not raise here. Any attempt by the applicant before the Umpire to challenge the Board’s decision would be a collateral attack against it and an abuse of process. On the facts of this case, therefore, the applicant had no legitimate or real interest before the Umpire; it was a busybody. Properly interpreted, the legislation does not require that notice of anything be given to busybodies, nor does it give participatory rights thereto. Therefore, the applicant was not entitled to notice of the Board of Referees’ decision and had no right to appeal from it. It also did not have sufficient direct standing to challenge the Umpire’s decision in the Federal Court under section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 36(1), 39(1), 114, 115.
Employment Insurance Regulations, SOR 96-332, ss. 80, 83(1),(4), 85, 86(1),(2), 87(1).

du paragraphe 83(4) et de l’alinéa 85(3)c) du Règlement. Il découlait de cette conclusion que la demanderesse avait le droit d’être avisée de toutes les décisions rendues par le conseil arbitral au sujet de ses employés et qu’elle avait le droit de recevoir le dossier préparé par la Commission et déposé auprès du juge-arbitre. Le défaut de se conformer au paragraphe 83(4) et à l’alinéa 85(3)c) du Règlement violait les droits procéduraux reconnus à la demanderesse.

Enfin, comme les droits procéduraux qui sont reconnus à la demanderesse par le Règlement ont été violés, elle était directement touchée par les décisions en litige rendues par le juge-arbitre, de telle sorte qu’elle avait qualité pour agir au sens du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Aux termes du paragraphe 115(1) de la Loi, la décision d’un conseil arbitral « peut, de plein droit, être portée en appel devant un juge-arbitre », entre autres par l’« employeur du prestataire ». Cependant, cela ne signifie pas que tout employeur peut interjeter appel sur toute question prévue par la Loi. Une personne ne peut interjeter appel en vertu du paragraphe 115(1) que si elle a un intérêt véritable et légitime dans l’affaire.

En l’espèce, bien que la demanderesse ait affirmé qu’elle avait le droit d’être avisée de la décision du conseil arbitral et d’interjeter appel de cette décision, elle n’a pas demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Elle était donc liée par cette décision, à défaut de circonstances exceptionnelles qui n’existaient pas. Toute tentative que ferait la demanderesse devant le juge-arbitre en vue de contester la décision de la Commission serait considérée comme une contestation incidente de cette décision et serait qualifiée d’abus de procédure. Par conséquent, vu l’ensemble des faits de la présente affaire, la demanderesse n’avait aucun intérêt légitime ou véritable à faire valoir devant le juge-arbitre; elle était un trouble-fête. Si on l’interprète correctement, la Loi n’exige pas que l’on avise de quoi que ce soit les trouble-fêtes ou qu’on leur reconnaisse des droits de participation. La demanderesse n’avait donc pas le droit d’être avisée de la décision du conseil arbitral et elle n’avait pas le droit d’interjeter appel de cette décision. Qui plus est, elle n’avait pas une qualité pour agir suffisamment directe pour pouvoir contester la décision du juge-arbitre devant la Cour fédérale en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 36(1), 39(1), 114, 115.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 407, Tarif B, Column III.

CASES CITED

CONSIDERED:

United Steel, Paper and Forestry, Rubber, Manufacturing, Energy, Allied Industrial and Service Workers International Union, Local 3-1375 and Tembec Industries Inc. (In the Matter of an Application by), Case No. 339/09/LRA, Order No. 1474; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, (1993), 107 D.L.R. (4th) 634, 18 C.R.R. (2d) 99; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, (1986), 33 D.L.R. (4th) 321, [1987] 1 W.W.R. 603; *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2013] 1 F.C.R. 143, 94 C.C.E.L. (3d) 86, 418 N.R. 327.

REFERRED TO:

League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada, 2010 FCA 307, 93 Imm. L.R. (3d) 1, 409 N.R. 298; *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1976] 2 F.C. 500, (1976), 67 D.L.R. (3d) 505, [1976] C.T.C. 339 (C.A.); *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193, 2 Amin. L.R. (2d) 229; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, 342 D.L.R. (4th) 257, 99 C.P.R. (4th) 65; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, (1983), 142 D.L.R. (3d) 1, 46 N.R. 185; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609, 12 Admin. L.R. (2d) 1; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, (1993), 108 D.L.R. (4th) 1, 17 Admin. L.R. (2d) 141; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, 201 D.L.R. (4th) 193, 34 Admin. L.R. (3d) 163; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, (1998), 38 O.R. (3d) 576, 158 D.L.R. (4th) 193; *Toronto*

Règlement sur l'assurance-emploi, DORS 96-332, art. 80, 83(1),(4), 85, 86(1),(2), 87(1).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 407, tarif B, colonne III.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

United Steel, Paper and Forestry, Rubber, Manufacturing, Energy, Allied Industrial and Service Workers International Union, Local 3-1375 and Tembec Industries Inc. (In the Matter of an Application by), Case No. 339/09/LRA, Order No. 1474; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143.

DÉCISIONS CITÉES :

Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada, 2010 CAF 307; *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Minott v. O'Shanter Development Co. (1999)*, 42 O.R. (3d) 321, 168 D.L.R. (4th) 270, 40 C.C.E.L. (2d) 1 (C.A.); *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*.

(City) v. C.U.P.E., Local 79, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, 232 D.L.R. (4th) 385, 17 C.R. (4th) 276; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321, 168 D.L.R. (4th) 270, 40 C.C.E.L. (2d) 1 (C.A.); *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334, 111 D.L.R. (4th) 1; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, 315 D.L.R. (4th) 434, 99 Admin. L.R. (4th) 1; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, [2012] 1 C.T.C. 207, 2011 DTC 5169.

APPLICATION for judicial review of five umpire's decisions ((2010), CUB 75657; (2010), CUB 75976; (2010), CUB 75977; (2010), CUB 75978; (2010), CUB 75979) setting aside the Board of Referees' decisions denying the five individual respondents employment insurance benefits and allowing their appeals. Application allowed, Stratas J.A. dissenting.

APPEARANCES

David A. Simpson for applicant.
Margaret McCabe and *Mary Softley* for respondent
 Attorney General of Canada.
Paula Turtle for respondents Leonard Berthelette
 et al.

SOLICITORS OF RECORD

Fillmore Riley LLP, Winnipeg, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent
 Attorney General of Canada.
United Steelworkers, Toronto, for respondents
 Leonard Berthelette et al.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DAWSON J.A.: The principal issue raised on this application for judicial review is whether an employer who does not appear before the Board of Referees on an appeal brought by an employee from a decision of the Canada Employment Insurance Commission (Commission) is entitled to notice of any appeal taken from

DEMANDE de contrôle judiciaire de cinq décisions d'un juge-arbitre ((2010), CUB 75657; (2010), CUB 75976; (2010), CUB 75977; (2010), CUB 75978; (2010), CUB 75979)) annulant les décisions du conseil arbitral de refuser des prestations d'assurance-emploi à cinq défendeurs individuels et d'accueillir les appels interjetés par ceux-ci. Demande accueillie, le juge Stratas, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU

David A. Simpson pour la demanderesse.
Margaret McCabe et *Marie Softley* pour le
 défendeur le procureur général du Canada.
Paula Turtle pour les défendeurs Leonard Berthelette
 et autres.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Fillmore Riley LLP, Winnipeg, pour la
 demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le
 défendeur le procureur général du Canada.
United Steelworkers, Toronto, pour les défendeurs
 Leonard Berthelette et autres.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : La principale question soulevée par la présente demande de contrôle judiciaire est celle de savoir si un employeur qui ne comparait pas devant le conseil arbitral dans le cadre de l'appel interjeté par un employé d'une décision de la Commission de l'assurance-emploi du Canada (la Commission) a le

the decision of the Board of Referees. The issue arises in the following context.

The Facts

[2] Tembec Industries Inc. (Tembec) operated a newsprint mill in Powerview-Pine Falls, Manitoba. Tembec employed the five individual respondents (respondent employees) at the newsprint mill.

[3] An existing collective agreement between Tembec and the bargaining agent which represented some of its employees (including the respondent employees) expired on August 31, 2009. On September 1, 2009, Tembec locked-out the bargaining unit employees who were employed at the mill. By order dated January 13, 2010, the Manitoba Labour Board ordered Tembec to immediately terminate the lock-out.

[4] Following the lock-out, the respondent employees claimed employment insurance benefits under the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (Act). Their claims to employment insurance benefits for the period from September 1, 2009 to January 13, 2010 were denied pursuant to subsection 36(1) of the Act which states:

Labour disputes

36. (1) Subject to the regulations, if a claimant loses an employment, or is unable to resume an employment, because of a work stoppage attributable to a labour dispute at the factory, workshop or other premises at which the claimant was employed, the claimant is not entitled to receive benefits until the earlier of

- (a) the end of the work stoppage, and
- (b) the day on which the claimant becomes regularly engaged elsewhere in insurable employment. [Emphasis added.]

[5] The respondent employees appealed the denial of benefits to the Board of Referees. Tembec received notice of the hearings before the Board of Referees, but

droit d'être avisé de tout appel interjeté de la décision rendue par le Conseil arbitral. Cette question est soulevée dans le contexte suivant.

Les faits

[2] Tembec Industries Inc. (Tembec) exploitait une usine de papier journal à Powerview-Pine Falls, au Manitoba. Tembec employait les cinq personnes physiques défenderesses (les employés défendeurs) à son usine de papier journal.

[3] La convention collective conclue entre Tembec et l'agent négociateur qui représentait certains de ses employés (dont les employés défendeurs) a expiré le 31 août 2009. Le 1^{er} septembre 2009, Tembec a mis en lock-out les employés de l'unité de négociation qui travaillaient à son usine. Par ordonnance en date du 13 janvier 2010, la Commission du travail du Manitoba a ordonné à Tembec de mettre immédiatement fin au lock-out.

[4] À la suite du lock-out, les employés défendeurs ont réclamé des prestations d'assurance-emploi en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la Loi). Leurs demandes de prestations d'assurance-emploi pour la période comprise entre le 1^{er} septembre 2009 et le 13 janvier 2010 ont été refusées en application du paragraphe 36(1) de la Loi, qui dispose :

36. (1) Sous réserve des règlements, le prestataire qui a perdu un emploi ou qui ne peut reprendre un emploi en raison d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif à l'usine, à l'atelier ou en tout autre local où il exerçait un emploi n'est pas admissible au bénéfice des prestations avant :

Conflits collectifs

- a) soit la fin de l'arrêt de travail;
- b) soit, s'il est antérieur, le jour où il a commencé à exercer ailleurs d'une façon régulière un emploi assurable. [Non souligné dans l'original.]

[5] Les employés défendeurs ont interjeté appel du rejet de leurs demandes de prestation devant le Conseil arbitral. Tembec a été avisée de la tenue des audiences

did not attend the hearings. Previously, the Board of Referees had dismissed appeals brought by similarly situated Tembec employees. The Commission had previously taken the position before the Board of Referees, and continued to take the position, that Tembec's employees were not entitled to receive employment insurance benefits by operation of subsection 36(1) of the Act.

[6] On July 19, 2010, a majority of the Board of Referees dismissed Mr. Berthelette's claim for benefits. One member of the Board dissented, relying upon Order No. 1474 [*United Steel, Paper and Forestry, Rubber, Manufacturing, Energy, Allied Industrial and Service Workers International Union, Local 3-1375 and Tembec Industries Inc. (In the Matter of an Application by)*, Case No. 339/09/LRA] issued by the Manitoba Labour Board. In Order No. 1474 the Manitoba Labour Board had noted Tembec's position that it intended [at paragraph 17] "to exit the newsprint mill at Pine Falls [...] and that it [did] not intend to operate the Pine Falls site as a going concern." Relying upon this, the dissenting member reasoned (emphasis added):

A reasonable person can only conclude that in the case of Tembec Industries, the employer has effectively abandoned its role as employer insofar as it is contemplated in the Act and the application of subsection 36(1), and the so-called lockout of Tembec workers on September 1, 2009 was actually a layoff or the beginning of operations windup, with the remote possibility of a sale to a potential buyer.

I find that the lockout of September 1, 2009 was not based on a genuine labour dispute, but was actually an indefinite layoff or even the beginning of the operation's windup.

I find that the Commission should not have applied subsection 36(1) to the claimant.

[7] Boards of Referees, in majority decisions, upheld the decisions of the Commission in respect of the four other respondent employees.

[8] On August 11, 2010, the Board of Referees rendered three decisions involving Tembec employees in which the Board of Referees found the employees

devant le Conseil arbitral, mais n'y a pas participé. Le Conseil arbitral avait auparavant rejeté des appels interjetés par des employés de Tembec se trouvant dans une situation semblable. La Commission avait déjà soutenu devant le Conseil arbitral et soutenait toujours que les employés de Tembec n'avaient pas le droit de recevoir des prestations d'assurance-emploi par application du paragraphe 36(1) de la Loi.

[6] Le 19 juillet 2010, le Conseil arbitral a rejeté, à la majorité, la demande de prestations de M. Berthelette. Un des membres du Conseil était dissident. Il s'appuyait sur l'ordonnance n° 1474 [*United Steel, Paper and Forestry, Rubber, Manufacturing, Energy, Allied Industrial and Service Workers International Union, Local 3-1375 and Tembec Industries Inc. (In the Matter of an Application by)*, n° 339/09/LRA] par laquelle la Commission du travail du Manitoba avait fait observer que Tembec avait exprimé son intention [au paragraphe 17] [TRADUCTION] « de cesser toute activité à l'usine de papier journal de Pine Falls [...] et d'arrêter l'exploitation active de son usine de Pine Falls ». Se fondant sur cette déclaration, le membre dissident a expliqué ce qui suit (non souligné dans l'original) :

[TRADUCTION] Toute personne raisonnable ne peut que conclure que, dans le cas de Tembec Industries, l'employeur a effectivement abandonné son rôle d'employeur au sens de la Loi et que, par application du paragraphe 36(1), le prétendu lock-out des travailleurs de Tembec imposé le 1^{er} septembre 2009 était en fait une mise à pied ou l'amorce de la liquidation des opérations avec l'éventuelle possibilité de vendre l'entreprise à un éventuel acheteur.

J'estime que le lock-out du 1^{er} septembre 2009 n'était pas motivé par un véritable conflit de travail, mais qu'il constituait en fait une mise à pied pour une période indéterminée, voire le début de la liquidation de l'entreprise.

Je conclus que la Commission n'aurait pas dû appliquer le paragraphe 36(1) au prestataire.

[7] Par décisions majoritaires, le Conseil arbitral a confirmé les décisions rendues par la Commission au sujet des quatre autres employés défendeurs.

[8] Le 11 août 2010, le Conseil arbitral a rendu trois décisions portant sur des employés de Tembec dans lesquelles il a jugé que ces employés avaient droit à

were entitled to employment insurance benefits (the adverse decisions).

[9] On August 31, 2010, the respondent employees appealed the decisions of the Board of Referees denying them benefits to an umpire. Tembec was not given notice of these appeals.

[10] On October 8, 2010, Tembec appealed the adverse decisions to an umpire.

[11] On October 13, 2010, before a hearing date was set for the appeals brought by the respondent employees, the Commission advised them (emphasis added):

The Commission has reviewed the Board of Referees' decision which you appealed to the Umpire. While the final decision rests with the Umpire, the Commission will recommend that your appeal be allowed.

Appeals which are decided by the Umpire on the basis of the written information alone are usually finalized sooner than cases on which an oral hearing has been requested. Therefore, your agreement to withdraw your request for an oral hearing should hasten the final decision in your case. A form and return envelope are enclosed for your convenience.

In order to speed up the appeal process, we are also prepared to advise the Umpire in writing that the Commission wishes to concede the appeal in your favour. Upon receiving the completed enclosed form, we will forward it with a memorandum advising the Umpire of the Commission's concession.

[12] Copies of this letter were sent to the Registrar of the Office of the Umpire and to the Community Unemployed Help Centre (an entity which was assisting the respondent employees). Tembec was not advised of the Commission's change of position, notwithstanding that it had three appeals pending before an umpire.

[13] On November 15, 2010, the Chief Umpire Designate (Umpire) rendered the following decision in Mr. Berthelette's appeal (CUB 75657 [U.I.(Re)]):

des prestations d'assurance-emploi (les décisions défavorables).

[9] Le 31 août 2010, les employés défendeurs ont interjeté appel devant un juge-arbitre des décisions par lesquelles le conseil arbitral avait rejeté leurs demandes de prestations. Tembec n'a pas reçu d'avis de ces appels.

[10] Le 8 octobre 2010, Tembec a interjeté appel des décisions défavorables devant un juge-arbitre.

[11] Le 13 octobre 2010, avant qu'une date d'audience ne soit fixée pour les appels interjetés par les employés défendeurs, la Commission a avisé ces derniers de ce qui suit (non souligné dans l'original) :

[TRADUCTION] La Commission a examiné la décision du conseil arbitral que vous avez portée en appel devant le juge-arbitre. Bien que la décision définitive appartienne au juge-arbitre, la Commission recommandera qu'il soit fait droit à votre appel.

Les appels que le juge-arbitre tranche uniquement sur dossier connaissent habituellement leur dénouement plus tôt que les affaires pour lesquelles une audience a été demandée. Par conséquent, votre consentement à retirer votre demande d'audience devrait hâter le prononcé d'une décision définitive dans votre cas. Vous trouverez ci-joint un formulaire et une enveloppe-réponse pour votre commodité.

Pour accélérer le processus d'appel, nous sommes également disposés à aviser le juge-arbitre par écrit que la Commission accepte que vous obteniez gain de cause dans votre appel. Sur réception du formulaire ci-joint dûment rempli, nous le transmettrons au juge-arbitre avec une note l'informant de la position de la Commission.

[12] Des copies de cette lettre ont été envoyées au registraire du Bureau du juge-arbitre et au Community Unemployed Help Centre (un organisme qui aidait les employés défendeurs). Tembec n'a pas été informée du changement de position de la Commission, changement intervenu malgré ses trois appels en instance devant un juge-arbitre.

[13] Le 15 novembre 2010, le juge-arbitre en chef délégué (le juge-arbitre) a rendu la décision suivante dans l'appel de M. Berthelette (CUB 75657 [U.I. (Re)]):

Having reviewed the material that was before the Board of Referees and considered the Commission's decision to concede this appeal in favour of the claimant, I hereby set aside the Board of Referees' decision and allow the claimant's appeal.

[14] The Office of the Umpire provided a copy of this decision to Tembec under cover of a letter dated November 18, 2010.

[15] The Umpire rendered identical decisions in the appeals of the four remaining respondent employees on December 17, 2010 (CUB 75976 [*M.U. (Re)*]; CUB 75977 [*N.H. (Re)*]; CUB 75978 [*M.D. (Re)*]; and CUB 75979 [*H.X. (Re)*]). Copies were provided to Tembec by letters dated December 29, 2010.

[16] These are the five orders of the Umpire under review in this application for judicial review. By order dated April 19, 2011, this Court gave leave for all five orders to be challenged in this one application.

The Issues

[17] Tembec frames the issue to be whether the decisions of the Umpire should be set aside on the basis that its rights to procedural fairness and natural justice were violated as a result of the failure of the Commission or the Office of the Umpire to provide it with notice of the appeals brought to the Umpire by the respondent employees.

[18] The respondent employees also raise an issue. They argue that Tembec does not have standing to bring this application because it is not directly affected by the orders under review, as required by subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as *am. idem*, s. 14)].

[19] In my view, the central question raised on this application is whether under the Act or the *Employment*

Au vu des éléments de preuve présentés au conseil arbitral et compte tenu de la décision de la Commission de concéder l'appel en faveur du prestataire, j'annule par la présente la décision du conseil arbitral et j'accueille l'appel du prestataire.

[14] Le Bureau du juge-arbitre a fourni une copie de cette décision à Tembec par lettre datée du 18 novembre 2010.

[15] Le juge-arbitre a rendu le 17 décembre 2010 une décision identique dans les appels interjetés par les quatre autres employés défendeurs (CUB 75976 [*M.U. (Re)*]; CUB 75977 [*N.H. (Re)*], CUB 75978 [*M.D. (Re)*]; et CUB 75979 [*H.X. (Re)*]). Des copies de ces décisions ont été transmises à Tembec par lettres datées du 29 décembre 2010.

[16] Il s'agit des cinq ordonnances du juge-arbitre qui font l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire. Par ordonnance datée du 19 avril 2011, notre Cour a accordé l'autorisation de contester les cinq ordonnances au moyen d'une seule demande, celle dont nous sommes actuellement saisis.

Questions en litige

[17] Selon Tembec, la question en litige est celle de savoir si les décisions rendues par le juge-arbitre devraient être annulées au motif que ses droits à l'équité procédurale et à la justice naturelle ont été violés par suite du défaut de la Commission ou du Bureau du juge-arbitre de l'aviser des appels interjetés devant le juge-arbitre par les employés défendeurs.

[18] Les employés défendeurs soulèvent également une question. Ils soutiennent que Tembec n'a pas qualité pour présenter la présente demande étant donné qu'elle n'est pas directement touchée par les ordonnances sous examen, contrairement à ce qu'exige le paragraphe 18.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)].

[19] À mon avis, la question centrale soulevée par la présente demande est celle de savoir si Tembec avait le

Insurance Regulations, SOR/96-332 (Regulations) Tembec was entitled to receive notice of the appeals to the Umpire brought by the respondent employees. I will consider this issue before dealing with the contention that Tembec lacks standing.

Consideration of the Issues

[20] The Act describes in subsections 114(1) and 115(1) respectively who may appeal a decision of the Commission to the Board of Referees and who may appeal a decision of the Board of Referees to an umpire:

Appeal to
board of
referees

114. (1) A claimant or other person who is the subject of a decision of the Commission, or the employer of the claimant, may appeal to the board of referees in the prescribed manner at any time within

(a) 30 days after the day on which a decision is communicated to them; or

(b) such further time as the Commission may in any particular case for special reasons allow.

...

Appeal to
umpire

115. (1) An appeal as of right to an umpire from a decision of a board of referees may be brought by

(a) the Commission;

(b) a claimant or other person who is the subject of a decision of the Commission;

(c) the employer of the claimant; or

(d) an association of which the claimant or employer is a member. [Emphasis added.]

[21] In this case, either the respondent employees or Tembec could appeal adverse decisions of the Commission and the Board of Referees, and indeed both the respondent employees and Tembec brought appeals to the Umpire from decisions of the Board of Referees.

droit, en vertu de la Loi ou du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332 (le Règlement), de recevoir un avis des appels interjetés par les employés défendeurs devant le juge-arbitre. Je vais examiner cette question avant d'aborder l'argument suivant lequel Tembec n'a pas qualité pour agir en l'espèce.

Examen des questions en litige

[20] La Loi précise, aux paragraphes 114(1) et 115(1) respectivement, qui peut interjeter appel de la décision de la Commission devant le conseil arbitral et qui peut interjeter appel des décisions du conseil arbitral devant un juge-arbitre :

114. (1) Quiconque fait l'objet d'une décision de la Commission, de même que tout employeur d'un prestataire faisant l'objet d'une telle décision, peut, dans les trente jours suivants la date où il en reçoit communication, ou dans le délai supplémentaire que la Commission peut accorder pour des raisons spéciales dans un cas particulier, interjeter appel de la manière prévue par règlement devant le conseil arbitral.

Appels
devant un
conseil
arbitral

[...]

115. (1) Toute décision d'un conseil arbitral peut, de plein droit, être portée en appel devant un juge-arbitre par la Commission, le prestataire, son employeur, l'association dont le prestataire ou l'employeur est membre et les autres personnes qui font l'objet de la décision. [Non souligné dans l'original.]

Appel à un
juge-arbitre

[21] En l'espèce, les employés défendeurs ou Tembec pouvaient interjeter appel des décisions défavorables de la Commission et du Conseil arbitral, et tant les employés défendeurs que Tembec ont de fait interjeté appel devant le juge-arbitre des décisions rendues par le conseil arbitral.

[22] The Regulations then prescribe how appeals to the Board of Referees and to an umpire are to be perfected. Section 80 of the Regulations allows both claimants and employers to apply for a hearing before a Board of Referees irrespective of which party commenced the appeal. A Board of Referees “shall give each of the parties interested in an appeal a reasonable opportunity to make representations concerning any matter before the board” (subsection 83(1) of the Regulations). The appellant “and any other party interested in an appeal” are to be notified in writing of the Board of Referees’ decision (subsection 83(4) of the Regulations).

[23] Sections 85 and subsections 86(1), 86(2) and 87(1) of the Regulations deal with appeals to the umpire and state:

85. (1) An appeal brought by the Commission pursuant to section 115 of the Act shall

- (a) be made in writing;
- (b) contain a statement of the grounds of appeal; and
- (c) be filed at the office of the umpire.

(2) An appeal pursuant to section 115 of the Act at the instance of a claimant, an employer, an association of which the claimant or employer is a member or any other person who is the subject of the decision of a board of referees shall

- (a) be made in writing;
- (b) contain a statement of the grounds of appeal; and
- (c) be filed at the office of the Commission at which that decision was communicated pursuant to subsection 83(3).

(3) Where an appeal referred to in subsection (1) or (2) is filed, the Commission shall, within 60 days after the day on which it is filed,

- (a) prepare a docket containing
 - (i) a copy of the appeal,
 - (ii) all documents that have been considered by the board of referees during the appeal,

[22] Le Règlement explique quant à lui la procédure à suivre pour mettre en état l’appel interjeté devant le conseil arbitral ou le juge-arbitre. L’article 80 du Règlement autorise tant le prestataire que l’employeur à réclamer la tenue d’une audience devant un conseil arbitral, et ce, peu importe qui a introduit l’appel. Le conseil arbitral « donne à chacune des parties en cause dans un appel la possibilité de présenter ses arguments au sujet de toute affaire dont il est saisi » (paragraphe 83(1) du Règlement). La décision du conseil arbitral doit être communiquée par écrit « à l’appelant et aux autres parties en cause dans l’appel » (paragraphe 83(4) du Règlement).

[23] L’article 85 et les paragraphes 86(1), 86(2) et 87(1) du Règlement traitent des appels interjetés devant le juge-arbitre :

85. (1) L’appel interjeté par la Commission en vertu de l’article 115 de la Loi :

- a) est formulé par écrit;
- b) comporte un exposé des moyens d’appel;
- c) est déposé au bureau du juge-arbitre.

(2) L’appel interjeté en vertu de l’article 115 de la Loi par un prestataire, un employeur, une association dont le prestataire ou l’employeur est membre ou toute autre personne qui fait l’objet de la décision du conseil arbitral :

- a) est formulé par écrit;
- b) comporte un exposé des moyens d’appel;
- c) est déposé au bureau de la Commission auquel cette décision a été communiquée conformément au paragraphe 83(3).

(3) Dans les 60 jours suivant la date de dépôt de l’appel visé aux paragraphes (1) ou (2), la Commission prend les mesures suivantes :

- a) elle prépare un dossier contenant à la fois :
 - (i) une copie de l’appel,
 - (ii) tous les documents étudiés par le conseil arbitral dans le cadre de l’appel,

(iii) the transcript, if any, of the evidence given before the board of referees during the appeal, and

(iv) the written decision of the board of referees;

(b) file the docket at the office of the umpire; and

(c) mail a copy of the docket to each interested party.

(4) The Commission may file a statement of observations and representations in connection with an appeal at the office of the umpire and mail a copy thereof to each interested party, within the time provided by subsection (3) or such further time as the umpire may allow under section 116 of the Act.

(5) The appellant or any person or association that has a direct interest in an appeal or the decision thereon may, within 15 days after the day on which the docket referred to in subsection (3) is filed or within such further time as the umpire may allow under section 116 of the Act, file a statement of observations and representations at the office of the Commission where the appeal was filed, and the Commission shall forward the statement forthwith to the umpire.

(6) The question as to whether any person or association has a direct interest in an appeal referred to in subsection (1) or (2) or the decision thereon shall be decided by the umpire.

(7) Subject to section 86, the umpire may, at any time after the period of time referred to in subsection (5), render a decision on the basis of the documents filed.

...

86. (1) The appellant, the Commission or any person or association having a direct interest in a decision of a board of referees or an appeal from such a decision may apply in writing to an umpire for a hearing and the umpire shall, after receiving the application, grant a hearing.

(2) Notwithstanding subsection (1), the umpire may at any time direct that there shall be a hearing.

...

87. (1) A decision of an umpire shall be given in writing and a copy of the decision shall be sent to

(a) the appellant;

(b) the Commission;

(iii) la transcription, si elle existe, des témoignages recueillis par le conseil arbitral relativement à l'appel,

(iv) la décision écrite du conseil arbitral;

b) elle dépose le dossier au bureau du juge-arbitre;

c) elle envoie par courrier une copie du dossier à chaque partie intéressée.

(4) La Commission peut déposer un exposé de ses observations et arguments relatifs à l'appel au bureau du juge-arbitre et en envoyer une copie par courrier à chaque partie intéressée dans le délai prévu au paragraphe (3) ou dans le délai supplémentaire accordé par le juge-arbitre en vertu de l'article 116 de la Loi.

(5) L'appellant ou toute personne ou association que l'appel ou son règlement intéresse directement peut, dans les 15 jours suivants la date de dépôt du dossier visé au paragraphe (3) ou dans le délai supplémentaire accordé par le juge-arbitre en vertu de l'article 116 de la Loi, déposer un exposé de ses observations et arguments au bureau de la Commission où l'appel a été déposé; la Commission transmet aussitôt l'exposé au juge-arbitre.

(6) Le juge-arbitre décide si une personne ou une association est directement intéressée ou non à un appel visé aux paragraphes (1) ou (2) ou à son règlement.

(7) Sous réserve de l'article 86, le juge-arbitre peut, après l'expiration du délai visé au paragraphe (5), rendre une décision en se fondant sur les documents déposés.

86. (1) L'appellant, la Commission ou toute personne ou association qu'une décision d'un conseil arbitral ou un appel de la décision intéresse directement peut demander par écrit au juge-arbitre une audience, auquel cas celui-ci fait droit à la demande.

(2) Malgré le paragraphe (1), le juge-arbitre peut ordonner à tout moment la tenue d'une audience.

[...]

87. (1) La décision du juge-arbitre est consignée et une copie en est envoyée aux personnes suivantes :

a) l'appellant;

b) la Commission;

(c) any person or association having a direct interest in the decision; and

(d) such other persons or associations as the umpire may direct. [Emphasis added.]

[24] Relevant points to be taken from these provisions are that:

i. After a claimant or the claimant's employer have filed an appeal from a decision of the Board of Referees, the Commission is to prepare a docket containing specified material and this docket is to be mailed "to each interested party" (paragraph 85(3)(c)).

ii. The Commission is to mail a copy of any statement of observations it files "to each interested party" (subsection 85(4)).

iii. Once that is done "[t]he appellant or any person or association that has a direct interest in an appeal or the decision thereon" may file a statement of observations and representations (subsection 85(5)).

iv. Any dispute as to whether any person or association has "a direct interest in an appeal ... shall be decided by the umpire" (subsection 85(6)).

v. An appellant, the Commission or any person or association having a direct interest in a decision of a Board of Referees or an appeal from such a decision may apply to an umpire for a hearing (subsection 86(1)).

vi. Once rendered, a decision of an umpire shall be sent to persons including the appellant, the Commission and "any person or association having a direct interest in the decision" and "such other persons or associations as the umpire may direct" (subsection 87(1)).

[25] This review of the Regulations shows that a distinction is drawn between entities that are "interested" in an appeal and those that have a "direct interest" in an appeal. Persons "interested" in an appeal are entitled to participate before the Board of Referees and to be notified in writing of the decision of the Board of Referees (subsection 83(4)). They are also entitled to receive a docket and any statement of observations and representations filed by the Commission (paragraph 85(3)(c))

c) toute personne ou association qu'intéresse directement la décision;

d) toute autre personne ou association indiquée par le juge-arbitre. [Non souligné dans l'original.]

[24] Voici les points à retenir de ces dispositions :

i. Après que le prestataire ou son employeur a interjeté appel de la décision du conseil arbitral, la Commission doit préparer un dossier contenant certains documents et ce dossier doit être envoyé par courriel « à chaque partie intéressée » (alinéa 85(3)c)).

ii. La Commission doit envoyer par courrier une copie de l'exposé des observations « à chaque partie intéressée » (paragraphe 85(4)).

iii. Une fois ces formalités accomplies, « l'appellant ou toute personne ou association que l'appel ou son règlement intéresse directement » peut déposer un exposé de ses observations et arguments (paragraphe 85(5)).

iv. Le juge-arbitre décide si une personne ou une association « est directement intéressée ou non à un appel » (paragraphe 85(6)).

v. L'appellant, la Commission ou toute personne ou association qu'une décision du conseil arbitral ou un appel de la décision intéresse directement peut demander au juge-arbitre une audience (paragraphe 86(1)).

vi. Une fois rendue, la décision du juge-arbitre est transmise à l'appellant, à la Commission, « à toute personne ou association qu'intéresse directement la décision » ainsi qu'à « toute autre personne ou association indiquée par le juge-arbitre » (paragraphe 87(1)).

[25] Il ressort de cet examen du Règlement qu'il convient d'établir une distinction entre les entités qui sont « intéressées » à un appel et celles que « l'appel intéresse directement ». Les personnes « intéressées » à un appel ont le droit de participer à l'audience du conseil arbitral et d'être avisées par écrit de la décision de ce dernier (paragraphe 83(4)). Elles ont également le droit de recevoir un dossier ainsi qu'un exposé des observations et déclarations déposé par la Commission

and subsection 85(4)). An appellant and persons or associations having a “direct interest in an appeal” are entitled to participatory rights before the umpire (subsection 85(5)).

[26] In the present application, the question then becomes whether an employer is an “interested” party within the contemplation of subsection 83(4) and paragraph 85(3)(c) of the Regulations.

[27] The Act places no limitation on the right of a claimant’s employer to appeal to the Board of Referees or the umpire. A claimant’s employer is given an “appeal as of right to an umpire”. The appeal as of right is not predicated in any way upon the employer having participated before the Board of Referees.

[28] Given an employer’s statutory right to appeal a decision of the Commission involving one of its employees to the Board of Referees (section 114 of the Act) and its statutory right to appeal “as of right” a decision of the Board of Referees to the umpire (section 115 of the Act), I conclude that an employer is an interested party within the contemplation of subsection 83(4) and paragraph 85(3)(c) of the Regulations.

[29] It follows from this conclusion that Tembec was entitled to notification of all decisions rendered by the Board of Referees with respect to its employees and was entitled to receive the docket prepared by the Commission and filed with the Umpire. The failure to comply with subsection 83(4) and paragraph 85(3)(c) of the Regulations violated procedural rights owed to Tembec.

[30] Because the decisions of the Umpire at issue in this application were rendered in violation of Tembec’s procedural rights, these decisions should be set aside so as to afford Tembec the opportunity to exercise its rights under the Act and the Regulations.

[31] In so deciding, it is not necessary for me to consider, and I do not consider, whether Tembec has any direct interest in the appeals to the Umpire. If Tembec’s

(alinéa 85(3)c) et paragraphe 85(4)). L’appelant et les personnes ou les associations ont le droit de participer à l’audience devant le juge-arbitre (paragraphe 85(5)).

[26] Dans la présente demande, la question devient donc celle de savoir si l’employeur est une partie « intéressée » au sens du paragraphe 83(4) et de l’alinéa 85(3)c) du Règlement.

[27] La Loi n’impose aucune restriction au droit de l’employeur du prestataire d’interjeter appel devant un conseil arbitral ou un juge-arbitre. L’employeur du prestataire se voit reconnaître le droit d’interjeter appel « de plein droit [...] devant un juge-arbitre ». L’appel de plein droit ne dépend d’aucune façon de la participation de l’employeur à l’audience du conseil arbitral.

[28] Compte tenu du droit que la loi reconnaît à l’employeur d’interjeter appel devant le Conseil arbitral de la décision de la Commission visant l’un de ses employés (article 114 de la Loi) et du droit que la Loi lui reconnaît d’interjeter appel « de plein droit » de la décision du Conseil arbitral devant le juge-arbitre (article 115 de la Loi), je conclus que l’employeur est une partie intéressée au sens du paragraphe 83(4) et de l’alinéa 85(3)c) du Règlement.

[29] Il découle de cette conclusion que Tembec avait le droit d’être avisée de toutes les décisions rendues par le Conseil arbitral au sujet de ses employés et qu’elle avait le droit de recevoir le dossier préparé par la Commission et déposé auprès du juge-arbitre. Le défaut de se conformer au paragraphe 83(4) et à l’alinéa 85(3)c) du Règlement violait les droits procéduraux reconnus à Tembec.

[30] Comme les décisions du juge-arbitre en litige dans la présente demande ont été rendues en violation des droits procéduraux de Tembec, ces décisions devraient être annulées de manière à accorder à Tembec la possibilité d’exercer les droits que lui reconnaissent la Loi et le Règlement.

[31] Pour rendre cette décision, il n’est pas nécessaire que je réponde à la question de savoir si les appels interjetés devant le juge-arbitre intéressent directement

standing is put in issue, that will be a matter to be determined by the Umpire. It is sufficient for the purpose of this application to find that Tembec has the rights set out above, which will enable it to address any issue that may arise about whether it has a direct interest in the appeals.

[32] It further follows that because procedural rights afforded to Tembec by the Regulations were violated, it was directly affected by the decisions of the Umpire at issue so as to have standing under subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*. At the least, the Umpire's decision precluded Tembec from being able to argue that it had a direct interest in the issue before the Umpire.

Conclusion

[33] For these reasons, I would allow the application for judicial review and would set aside the decisions of the Chief Umpire Designate, with costs payable to Tembec by the Attorney General of Canada. While Tembec sought costs on a solicitor client basis there is nothing in the record to warrant departure from Rule 407. I would therefore order that, if not agreed, the costs be assessed in accordance with column III of the table to Tariff B of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

PELLETIER J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[34] STRATAS J.A. (DISSENTING): I agree with my colleague's statement of the facts and issues. My colleague has proceeded on the basis that the standard of review is correctness and I agree with that. I also agree that the plain wording of the relevant legislative text is our proper starting point. However, the structure and

Tembec et je ne le ferai pas. Si la qualité pour agir de Tembec est de nouveau soulevée, le juge-arbitre pourra se prononcer sur cette question. Il suffit, pour trancher la présente demande, de conclure que Tembec a les droits que je viens d'exposer, lesquels lui permettront d'aborder toute question qui peut être soulevée au sujet de son intérêt direct dans les appels.

[32] Il s'ensuit également que, comme les droits procéduraux qui lui sont reconnus par le Règlement ont été violés, Tembec était directement touchée par les décisions en litige rendues par le juge-arbitre, de telle sorte qu'elle a qualité pour agir au sens du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. La décision du juge-arbitre empêchait à tout le moins Tembec de soutenir que la question en litige devant le juge-arbitre l'intéressait directement.

Conclusion

[33] Pour ces motifs, je ferais droit à la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais les décisions du juge-arbitre en chef délégué, et je condamnerais le procureur général du Canada à payer les dépens de Tembec. Tembec a demandé les dépens sur une base avocat-client, mais rien dans le dossier ne justifie de s'écarter de la règle 407 des Règles. Je suis par conséquent d'avis d'ordonner qu'à défaut d'entente, les dépens soient taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

* * *

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

[34] LE JUGE STRATAS, J.C.A. (DISSIDENT) : Je souscris à l'exposé que ma collègue a fait des faits et des questions en litige. Ma collègue est partie du principe que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte et je suis du même avis. Je suis également d'accord pour dire que le point de départ en l'espèce est

purpose of this legislation lead me to a different interpretation of it. Further, in a small way, but significant for the outcome of this appeal, I read the legislative text somewhat differently from my colleague.

[35] For these reasons, I reach a different result. I would dismiss Tembec's application for judicial review, with costs.

A. Can any employer always appeal from every decision of a Board of Referees?

[36] Under subsection 115(1) of the Act, an "appeal as of right to an umpire" from a decision of a Board of Referees "may be brought" by "the employer of the claimant" and others. Does that mean that an employer can appeal to the umpire from every decision of the Board of Referees involving an employee? Does the word "may" in subsection 115(1) have any significance?

[37] In my view, the structure of the Act sheds light on these questions. Many different issues can arise under the Act. Many are potentially appealable under subsection 115(1) of the Act. On some of those issues the employer has an interest, others not.

[38] For example, employers have an interest in fines levied against them by the Commission (e.g. subsection 39(1) of the Act), but they have no interest in whether an employee has shown "just cause" for applying late for benefits.

[39] Parliament could have written specific appeal provisions into the Act that prescribe who may appeal on a particular issue (i.e., who has a real interest in the issue), how interested parties can intervene, and so on. But given the large number of issues that arise under the Act, that would create a forest of provisions setting out

le libellé clair du texte législatif applicable. Toutefois, l'économie et l'objet des dispositions législatives en question m'amènent à une interprétation différente de la loi. De plus, j'interprète le texte législatif quelque peu différemment de ma collègue et, si les divergences sont mineures, elles entraînent néanmoins des conséquences importantes sur l'issue du présent appel.

[35] Pour ces motifs, j'arrive à un résultat différent. Je rejetterais la demande de contrôle judiciaire de Tembec avec dépens.

A. L'employeur peut-il toujours interjeter appel de toute décision d'un conseil arbitral?

[36] Aux termes du paragraphe 115(1) de la Loi, la décision d'un conseil arbitral « peut, de plein droit, être portée en appel devant un juge-arbitre » par l'« employeur » ou par d'autres personnes. Est-ce qu'il s'ensuit pour autant que l'employeur peut interjeter appel devant le juge-arbitre de toute décision rendue par un conseil arbitral au sujet d'un employé? Le mot « peut » au paragraphe 115(1) a-t-il une importance?

[37] J'estime que l'économie de la Loi fournit quelques indications à ce sujet. De nombreuses questions différentes peuvent être soulevées en vertu de la Loi. Bon nombre d'entre elles peuvent donner ouverture à un appel en vertu du paragraphe 115(1) de la Loi. Certaines d'entre elles peuvent intéresser l'employeur, mais d'autres, non.

[38] Par exemple, les employeurs ont un intérêt en ce qui concerne les amendes auxquelles la Commission les condamne (paragraphe 39(1) de la Loi p. ex.), mais ils n'ont aucun intérêt quant à la question de savoir si un prestataire était « fondé » à présenter tardivement sa demande de prestations.

[39] Le législateur aurait pu prévoir dans la Loi des dispositions expresses précisant qui peut interjeter appel sur une question déterminée (c.-à-d. qui a un intérêt véritable en ce qui concerne la question), à quelles conditions les parties intéressées peuvent intervenir, et ainsi de suite. Mais, compte tenu du grand nombre de

a number of appellate codes that would apply in different cases.

[40] Another approach, the one I say Parliament adopted in sections 111 to 123 of the Act, is to enact one set of compendious provisions specifying general rules for appeals that potentially, but do not necessarily, apply in a particular case. While, as a general matter, employers “may” appeal a matter under subsection 115(1), whether or not they can appeal a particular matter depends on whether they have standing to appeal.

[41] The concept of standing is well-established in our system of justice. Only those with a real and legitimate interest in a matter can maintain proceedings or get notice of proceedings.

[42] This concept of standing exists right across the board, in judicial, administrative and regulatory proceedings: *League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, 93 Imm. L.R. (3d) 1; and *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1976] 2 F.C. 500 (C.A.) (in order to have direct standing, a litigant must demonstrate an effect on its legal rights, the imposition of legal obligations upon it, or some prejudicial effect on it); *Hy and Zel’s Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; and *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607 (the requirement of “standing” exists to screen out, in the words of the Supreme Court “busybodies”); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 25 (real and legitimate interests boost the entitlement to notice and participation); *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (real and legitimate interests, among other things, must be in play in order for a case to be advanced, absent public interest considerations); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821

questions qui peuvent être soulevées en vertu de la Loi, on se retrouverait devant une quantité innombrable de dispositions prévoyant divers régimes d’appel qui s’appliqueraient dans différentes situations.

[40] Une autre solution — celle que, selon moi, le législateur a adoptée aux articles 111 à 123 de la Loi — consiste à édicter une série de dispositions succinctes précisant les règles générales régissant les appels, règles qui peuvent s’appliquer, mais qui ne s’appliquent pas nécessairement, dans un cas particulier. Les employeurs « peuvent », en principe, interjeter appel d’une question en vertu du paragraphe 115(1), mais leur droit d’interjeter appel dans un cas déterminé dépend de la réponse à la question de savoir s’ils ont qualité ou non pour faire appel.

[41] Le concept de la qualité pour agir est bien établi dans notre système de justice. Seuls ceux qui ont un intérêt véritable et légitime quant à une question peuvent agir en justice ou être avisés de l’existence d’une instance.

[42] Le concept de la qualité pour agir vaut pour tout type d’instance — judiciaire, administrative ou réglementaire — (*Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, et *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.) (pour avoir un intérêt direct pour agir, le plaideur doit démontrer que les droits que la loi lui reconnaît ont été affectés, qu’on lui a imposé certaines obligations juridiques ou encore qu’il a subi un à préjudice); *Hy and Zel’s Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; et *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607 (l’obligation de la « qualité pour agir » vise à écarter ce que la Cour suprême appelle les « trouble-fête »); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 25 (l’existence d’un intérêt véritable et légitime renforce le droit d’être avisé et de participer); *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (il faut notamment avoir un intérêt véritable et légitime pour pouvoir présenter sa cause, à défaut de

(declarations can only be granted for real concerns, not hypothetical concerns).

[43] Given the fundamental role played by standing in our system of justice, we must assume subsection 115(1) of the Act, the compendious appeal provision, was enacted alongside the requirement of standing. Subsection 115(1) of the Act does not oust the requirement of standing.

[44] Accordingly, subsection 115(1) of the Act does not mean that every employer can avail itself of an appeal concerning any matter in the Act. Subsection 115(1) does not pave over the fundamental concept that only people with a real, legitimate interest in the matter can get notice of decisions or have standing to maintain proceedings. Persons may appeal under subsection 115(1) only if they have a real, legitimate interest in the matter.

B. Implications of this interpretation

[45] Under this interpretation, I see four different times when the employer's lack of standing might end the matter, subject to later judicial review by the employer.

[46] First, an employer who does not have a real, legitimate interest in a matter is not a "party interested in an appeal" and, therefore, need not be given notice of the decision of the board of referees under subsection 83(4) of the Regulations.

[47] Nevertheless, an employer might find out about a decision of the board of referees and try to file an appeal to the umpire under subsection 85(3) of the Regulations. In that case, there are three more times when the employer's lack of standing might end the matter, subject to a later judicial review:

considérations d'intérêt public); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 (un jugement déclaratoire ne peut être prononcé qu'en réponse à des questions véritables et non à des questions hypothétiques).

[43] Compte tenu du rôle fondamental que joue la qualité pour agir dans notre système de justice, il faut présumer que le paragraphe 115(1) de la Loi, la succincte disposition d'appel, a été édicté en complément de l'obligation d'avoir la qualité pour agir. Le paragraphe 115(1) de la Loi n'a pas pour effet d'exclure l'obligation relative à la qualité pour agir.

[44] Par conséquent, le paragraphe 115(1) de la Loi ne signifie pas que tout employeur peut interjeter appel sur toute question prévue par la Loi. Le paragraphe 115(1) ne remplace pas le concept fondamental suivant lequel seules les personnes ayant un intérêt véritable et légitime peuvent être informées des décisions ou se voir reconnaître la qualité pour ester en justice. Une personne ne peut interjeter appel en vertu du paragraphe 115(1) que si elle a un intérêt véritable et légitime dans l'affaire.

B. Conséquences de cette interprétation

[45] Suivant cette interprétation, il existe à mon avis quatre scénarios différents dans lesquels le défaut de l'employeur d'avoir qualité pour agir peut mettre un terme à l'affaire, sous réserve d'un contrôle judiciaire ultérieur demandé par l'employeur.

[46] En premier lieu, l'employeur qui n'a pas d'intérêt véritable et légitime dans une affaire n'est pas une « partie en cause dans l'appel » et par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'il soit avisé de la décision du conseil arbitral en vertu du paragraphe 83(4) du Règlement.

[47] Néanmoins, l'employeur peut être mis au courant de la décision rendue par un conseil arbitral et tenter d'interjeter appel devant le juge-arbitre en vertu du paragraphe 85(3) du Règlement. En pareil cas, il y a trois autres situations dans lesquelles le défaut de qualité pour agir de l'employeur peut mettre un terme à l'affaire, sous réserve d'un contrôle judiciaire ultérieur :

- Under subsection 85(3) of the Regulations, the Commission is obligated to prepare the record of appeal, known as a “docket,” circulate it to interested parties, and file it with the umpire—but only where there is an “appeal.” If it is evident to the Commission from the grounds listed in the employer’s notice of appeal that the employer has no real, legitimate interest in the appeal, the Commission may conclude that there is no valid “appeal.” In those circumstances, it is not obligated to do anything further and the employer’s attempted appeal ends there.
- If the Commission overlooks the employer’s lack of real, legitimate interest, circulates the “docket” to interested parties and files it with the umpire, the umpire might have an immediate concern about the employer’s standing to appeal under subsection 115(1) of the Act. In that circumstance, the umpire may hold an immediate and early hearing on the issue and might decide against the employer’s standing to appeal: subsection 86(2) of the Regulations.
- If the umpire does not address the employer’s standing under subsection 115(1) of the Act at the outset, any responding party to the appeal may challenge the employer’s standing as part of its submissions regarding the merits of the appeal, and the umpire may rule on the issue.
- Aux termes du paragraphe 85(3) du Règlement, la Commission est obligée de préparer un dossier d’appel, de le communiquer aux parties intéressées et de le déposer auprès du juge-arbitre, mais uniquement lorsqu’il y a un « appel ». S’il est évident pour la Commission, à la lecture des moyens invoqués dans l’avis d’appel de l’employeur, que ce dernier n’a pas d’intérêt véritable et légitime dans l’appel, la Commission peut conclure qu’il n’y a pas d’« appel » valide. En pareil cas, la Commission n’est pas obligée d’aller plus loin et l’appel que l’employeur a tenté d’interjeter se termine là.
- Si la Commission ne tient pas compte de l’absence d’intérêt véritable et légitime de l’employeur, transmet le dossier aux parties intéressées et le dépose auprès du juge-arbitre, ce dernier pourra dès lors se poser la question de la qualité de l’employeur pour interjeter appel en vertu du paragraphe 115(1) de la Loi. En pareil cas, le juge-arbitre peut tenir sans délai une audience sur la question et refuser à l’employeur la qualité pour agir dans le cadre de l’appel (paragraphe 86(2) du Règlement).
- Si le juge-arbitre n’aborde pas dès le départ la question de la qualité pour agir de l’employeur en vertu du paragraphe 115(1) de la Loi, la partie intimée peut contester la qualité pour agir de l’employeur dans le cadre de ses arguments sur le fond de l’appel et le juge-arbitre peut trancher la question.

[48] To the extent that an employer has a real, legitimate interest in a matter but was not given notice of the board of referees’ decision, the umpire might still grant participatory rights under subsection 83(4), subsection 85(5), or paragraph 85(3)(c) of the Regulations. If those rights were not afforded and they should have been, the employer would be able to bring an application for judicial review of the umpire’s decision.

[48] Dans la mesure où l’employeur a un intérêt véritable et légitime dans l’affaire, mais qu’il n’a pas été avisé de la décision du conseil arbitral, le juge-arbitre peut quand même lui reconnaître le droit de participer à l’audience en vertu des paragraphes 83(4) ou 85(5) du Règlement ou de l’alinéa 85(3)c) du Règlement. S’il ne lui reconnaît pas ces droits et qu’il aurait dû le faire, l’employeur peut présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre.

C. The contrary interpretation

C. L’interprétation contraire

[49] A contrary interpretation of the legislation is that subsection 115(1) allows any employer, indeed any potential appellant listed in the subsection, to appeal to the umpire in any situation. Once the appeal is launched,

[49] Suivant l’interprétation contraire des dispositions législatives qui nous intéressent en l’espèce, le paragraphe 115(1) permet à tout employeur, et évidemment à tout appellant éventuel visé à cet article, d’interjeter

however, section 85 of the Regulations *explicitly* allows the umpire to prevent an employer with no real and legitimate interest in the matter from making representations. I reject this contrary interpretation.

[50] Under subsection 85(5) of the Regulations, “[t]he appellant [*e.g.*, the employer] or any person or association that has a direct interest in an appeal or the decision thereon” can make representations. Does the phrase “that has a direct interest in an appeal or the decision thereon” modify “any person or association” or both “the appellant” and “any person or association”? In other words, does the requirement of a “direct interest” apply to “the appellant”?

[51] In my view, no. Subsection 85(6) of the Regulations shows this. It provides that the umpire decides the question as to whether “any person or association” has “a direct interest in an appeal referred to in subsection (1) or (2).” Subsection 85(6) does not empower the umpire to decide whether “the appellant” has a direct interest in the appeal.

[52] Further confirmation of this is seen elsewhere in the Regulations. The umpire is to give his decision to “any person or association having a direct interest in the decision”: paragraph 87(1)(c) of the Regulations. The umpire must also give “the appellant” the decision: paragraph 87(1)(a) of the Regulations. The word “appellant” is not modified by the phrase “having a direct interest in the decision.”

[53] Therefore, section 85 of the Regulations does not explicitly allow the umpire to prevent an employer with no real and legitimate interest in the matter from making representations.

D. My interpretation vs. the contrary interpretation: does it matter?

[54] Assuming for the moment that both the interpretation I have adopted and what I have called “the contrary interpretation” are plausible, one might ask

appel devant le juge-arbitre dans toute situation. Dès lors que l’appel a été interjeté, l’article 85 du Règlement permet toutefois *explicitement* au juge-arbitre d’empêcher l’employeur qui n’a pas d’intérêt véritable et légitime dans l’affaire de faire valoir son point de vue. Je rejette cette interprétation contraire.

[50] Aux termes du paragraphe 85(5) du Règlement « l’appellant [*p. ex.* l’employeur] ou toute personne ou association que l’appel ou son règlement intéresse directement » peut présenter ses arguments. L’expression « que l’appel ou son règlement intéresse directement » s’applique-t-elle à « toute personne ou association » ou à la fois à « l’appellant » et à « toute personne ou association »? En d’autres termes, l’exigence de l’intérêt direct s’applique-t-elle à « l’appellant »?

[51] À mon avis, non. Le paragraphe 85(6) du Règlement répond à cette question. Il prévoit que le juge-arbitre décide si « une personne ou une association est directement intéressée ou non à un appel visé aux paragraphes (1) ou (2) ». Le paragraphe 85(6) n’autorise pas le juge-arbitre à décider si « l’appellant » est directement intéressé à l’appel.

[52] On trouve une confirmation supplémentaire de cette interprétation ailleurs dans le Règlement. Le juge-arbitre doit communiquer sa décision « à toute personne ou association qu’intéresse directement la décision » (alinéa 87(1)c) du Règlement). Le juge-arbitre doit également communiquer la décision à « l’appellant » (alinéa 87(1)a) du Règlement). Le mot « appellant » n’est pas modifié par l’expression « qu’intéresse directement la décision ».

[53] Par conséquent, l’article 85 du Règlement ne permet pas explicitement au juge-arbitre d’empêcher l’employeur qui n’a pas un intérêt véritable et légitime dans l’affaire de faire valoir son point de vue.

D. Mon interprétation versus l’interprétation contraire : quelle importance cela a-t-il?

[54] Si l’on suppose pour le moment que l’interprétation que je retiens et celle que j’ai appelée « l’interprétation contraire » sont toutes les deux

what turns upon them. After all, under each interpretation, employers without any real, legitimate interest are screened out.

[55] In my view, much does turn upon them. The difference between the two is when an appellant without any real, legitimate interest—what the Supreme Court in *Hy and Zel's, Canadian Council of Churches* and *Finlay* calls a “busybody”—might be screened out, and how many opportunities exist for screening the busybody out.

[56] My interpretation has the virtue of screening out a busybody as soon as possible and as much as possible. It could happen as a result of the busybody never getting notice of the decision of the board of referees. Or it could happen at the outset when the Commission prepares the “docket.” Or it could happen soon after the umpire receives the appeal and perceives a problem with the appellant’s standing. Or it could happen later as a result of a responding party’s submissions to the umpire on the merits. Under the contrary interpretation, there is only one time that a busybody might be screened out, if at all.

[57] My interpretation is consistent with the overall objectives of the Act. In engaging in legislative interpretation, we must have regard to them: *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at paragraph 64; *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21.

[58] This legislation is designed to make benefits available quickly to those unemployed persons who qualify under it and should be liberally interpreted to achieve that end: *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, at page 10. It is “aimed at diverting issues relating to employment insurance from the court system into the more informal, specialized, efficient adjudicative mechanisms set up by Parliament”: *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2013] 1 F.C.R. 143, at paragraph 75, Stratas J.A. (concurring). In setting up the procedures to be followed

plausibles, on est en droit de se demander quelles en sont les incidences. Après tout, suivant chacune de ces interprétations, les employeurs qui n’ont pas d’intérêt véritable et légitime sont écartés.

[55] À mon avis, les incidences peuvent être très différentes quant au moment où l’appelant qui n’a pas d’intérêt véritable et légitime — ce que la Cour suprême appelle un « trouble-fête » dans les arrêts *Hy and Zel's, Conseil canadien des Églises* et *Finlay* — pourrait être écarté et au nombre de possibilités qui permettent d’écarter ce « trouble-fête ».

[56] Mon interprétation a le mérite de permettre d’écarter les trouble-fête dès que possible et dans un grand nombre de cas possibles. Il pourrait s’ensuivre que le trouble-fête ne sera jamais avisé de la décision rendue par le conseil arbitral. Ou il pourrait être écarté dès le départ lorsque la Commission prépare le dossier, ou encore peu de temps après que le juge-arbitre est saisi de l’appel et perçoit un problème en ce qui concerne la qualité pour agir de l’appelant. Il pourrait également être éconduit plus tard par suite des observations présentées par l’intimée au juge-arbitre sur le fond. Suivant l’interprétation contraire, il n’y a qu’un seul moment où l’on peut écartier les trouble-fête, si tant est qu’on réussisse à le faire.

[57] Mon interprétation s’accorde avec les objectifs généraux de la Loi. Lorsqu’on se livre à une interprétation de la Loi, on doit tenir compte de ses objectifs généraux (*Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, au paragraphe 64; *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21).

[58] La Loi vise à procurer dès que possible des prestations aux chômeurs qui remplissent les conditions prévues par Loi, qui doit donc être interprétée de façon libérale pour atteindre cet objectif (*Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, à la page 10. La Loi « vise à détourner les questions relatives à l’assurance-emploi du système judiciaire pour les diriger vers les mécanismes d’arbitrage plus informels, plus spécialisés et plus efficaces mis en place par le législateur » (*Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143, au paragraphe 75,

within this administrative regime, Parliament must be taken to have desired efficiency and effectiveness. The legislative wording should be interpreted with these objectives front of mind: *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724.

[59] Accordingly, this legislation should be interpreted in such a way that, to the extent possible and as quickly as possible, busybodies are excluded. Otherwise, the objectives of ease of access to benefits by deserving persons and efficiency will be undercut. Indeed, one can foresee the potential for mischief and harm in allowing those who have no real legitimate interest in the matter to launch an appeal, prolong matters, and keep deserving claimants from their benefits.

E. The case before us

[60] In the case before us, we have an employer, Tembec, saying that it had a right to notice of the board of referees' decision and a right to appeal from it.

[61] But in its written submissions in this Court, Tembec did not identify any real, legitimate interest in pursuing its appeal to the umpire.

[62] Under repeated questioning at the oral hearing, Tembec suggested, in a vague way without support in the record, that there were "reputational" concerns necessitating its participation in the matter before the umpire. These reputational concerns were said to be associated with the umpire applying the Manitoba Labour Board's decision against the employer on the issue of the lockout of the employees.

le juge Stratas (motifs concourants). En établissant la procédure à suivre dans le cadre de ce régime administratif, on doit présumer que le législateur recherchait l'efficacité et l'efficience. Le libellé de la Loi devrait être interprété en tenant compte de ces objectifs (*Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes des lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724).

[59] Par conséquent, les présentes dispositions législatives devraient être interprétées de manière à exclure, dans toute la mesure du possible et dès que possible, les trouble-fête. Sinon, les objectifs consistant à faciliter l'accès aux prestations aux personnes qui le méritent et celui de l'efficacité du système seront mis en péril. D'ailleurs, il est facile de pressentir les effets funestes et pernicieux éventuels que représenterait le fait de permettre à des personnes qui n'ont pas d'intérêt véritable et légitime d'interjeter appel, de laisser les choses traîner et d'empêcher les prestataires qui le méritent de toucher les prestations auxquelles ils ont droit.

E. L'affaire dont nous sommes saisis

[60] Dans l'affaire qui nous est soumise, un employeur, Tembec, affirme qu'il a le droit d'être avisé de la décision du conseil arbitral et d'interjeter appel de cette décision.

[61] Toutefois, dans les observations écrites qu'elle a soumises à notre Cour, Tembec n'a mentionné aucun intérêt véritable et légitime qui lui permettrait d'interjeter appel devant le juge-arbitre.

[62] Pressée de questions à l'audience, Tembec a laissé entendre de façon vague et sans invoquer d'éléments au dossier qu'il était nécessaire qu'elle participe à l'audience devant le juge-arbitre pour des raisons de « réputation ». Les préoccupations que Tembec a exprimées au sujet de sa réputation seraient associées au fait que le juge-arbitre risque d'appliquer contre elle la décision de la Commission du travail du Manitoba sur la question du lock-out des employés.

[63] But Tembec did not seek judicial review of the Board's decision and is bound by it, absent special considerations which it did not raise here: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460. Any attempt by Tembec before the umpire to challenge the Board's decision would be a collateral attack against it and an abuse of process: *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77.

[64] Tembec could not point to any later proceedings or matters involving it that might be affected by the umpire's decision. In any event, if Tembec cannot be a party before the umpire, the Umpire's decision cannot affect it in later proceedings or matters: see, e.g., *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.).

[65] Therefore, on the facts of this case Tembec had no legitimate or real interest before the umpire. It was a busybody. It had nothing to do before the umpire except, perhaps, take issue with what the Manitoba Labour Board had done—something that was not open to it.

[66] Properly interpreted, the legislation does not require that notice of anything be given to busybodies, nor does it give participatory rights to busybodies. Therefore, I conclude that Tembec was not entitled to notice of the board of referees' decision and had no right to appeal from it.

[67] Further, for the reasons set out above, Tembec did not have sufficient direct standing to challenge the decision of the umpire in this Court under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

[68] Finally, given the fact that Tembec had nothing to say to the umpire other than to attack or cast doubt on the decision of the Manitoba Labour Board—something

[63] Toutefois, Tembec n'a pas demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Elle est donc liée par cette décision, à défaut de circonstances exceptionnelles qui n'existent pas en l'espèce (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460). Toute tentative que ferait Tembec devant le juge-arbitre en vue de contester la décision de la Commission serait considérée comme une contestation incidente de cette décision et serait qualifiée d'abus de procédure (*R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77).

[64] Tembec n'a pas été en mesure de signaler d'instances ou d'affaires ultérieures qui la concerneraient et sur lesquelles la décision du juge-arbitre pourrait avoir une incidence. En tout état de cause, si Tembec ne peut se voir reconnaître la qualité de partie devant le juge-arbitre, la décision de ce dernier ne saurait avoir d'incidence sur Tembec dans le cadre d'une instance ou affaire ultérieure (voir, p. ex., *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.)).

[65] Par conséquent, vu l'ensemble des faits de la présente affaire, Tembec n'a aucun intérêt légitime ou véritable à faire valoir devant le juge-arbitre. Tembec est un trouble-fête. Elle n'avait aucune raison d'intervenir devant le juge-arbitre, sauf peut-être pour s'opposer à la décision de la Commission du travail du Manitoba, ce qu'il ne lui était pas loisible de faire.

[66] Si on l'interprète correctement, la Loi n'exige pas que l'on avise de quoi que ce soit les trouble-fête ou qu'on leur reconnaisse des droits de participation. Je conclus donc que Tembec n'avait pas le droit d'être avisée de la décision du conseil arbitral et qu'elle n'a pas le droit d'interjeter appel de cette décision.

[67] Qui plus est, pour les motifs qui ont été exposés, Tembec n'avait pas une qualité pour agir suffisamment directe pour pouvoir contester la décision du juge-arbitre devant notre Cour en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

[68] Enfin, compte tenu du fait que le seul moyen que Tembec entendait faire valoir devant le juge-arbitre était de contester ou de remettre en question la décision

that was not open to it—any failure to give it notice of the decision of the board of referees or to grant it participatory rights before the umpire was of no consequence. Therefore, to the extent that Tembec is entitled to *certiorari* on this application for judicial review, we should exercise our discretion against granting it: *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 2 S.C.R. 6; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710.

[69] Therefore, for the foregoing reasons, I would dismiss Tembec’s application for judicial review, with costs.

de la Commission du travail du Manitoba — alors qu’il ne lui était pas loisible de le faire —, tout défaut de l’aviser de la décision du conseil arbitral ou de lui accorder le droit de participer à l’audience devant le juge-arbitre ne tire pas à conséquence. Par conséquent, dans la mesure où Tembec a le droit de demander un bref de *certiorari* en ce qui concerne la présente demande de contrôle judiciaire, nous devrions exercer notre pouvoir discrétionnaire pour refuser d’accorder un tel bref (*Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Mines Alerte Canada c. Camada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 2 R.C.S. 6; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299).

[69] Par conséquent, pour les motifs qui ont été exposés, je rejeterais avec dépens la demande de contrôle judiciaire de Tembec.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

ABORIGINAL PEOPLES

LANDS

Application seeking declaration that respondent Minister, as an aspect of duty to negotiate in good faith land claim by applicant, must consider all options including acquisition of third party interests in disputed land, return of land to applicant—Applicant alleging disputed land wrongfully alienated by Crown—Respondent accepting claim for negotiation in accordance with criteria of Specific Claims Policy—Respondent stating Policy not permitting land-based settlement, only financial compensation—Applicant having no mandate to surrender land, not willing to accept monetary compensation requiring land be surrendered—Respondent making public statements explaining that government would not expropriate any land—Whether matter justiciable, requirements of good faith satisfied—Crown having to negotiate in good faith as matter of honour—Courts may not review or dictate negotiation positions—However, court declaration may assist in clarifying legal duties of parties—Here, Policy additional factor creating legitimate expectation as to how negotiation will unfold—Honour of Crown justiciable issue—Court can assist in clarifying content of that duty in present circumstance—Open to respondent to take negotiation position that, in any specific dispute, land must be surrendered—However, good faith negotiation requiring acknowledgement that Policy containing no blanket prohibition on settlement involving return of land without surrender—Policy leaving it open that expropriation may be necessary for just settlement—No blanket prohibition on dispossessing third parties, only statement that third parties generally will not be dispossessed—Removing option of land-based settlement from Policy not accomplished by making public statements—Respondent’s public statements fettering discretion—Policy reaffirming possibility of land-based settlement—Respondent having to acknowledge scope of discretion, mandate under Policy—No evidence respondent breaching duty of good faith—Declaratory relief granted: Policy permitting settlement involving return of land; duty of good faith requiring Crown to acknowledge distinction between scope of administrative action available to it under Policy, as opposed to action it chooses to take—Application allowed.

MOHAWKS OF THE BAY OF QUINTE V. CANADA (INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-951-10, 2013 FC 669, Rennie J., reasons for judgment dated June 18, 2013, 20 pp.)

Appeal from Federal Court decision (2012 FC 915) summarily dismissing appellants’ claim on basis limitation period expired pursuant to *Public Officers’ Protection Act*, R.S.S. 1978, c. P-40, *Limitations of Actions Act*, R.S.S. 1978, c. L-15—Crown entering into Treaty No. 4 with appellants in 1874—Pursuant to that Treaty, Peepeekisis Reserve No. 81 set aside for appellants—In 1896, “scheme of colonization” established by Indian agent whereby sections of Peepeekisis Reserve surveyed into lots to settle ex-pupils from various Indian schools not members of Peepeekisis band—As part of 1911 agreement, numerous pupils settled on reserve, but overall size thereof remaining unchanged, thus reducing land base available to original band members, descendants—Various band membership protests initiated in early 1950s by original band members, but those protests rejected—Matter pursued, but record disclosing no activity from 1962-1982, at which time *Specific Claims Policy* adopted—Specific claim related to scheme of colonization submitted for negotiations in 1986—While Indian Claims Commission recommending that claim be accepted for negotiation, Crown disregarding recommendation on ground matter *res judicata*—As a result, litigation previously started in Federal Court reactivated—While Judge not accepting claim of *res judicata*, nevertheless concluding claim barred by limitation periods—Issues whether Judge erring in finding *Public Officers’ Protection Act*, *Limitations of Actions Act* applicable herein; if not, whether litigation may be pursued as declaratory proceeding engaging honour of Crown—*Des Champs*

ABORIGINAL PEOPLES—Concluded

v. Conseil des écoles séparées de langue française de Prescott-Russell, [1993] 3 S.C.R. 281 holding that fundamental issue to be determined is whether power or duty relied on as part of cause of action properly classified as “public duty or authority” having public aspect or connotation as opposed to private administrative or subordinate aspect or predominantly private aspect—Appellants herein fundamentally seeking “damages arising from wrongful alienation of their lands, breach of Canada’s fiduciary obligation”—Now well settled that Crown’s fiduciary duty in management of reserve land, other band assets *sui generis* obligation not properly classified as “public duty”—Duty raised by proceedings herein *sui generis* obligation incumbent on Crown in nature of private law duty—Judge thus erring when finding that Crown acting pursuant to public duty in bringing new members onto Peepeekisis reserve, allotting to them sections of reserve land—As to finding *Limitations of Actions Act* applicable, while this limitation period may be extended when cause of action concealed by fraud, in present case, clear from record that by 1950s, large segment of Peepeekisis band aware of material facts underlying cause of action—No concealment of material facts by Crown—Judge thus correct to conclude claim statute barred—Finally as to whether claim may be pursued as declaratory proceeding, *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, standing for proposition that law of limitations not applying so as to preclude declaration specific obligation set out in Constitution not fulfilled in manner demanded by Crown’s honour—However, no need to decide this issue herein as principles set out in *Manitoba Metis Federation* not extending to cases where effective alternative dispute resolution mechanism available to plaintiffs—Here, process set out in *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22 available to plaintiffs—Appeal dismissed.

PEEPEEKISIS BAND V. CANADA (A-417-12, 2013 FCA 191, Mainville J.A., reasons for judgment dated August 12, 2013, 24 pp.)

TAXATION

Appeal from decision by Tax Court of Canada (2009 TCC 189) dismissing appellant’s appeals from assessments made under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—In reaching decision, T.C.C. not having benefit of *Bastien Estate v. Canada*, 2011 SCC 38, [2011] 2 S.C.R. 710, *Dubé v. Canada*, 2011 SCC 39, [2011] 2 S.C.R. 764 decisions—Appellant advisor to First Nations reserves providing spiritual, cultural activities, Anishinaabe language courses, healing ceremonies—T.C.C. finding appellant not entitled to *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. 1-5, s. 87 exemption as business income not personal property situated on reserve—T.C.C. finding applicant’s business carried on to large extent off reserves, placing emphasis on applicant’s presence in commercial mainstream, finding no nexus between business income received, occupancy of reserve lands by applicant personally—Core of T.C.C.’s decision inconsistent with *Bastien*—Test not whether applicant held income from business as part of entitlement of Indian *qua* Indian on reserve—Wording of s. 87 commanding to ask not whether owner of property situated on reserve, but whether property situated on reserve—Focus of analysis whether income earned by taxpayer situated on reserve in light of type of property, nature of taxation of property, purposes behind s. 87—Placing significant weight on percentages of time applicant physically present on or off reserves fastening on only one aspect of nature of income—Supreme Court changed meaning, significance of commercial mainstream factor such that T.C.C.’s analysis no longer correct—T.C.C. elevating commercial mainstream factor to level of determinative test, setting up false opposition between commercial mainstream activities, activities on reserve—T.C.C. analysing connecting factors in abstract, rather than assessing their relevance, weight in light of purposes underlying s. 87 brought alive by facts of case—Matter remitted to T.C.C. for redetermination in accordance with principles set out herein—Appeal allowed.

KELLY V. CANADA (A-207-09, 2013 FCA 171, Stratas J.A., reasons for judgment dated June 26, 2013, 25 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**PROCEEDS OF CRIME (MONEY LAUNDERING) AND TERRORIST FINANCING ACT**

Judicial review of decision by respondent deciding that applicant contravening *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, s. 12(1), that currency seized from applicant to be held as forfeit pursuant to Act, s. 29(1)(c)—Applicant, convicted drug smuggler, admitting to customs officer to carrying more than \$10 000 in unreported currency—Customs officer deciding to seize currency as suspected proceeds of crime—Applicant explaining that seized funds proceeds from sale of vehicle, gift, personal savings—Portion of seized funds, i.e. proceeds from sale of vehicle, accepted as legitimate—However, respondent informing applicant that all of seized funds to be held as forfeit notwithstanding only portion of funds considered illicit—Whether

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

Act, s. 29 permitting respondent to hold forfeit only illicit funds—Reasonable for respondent to hold forfeit amount said to be applicant’s savings, money received as gift—Decision confirming forfeiture of seized funds including legitimate funds unreasonable exercise of discretion—It does not follow, because Act, s.29(1)(b) specifying that portion of penalty may be returned, that legitimate portion of seized funds may not be returned under Act, s. 29(1)(a) because that paragraph not referring to “portion”—Not reasonable for respondent to exercise discretion in favour of holding legitimate funds forfeit—Confiscation of legitimate funds imposing draconian penalty—Parliament not stating in unequivocal terms intent to confiscate legitimate funds—Not open to respondent to confirm forfeiture of legitimate funds at later date—Interpretation advanced by respondent leading to absurdly punitive results—Penalty for failing to report, forfeiture of suspicious funds not “proximate concepts”—Some question as to whether implied exclusion principle of statutory interpretation applicable—Applicant’s request for return of legitimate funds sent for reconsideration by respondent in accordance with reasons herein—Application allowed.

DA HUANG V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (T-1219-12, 2013 FC 729, Simpson J., order dated June 28, 2013, 16 pp.)

ETHICS

Judicial review of decision by Public Sector Integrity Commissioner deciding not to reopen decision by former Commissioner dismissing applicants’ disclosure of wrongdoing against employer Health Canada—Applicants responsible for evaluating drug submissions filed by manufacturers applying for notices of compliance (NOC)—Applicants alleging that some NOCs issued without human safety data, evaluators pressured by supervisors to pass, maintain drugs without such data, disciplined if not favouring pharmaceutical lobby—Former Commissioner deciding to cease investigation into allegations—Finding, *inter alia*, that allegations rooted in scientific dispute, subject-matter of disclosure relating to public policy debate falling within ambit of *Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46 (PSDPA), s. 24(1)(e)—New Commissioner initiating review of disclosure of wrongdoing files to determine whether any meriting to be reopened—Concluding that former Commissioner’s assessment with respect to applicants’ file correct, that former Commissioner acting reasonably in exercising discretion to cease investigation on basis of s. 24(1)(e), that procedural shortcomings not determinative in final outcome—Applicants arguing not open to former Commissioner to rely on s. 24(1)(e) to cease investigation because that decision contrary to spirit of PSDPA, PSDPA’s quasi-constitutional status—New Commissioner committing no error in assessing applicants’ file—No case law affirming PSDPA quasi-constitutional—PSDPA, s. 24 affording several grounds on which Commissioner can rely to refuse to deal with disclosure—Issue at hand whether investigation of approval processes sufficiently thorough—New Commissioner reasonably exercising discretion not to reopen applicants’ file since coming to similar conclusion as former Commissioner, i.e. issue of scientific disagreement at heart of approval process for each drug—Application dismissed.

CHOPRA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-452-12, 2013 FC 644, Scott J., reasons for judgment dated June 12, 2013, 30 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Deductions

Appeal from Tax Court of Canada decision (2011 TCC 433) rejecting, pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 18(1)(a), claim for deductible expense—Appellant required to post security to cover potential liability for countervailing, anti-dumping duties with respect to goods exported to United States—Funds deposited in term deposits with bank—T.C.C. finding that appellant under no obligation to pay countervailing, anti-dumping duties, deposits remaining in appellant’s name, merely hypothecated to bank, payment not deductible pursuant to Act, s. 20(1)(vv) as amount paid in respect of “existing or proposed” duties—Issue herein deductibility of amount of term deposits—Appellant arguing obligation to purchase term deposits, hypothecate them to bank giving rise to deductible expense—Present case comparable to *Canada v. Nomad Sand and Gravel Ltd*, [1991] 2 F.C. 172 (C.A.) wherein Urie J.A. noting deductible expense one made “once and for all without recourse”—This notion suggesting deductible expense one where payor retaining no interest in amount paid—Here, amounts deposited in term deposits not deductible pursuant to Act, s. 18(1)(a) as appellant retaining interest in funds—To come within Act, s. 20(1)(vv), appellant

INCOME TAX—Concluded

having to have paid amount as or on account of existing or proposed duties—Even if placement of funds with bank treated as having been paid to bank, not paid on account of duties, existing or proposed —Appeal dismissed.

INDUSTRIES PERRON INC. V. CANADA (A-428-11, 2013 FCA 176, Pelletier J.A., reasons for judgment dated July 5, 2013, 15 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of adjudicator’s decision under *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242(1) concluding Code only permitting dismissals for cause, respondent’s complaint of unjust dismissal made out—Applicant dismissing respondent without cause, paying him six month’s severance pay—Whether application for judicial review premature; whether adjudicator’s decision unreasonable—Application not premature as adjudicator having made final decision on merits of respondent’s complaint—As to second issue, case law relied upon by adjudicator not standing for proposition that employers governed by Code having to show cause for all dismissals—Possible for employer to dismiss employee without cause so long as giving notice or severance pay—Fact employer paying employee severance pay not precluding adjudicator from granting further relief where concluding that dismissal unjust—Similarly, no basis for concluding that Code only permitting dismissals for cause—That conclusion failing to take account of clear remedies provided in Code, ss. 230, 235 for persons dismissed without cause—Adjudicator’s decision herein thus unreasonable—Application allowed.

Atomic Energy of Canada Limited v. Wilson (T-1531-12, 2013 FC 733, O’Reilly J., reasons for judgment dated July 2, 2013, 14 pp.)

PATENTS

Judicial review of decision by Patented Medicine Prices Review Board wherein Board ordering applicant to pay specified amount for selling Copaxone Syringe in Canadian market at “excessive price”, contrary to *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 83—Applicant increasing price for Copaxone Syringe, improved delivery method for multiple sclerosis medicine, after discontinuing Copaxone Vial format—Previous application granted on basis that Board improperly limiting its attention to Act, s. 85(1)(d), i.e. changes in Consumer Price Index (CPI), only giving lip service to other s. 85(1) factors—In redetermining matter Board instructed to consider all factors in s. 85(1), provide intelligible, clear reasons as to consideration, weight given to each factor—Differently-constituted panel of Board determining that pricing history of Copaxone Vial immaterial to assessment of allegation of excessive pricing of Copaxone Syringe (s. 85(1)(a)); discounting fact that Copaxone Syringe lowest priced medicine in its class because closest comparator, Copaxone Vial, taken off market (s. 85(1)(b)); discounting lower price of Copaxone Syringe in Canada compared to similar medicines sold in other countries (s. 85(1)(c)); finding impact of price increases exceeding protection provided by Parliament—Board’s decision again paying no more than lip service to factors favouring conclusion that Copaxone Syringe *not* excessively priced, namely s. 85(1)(b),(c), treating s. 85(1)(d), CPI as conclusive factor—Board offering no explanation why fact Copaxone Vial taken off market significant—Board appearing to say that s. 85(1)(c) factor inherently unreliable, not to be given much weight—Board therefore subverting will of Parliament—Board committing fundamental legal error in interpretation of s. 85(1) generally—Parliament not providing protection against price increases, but rather protection from “excessive” prices—S. 85(1)(b),(c), CPI not placing limits on relative pricing within marketplace—Meaning of opening words in s. 85(1) straightforward—Each factor listed in s. 85(1) relevant to singular determination, i.e. whether medicine sold at “excessive” price—Application allowed.

TEVA CANADA INNOVATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-586-12, 2013 FC 448, Zinn J., reasons for judgment dated April 30, 2013, 19 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

BREVETS

Contrôle judiciaire de la décision du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, qui a ordonné à la demanderesse de payer une certaine somme pour avoir vendu ses seringues de Copaxone sur le marché canadien à un « prix excessif », en violation de l'art. 83 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4—La demanderesse a augmenté le prix de la seringue de Copaxone, une méthode améliorée pour le traitement de la sclérose en plaques, après avoir cessé de produire la fiole de Copaxone—La demande précédente a été accueillie au motif que le Conseil avait limité à tort son analyse à l'art. 85(1)d) de la Loi, c.-à-d. les variations de l'indice des prix à la consommation (IPC), n'abordant que pour la forme les autres facteurs énoncés à l'art. 85(1)—Dans le cadre de son réexamen, le Conseil a été sommé de tenir compte de tous les facteurs énumérés à l'art. 85(1) et de fournir des motifs clairs et intelligibles au sujet de l'analyse de chacun des facteurs et de la valeur accordée à chacun d'entre eux—Une formation du Conseil différemment constituée a conclu que l'historique d'établissement du prix de la fiole de Copaxone n'était pas pertinent à l'évaluation de l'allégation de prix excessif pour la seringue de Copaxone (art. 85(1)a)); a écarté le fait que la seringue de Copaxone était le médicament dont le prix était le plus bas de sa catégorie étant donné que le médicament de comparaison le plus près, la fiole de Copaxone, avait été retiré du marché (art. 85(1)b)); a minimisé l'importance du fait que le prix de la seringue de Copaxone au Canada était inférieur à ceux des médicaments semblables vendus dans d'autres pays (art. 85(1)c)), et a conclu que l'incidence des augmentations de prix dépassait les protections garanties par le Parlement—Le Conseil a de nouveau simplement abordé pour la forme les facteurs qui appuyaient la conclusion selon laquelle le prix de la seringue de Copaxone n'était pas excessif, c'est-à-dire les facteurs énoncés aux art. 85(1)b) et c), et a traité le facteur décrit à l'art. 85(1)d) (l'IPC) comme un facteur déterminant—Le Conseil n'a pas expliqué en quoi le fait que la fiole de Copaxone a été retirée du marché avait la moindre importance—Le Conseil semble dire que le facteur énoncé à l'art. 85(1)c) est intrinsèquement peu fiable et qu'il faut y accorder peu de poids—Le Conseil semble donc avoir fait fi de la volonté du législateur—Le Conseil a commis une erreur de droit fondamentale dans son interprétation générale de l'art. 85(1)—Le législateur n'a créé aucune protection contre les augmentations de prix, il a plutôt prévu une protection contre les prix « excessifs »—Les art. 85(1)b) et c) et l'IPC ne constituent pas des limites sur le prix relatif à l'intérieur du marché—Le sens du passage introductif de l'art. 85(1) est clair—Chacun des facteurs énoncés à l'art. 85(1) est pertinent à l'égard d'une seule et même question : le prix du médicament est-il « excessif »?—Demande accueillie.

TEVA CANADA INNOVATION C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-586-12, 2013 CF 448, juge Zinn, motifs du jugement en date du 30 avril 2013, 19 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LE RECYCLAGE DES PRODUITS DE LA CRIMINALITÉ ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITÉS TERRORISTES

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le défendeur a décidé que le demandeur avait contrevenu à l'art. 12(1) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* et que les espèces qui avaient été saisies entre les mains du demandeur seraient confisquées en vertu de l'art. 29(1)c) de la Loi—Le demandeur avait déjà été condamné pour contrebande de drogues et a admis transporter plus de 10 000 \$ en espèces qu'il avait omis de déclarer—L'agent des douanes a décidé de saisir les espèces, soupçonnant qu'il pouvait s'agir de produits de la criminalité—Le demandeur a expliqué que les

DOUANES ET ACCISE—Fin

espèces saisies provenaient de la vente de son automobile, étaient un cadeau et constituaient ses économies personnelles—Une partie des espèces saisies, soit les produits de la vente du véhicule, a été considérée comme légitime—Cependant, le défendeur a informé le demandeur que la totalité des espèces saisies serait confisquée, même si seulement une partie des fonds était considérée comme des fonds illicites—Il s’agissait de savoir si l’art. 29 de la Loi autorise le défendeur à ne confirmer la confiscation que des fonds illicites—Il était raisonnable pour le défendeur de confirmer la confiscation du montant dont le demandeur alléguait qu’il correspondait à ses économies personnelles et à l’argent qu’il avait reçu en cadeau—Cependant, la décision de confirmer la confiscation des espèces saisies, y compris les fonds légitimes, était un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire—Il ne s’ensuit pas que, puisque la Loi précise à l’art. 29(1)*b*) qu’une partie de la pénalité peut être restituée, la partie des espèces saisies qui est légitime ne pourrait pas être restituée en vertu de l’alinéa 29(1)*a*) au motif qu’il n’est pas question de « partie » dans cet alinéa—Il ne serait pas raisonnable pour le défendeur d’exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la retenue de fonds légitimes confisqués—La confiscation des fonds légitimes impose une pénalité draconienne—Le législateur n’a pas énoncé en termes non équivoques son intention de rendre possible la confiscation de fonds légitimes—Il n’appartient pas au défendeur de confirmer la confiscation des fonds légitimes à une date ultérieure—L’interprétation avancée par le défendeur pourrait conduire à des résultats punitifs absurdes—La pénalité pour défaut de déclarer des espèces et la confiscation de fonds suspects ne sont pas des « concepts voisins »—Le principe d’exclusion implicite de l’interprétation législative n’est pas applicable—Demande accueillie.

DA HUANG C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (T-1219-12, 2013 CF 729, juge Simpson, motifs de l’ordonnance en date du 28 juin 2013, 16 p.)

ÉTHIQUE

Contrôle judiciaire visant une décision du commissaire à l’intégrité du secteur public de ne pas revenir sur la décision rendue par l’ex-commissaire, qui avait rejeté la divulgation des demandeurs d’actes répréhensibles qu’ils attribuaient à leur employeur, Santé Canada—Les demandeurs étaient responsables de l’évaluation des présentations de médicaments déposées par les fabricants qui demandent des avis de conformité (AC)—Les demandeurs allèguent que certains AC ont été délivrés en l’absence de données sur l’innocuité pour les humains, que des évaluateurs subissaient les pressions des superviseurs qui voulaient approuver ou laisser sur le marché les AC en l’absence des données requises, et qu’ils risquaient de se voir imposer des mesures disciplinaires s’ils ne favorisaient pas le lobby pharmaceutique—L’ex-commissaire a décidé d’interrompre l’enquête sur les allégations—Elle a conclu entre autres que les allégations découlaient d’un différend à caractère scientifique et que l’objet de la divulgation concernait un débat d’orientation qui relève de l’art. 24(1)*e*) de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46 (LFPDAR)—Le nouveau commissaire a entamé un examen indépendant des dossiers de divulgation d’actes répréhensibles afin de décider s’il y avait lieu d’en rouvrir certains—Il a conclu que l’évaluation du dossier des demandeurs faite par l’ex-commissaire était correcte, que la commissaire de l’époque avait agi de façon raisonnable en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour mettre un terme à l’enquête sur le fondement de l’art. 24(1)*e*), et que les lacunes sur le plan procédural n’avaient joué aucun rôle dans l’issue de la cause—Les demandeurs soutiennent que l’ex-commissaire ne pouvait pas s’appuyer sur l’art. 24(1)*e*) pour interrompre l’enquête parce que cette décision est contraire à l’esprit de la LFPDAR et en raison du statut quasi constitutionnel de cette loi—Le nouveau commissaire n’a commis aucune erreur en évaluant le dossier des demandeurs—Il ne ressort nulle part dans la jurisprudence que la LFPDAR a un statut quasi constitutionnel—L’art. 24 de la LFPDAR prévoit plusieurs motifs sur lesquels le commissaire peut s’appuyer pour refuser de traiter une divulgation—Il s’agit en l’espèce d’établir si l’enquête sur les processus d’approbation était suffisamment approfondie—Le nouveau commissaire a exercé de façon raisonnable son pouvoir discrétionnaire en décidant de ne pas rouvrir le dossier des demandeurs, étant donné qu’il a tiré une conclusion semblable à celle de l’ex-commissaire, c.-à-d. que la question des divergences entre scientifiques est, pour chaque médicament, au centre du processus d’approbation—Demande rejetée.

CHOPRA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-452-12, 2013 CF 644, juge Scott, motifs du jugement en date du 12 juin 2013, 30 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2011 CCI 433) rejetant une demande de déduction des dépenses en vertu de l'art. 18(1a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—L'appelante devait déposer un cautionnement pour couvrir une éventuelle responsabilité découlant de droits compensateurs et de droits antidumping à l'égard de marchandises exportées vers les États-Unis—Des fonds ont été déposés dans des dépôts à terme auprès d'une banque—La Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'appelante n'avait aucune obligation de payer des droits compensateurs et des droits antidumping, que les autres dépôts étaient au nom de l'appelante et simplement hypothéqués en faveur de la banque, et que le paiement n'était pas déductible en vertu de l'art. 20(1)vv) en tant que droits « en vigueur ou proposés »—En l'espèce, il s'agissait de déterminer si le montant des dépôts à terme est déductible—L'appelante a fait valoir que l'obligation d'acheter des dépôts à terme et de les hypothéquer en faveur de la banque donne lieu à une dépense déductible—La présente affaire est comparable à *Canada c. Nomad Sand and Gravel Ltd.*, [1991] 2 C.F. 172 (C.A.), où le juge Urie a fait remarquer qu'une dépense déductible est une dépense faite « une fois pour toutes sans recours »—Cette notion suppose qu'une dépense déductible est une dépense où le payeur ne conserve aucun intérêt dans le montant versé—En l'espèce, les montants déposés dans des dépôts à terme ne sont pas déductibles conformément à l'art. 18(1a), puisque l'appelante conserve des intérêts dans les fonds—Pour relever de l'art. 20(1)vv), l'appelante doit avoir payé un montant au titre des droits en vigueur ou proposés—Même si le placement des fonds auprès de la banque est considéré comme ayant été payé à la banque, il n'a pas été payé au titre de droits, en vigueur ou proposés—Appel rejeté.

INDUSTRIES PERRON INC. C. CANADA (A-428-11, 2013 CAF 176, juge Pelletier, J.C.A., motifs du jugement en date du 5 juillet 2013, 15 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

TAXATION

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2009 CCI 189) de rejeter les appels interjetés à l'égard des cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—Au moment où elle a rendu sa décision, la C.C.I. n'a pu compter sur les arrêts *Succession Bastien c. Canada*, 2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710 et *Dubé c. Canada*, 2011 CSC 39, [2011] 2 R.C.S. 764—Le conseiller aux Premières Nations vivant sur des réserves offre des activités spirituelles et culturelles particulières, qui vont de l'enseignement de la langue des Anishinaabe aux thérapies traditionnelles—La C.C.I. a conclu que l'appelant ne pouvait pas être exonéré au titre de l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, parce que son revenu d'entreprise ne constituait pas des biens meubles situés sur une réserve—La C.C.I. a conclu que l'appelant exerçait dans une très large mesure ses activités en dehors des réserves, a accordé un poids considérable à la place occupée par l'appelant dans le commerce général et a estimé qu'il n'y avait pas de lien entre le revenu d'entreprise reçu et l'occupation, par l'appelant personnellement, de terres d'une réserve—Le point essentiel de la décision de la C.C.I. est incompatible avec l'arrêt *Bastien*—Le critère ne consiste pas à se demander si le revenu tiré par l'appelant de son entreprise faisait partie des droits dont jouissent les Indiens en tant qu'Indiens sur une réserve—Tel qu'il est libellé, l'art. 87 exige non pas de se demander si le propriétaire du bien est situé sur une réserve, mais si le bien l'est—L'analyse doit plutôt être centrée sur la question de savoir si l'on peut dire que le revenu qu'a perçu le contribuable est situé sur une réserve compte tenu du type de bien, de la nature de l'imposition du bien et de l'objet de l'art. 87—Le fait de mettre l'accent sur un seul aspect de la nature du revenu accorde beaucoup d'importance au pourcentage de temps que l'appelant a passé tantôt dans une réserve, tantôt à l'extérieur—La Cour suprême a modifié le sens et l'importance qu'il convient d'accorder au facteur du marché ordinaire de sorte qu'on ne peut plus dire que l'analyse de la C.C.I. soit exacte—La C.C.I. a fait du facteur du marché ordinaire un critère déterminant, mettant en contraste, à tort, les activités du marché ordinaire et les activités sur une réserve—La C.C.I. a analysé les facteurs de rattachement dans l'abstrait au lieu d'évaluer leur pertinence et leur poids au regard de l'objet de l'art. 87 tel que mis en jeu par les faits de l'espèce—L'affaire a été renvoyée à la C.C.I. afin qu'elle rende une nouvelle décision conformément aux principes dégagés dans les présents motifs—Appel accueilli.

KELLY C. CANADA (A-207-09, 2013 CAF 171, juge Stratas, J.C.A., motifs du jugement en date du 26 juin 2013, 25 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

TERRES

Demande visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que, en tant qu'aspect de son obligation de négocier de bonne foi les revendications territoriales des demandeurs, le ministre défendeur doit examiner toutes les avenues possibles, y compris l'acquisition de droits appartenant à des tierces parties dans les terres visées par la contestation, et la restitution des terres aux demandeurs—Les demandeurs allèguent que le lot de terre visé par la contestation a été aliéné illicitement par la Couronne—Le défendeur a accepté cette revendication aux fins de négociations, conformément aux critères de la Politique sur les revendications particulières—Le défendeur a déclaré que la Politique ne permet pas un règlement prévoyant la restitution de terres et qu'elle ouvre seulement la porte à une indemnisation pécuniaire—Les demandeurs déclarent qu'ils n'ont pas le mandat de céder la terre et n'accepteront pas un règlement pécuniaire qui les obligerait à céder les terres—Le défendeur a fait des déclarations publiques expliquant que le gouvernement n'exproprierait pas de propriétaires—Il s'agissait de savoir si l'affaire est justiciable et si le ministre a satisfait à l'exigence d'agir de bonne foi—La Couronne doit négocier de bonne foi, car son honneur est en jeu—Un tribunal ne peut ni examiner les positions de négociation ni les dicter—Cependant, une déclaration du tribunal peut aider à clarifier les obligations juridiques des parties—En l'espèce, la Politique est un facteur additionnel qui crée une attente légitime quant à la manière dont les négociations se dérouleront—L'honneur de la Couronne est une question justiciable—La Cour peut aider à clarifier la teneur de cette obligation en l'espèce—Le défendeur peut, dans n'importe quel différend, adopter la position de négociation selon laquelle les terres doivent être cédées—Cependant, la bonne foi dans les négociations exige une reconnaissance du fait que la Politique ne contient aucune interdiction générale quant à un règlement comportant une restitution de terres sans qu'il y ait cession—La Politique laisse la porte ouverte au fait que l'expropriation puisse être nécessaire pour un règlement équitable—Il n'existe pas d'interdiction générale à la dépossession de tierces parties, mais plutôt uniquement un énoncé selon lequel les tierces parties ne seront en règle générale pas dépossédées—On ne peut supprimer de la Politique la possibilité d'un règlement prévoyant la restitution de terres en faisant des déclarations publiques—Les déclarations du défendeur révèlent qu'il a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—La Politique réaffirme la possibilité d'un règlement prévoyant la restitution de terres—Le défendeur doit reconnaître la portée de son pouvoir discrétionnaire et le mandat qui lui incombe au titre de la Politique—Il n'existe pas de preuve suffisante permettant de conclure que le défendeur a contrevenu à une obligation de bonne foi—Jugement déclaratoire prononcé : la Politique permet un règlement entraînant la restitution de terres; l'obligation d'agir de bonne foi exige de la Couronne de prendre acte de la distinction entre l'étendue des mesures administratives à sa disposition aux termes de la Politique, par opposition à la mesure qu'elle choisit d'adopter—Demande accueillie.

MOHAWKS OF THE BAY OF QUINTE C. CANADA (AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-951-10, 2013 CF 669, juge Rennie, motifs du jugement en date du 18 juin 2013, 20 p.)

Appel de la décision de la Cour fédérale (2012 CF 915) rejetant sommairement la demande des appelants au motif que les délais de prescription sont depuis longtemps expirés conformément à la *Public Officers' Protection Act*, R.S.S. 1978, ch. P-40 et à la *Limitations of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15—La Couronne a conclu le Traité n° 4 avec les appelants en 1874—En vertu de ce Traité, la réserve de Peepeekisis n° 81 a été mise de côté pour les appelants—En 1896, un « plan de colonisation » a été établi par l'agent des Indiens selon lequel des parties de la réserve de Peepeekisis avaient fait l'objet d'un lotissement pour permettre à d'anciens élèves provenant de différentes écoles indiennes non membres de la Bande de Peepeekisis de s'établir—Dans le cadre de l'entente de 1911, de nombreux élèves se sont installés dans la réserve, mais la superficie globale de celle-ci est demeurée inchangée, réduisant ainsi le territoire accordé aux membres initiaux de la Bande et à leurs descendants—Diverses protestations concernant l'appartenance à la Bande ont été présentées au début des années 1950 par les membres initiaux de la Bande, mais ces protestations ont été rejetées—L'affaire s'est poursuivie, mais le dossier ne révèle aucune activité entre 1962 et 1982, quand la *Politique sur les revendications particulières* a été adoptée—Une revendication particulière concernant le plan de colonisation avait été soumise aux fins de négociations en 1986—Bien que la Commission des revendications particulières des Indiens ait recommandé que la revendication soit acceptée en vue de faire l'objet de négociations, la Couronne a rejeté cette recommandation au motif que le principe de l'autorité de la chose jugée s'appliquait—En conséquence, les litiges déjà intentés devant la Cour fédérale ont été réactivés—Bien que le juge n'ait pas accepté l'allégation de chose jugée, il a néanmoins conclu que la demande était prescrite—Il s'agissait de savoir si le juge a commis une erreur de droit en concluant que la *Public Officers' Protection Act* et la *Limitations of Actions Act* étaient applicables en l'espèce; si tel n'est pas le cas, il s'agissait de savoir si le litige pouvait être poursuivi en tant que procédure déclaratoire engageant l'honneur de la Couronne—Il a été conclu dans l'arrêt *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell*, [1999] 3 R.C.S. 281 que la question fondamentale à trancher est de savoir si le pouvoir ou la fonction invoqué pour fonder en partie la cause d'action peut à juste titre être considéré comme ayant « une connotation ou un aspect public » ou comme ayant plutôt une « connotation

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

d'administration ou de gestion privée » ou comme étant de par sa nature même accessoire ou ayant un aspect où le caractère privé prédomine—En l'espèce, les appelants réclament fondamentalement « des dommages-intérêts pour aliénation illégitime de leurs terres et manquements par le Canada à son obligation fiduciaire »—Il est maintenant bien établi que l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans la gestion des terres de réserve et les autres biens de la bande est une obligation *sui generis* qui n'est pas à juste titre considérée comme ayant une « connotation publique »—La fonction invoquée par les procédures en la matière est une obligation *sui generis* qui incombe à la Couronne et est de nature de droit privé—Le juge a donc commis une erreur lorsqu'il a statué que la Couronne avait agi en vertu d'une fonction publique lorsqu'elle avait attribué des parcelles de terrain à de nouveaux membres à qui elle avait permis de s'établir dans la réserve de Peepeekisis—Quant à la conclusion selon laquelle la *Limitations of Actions Act* était applicable, bien que ce délai de prescription puisse être prolongé si la cause d'action est entachée de fraude par dissimulation, en l'espèce, il ressort clairement du dossier qu'à compter des années 1950, une grande partie de la Bande de Peepeekisis était au courant des faits essentiels qui sous-tendent la cause d'action—Il n'y a eu aucune dissimulation de faits essentiels par la Couronne—Le juge a donc eu raison de conclure que la revendication était prescrite—Enfin, à la question de savoir si la revendication pouvait être poursuivie en tant que procédure déclaratoire, l'arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, étaye la thèse voulant que le droit de la prescription ne s'applique pas de manière à écarter une déclaration portant qu'une obligation constitutionnelle précise n'a pas été remplie comme l'exige l'honneur de la Couronne—Cependant, il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce, car les principes énoncés dans l'arrêt *Manitoba Metis Federation Inc.* ne s'étendent pas aux cas où les demandeurs peuvent se prévaloir d'un mécanisme efficace de règlement extrajudiciaire des différends—En l'espèce, les demandeurs peuvent se prévaloir du processus établi dans la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, ch. 22—Appel rejeté.

BANDE DE PEEPEEKISIS C. CANADA (A-417-12, 2013 CAF 191, juge Mainville, J.C.A., motifs du jugement en date du 12 août 2013, 24 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre en ressources humaines prise en vertu de l'art. 242(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, concluant que le Code ne permet que les congédiements justifiés et que la plainte du défendeur pour congédiement injuste était fondée—La demanderesse a renvoyé sans motif le défendeur et lui a versé six mois de salaire à titre d'indemnité de départ—Il s'agissait de déterminer si la demande de contrôle judiciaire est prématurée et si la décision de l'arbitre est déraisonnable—La demande n'est pas prématurée parce que l'arbitre avait rendu une décision définitive sur le bien-fondé de la plainte du défendeur—Quant à la deuxième question, la jurisprudence à laquelle l'arbitre s'est référé n'appuie pas la proposition selon laquelle les employeurs régis par le Code ont l'obligation de justifier leur décision de congédier un employé—Un employeur peut congédier un employé sans motif pourvu qu'il lui donne un préavis ou une indemnité de départ—Le fait qu'un employeur ait versé à l'employé une indemnité de départ n'empêche pas un arbitre d'accorder d'autres mesures de réparation lorsqu'il conclut que le congédiement était injuste—De même, rien n'étaye la conclusion selon laquelle le Code ne permet que les congédiements justifiés—Une conclusion en ce sens ferait fi des mesures de réparation prévues aux art. 230 et 235 du Code pour les personnes congédiées sans motif—En l'espèce, la décision de l'arbitre était donc déraisonnable—Demande accueillie.

ÉNERGIE ATOMIQUE DU CANADA LIMITÉE C. WILSON (T-1531-12, 2013 CF 733, juge O'Reilly, motifs du jugement en date du 2 juillet 2013, 14 p.)

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